

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

40 AÑOS DE PROPUESTAS JURÍDICAS
SOBRE EMPLEO, NEGOCIACIÓN
COLECTIVA Y SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS LABORALES EN
ANDALUCÍA

XL JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO
DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

José Luis Monereo Pérez
Coordinador



MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

40 AÑOS DE PROPUESTAS JURÍDICAS SOBRE EMPLEO,
NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS LABORALES EN ANDALUCÍA

XL JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

José Manuel Gómez Muñoz
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. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2024

© Los autores, 2024

ISBN: 978-84-09-59984-4

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf, S.L.

Depósito Legal: SE 988-2024

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

40 AÑOS DE PROPUESTAS JURÍDICAS SOBRE EMPLEO, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES EN ANDALUCÍA

XL JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

José Luis Monereo Pérez
COORDINADOR

66

ÍNDICE

PRÓLOGO	23
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
PRESENTACIÓN	29
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	
ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XL JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES	33
PONENCIAS GENERALES:	
Ponencias Generales del primer panel: EL DERECHO DEL EMPLEO	35
Ponencia General Primera:	
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL EMPLEO DE COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA	37
EVA GARRIDO PÉREZ	
1. Los colectivos de atención prioritaria en el empleo: los nuevos perfiles de una institución ya conocida.....	38
2. La identificación y justificación de los colectivos de atención prioritaria	40
2.1. Calificación.....	41
2.2. Identificación.....	41
2.3. Justificación objetiva y finalista	48
3. Idoneidad y eficiencia de medidas promocionales para colectivos de atención prioritaria	52
3.1. El general continuismo de la normativa precedente: Ley 43/2006	53
3.2. La atención prioritaria para la empleabilidad de determinados colectivos en el RDL 1/2023: ¿nuevo impulso next generation?.....	59
Ponencia General Segunda:	
“DERECHO (SOCIAL) DEL EMPLEO” y “POLÍTICAS DE MERCADO DE TRABAJO SOSTENIBLE”: ¿MÁS “OBSOLESCENCIAS” QUE “AVANCES” EN LA “NUEVA” LEY DE EMPLEO?	69
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
1. Introducción: ¿una “nueva” ley de empleo, innovación del derecho social?.....	70
2. Política y derecho de empleo sostenible ajustados a las cuatro transiciones: ¿nueva fórmula mágica o garantía de un estándar efectivo de calidad?.....	72
2.1. ¿Es la política de empleo de calidad una condición necesaria para la garantía de un mercado de trabajo integralmente sostenible?	72
2.2. El derecho al empleo “en serio”: ¿transita la nueva Ley de Empleo hacia un sistema de garantías de un derecho al empleo de calidad más cierto?.....	73
2.3. Política de, y derecho al, empleo sostenible: ¿palabra clave para redirigir el sistema garantista o concesión formal a la retórica de las transiciones?.....	76
3. Derecho del trabajo vs. Derecho del empleo: ¿rearme paralelo a medio gas o estancamiento del segundo?	80
4. Una visión general la NLE: ¿entramado institucional continuista y renovación de su contenido normativo?	83
5. Valoración de las expectativas de innovación y mejora de la eficacia: algunos puntos críticos.....	86
5.1. Un marco legal menos programático, más normativo: ¿del enfoque de garantía institucional (mandatos) al de derechos subjetivos garantizados a través de servicios y prestaciones suficientes concretos?.....	86

5.2. Otra oportunidad perdida para la técnica de garantías objetivas y medibles de intensidad protectora de los servicios: la deslegalización de indicadores.....	89
5.3. Nueva técnica de inventario de colectivos priorizados en la política de empleo y riesgo de fragmentación: ¿sistematización o vaciamiento de su operatividad?	91
5.4. La enésima llamada a la mejora de la coordinación entre los elementos y los servicios del Sistema Nacional de Empleo: ¿por qué creer que será definitiva?	92
6. Más que deficiencias ausencias: más allá de incentivos económicos -desagregados legalmente- en el marco de la transición ecológica y la economía social.....	93
6.1. Ausencia de carácter integral de la NLE como eje del Derecho Del Empleo: ¿Y las garantías (contractuales e institucionales) más allá de incentivos qué?	91
6.2. Otra visión fragmentaria: Ni el trabajo autónomo ni la economía social encuentran los tratamientos realmente reseñables por su novedad en la NLE....	94
6.3. La dimensión ambiental de la política de empleo como asignatura pendiente: la injustificable referencia genérica y tangencial	95
6.4. La construcción de un estatuto adecuado de los estadios previos al contrato sigue en espera: prácticas no laborales y candidatura a un empleo.....	95
7. Conclusiones.....	96

Ponencia General Tercera:

RETOS DEL EMPLEO VERDE.....	97
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	
1. Fuentes internacionales: la definición del sector ambiental	101
2. Unión Europea (2019). Pacto verde europeo «european green deal». UE taxonomy (reglamento de inversiones sostenibles).....	103
3. Clasificación de actividades y gastos de protección del medio ambiente (capa 2000). INE. CNAE-2009 (vinculadas a nace)	105
4. Fuentes nacionales	107
4.1. Legales	107
4.2. Estrategias y Planes.....	107
4.3. V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC)	108

Ponencia invitada de Universidad no andaluza:

FORMACIÓN PROFESIONAL Y POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO	109
J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA	
1. Introducción	110
2. La conexión del sistema de formación profesional con las políticas activas de empleo	110
3. Una nueva concepción de la formación profesional impulsada por la Unión Europea: formación y creación de empleo	113
4. La concepción educativa y profesionalizante de la formación profesional: el aprendizaje a lo largo de la vida	116
5. La evolución del sistema de formación profesional orientada a la mejora del empleo .	119
6. El principio de sistema único de la formación profesional para el empleo	122
7. Diálogo social, negociación colectiva y financiación de la formación profesional.....	124
8. La importancia del ámbito competencial de las comunidades autónomas en el desarrollo de las políticas activas de empleo ligadas a la formación profesional	126
9. Conclusiones	131

Ponencias Generales del segundo panel: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 133

Ponencia General Primera:

EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES.....	135
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
Introducción.....	136

1. La garantía constitucional ex artículo 37.1 de la Constitución Española en la dinámica de la negociación colectiva	137
1.1. Perspectiva de conjunto	137
1.2. Identificación de nuestro sistema de negociación colectiva: una aproximación.	140
2. El impacto de las reformas laborales en el Modelo Legal (señaladamente, RDL 32/2021, de 28 de diciembre). Contrarreforma de corrección no de cambio radical del modelo normativo de negociación colectiva	161
3. Nuevos desafíos de la negociación colectiva y propuestas de “ <i>lege ferenda</i> ” de carácter promocional y racionalizador: la paulatina redefinición del modelo de negociación colectiva estatutaria	188

Ponencia General Segunda:

AUTONOMÍA COLECTIVA Y REESTRUCTURACIÓN SECTORIAL EN LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA	199
ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO	
1. Transición ecológica, transición energética y transición justa	200
2. Reestructuración jurídico-laboral y autonomía colectiva	211
3. Reestructuración sectorial a través del mecanismo RED	204
3.1. Representación institucional y participación en la activación y seguimiento del mecanismo	208
3.2. El período de consultas de la modalidad sectorial del mecanismo RED	211
4. El papel de la autonomía colectiva en la reestructuración descarbonizadora	211
4.1. Participación sindical en la suscripción y en el seguimiento de los convenios de transición justa	213
4.2. Concertación y negociación colectiva	

Ponencia General Tercera:

LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. PRINCIPALES ELEMENTOS CONFLICTIVOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO	217
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
1. El descuelgue: su finalidad como instrumento jurídico	218
2. El descuelgue como instrumento jurídico con objetivos compartidos	219
3. Delimitación de los ámbitos en que actúa el descuelgue	221
3.1. Convenios afectados por la inaplicación y ámbito del acuerdo de inaplicación.	222
3.2. ¿Inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, o también las pactadas a través de otras vías?	224
3.3. Contenido o ámbito material de la inaplicación: condiciones en las que es posible el descuelgue	226
3.4. Efectos sobre el convenio inaplicado y eficacia temporal de la inaplicación	228
4. Exigencia causal en el descuelgue	230
5. Procedimiento de inaplicación del convenio	231
5.1. El período de consultas: la comisión “ad hoc” como sujeto legitimado	233
5.2. El acuerdo alcanzado durante el procedimiento de consultas	235
5.3. Ausencia de acuerdo: vías de solución de las discrepancias	237
5.3.1. El papel de la comisión paritaria	238
5.3.2. Desbloqueo de la inaplicación a través de los procedimientos regulados en acuerdo interprofesional	240
5.3.3. La intervención final de la CCNCC u órgano sustitutorio en las CCAA..	244
6. Impugnación del descuelgue. El control jurisdiccional	246
7. La inaplicación de condiciones en las AAPP	247
8. El papel de la negociación colectiva en la regulación del descuelgue. En especial la fijación de límites y el procedimiento	250
8.1. Regulación de límites a la posibilidad de la inaplicación del convenio colectivo.	
8.2. Procedimiento de descuelgue y negociación colectiva	

Ponencias Generales del tercer panel: LA CONFLICTIVIDAD LABORAL..... 253

Ponencia General Primera:

LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN EL NUEVO ENTORNO ECONÓMICO Y SOCIAL 255

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

1. Introducción: todo cambia... menos la regulación..... 256
2. Acción colectiva y su “nueva” perspectiva por los agentes sociales: algunos datos 258
3. La incorporación a la unión europea y su “coordinación” con las libertades económicas 262
4. Digitalización de la economía y derechos de acción colectiva 266
 - 4.1. Derecho de huelga o acción colectiva y empleo(s) autónomo(s) 267
 - 4.2. Digitalización y nuevas formas de desarrollar la acción sindical y de prestar los servicios: sobre el trabajo a distancia y el trabajo a través de plataformas 274
 - 4.3. Las nuevas formas de articulación empresarial y el uso de los medios tecnológicos por el empresario para limitar el impacto de la huelga 281
5. La huelga como vehículo de externalización de otros conflictos sociales 292

Ponencia General Segunda:

DERECHO DE HUELGA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ACTUAL CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y TECNOLÓGICO: LÍNEAS DE TENDENCIA JURISPRUDENCIAL 295

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

1. El derecho de huelga y el conflicto social 296
2. Derecho de huelga y descentralización productiva: la especial vinculación como punto de fuga 298
 - 2.1. Jurisprudencia constitucional sobre huelga en las estructuras empresariales complejas: el caso Samoa 300
 - 2.2. Primera recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional 303
 - 2.3. Un paso en la misma dirección: el caso Coca-Cola 304
 - 2.4. Marcha atrás en la doctrina protectora del derecho de huelga 304
3. Derecho de huelga y automatización de los procesos productivos: ¿Derecho de la empresa a defenderse? 306
 - 3.1. Utilización de medios tecnológicos y derecho del empresario de reacción frente a la huelga 309
 - 3.2. Recepción de la doctrina constitucional por el Tribunal Supremo 310
4. Responsabilidad civil extracontractual y derecho de huelga 312
 - 4.1. Culpa civil extracontractual y daños ocasionados de manera no individualizada 314
 - 4.2. Responsabilidad civil por el lucro cesante generado por la acción del piquete .. 315
 - 4.3. Limitaciones inhabilitantes del derecho de huelga: a propósito del voto particular 316
 - 4.4. Consecuencias de este pronunciamiento: desalentar la participación en las huelgas 317
5. Derecho de huelga y libertad de empresa en los tribunales europeos 317
6. Conclusiones 320

Ponencia invitada de Universidad no andaluza:

SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS: EL HIRCOCERVO CONCEPTUAL 329

ANTONELLO OLIVIERI

1. Planteamiento 330
2. Las formas alternativas de solución de conflictos laborales, o sea, el sexo de los ángeles 331

3. La “justicia privada” funcional a los intereses económico-financieros	332
4. Una cabalgata histórica de las formas alternativas de solución de conflictos laborales: desde su valorización hasta su fracaso	334
4.1. El Collegio dei Proviriri y la comunidad intersindical	334
4.2. La desconfianza tras la Constitución	335
5. El arbitraje: confusión normativa y su escasa aplicación.....	337
6. El elogio de la incertidumbre jurídica y la protección de los intereses de la parte contractualmente débil	338
7. La oferta de conciliación: ¿I’m gonna make him an offer he can’t refuse?	340
8. La Comisión de Garantía en la huelga en los servicios esenciales: ¿mediación o moral suasion?.....	342
9. La negociación asistida en conflictos laborales	344

Presentación de la Ponencia de Clausura a cargo del profesor Francisco J. Prados de Reyes	347
--	-----

Ponencia de Clausura:

LAS RELACIONES LABORALES: ENTRE EL CAOS NORMATIVO Y LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS	353
FEDERICO DURÁN LÓPEZ	
1. El caos normativo	354
2. La ampliación de derechos en el ámbito de la empresa	357

PONENCIAS ESPECÍFICAS PREMIADAS:

PREMIADAS DEL PRIMER PANEL: EL DERECHO DEL EMPLEO

LOS TRABAJADORES MAYORES COMO COLECTIVO VULNERABLE: DERECHO AL TRABAJO VERSUS PROTECCIÓN SOCIAL	363
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	
1. Jubilación y reestructuración empresarial: las políticas comunitarias	364
1.1. Discriminación por razón de la edad, política de empleo y brecha digital	366
1.2. El fomento del envejecimiento activo en la Unión Europea	369
2. Mecanismos de fomento del empleo de los mayores, despido y seguridad social: tres variantes en eterno conflicto	371
2.1. La prejubilación como figura estrella: flexibilidad defensiva versus flexibilidad ofensiva	375
2.2. La prejubilación como puente jurídico para el alivio de los intereses empresariales: puntos críticos	379

EMPLEO JUVENIL Y PRÁCTICAS NO LABORALES: REFLEXIONES EN LA FRONTERA CON EL NUEVO CONTRATO FORMATIVO	383
STEFANO BINI	
1. Introducción	384
2. Uso y abuso de las prácticas no laborales: la cuestión clave, a partir de la resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión	384
3. Coordinadas normativas básicas del ordenamiento español en materia de prácticas no laborales en entornos profesionales, con especial referencia a la dimensión de la protección social	386
4. Conclusiones y propuestas	392

LA DESCARBONIZACIÓN DEL TURISMO DESDE UN PLANO LABORAL Y EL EMPLEO VERDE	395
ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE	
1. La descarbonización del turismo	396

2. Las condiciones laborales como contribución a la causa	398
2.1. Flexibilidad en las vacaciones	398
2.2. Jornada laboral de cuatro días	400
2.3. Teletrabajo	401
3. El empleo verde en el turismo	403
4. Conclusiones	405
5. Bibliografía	406

PREMIADAS DEL SEGUNDO PANEL: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA EFECTIVA EN LOS PROCESOS DE DESCUELQUE CONVENCIONAL: GARANTIZANDO LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO DESDE UN ENFOQUE COLABORATIVO.....	409
RAQUEL CASTRO MEDINA	
1. Introducción.....	410
2. La naturaleza jurídica del descuelgue y su procedimiento.....	412
3. Gestión del desacuerdo: especial referencia a la mediación como solución extrajudicial	417
4. El acuerdo	422
5. Conclusiones.....	422
6. Bibliografía.....	424
EL ALCANCE DE LAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN LAS CONTRATAS TRAS LA REFORMA 32/2021	427
JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ TORRADO	
1. Contexto normativo previo a la reforma laboral de 2021 y algunos de sus efectos	428
1.1. Situación previa a la reforma laboral 32/2021 y algunos efectos	428
1.2. Objetivos de la reforma laboral 32/2021 en materia de contratas	429
2. Las reglas legales para la determinación del convenio colectivo aplicable a las contratas	431
2.1. Convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica	433
2.1.1. Concurrencia de misma actividad en la contrata y empresa principal	434
2.1.2. Principio de especialidad y actividad de la contrata	436
2.1.3. Con independencia del objeto social o forma jurídica	437
2.2. La excepción de existencia de otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III	437
2.2.1. Acuerdo marco y convenios colectivos previstos en el art. 83.2 ET	438
2.2.2. Convenio colectivo de empresas multiservicios	439
2.3. La excepción de existencia de convenio propio de la empresa contratista o subcontratista aplicable en los términos que resulten del art. 84 ET	439
3. Cláusulas de convenios de sector garantistas de condiciones laborales mínimas en contratas	441
4. Consideraciones finales	444
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA SOCIOS TRABAJADORES COOPERATIVISTAS	447
ALEXANDRA LENIS ESCOBAR	
1. Introducción.....	448
2. Los derechos colectivos de socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado	449
2.1. Libertad sindical para socios-trabajadores de cooperativas: SAN 277/2017 y STS 1944/2019	449
2.2. Contenido del derecho a la libertad sindical para socios trabajadores de cooperativas	452

2.3. ¿Negociación colectiva para socios trabajadores o de trabajo de cooperativas?	453
3. La fijación de condiciones de trabajo de los socios trabajadores en la cooperativa	454
3.1. Los reglamentos de régimen interno	454
3.2. Otras formas de participación: el consejo social y otros órganos potestativos ..	456
3.3. Breve mención a las directrices sobre la aplicación del derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados	456
4. Reflexiones finales	457
5. Bibliografía	458

PREMIADAS DEL TERCER PANEL: LA CONFLICTIVIDAD LABORAL

LOS SERVICIOS ESENCIALES EN CASO DE HUELGA: MARCO CONCEPTUAL, DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL E IMPUGNACIÓN	463
--	-----

CRISTINA RAMÍREZ BANDERA

1. Introducción	464
2. Delimitación conceptual de los servicios esenciales en la legislación actual	465
3. El procedimiento para establecer los servicios mínimos que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad: quién, cuándo y cómo ...	469
4. La impugnación de la decisión de la autoridad gubernativa acerca de los servicios esenciales	473
5. Conclusión	477
6. Referencias bibliográficas.....	479

LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS: ¿OPCIÓN POLÍTICA O EXIGENCIA CONSTITUCIONAL?	481
---	-----

MARÍA ISABEL GRANADOS ROMERA

1. Introducción: la supresión del SERLA, una agresión al modelo democrático de relaciones laborales	482
2. El derecho constitucional a la solución autónoma de conflictos colectivos: dimensión y límites	483
2.1. La delimitación del contenido esencial del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo	484
2.1.1. La génesis del art. 37.2 de la Constitución: la voluntad histórica del constituyente	484
2.1.2. La interpretación del art. 37.2 de la Constitución: el derecho al planteamiento y a la solución autónoma de conflictos colectivos	485
2.2. ¿Protección constitucional para la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos?	488
2.2.1. El derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito laboral: peculiaridades y límites	488
2.2.2. La interpretación normativa vinculante como solución de conflictos colectivos sobre derechos: un escollo difícilmente salvable	489
2.2.3. El derecho constitucional a la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos: una propuesta desde la dogmática jurídica	491
3. La derogación de los sistemas autónomos de solución de conflictos: vulneración normativa y regresión social	497

NUEVAS FORMAS DE SUSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HUELGUISTAS EN LA INDUSTRIA 4.0.	499
---	-----

ALEJANDRO MUROS POLO

1. Introducción	500
2. Contenido esencial del derecho de huelga: los límites en la actuación empresarial	501

3. Construcción Jurisprudencial del denominado esquirolaje “tradicional” externo e interno	503
4. La figura del esquirolaje tecnológico y su oscilante interpretación judicial	506
4.1. La postura inicial del Tribunal Supremo: el lícito uso de la tecnología para sustituir a las personas trabajadoras huelguistas	507
4.2. El Tribunal Constitucional ante la fijación de servicios mínimos en las huelgas en el sector audiovisual y su relación con la prohibición del esquirolaje tecnológico	508
4.3. La contradictoria respuesta del Tribunal Supremo tras la jurisprudencia constitucional de mediados de los años dos mil	509
4.3.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012	509
4.3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 y sus dos votos particulares	510
4.4. Un paso atrás en la protección frente a la sustitución tecnológica de la persona trabajadora huelguista: la STC 17/2017	514
4.5. Las sentencias posteriores a la última interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional	519
5. Conclusiones críticas: problemas aplicativos de la doctrina sobre la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas ante las nuevas formas de trabajo de la industria 4.0.	521

PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS:

PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS AL PRIMER PANEL: EL DERECHO DEL EMPLEO

LA REFORMA LABORAL DE 2021 Y SU EFECTO EN LA ESTABILIDAD LABORAL JUVENIL: UN ANÁLISIS DEL CONTRATO FIJO-DISCONTÍNUO	527
ÁLVARO SÁNCHEZ LÓPEZ	
1. Introducción	529
1.1 Justificación del estudio	529
1.2 Contextualización de la Reforma Laboral de 2021	529
2. Bases y estudio de la Reforma Laboral de 2021	530
2.1. Principios y objetivos de la Reforma Laboral de 2021	530
2.2. Impacto y retos de la Reforma Laboral de 2021	531
2.3. Cambios clave introducidos	532
2.3.1. Modificaciones relacionadas con el contrato fijo-discontinuo	532
2.3.2. Un nuevo prisma del contrato fijo discontinuo	533
2.3.2.1 Antecedentes y evolución del contrato fijo-discontinuo	533
3. Resultados y discusión.....	535
3.1. Comparación con el periodo pre-reforma	535
3.2. Efectos observados de la reforma en la estabilidad laboral juvenil	536
3.3. Panorama del empleo andaluz tras la reforma	537
3.4. Reflexiones sobre la eficacia y eficiencia de la reforma.....	538
4. Referencias bibliográficas	540
5. Otras fuentes consultas	540
LOS RETOS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ACTIVO ANDALUZAS FRENTE A LA LEY 3/2023, DE EMPLEO.	543
DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ	
1. Introducción. Conceptualización de las políticas activas de empleo y contexto económico y social andaluz.....	544
2. Régimen jurídico de las políticas de empleo activo en España	547
3. Contextualización del desarrollo del empleo activo en Andalucía	550
4. Breve reseña sobre las novedades de la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo	554

5. Conclusiones. Aplicación de las políticas activas de empleo en Andalucía e influencia de la Ley 3/2023	556
6. Bibliografía	559
POLÍTICAS DE EMPLEO EN MATERIA DE TRANSICIÓN JUSTA Y DE CLIMA: AJUSTES Y NECESIDADES FORMATIVAS	561
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA	
1. Algunos aspectos introductorios: una economía azul teñida de verde.....	562
1.1. Las estrategias internacionales ante el cambio climático: conexiones con la economía azul.....	564
1.2. Las estrategias europeas ante el cambio climático: conexiones con la economía azul	564
1.3. El legislador español para transformar la economía ante el cambio climático ...	568
2. La economía azul como generadora de empleos verdes	569
3. Planes estratégicos enfocados en la economía verde azul.....	571
4. Ajustes y necesidades formativas sobre transición justa y clima.....	574
LA TÉCNICA DEL ACOMODO RAZONABLE EN EL EMPLEO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA	581
JOSÉ MANUEL ROALES FERNÁNDEZ	
1. Acomodamiento razonable. Marco internacional	583
2. Jurisprudencia sobre el uso del velo islámico y la libertad religiosa en el ámbito laboral	585
3. Jurisprudencia supranacional sobre supuestos de discriminación directa e indirecta en el ámbito de las relaciones laborales	588
3.1. Cuestiones prejudiciales.....	588
4. Breve exposición acerca de la jurisprudencia norteamericana sobre el empleo de símbolos religiosos en la empresa	592
5. Conclusiones.....	594
6. Referencias bibliográficas.....	595
EL TRATAMIENTO DE LOS COLECTIVOS PRIORITARIOS EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO: ¿UNA DECLARACIÓN DE INTENCIONES O UNA REALIDAD?.....	599
JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA	
1. Introducción	600
2. Los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo	601
3. El novedoso marco jurídico de los colectivos prioritarios	603
3.1. La inclusión de nuevos colectivos prioritarios.....	605
3.2. Aspectos fundamentales de su regulación.....	607
4. La imperiosa necesidad de nuevas políticas activas de empleo para estos colectivos...	608
5. Consideraciones sobre la intermediación como mecanismo de la inserción laboral.....	609
6. Conclusiones.....	610
7. Referencias bibliográficas.....	611
LA REDEFINICIÓN LEGAL DEL DEPORTISTA PROFESIONAL: HORIZONTES SOBRE SU EMPLEABILIDAD.....	631
LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ	
1. Deporte y profesionalidad: un apunte técnico-jurídico	614
2. El iter interpretativo en la construcción legal de la figura del deportista profesional....	614
2.1. La concreción de la persona deportista no profesional en la Ley del Deporte....	614
2.2. La persona deportista profesional	614
2.3. Regulación jurídica en la Ley del Deporte.....	614
2.4. Las personas deportistas de alto nivel y de alto rendimiento.....	616
2.4.1. Regulación jurídica particular	616
2.4.2. Regulación jurídica en la Ley del Deporte.....	616

2.4.3. ¿Y la profesionalidad?.....	617
2.4.3.1. Las personas deportistas de alto nivel.....	617
2.4.3.2. Las personas deportistas de alto rendimiento.....	618
2.5. ¿Es la Ley del Deporte una norma laboral?	618
3. ¿Nuevos horizontes de empleabilidad tras la Ley del Deporte y la Ley de Empleo?....	619
4. Cuando el horizonte se palpa: el límite a la empleabilidad derivado de la lucha contra el dopaje y la geolocalización.....	621
4.1. La geolocalización: medio y poder	621
4.1.1. Los riesgos psicosociales anudados	623
4.1.2. La geolocalización como factor de riesgo psicosocial.....	624
4.1.3. Riesgos psicosociales derivados de la geolocalización.....	624
4.1.3.1. Estrés	625
4.1.3.2. El burn out.....	625
4.2. El poder de sanción	625
4.3. El rol del informante	626
5. Reflexiones a modo de conclusión	628
6. Bibliografía citada	629

LA NUEVA LEY DE EMPLEO: DIAGNÓSTICO DE LAS CARENCIAS EN EL IMPULSO DEL EMPLEO VERDE Y EN EL APUNTALAMIENTO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA SOCIALMENTE JUSTA.....

PILAR CONDE COLMENERO

1. La nueva Ley 3/2023 de empleo: un tímido favorecimiento de la transición ecológica y el empleo verde, en contraste con la apuesta decidida por la transformación digital.	632
2. Importancia y necesidad de empleos verdes que propicien la transición ecológica socialmente justa	633
3. Principales carencias de la nueva Ley de Empleo en relación con la transición ecológica y el empleo verde.....	635
3.1. Ausencia de una necesaria definición legal de empleo verde y olvido de los aspectos ecológicos en los objetivos y principios rectores de la política de empleo.....	635
3.2. Falta de priorización de competencias básicas para la empleabilidad relativas al cuidado medioambiental y la emergencia climática.....	637
3.3. Algunas debilidades en la modernización de la formación profesional y, en particular, en el sistema de formación en el trabajo.....	639
3.4. Apuesta por la economía social, aunque inexistente estímulo del autoempleo y el emprendimiento verdes	643
4. Conclusiones.....	645
5. Bibliografía.....	646

PRÁCTICAS ECOLÓGICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS ORIENTADAS A LA RETENCIÓN DEL TALENTO Y AL CRECIMIENTO SOSTENIBLE DE LAS ORGANIZACIONES.....

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO

1. Introducción.....	650
2. Caracterización, contextualización, marco teórico y jurídico.....	653
2.1. El interés de la bibliografía en los últimos años.....	653
2.2. El trabajo decente y las condiciones laborales como factores fundamentales del concepto desarrollo sostenible.	653
2.3. El concepto de las prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos.	655
2.4. El reporte de información sobre sostenibilidad: un instrumento de legitimación social para cualquier organización.	655
2.5. El contenido laboral del reporte de sostenibilidad.	656
2.6. El reporte honesto y fiable: el método para evitar el green washing.....	657

3. Prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos: inventariado de ventajas extraídas de la literatura científica.....	658
3.1. Mejoran el rendimiento general de las organizaciones y el desempeño ambiental.....	658
3.2. Mejoran el bienestar de las personas trabajadoras y retienen talento.....	659
3.3. Repercuten positivamente con la imagen pública de marca y el negocio	659
3.4. Redescubriendo el patrimonio inmaterial de las organizaciones	659
4. Grado de incorporación de las prácticas ecológicas a la negociación colectiva y otros instrumentos de regulación de las relaciones laborales	660
5. Orientación de las prácticas ecológicas a los retos del empleo verde	662
6. Propuestas	663
7. Conclusiones.....	664
8. Bibliografía	665

EL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

YOLANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

1. Regimen jurídico de la contratación laboral de trabajadores inmigrantes	668
1.1. Datos sobre la situación de los trabajadores extranjeros en España	668
1.2. Marco normativo. Especial referencia a la regulación de la contratación de trabajadores inmigrantes en origen	669
1.3. Infracciones en materia de contratación de trabajadores inmigrantes extranjeros	671
2. Análisis de las cláusulas de empleo de los trabajadores extranjeros en la negociación colectiva	676
2.1. Derechos colectivos y de representación	676
2.2. Libertad religiosa y fiestas propias	676
2.3. Desplazamientos a sus lugares de origen	678
2.4. Licencias sin sueldo	680
2.5. Formación específica. El idioma	682
2.6. Circunstancias que afectan a la contratación	683
2.7. Especial referencia al sector del campo	684
2.7.1. Alojamiento y manutención en la agricultura	684
2.7.2. Especial referencia a los trabajadores temporeros de la recogida de aceituna en Jaén y a la red de albergues para inmigrantes extranjeros temporeros	686
3. Epílogo	688

EL ITINERARIO PERSONALIZADO DE INSERCIÓN TRAS LA NUEVA LEY DE EMPLEO

ANA DOMÍNGUEZ MORALES

1. Las políticas activas de empleo como marco de los itinerarios individualizados de inserción.....	690
2. Origen y desarrollo de los itinerarios individualizados de inserción	690
2.1. Referencias en la Unión Europea	690
2.2. La atención individualizada a los desempleados en España	692
3. La regulación de los itinerarios personalizados en la nueva Ley de Empleo de 2023....	694
4. Itinerario personalizado de empleo como servicio garantizado a los demandantes de los servicios de empleo.....	695
4.1. Elaboración del perfil individualizado	696
4.2. Formación en el trabajo vs. autoempleo y el emprendimiento	697
4.3. Formalización del acuerdo de actividad y contenido del IPI	697
4.4. Tutorización individual y al asesoramiento.....	700
4.5. Intermediación laboral en todo el territorio español	701

4.6. Inclusión del IPI en el expediente laboral personalizado único	701
5. Itinerario personalizado de inserción para colectivos prioritarios	702
6. Obligaciones y consecuencias del incumplimiento de los sujetos beneficiarios de los IPI.....	704
7. Ideas de cierre.....	706
PONENCIAS ESPECÍFICAS INVITADAS PRESENTADAS AL PRIMER PANEL	709
LOS EMPLEOS VERDES Y SUS POLÍTICAS DE MERCADO DE TRABAJO: UN MOTOR PENDIENTE DE ARRANQUE EN LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA.....	711
MARGARITA MIÑARRO YANINI	
1. Instrumentos de la transición ecológica	712
2. Las realizaciones en torno al concepto de “empleo verde”	714
2.1. Los obstáculos a la conceptualización del “empleo verde” y su efecto en la transición ecológica	714
2.2. La dimensión transformadora del empleo verde: la importancia del componente social en el concepto formulado por la OIT	717
3. (Pese a todo) la necesidad de contar con un concepto unificado y seguro de empleo verde .	720
4. Proyecciones normativas: sobre las oportunidades perdidas	721
5. A modo de breve conclusión	722
INCENTIVOS AL EMPLEO EN EL REAL DECRETO-LEY 1/2023	725
MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO	
1. Políticas activas de empleo y ley de empleo: la empleabilidad como clave	726
2. Panorámica de la situación anterior al Real Decreto-ley 1/2023	728
3. Rasgos generales de los incentivos al empleo a partir del Real Decreto-ley 1/2023	730
3.1. Los objetivos del RD-ley 1/2023: ¿una verdadera unificación normativa?	730
3.2. Destinatarios de los incentivos y disfuncionalidades en su relación con la ley de empleo	732
3.3. Beneficiarios y requisitos: mantenimiento del empleo pero no aumento neto del mismo	738
3.4. Fórmulas empleadas para los incentivos: el recurso a las bonificaciones de cuantía fija como regla general	739
4. Valoraciones finales	743
PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS AL SEGUNDO PANEL: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	745
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU ROL EN MATERIA DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO (ERTE) Y EL MECANISMO RED: UN ESTUDIO SOBRE LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN ESPAÑA	747
GLORIA MARÍA MONTES ADALID	
1. Flexibilidad laboral en España: la alternativa a los despidos	748
2. La reforma laboral como cimiento de cambios	750
2.1. Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) a la vista de la reciente reforma laboral y el innovador mecanismo red	750
2.2. Los ERTE tras la reforma laboral	751
2.3. El nuevo mecanismo red	752
2.4. La regulación de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 32/2021	754
3. La influencia de la negociación colectiva en el empleo: análisis de la aplicación de estos mecanismos en los convenios colectivos	756
3.1. El V acuerdo para el empleo y la negociación colectiva: tratamiento de los instrumentos de flexibilidad interna	756
3.2. La inclusión de los mecanismos de flexibilidad interna (mecanismo RED y ERTE) en los convenios colectivos	758

4. Conclusiones y reflexiones finales	759
5. Bibliografía	760
LA LLAMADA DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	781
J. JESÚS DE VAL ARNAL	
I. Introducción: La nueva Ley del sistema universitario y la llamada a la negociación colectiva en la universidad pública	782
1. La estructura de la negociación colectiva en la universidad pública	785
1.1. ¿Y quién es el empleador a la hora de negociar el convenio colectivo?	786
1.1.1. Los complementos retributivos autonómicos para la universidad	787
1.2. La vigencia temporal de los convenios	788
2. La falta de acuerdos y pactos de los funcionarios docentes y del personal de administración y servicios	789
3. El contenido de los convenios y las cláusulas litigiosas	790
a) El registro de la jornada	790
b) Los premio de jubilación: entre mejora voluntaria de la Seguridad Social o salario en diferido	791
c) La necesidad de la regulación del teletrabajo del personal de la universidad	794
4. La negociación colectiva en la universidad privada: un modelo central también para la universidad pública	795
II. Conclusiones	796
LA CORRELACIÓN ENTRE INSTRUMENTOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL Y LABORAL EN LOS AYUNTAMIENTOS ANDALUCES	799
JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY	
1. Introducción: objeto y metodología	800
1.1. Objeto	800
1.2. Metodología	801
2. Dos regímenes jurídicos que tienden a encontrarse	802
2.1. La distinción de marcos normativos: libertad de pactos versus intervencionismo legal .	802
2.2. Instrumentos únicos o de contenido equivalentes para laborales y funcionarios	806
2.3. Instrumentos claramente diferenciados	810
2.4. Otra singularidad relacionada con el ámbito personal: la exclusión de los programas de empleo	811
3. El reflejo de la voluntad unificadora en el régimen retributivo	813
4. La incidencia de la reforma laboral en los convenios colectivos aprobados en los ayuntamientos	817
5. Conclusiones	819
6. Bibliografía	820
NEGOCIACIÓN COLECTIVA IMPUESTA POR EL TJUE: LA POSIBLE RUPTURA DEL EQUILIBRIO NEGOCIAL RESPECTO DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS	823
JUAN FRANCISCO MORENO DOMÍNGUEZ	
1. Naturaleza y función de la negociación colectiva. Notas sobre las especificidades de la negociación colectiva en la Administración Pública	824
2. El indefinido no fijo (INF): evolución jurisprudencial de la protección de trabajadores temporales en las AAPP a la luz de la Directiva 1999/70/CE	826
3. La ruptura del equilibrio negocial: aplicación impuesta de los convenios colectivos ..	828
4. Conclusiones	834
5. Bibliografía	835
TRABAJO A DISTANCIA Y DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ITALIANA	839
MARÍA GIOVANNA ELMO	

1. Introducción general y contextualización	840
2. Trabajo ágil y desconexión	842
3. El desarrollo del marco normativo tras la pandemia	844
4. El papel de la negociación: un análisis empírico	845
5. Prácticas de gestión dentro de la desconexión	846
6. Detección de las restricciones e identificación de problemas	847
7. Observaciones finales	848
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS RIESGOS PSICOSOCIALES ASOCIADOS A LA DIGITALIZACIÓN: EN ESPECIAL AL CIBERACOSO EN EL TRABAJO	849
MARÍA MARTA MARTÍNEZ JIMÉNEZ	
1. Introducción	850
2. La digitalización en relación a los riesgos psicosociales emergentes: ciberacoso en el trabajo	852
3. El papel fundamental del empresario ante las situaciones de violencia o acoso digital en el trabajo	854
4. El impacto de la reforma laboral de 2021 en la negociación colectiva	856
5. La importancia de los riesgos psicosociales en la negociación colectiva: especial referencia al ciberacoso	857
6. Los riesgos psicosociales emergentes adaptados al convenio colectivo	859
7. Propuestas de mejora y recomendaciones	860
8. Conclusión	861
9. Bibliografía	862
PONENCIA ESPECÍFICA INVITADA, PRESENTADA AL SEGUNDO PANEL ..	867
LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA COME AUTORITÀ SALARIALE: IL QUADRO ITALIANO	867
GIULIO CENTAMORE	
PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS AL TERCER PANEL: LA CONFLICTIVIDAD LABORAL.....	879
CÓMO CORREGIR UNA JUSTICIA DILATORIA: ¿SON LAS “MASC” UNA SOLUCIÓN A LA TARDANZA DE UNA JURISDICCIÓN SOCIAL OTRORA ÁGIL?...	881
BEATRIZ GARCÍA CELÁ	
1. Introducción	882
2. Una aproximación empírica: la carga competencial de los juzgados de lo social en cifras	884
3. La “tormenta perfecta” suspensiva de juicios sociales: de la “epidemia” covid a la sucesión de procesos de “huelga”	886
4. Primera propuesta. La unificación de doctrina. Una ayuda a tiempo	888
5. Segunda propuesta: la acumulación de procedimientos y su suspensión.	891
6. Tercera propuesta: las “MASC” como solución equitativa a los retrasos en los señalamientos	893
7. Conclusiones	898
CRÍTICAS A LAS INSUFICIENCIAS E INCOHERENCIAS DEL AMBIGUO DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA: OTRO SIGNO MÁS DEL FRACASO DEL GARANTISMO CONSTITUCIONAL	901
CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO	
1. El derecho de huelga como derecho fundamental para todos los trabajadores y trabajadoras en nuestra Carta Magna. Particularidades	902
2. Poder constituyente y la herencia de un derecho fundamental sin desarrollo normativo	903
2.1. La falta de desarrollo normativo	904
3. Críticas a la terminología del art. 28.2	904
3.1. Los funcionarios públicos	905

3.2. La quimera del garantismo constitucional	906
3.3. La garantía constitucional del contenido esencial	908
4. Los límites al derecho de huelga	909
4.1. Aspectos generales	909
4.2. La limitación del derecho de huelga ante la indefinición e interpretación	910
4.3. El caso del derecho español	911
4.3.1 La huelga constitucional en España y sus límites: la garantía constitucional de protección de los servicios esenciales de la comunidad	911
4.4. La huelga en el derecho de la Unión Europea	912
5. Conclusiones	913
6. Bibliografía	913

EL SERCLA MÁS ALLÁ DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UN CAMINO HACIA LA PREVENCIÓN

FRANCISCO LOZANO LARES Y MARÍA ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO

1. Introducción	919
2. Los medios de solución extrajudicial de conflictos a través de las diferentes etapas históricas	920
2.1. Los medios extrajudiciales hasta el siglo XIX	920
2.2. La evolución en el siglo XX	922
2.2.1. Desde el inicio a la segunda república	922
2.2.2. Etapa postguerra y dictadura franquista	924
2.2.3. Transición y etapa preconstitucional	926
2.2.4. Etapa constitucional	926
3. La solución extrajudicial en Andalucía: el SERCLA	927
3.1. El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL)	927
3.2. El SERCLA: creación y evolución histórica	927
3.3. El SERCLA en la actualidad	928
4. Ámbito funcional	929
4.1. Evolución del ámbito funcional	929
4.2. Análisis cuantitativo	930
4.3. Resumen del año 2022	932
5. Conclusiones	934
6. Bibliografía	935

AMPLIANDO EL FOCO DE LAS MEDIDAS DE CONFLICTO: DE LAS PLATAFORMAS A LA GRAN DIMISIÓN

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

1. Presentación	938
2. Las plataformas como actores colectivos	939
2.1. Las plataformas como sujetos activos en las relaciones laborales	939
2.2. Conflictos de representación	940
2.3. La pugna con los sindicatos	942
2.4. La pugna con las autoridades	943
2.5. El papel de la tecnología	945
3. La acción colectiva de los riders	946
3.1. La generación de una identidad y de una organización	946
3.2. Las medidas de conflicto colectivo de los riders	947
3.3. Las plataformas cooperativas	950
3.4. El papel de la tecnología	951
4. La gran dimisión y la acción colectiva	951
5. Conclusiones	953

PRÓLOGO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
*Coordinador de las “XL Jornadas” Universitarias Andaluzas
de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Catedrático
y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Granada.
“Seminario José Vida Soria”*

*“El Derecho del Trabajo no tiene una existencia aislada. Se
alimenta de la economía. Éste solo puede tener contenido si existe
una economía que asegure las condiciones de vida del trabajo,
preserve de la destrucción y sustraiga la existencia del Derecho
del Trabajo del azar de una economía desordenada [...]. Una
renovación del Derecho del Trabajo no es ya posible sin una
renovación del Derecho económico”.*

HUGO SINZHEIMER¹

Hacer el Prólogo de este libro es para mí un gran honor y una enorme satisfacción. Y ello por varios motivos.

El primero de ellos, es que estamos ante un libro que da cuenta de los resultados excelentes de las “XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2023. En ellas han sido ponentes y han participado activamente iuslaboralistas como Manuel Alonso Olea, Efrén Borrajo Dacruz, Luis Enrique de la Villa, Miguel Rodríguez-Piñero, José Vida Soria, Alfredo Montoya Melgar, Juan Rivero Lamas, José Cabrera Bazán, Antonio Martín Valverde, Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Tomás Sala Franco, Antonio Ojeda Avilés, Fernando Valdés Dal-Ré, Manuel Carlos Palomeque López, Federico Durán López, María Emilia Casas Baamonde, y un largo etcétera de prestigiosos iuslaboralistas de varias generaciones presididas por la excelencia y el rigor en el análisis jurídico. Reténgase, al respecto, las intervenciones de la Mesa redonda: “Las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: presente y futuro”.

¹ SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. y estudio preliminar de F. Vázquez Mateo, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, p. 98

Estamos ante las Jornadas Universitarias de prestigio más antiguas desde la fundación de nuestro sistema democrático en virtud de nuestra Constitución de 1978, a la cual sigue de cerca no solo cronológicamente, sino también cualitativamente como instancia institucional situada en el proceso de democratización de las relaciones laborales individuales y colectivas, estudiando su evolución y su desarrollo, y asimismo contribuye dinámicamente a su proceso permanente de reformas, conforme al marco constitucional y a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país al amparo del bloque normativo formado por los artículos 93 a 96 y 10.2 de nuestra Norma Fundamental (norma, ésta última, de apertura constitucional, en vía interpretativa, al sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales). Durante largos años nuestras Jornadas han sido, en la práctica, auténticos “congresos nacionales”, donde se reunía la mejor doctrina de las distintas Universidades Españolas, la cual, desde distintos discursos jurídicos y de política del Derecho, ha analizado la evolución diacrónica y los procesos de reforma del ordenamiento laboral, fuertemente influidos por el desarrollo de las fuerzas productivas (incluidos los cambios y las sucesivas “revoluciones tecnológicas”), y las cambiantes ideologías jurídicas que subyacen -en cada momento histórico- a todas las opciones y decisiones de relevancia jurídica.

De ahí la importante contribución que estas “XL Jornadas” han tenido objetivamente en la formación doctrinal del Derecho del Trabajo en nuestro país y en la misma formación de generaciones de juristas del trabajo; aportación histórica, pues se trataba de un “momento fundacional” a partir del desarrollo de los mandatos constitucionales dirigidos a una refundación del sistema democrático de relaciones laborales en nuestro país. En este periodo de realización de las “XL Jornadas” se ha avanzado cualitativamente y cuantitativamente en la ordenación jurídica e institucional de las relaciones de trabajo y en la garantía de los derechos fundamentales generales y específicos de los trabajadores. Y los trabajos, que recogen las ponencias generales y las “ponencias específicas” [*rectius*, “Comunicaciones” en la denominación tradicional], miran hacia el horizonte del futuro del Derecho del Trabajo y del Sistema de Relaciones Laborales. De ello se daba cuenta en la Mesa redonda: “Jornadas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social más antiguas de España: un reconocimiento desde Andalucía”.

Pero no se olvide que en estas Jornadas además del ámbito universitario y de la intervención de los interlocutores sociales, han intervenido activamente miembros destacados de la Magistratura, la Inspección de Trabajo, los Colegios de Abogados y de Graduados Sociales (Mesa redonda: “Jurisdicción Social/Inspección de Trabajo/Colegios Profesionales). Participación, ésta, sencillamente crucial para esa necesaria comprensión explicativa del “Derecho Vivo del Trabajo”.

En el desarrollo de estas Jornadas Universitarias el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) ha sido la entidad impulsora y financiadora de todas las Jornadas que se han celebrado. Y, aparte de este hecho significativo, debe destacarse que el CARL es un organismo de concertación social institucionalizada y este rasgo constitutivo se ha reflejado también en el desarrollo de las Jornadas Universitarias que han contado con la participación activa de los interlocutores sociales. Constátense las interesantes aportaciones realizadas en el marco de la Mesa redonda: “Las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: presente y futuro”.

El conjunto de estudios que se reúnen en la presenta obra colectiva (o, si se quiere, libro “Actas” de las Jornadas), se enmarcan en una serie de actos conmemorativos de las décadas de protagonismo en la conformación de nuestra disciplina que han tenido las contribuciones de nuestras Jornadas Universitarias Andaluzas organizadas por el CARL en colaboración con todas las Universidades públicas andaluzas. Pero estas aportaciones no se limitan a mirar el pasado -y menos a hacerlo con nostalgia-, sino también hacia

el futuro. Constituyen no sólo un análisis y balance del desarrollo y puesta en práctica de nuestras instituciones del Derecho del Trabajo y del propio Sistema de Relaciones Laborales en los últimos decenios, sino también una reflexión sobre la coyuntura histórica actual del Derecho del Trabajo y de las Relaciones Laborales y, con ello, de la función de la legislación del trabajo dentro del mismo. Lo cual resulta de singular interés también para las propuestas de renovación -o incluso “refundación”- de nuestra disciplina especialmente atenta a las estructurales en curso en todos los órdenes integrantes de una sociedad contemporánea mundializada.

Es de señalar aquí el protagonismo que en ese impulso han tenido los presidentes del CARL, y para no hacer más historia de la necesaria, es suficiente hacer referencia a la excelente labor que han venido llevando a cabo los dos últimos presidentes (Ángel Gallego Morales y José Manuel Gómez Muñoz, nuestro actual Presidente). Las instituciones persisten más allá de sus elementos personales, pero todos sabemos la trascendencia que tiene quienes las dirigen, presiden y organizan. Así que, en este contexto, vaya mi más sincera gratitud hacia ellos -que son también grandes amigos y colegas universitarios-, y ahora muy especialmente a José Manuel Gómez Muñoz, el cual ha impulsado con entusiasmo y en todo momento la celebración de las “XL Jornadas Universitarias”. También creo, en justicia, subrayar el papel que han tenido en el éxito de estas Jornadas Eduardo Candau, Secretario General del CARL, los miembros del Comité Científico, que han estado en todo momento presentes en la determinación de los ponentes y moderadores, y asimismo los que han estado junto a mí en las cuestiones de intendencia (destacar, señaladamente, entre otros miembros integrantes del Departamento, a los profesores María Nieves Moreno Vida, Juan Antonio Maldonado Molina, Belén del Mar López Insua, y asimismo a Fernando Hermoso, Secretario administrativo del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Granada).

Lo que significaban estas “XL Jornadas Universitarias” explica de por sí, al menos en gran medida, el porqué de la estructura que se acordó por el Comité Científico de dichas Jornadas, pues se daba entrada a los responsables de otras Jornadas organizadas por entidades y Asociaciones de enorme prestigio en un panel específico representativo y haciendo un balance de las experiencias en nuestros país y de los dilemas del futuro inmediato.

En el Acto de Inauguración intervinieron, por el orden habitual según se refleja el programa de las “XL Jornadas”, José Luis Monereo Pérez, Coordinador de las Jornadas y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; José Manuel Gómez Muñoz, Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rocío Blanco Eguren, Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo y Pedro Mercado Pacheco, Rector Magnífico de la Universidad de Granada.

Las “XL Jornadas” presentan una estructura singular respecto de las tradicionales Jornadas Universitarias “ordinarias” andaluzas, porque se trata significativamente de unas Jornadas de Celebración de ese XL Aniversario (y, por cierto, pudieron ser más si se hubieran realizado “on line” dos más durante el periodo de la Pandemia Covid-19, pero las circunstancias no fueron propicias para ello).

El desarrollo de las “XL Jornadas” -como se comprueba en el programa de las mismas- se estructura en tres paneles temáticos, que coinciden con las materias de preferente interés (y atención competencial) para las actividades propias del CARL, a saber: El Derecho del Empleo, la Negociación Colectiva y la Conflictividad Laboral, dando lugar

a “ponencias generales” de alto nivel científico, las cuales se han visto acompañadas de “ponencias específicas” de gran calidad.

La calidad de las ponencias específicas/comunicaciones ha sido de un gran nivel; hasta tal punto es así que el Comité Científico ha tenido que ampliar los premios a un número de diez (cinco principales y cinco accésits). Conforme al Acuerdo del Comité de las “XL Jornadas”, tras las correspondientes deliberaciones y análisis de los textos de las diversas “ponencias específicas” presentadas, que en la presente convocatoria han ascendido a treinta y tres, y teniendo en cuenta el interés y relevancia del tema abordado, la identificación de cuestiones significativas para el debate doctrinal y la claridad argumental y expositiva, se acordó por unanimidad otorgar de manera excepcional y con ocasión de las “XL Jornadas” los premios a las “ponencias específicas” presentadas por paneles de los tres temas abordados:

- 1º) Primer Panel: El Derecho del Empleo. Se otorgó el premio a la *mejor ponencia específica “Ex aequo”*: a la profesora Belén del Mar López Insua por su trabajo “Los trabajadores mayores como colectivo vulnerable: Derecho al trabajo versus protección social”. Y al Profesor Stefano Bini por su trabajo “Empleo juvenil y prácticas no laborales: reflexiones en la frontera con el nuevo contrato formativo”. Se otorgó, asimismo, premio de accésit en este primer panel al profesor Alejandro Zaldive Bassadone por su trabajo “La descarbonización del turismo desde un plano laboral y el empleo verde”.
- 2º) Segundo Panel: La negociación Colectiva. Se otorgó el premio a la mejor “ponencia específica” “Ex aequo” a la profesora Raquel Castro Medina por su trabajo “La mediación como herramienta efectiva en los procesos de descuelgue convencional: garantizando la resolución del conflicto desde un enfoque colaborativo”. Y al profesor José Manuel Sánchez Torrado por su trabajo “El alcance de las reglas de determinación del convenio colectivo en las contrata tras la reforma 32/2021”. Se otorgó, asimismo, premio de accésit en este segundo panel a la profesora Alexandra Lenis Escobar por su trabajo “La negociación colectiva para socios trabajadores cooperativistas”.
- 3º) Tercer Panel: La Conflictividad Laboral. Se otorgó el premio a la mejor “ponencia específica” “Ex aequo” a la profesora Cristina Ramírez Bandera por su trabajo “Los servicios esenciales en caso de huelga: marco conceptual, delimitación jurisprudencial e impugnación” y a la profesora María Isabel Granados Romera por su trabajo “Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos: ¿Opción política o mandato constitucional?”. Se otorgó premio de accésit en este tercer panel al profesor Alejandro Muros Polo por su trabajo “Nuevas formas de sustitución de las personas trabajadoras huelguistas en la industria 4.0”.

Tras la entrega de los premios a las “ponencias específicas” las “XL Jornadas” culminaron con la Conferencia de Clausura. Un gran cierre que hizo honor a las Jornadas y a la existencia de profundas controversias sobre el presente y el futuro de nuestra disciplina.

El Acto de Clausura se cerró con las intervenciones, en el orden habitual de protocolo, del Coordinador de las Jornadas, José Luis Monereo Pérez, la Secretaria de la Facultad de Derecho (por delegación del Decano, José Luis Pérez Serrabona, al cual le fue imposible asistir por estar de viaje oficial fuera de España), Concepción Rodríguez Marín, y el Presidente del CARL, José Manuel Gómez Muñoz.

Importa subrayar -por último, pero no menos principalmente- el éxito extraordinario de las “XL Jornadas”, tanto por la aludida calidad de todos los ponentes, como por la gran

asistencia presencial y telemática. A lo que cabe añadir el elevado nivel de participación activa de los asistentes en interlocución y diálogo comunicativo con los ponentes. Estas “XL Jornadas” han destacado sobremanera y con luz propia en la trayectoria de estos encuentros científicos y de “Derecho Vivo del Trabajo”.

PRESENTACIÓN: UN ANIVERSARIO PARA TOMAR NUEVO IMPULSO

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ
*Presidente del Consejo Andaluz de
Relaciones Laborales (CARL). Catedrático
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
de la Universidad de Sevilla*

Permítanme iniciar este saludo expresando mi satisfacción por la celebración de estas XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales cuando se cumple un año de mi mandato al frente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Es un placer y un honor compartir esta mesa con el Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad de Granada, Dr. Pedro Mercado y con la Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía, Excmo. Sra. Dña. Rocío Blanco, a quien quiero agradecer su permanente disponibilidad a participar en la actividad institucional del CARL. Querido José Luis Monereo, coordinador de estas Jornadas en tu sede de la Facultad de Derecho, muchas gracias por el esfuerzo organizativo que estoy seguro contribuirá al éxito de estas Jornadas. Querida María Emilia Casas, presidenta de la AEDTSS y Expresidenta del Tribunal Constitucional, gracias por el esfuerzo de agenda que has podido hacer para estar aquí. Querido Angel Gallego, expresidente de este Consejo, muchas gracias por tu participación y asistencia a esta efeméride.

La preparación de estas “XL Jornadas” ha supuesto un triple reto para el Consejo. En primer lugar porque en los tres años anteriores solo se han podido celebrar presencialmente una sola vez, en 2021 en la Universidad de Cádiz, con gran éxito de participación por el ansiado reencuentro tras la pandemia. Había, pues, que recuperar a la audiencia después de tantas experiencias telemáticas, aunque éramos conscientes de que las Jornadas se echaban en falta y había ganas de volvernos a ver físicamente. En segundo lugar, porque se trata de unas Jornadas de aniversario, unas Jornadas especiales, las más antiguas de España, cuarenta y dos años de edad exactamente si contamos las dos ediciones de 2020 y 2022 no celebradas, unidas aún en la lejanía del tiempo con aquellas primeras Jornadas de Córdoba en 1982 organizadas por Federico Durán, y las de 1983, las segundas, organizadas en esta Universidad de Granada organizadas por José Vida Soria. En tercer lugar, porque el formato diseñado es nuevo y ampliado, dando cabida a un mayor número de ponentes dentro y fuera de nuestros entornos académicos y profesionales, lo que se evidencia en los tres paneles más cuatro mesas redondas programadas.

Tenemos la intención de proyectar las Jornadas Universitarias Andaluzas dentro y fuera de nuestras fronteras. Hacia dentro, integrando a un mayor número de participantes de nuestras universidades y animando a todas a inscribir cuantos más asistentes mejor.

Queremos volver a recuperar la relación habitual que el CARL mantenía con los colectivos profesionales más significativos para nuestra área de competencias en el mundo de las relaciones laborales, los inspectores de trabajo, los magistrados de lo social, los abogados laboristas y los graduados sociales. También queremos recuperar para estas Jornadas a los mediadores, que constituyen la razón de ser de nuestro SERCLA. Hacia fuera, porque queremos integrar el conocimiento que procede de universidades no andaluzas, para enriquecer el contraste de visiones e ideas y aprovechar estas sinergias para hacer crecer la relevancia de esas Jornadas, las más antiguas del sur de Europa. Tenemos redes de investigadores por todo el mundo, vinculados a nuestros proyectos de investigación o a convenios institucionales entre universidades. Aprovechemos esta riqueza en beneficio de las Jornadas Andaluzas.

Creer para ser relevantes es uno de los objetivos de esta presidencia. Aprovechar el impulso del cuarenta aniversario es una oportunidad que no debemos dejar pasar. Crecemos con la incorporación, por vez primera, de una universidad privada, la Universidad Loyola, a la que damos la bienvenida, y con la incorporación de la Universidad Internacional de Andalucía con la que el CARL mantiene estrechos vínculos convencionales. Como en la parábola de los talentos, el riesgo de no crecer es pasar a la irrelevancia, lo que no podemos permitirnos pues las Jornadas son la manifestación más potente de la fuerza académica que el Derecho del Trabajo y las Relaciones Laborales atesoran en Andalucía.

El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales se encuentra en una nueva etapa institucional que cuenta con el apoyo cerrado de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, cuya titular, Dña. Rocío Blanco, ha asumido como propia la planificación de objetivos que le presentamos en noviembre de 2022. Este ha sido un año frenético para el CARL, y aún quedan por delante casi dos meses. Anoche cerramos *in extremis* la negociación del convenio colectivo del campo de Granada que llevaba decaído desde 2018, siendo éste el primer encargo que recibimos de la Consejera al tomar posesión. Hoy lo hemos firmado ante la propia Consejera en la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Granada. El Consejo cumple así con sus fines legalmente establecidos, impulsar la negociación colectiva en Andalucía, y lo hace, lo sigue haciendo, a pesar de la modestia de nuestro presupuesto y las limitaciones impuestas por la exigua plantilla con la que contamos. Para mejorar ambas cosas estamos trabajando de la mano de la Consejería.

No podemos dejar de hacer referencia a los logros conseguidos en este primer año de esta nueva fase institucional, porque reflejan el magnífico esfuerzo de los miembros del Consejo, tanto de su personal como de las organizaciones sindicales, UGT y CCOO, y empresariales, CEA, que componen su comisión permanente. Sin duda alguna, el primero y más importante ha sido la firma del II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva de Andalucía (2023-2025), logrado en ocho meses de intensa negociación y riguroso trabajo, y que incorpora aspectos esenciales del V AENC firmado en mayo de 2023, y da satisfacción a los compromisos del Pacto Social y Económico por el Impulso de Andalucía, firmado en marzo de 2023. Hemos procedido, igualmente, a formular la reforma técnica del SERCLA, aprobada por su comisión de seguimiento, y a la espera tan solo del ajuste presupuestario correspondiente. Tenemos el mejor sistema extrajudicial de resolución de conflictos laborales de España, y solo en la senda de la mejora de la formación de mediadores y de la atención a las partes en conflicto podremos mantener esta posición de privilegio. También hemos aprobado en nuestro pleno, el Código Ético de actuación ante el SERCLA, al que se han adherido numerosas instituciones y colegios profesionales,

firmándose hoy en este acto el acta de adhesión de ASNALA cuya presidenta nos hace el honor de acompañarnos hoy en la segunda de nuestras mesas redondas.

Del mismo modo, y en esa vocación de crecimiento, hemos puesto en marcha una política propia de comunicación social de la que carecía el Consejo, de forma que nuestra presencia en prensa, medios de comunicación y en redes sociales sea la expresión más clara no solo de la permanente actividad institucional que desarrollamos, sino también de la intensa acción de impulso del CARL en el campo de la negociación colectiva y de la resolución de los conflictos laborales en Andalucía. En esta línea vamos a poner en marcha en 2024 la Cátedra de Negociación Colectiva Laboral de Andalucía, bajo convenio institucional con la UNIA, que será la base de la Escuela de Negociación Laboral de Andalucía, que con sede en el CARL, será el instrumento para la formación de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de sector de Andalucía. Igualmente, y de la mano de la UIMP, vamos a consolidar el Curso de Capacitación para la Mediación Laboral de Andalucía, cuyo programa piloto ya ha concluido y ha sido evaluado en el TAMIB y que queremos exportar como modelo de formación permanente para mediadores de toda España.

En este proceso de crecimiento y mejora que hemos puesto en marcha las Jornadas Universitarias Andaluzas tienen un papel central. El CARL va a adoptar una posición de iniciativa y liderazgo en la transformación de las Jornadas, y lo va a hacer de la mano de las Universidades a las que estas Jornadas pertenecen. Saldremos pues de la mera posición de gestores y financiadores de las Jornadas para dirigir, de vuestra mano, el proceso de transformación que necesitan las Jornadas más antiguas de España aprovechando el impulso de estos primeros cuarenta años. ¿Qué son cuarenta años contemplados desde los más de cinco siglos que alumbran a nuestras universidades de Granada y Sevilla?

Para la proyección interna y externa de las Jornadas, imprescindible para seguir siendo influyentes y poder seguir creciendo, necesitamos la implicación financiera de los numerosos grupos y proyectos de investigación de los que los Departamentos y Áreas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Andalucía son referentes a nivel nacional por su número y su calidad. Solo compartiendo esta corresponsabilidad económica podremos seguir creciendo. El CARL necesita disponer de los recursos económicos que se invierten íntegramente en las Jornadas Andaluzas para diversificar y ampliar su oferta formativa, incorporar a su actividad institucional a los colectivos profesionales del mundo laboral, como ocurría en etapas anteriores de mayores disponibilidades presupuestarias, y poder realizar con las universidades los estudios, informes y observatorios que han dejado de realizarse en los últimos años por razones económicas. Estamos en un proceso de reestructuración racional y eficiente del gasto para hacerlo más operativo y volver a recuperar el elenco de actos académicos que retroalimienta nuestra presencia institucional en toda Andalucía, la del Consejo y la de nuestros Departamentos, Áreas, grupos y proyectos de investigación. Repartiendo el esfuerzo y corresponsabilizándonos en la organización y mantenimiento financiero de las Jornadas estoy seguro de que conseguiremos esa senda de crecimiento institucional que a todos nos beneficiará.

Estamos ante unas Jornadas que alcanzan una madurez espléndida que se manifiesta en esta estructura de ponentes invitados de fuera de Andalucía y de los miembros de las mesas redondas que nos honran con su presencia personal e institucional, a los que quiero agradecer su participación y ofrecerles el Consejo como su propia casa. Muchas gracias a todos los ponentes generales y específicos por su esfuerzo académico que se verá refrendado en la publicación, así como a los moderadores de mesas redondas y a las relatoras por la eficiente gestión de los paneles expositivos que estoy seguro realizarán. Gracias a Federico Durán y a Paco Prados por hacer posible la clausura de esta

efeméride. Gracias al personal del CARL que ha trabajado durante semanas sin horarios para preparar técnica, logística y financieramente estas Jornadas de aniversario. Gracias especialmente a Eduardo Candau, nuestro Secretario General, a Águeda Ferraro, que se despide jubilosamente con estas Jornadas a las que tantos años se ha entregado, y a Encarni Bejarano, secretaria de la presidencia por su dedicación. Mi agradecimiento, de nuevo, a José Luis Monereo, coordinador de las “XL Jornadas” de sede, por las múltiples gestiones que ha tenido que realizar para que hoy estuviéramos en este espléndido marco de la multiseccular Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, acompañados de su Rector en la inauguración y de su Decano en la clausura. Y al personal de la Agencia de eventos que ha hecho posible la logística de acomodación y recepciones y la técnica de las sesiones que vamos a disfrutar.

Y a todos los presentes, los que habéis venido, porque venir a las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales es un acto de fidelidad universitaria, un acto de compañerismo entrañable y un acto de hermandad académica y profesional que nos dignifica y honra a todos.

Muchas gracias.

ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XL JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

En Granada a 10 de noviembre de 2023, reunido el Comité Científico de las XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Tras las correspondientes deliberaciones y análisis de los textos de las diversas ponencias específicas presentadas, que en la presente convocatoria han ascendido a 33, y teniendo en cuenta el interés y relevancia del tema abordado, la identificación de cuestiones significativas para el debate doctrinal y la claridad argumental y expositiva,

ACUERDAN

Otorgar de manera excepcional y con ocasión de las 40 Jornadas Universitarias Andaluzas los premios a las ponencias específicas presentadas por paneles de los 3 temas abordados:

PRIMER PANEL: EL DERECHO DEL EMPLEO

Se otorga el premio a la mejor ponencia específica “Ex aequo” a

Dña Belén del Mar López Insua por su trabajo “Los trabajadores mayores como colectivo vulnerable: Derecho al trabajo versus protección social”

Y a

D. Stefano Bini por su trabajo “Empleo juvenil y prácticas no laborales: reflexiones en la frontera con el nuevo contrato formativo”.

Otorgar premio de accésit en este primer panel a

D. Alejandro Zaldive Bassadone por su trabajo “La descarbonización del turismo desde un plano laboral y el empleo verde”.

SEGUNDO PANEL: LA NEGOCIACION COLECTIVA

Se otorga el premio a la mejor ponencia específica “Ex aequo” a

Dña Raquel Castro Medina por su trabajo “La mediación como herramienta efectiva en los procesos de descuelgue convencional: garantizando la resolución del conflicto desde un enfoque colaborativo”

Y a

D. José Manuel Sanchez Torrado por su trabajo “El alcance de las reglas de determinación del convenio colectivo en las contratas tras la reforma 32/2021”.

Otorgar premio de accésit en este segundo panel a

Dña Alexandra Lenis Escobar por su trabajo “La negociación colectiva para socios trabajadores cooperativistas”.

TERCER PANEL: LA CONFLICTIVAD LABORAL

Se otorga el premio a la mejor ponencia específica “Ex aequo” a

Dña Cristina Ramirez Bandera por su trabajo “Los servicios esenciales en caso de huelga: marco conceptual , delimitación jurisprudencial e impugnación”

Y a

Dña. M^a Isabel Granados Romera por su trabajo “Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos: ¿opción política o mandato constitucional?”.

Otorgar premio de accésit en este tercer panel a

D. Alejandro Muros Polo por su trabajo “Nuevas formas de sustitución de las personas trabajadoras huelguistas en la industria 4.0”.

PONENCIAS GENERALES

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL EMPLEO DE COLECTIVOS DE
ATENCIÓN PRIORITARIA

EVA GARRIDO PÉREZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

- 1. LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA EN EL EMPLEO: LOS NUEVOS PERFILES DE UNA INSTITUCIÓN YA CONOCIDA**
- 2. LA IDENTIFICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA**
- 3. IDONEIDAD Y EFICIENCIA DE MEDIDAS PROMOCIONALES PARA COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA**

1. LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA EN EL EMPLEO: LOS NUEVOS PERFILES DE UNA INSTITUCIÓN YA CONOCIDA

Los colectivos de especial dificultad ante el mercado de trabajo han gozado de una posición conocida y reconocida con cierta tradición dentro del ámbito de la ordenación y de la acción política en materia de empleo, si bien es una especie de institución a la que apenas se le ha prestado atención, precisamente por cuanto su reiteración en el tiempo parecía dotarla de escasa novedad y correspondiente poco interés para el análisis y debate académico¹. Las sucesivas leyes de empleo han venido referenciando a personas o colectivos que presentan mayores dificultades de inserción laboral, habitualmente con mención especial a jóvenes, mujeres, discapacitados, parados de larga duración, y mayores de 45 años, y a todos ellos se les convertía en destinatarios de diferentes programas y medidas de orientación, empleo y formación.

Desde la óptica de una persona que pertenece a alguno de los colectivos definidos como de difícil inserción en el mercado de trabajo, las medidas actuadas por los servicios públicos de empleo se han dirigido particularmente a orientar en la búsqueda de empleo y en la adquisición de capacidades, habilidades o formación profesional necesarias para el desempeño de un puesto de trabajo adecuado; actuaciones que se han venido acogiendo bajo esa denominación común ya conocida de itinerarios personalizados. Este planteamiento general admite lógicamente muchos matices y retoques de carácter complementario, especialmente para quienes la dificultad de inserción laboral no es más que manifestación de una primaria o básica exclusión social (o riesgo de la misma), pues en tales casos las medidas y actuaciones a desarrollar habrían de atender a frentes de dificultades sociales y de carencia de recursos básicos (vivienda, manutención, etc.). En este sentido, la desventaja social genera otro tipo de barreras y otras formas de discriminación distintas de las que se forjan en el mercado de trabajo, y por ende las medidas de protección frente a aquella deben ser necesariamente de distinto tenor para quienes se encuentran en situación de desventaja en su inserción laboral. Para estas personas, las dificultades pueden venir también de falta de formación o capacitación, o de la necesaria recualificación de algunos demandantes de empleo ante los cambios técnicos operados en los puestos de trabajo o ante procesos de reestructuración empresarial. Pero si se observa, también en muchos casos las dificultades de encontrar o mantener un puesto de trabajo deriva de una tradicional falta de oportunidades, de visión limitada o incluso discriminada antes la potencialidad de muchos perfiles habitualmente excluidos y por ende tradicionalmente incluidos en la lista de colectivos de atención prioritaria. El caso de las mujeres, jóvenes, personas con discapacidad, y parados de larga duración, es prueba y evidencia de lo que se está comentando.

A su vez, cualquier análisis de la política de empleo de nuestro país ha podido referenciar la larga tradición y trayectoria que ha tenido el sistema de bonificación en las cotizaciones de la seguridad social como mecanismo de incentivación a la contratación de esos colectivos particulares de especial vulnerabilidad ante el mercado de trabajo,

¹ Entre los estudios que total o parcialmente refieren a colectivos de atención prioritaria en el empleo, cabe mencionar AGUILAR GONZÁLVIZ, M.C., "Políticas de fomento del autoempleo por colectivos: jóvenes, mujeres y personas con discapacidad", en AA.VV. (Dir. J.M Gómez Muñoz) *Trabajo autónomo en España. Problemas y propuestas*, ed. Bomarzo, Albacete 2019-II; y *Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo*, Rev. Lam Harremanak, n° 46, 2021. BASCÓN MARÍN, J., *Los colectivos vulnerables. Personas con discapacidad, personas en situación de exclusión social, mayores de 45 años, desempleados de larga duración y jóvenes*. (en prensa); DOMÍNGUEZ MORALES, A., "Colectivos excluidos o postergados y negociación colectiva", en AA.VV. (Dir. C. Gala Durán y F.J. Calvo Gallego) *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*. Ediciones Laborum, Murcia 2018. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico social". Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social n° 404, 2016. HIERRO HIERRO, F.J., *Colectivos vulnerables e inserción laboral, retos y propuestas*. Editorial Dykinson, Madrid 2022.

conformando a veces, y para algunos de ellos, una ecuación bonificación- sujeto de fuerte arraigo entre las políticas de empleo que casi ha llegado a extremos de solidificarse. En paralelo, la contemplación de la radiografía laboral de los colectivos tradicionalmente considerados como de difícil inserción laboral, apenas ha variado, limitándose a recoger tasas de actividad, ocupación, paro y contratación de personas jóvenes, mayores de 45 años, mujeres, y migrantes, y muy escasamente de personas con discapacidad.

En efecto, esa radiografía laboral de estas personas y grupos ha sido permanentemente expresada con un elevado número de informes y análisis del mercado, instrumentos de medición, etc., como los que efectúa el SEPE, y su Observatorio de las Ocupaciones, con sus informes del mercado de trabajo en general y por colectivos. En ellos se analizan las actividades económicas, ocupaciones o empleos mejor posicionadas en el mercado de trabajo o con mejores perspectivas de empleo, se definen las competencias y necesidades formativas que requieren los trabajadores y las empresas, así como se localizan y se cuantifican en datos de evolución mensual e interanual las ocupaciones con crecimiento en la contratación por colectivos². En definitiva, hay un completo acceso informativo a los porcentajes de contratos y demandantes de paro de cada colectivo por tramo de edad, por género, por sectores económicos, y considerando las ocupaciones más contratadas y más demandadas. Se registra toda esta información de forma anual, trimestral, tanto estática como evolutiva. Se tiene un absoluto conocimiento DAFO de las fortalezas y debilidades, amenazas y oportunidades del mercado de trabajo para estos colectivos. Siendo así, surge ineludiblemente la cuestión de qué está fallando para que, a pesar de todas las medidas, políticas y programas de empleo destinados para ellos, determinados colectivos sigan manteniendo problemas muy serios y casi arraigados de empleabilidad. Pero es una cuestión que apenas se ha expresado y menos aún evidenciado con iniciativas de modificación o reforma de lo previsto y actuado al respecto, como luego se comprobará.

Por su parte, las iniciativas de actuación política formuladas en grandes planes y estrategias tampoco dejaban de expresar referencias a objetivos y programas de fomento y potenciación del empleo para personas e individuos de especial vulnerabilidad social y laboral, pero nada que particularmente llamara la atención por su novedad o singularidad³.

La cierta curiosidad que ahora se suscita en torno a estos colectivos no solo surge por esa reforma del sistema de bonificaciones previsto para su contratación, que se inserta como uno de los componentes palanca del Plan de Recuperación, Transformación, Resiliencia, y que de alguna manera se expresa en el RDL 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. También sin duda contribuye a este renacimiento

² Según Informe de Ocupaciones con tendencia positiva a septiembre de 2023 (SEPE): Las mujeres se concentran en la ocupación de “otros técnicos y profesionales de apoyo de actividades culturales y artísticas) y trabajadores de cuidados personales a domicilio”. Los extranjeros en cuidados personales, vendedores en tiendas y almacenes, cocineros, etc. Jóvenes menores de 30 años en “otros técnicos y profesionales de apoyo de actividades culturales y artísticas”. Los mayores de 45 años también esta última ocupación y en cuidados personales a domicilio. Las personas con discapacidad en barrenderos, operadores de máquinas de lavandería y tintorería, cajeros. Y los parados de larga duración en cuidados a personas en servicios de salud no clasificados, panaderos, pasteleros, profesores de enseñanza secundaria.

³ Obsérvese por ejemplo, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (aprobada por RD Legislativo 1069/2021, de 4 de diciembre), que se apoya en una serie de objetivos estratégicos o prioritarios, para focalizar la atención y el esfuerzo durante un periodo de tiempo (debiendo concentrar pues una parte significativa de los recursos a través de los planes anuales de política de empleo) y, entre ellos, se identifican, por un lado, el promover la activación y mejora de la empleabilidad de las personas jóvenes, con especial atención a los que presentan mayores deficiencias de formación y riesgo de precariedad laboral; y por otro lado, potenciar el empleo como principal instrumento de inclusión social, mejoran de manera prioritaria la activación e inserción de las personas en situación de desempleo de larga duración y los mayores de 55 años. Junto a esta mención, la Estrategia también se ordena hacia la consecución de objetivos estructurales, de naturaleza estable, para ser atendidos por los servicios públicos de empleo en su funcionamiento ordinario mediante servicios sostenidos a lo largo del tiempo, y entre los que se inserta el “Fomentar y sostener la contratación de colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo” dentro del Eje 3 relativo a oportunidades de empleo.

interés por los colectivos desfavorecidos o de especiales dificultades en el empleo, las novedades que respecto de ellos ha introducido la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en adelante, LEM'23), y que no se limitan a dotarles de una nueva denominación o calificación (colectivos de atención prioritarios), sino que fundamentalmente se dedican a ampliar los colectivos de forma considerable, e incluso cabría decir inusual.

No obstante, su análisis no puede quedar circunscrito a la novedad y a dar razón del por qué se produce tal ampliación o del motivo que explique la inserción de algunas personas o grupos sociales, de modo que aun dentro de las limitaciones propias de un trabajo de estas características, se pretende abordar el análisis de los colectivos de atención prioritaria en el empleo desde dos planos diferenciados pero complementarios entre sí: por un lado, el de la oportunidad y justificación de la existencia misma de colectivos seleccionados como prioritarios dentro de la general ordenación de la política de empleo en nuestro país; y, por otro lado, el de eficiencia y eficacia de las medidas de protección y promoción de su empleabilidad. Y proyectando tanto para uno y otro plano de análisis, y en línea evolutiva respecto de contextos y ordenaciones anteriores, el impacto de la nueva Ley de empleo de 2023, así como del RDL 1/2023 a la hora de definir el escenario actual en el que deben moverse los colectivos de atención prioritaria y las medidas de fomento de su inserción laboral ya adoptadas y las que puedan adoptarse en el futuro.

2. LA IDENTIFICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LOS COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA

La mención a colectivos de atención prioritaria da nombre al Capítulo V (artículos 50 a 54) de la LEM'23, cerrando su Título III dedicado a Políticas Activas de Empleo. Por lo pronto contrasta el enfoque metodológico y sistemático realizado por la LEM'23 en relación con el utilizado por la anterior Ley de Empleo de 2015 en lo que a estos colectivos se refiere. En esta última norma, tan solo se destinaba un artículo a los denominados colectivos prioritarios, dentro del capítulo dedicado al “acceso de las personas desempleadas a los servicios”, para resaltar que dentro de estos se desarrollará un enfoque personalizado, con un itinerario individual y particular de empleo en atención, entre otras circunstancias, a la pertenencia a esos colectivos definidos como prioritarios. Y tan solo a ello aparentemente se circunscribía el enfoque de la norma de empleo de 2015 para tales colectivos.

Por contra, la LEM'23 presenta la novedad sistemática, más lógica y coherente, de insertar la mención a los colectivos de atención prioritaria en sede de políticas de empleo, en tanto que es desde una configuración amplia e integradora de las mismas que se entienden los programas de orientación, intermediación, empleo, mejora de la empleabilidad de las personas y de elevación de sus posibilidades de acceso al empleo digno y sin brechas de género. Sin embargo, es de sobra conocido y más que evidenciado, que hay determinados colectivos donde ese pretendido, y buscado finalísticamente, ajuste entre oferta y demanda se evidencia menos, y por ende para quienes se deben dedicar más esfuerzos mediante una atención especializada, haciendo que su empleabilidad se erija pues como objetivo prioritario de las políticas activas.

Ahora bien, esta mejor sistemática que presenta la contemplación de los colectivos de atención prioritaria en el conjunto de la ley, no oculta ni minimiza algunas cuestiones de índole material o sustancial ni son tampoco solventadas en la norma, cuales son la calificación de los colectivos, su identificación y su justificación jurídicamente objetiva y finalista.

2.1. Calificación

De forma muy básica y simple, cabe apuntar que se califica algo para individualizarlo y separarlo del resto con fines u objetivos diversos. En el caso de la institución que nos ocupa, se trata de distinguir a unas personas, demandantes de empleo, de otras que también lo son, con la idea de dispensarles un tratamiento específico o particular en materia de empleo. Y como primera actuación, a esas personas, antes de expresar cómo se eligen o cuál sea ese tratamiento diferenciador, hay que dotarles de un nombre que las califique a todas ellas y que las englobe a pesar de las distinciones existentes o que puedan existir entre las mismas.

Al respecto, durante años, y bajo distinta normativa sobre empleo, se ha venido hablando de colectivos vulnerables, aunque no fuera éste el calificativo utilizado por la norma en cuestión, que por el contrario se ha venido refiriendo a ellos como los de especiales dificultades de inserción laboral o de integración en el mercado de trabajo, y más ampliamente como “colectivos prioritarios” (art.30 Ley de Empleo 2015). Esta genérica alusión parecería dotar a sus integrantes de una posición privilegiada o cuanto menos diferenciada en el integral conjunto de medidas, actuaciones o políticas de empleo, pues tampoco se indicaba en la norma en qué aspectos, o líneas de acción dentro de ese conjunto iba a situarse o encontrar sentido el carácter prioritario de esos colectivos. O, dicho de otro modo, en qué iban a ser prioritarios.

Esta falta de especificación o justificación de la prioridad asociada a unas determinadas personas demandantes de empleo, más allá de ese apunte a la existencia de itinerarios especiales o individualizados para ellas, no constituye pues la mejor garantía en orden a la efectividad de un tratamiento particular para favorecer su integración en el mercado de trabajo, cuando al fin y al cabo es la idea guía o inspiradora en la selección de determinadas personas con especiales circunstancias ante el empleo.

La LEM'23 recoge esta tradición y nuevamente se refiere a colectivos prioritarios. Lo hace ya en la exposición de motivos en la primera ocasión que hace mención a ellos, aludiendo al “ajuste simultáneo entre oferta y demanda de empleo, garantizando a las personas pertenecientes a colectivos prioritarios una atención especializada, que se erige por tanto en objetivo prioritario de las políticas activas de empleo”. Pero, si se observa, en el texto articulado se sustantiva el calificativo, de manera que los colectivos no son los prioritarios sino la atención que se les va dispensar a los mismos, aunque este orden del calificativo no altera en sí mismo el significado de lo calificado, y que es, en última instancia, la necesidad de diseñar y programar acciones y medidas específicas que mejoren la empleabilidad de tales personas de manera preferente a otras generales iniciativas de empleo y respecto de otras personas desempleadas. Cuestión distinta es el grado de prioridad que pudiera asociarse a determinadas medidas o iniciativas de empleo dirigidas a ciertos colectivos a los que otorgar esa atención prioritaria, y si los así seleccionados efectivamente requieren de ese tratamiento preferente.

2.2. Identificación

Inicialmente podría decirse que en la letra de la norma (art.50 LEM'23) los colectivos están identificados, nominados, pero no con suficiente claridad al condicionarse su última identificación a cláusulas y remisiones generalistas. Es decir, por un lado, en el art.50 aparecen nombrados hasta un total de 20 colectivos o categorías de personas, sin que resulte en modo alguno una lista cerrada en cuanto que, por cláusula general, caben otros colectivos de especial vulnerabilidad que sean sujetos de atención prioritaria en las políticas de empleo o que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de

Empleo. A esta vía abierta y absolutamente incondicionada a una ampliación de sujetos a través de instrumentos o mecanismos propios de apoyo activo al empleo, se une la remisión a lo que se dispusiera en las CCAA. Siendo así, junto a los colectivos listados del art.50, a los que se les agrega la etiqueta o calificativo de vulnerables y de común proyección a nivel nacional, es decir, de atención prioritaria desde las políticas públicas a nivel estatal o territorial inferior, las CCAA podrían identificar particularmente otros, que serían en consecuencias colectivos prioritarios propios, “con el fin de prestarles una atención diferenciada a la vista de las peculiaridades de los distintos territorios”.

Pero lo más llamativo de este proceso de identificación de los colectivos vulnerables de atención prioritaria, es que no se indica el criterio o criterios utilizados para tal identificación, ni se apunta para justificar la selección o identificación de los nominados expresamente en el art 50 LEM’23, ni tampoco se predetermina a los efectos de que las CCAA identificaran a sus propios colectivos de atención prioritaria.

Y sorprende tal ausencia considerando que la propia exposición de motivos de la LEM’23 subraya que la identificación de estos colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, “en los diferentes niveles territoriales y funcionales del Sistema Nacional de Empleo, ha de hacerse en términos selectivos, generadores de una acción de empleo suficientemente diferenciada y, por tanto, eficaz”.

Preocupa por lo pronto el alcance o sentido de esa referencia a “selectivos”. Si por ello se quiere aludir a la elección de determinadas personas entre otras, para dotarlas de una preferencia, entra sin duda en el concepto de selección o su efecto de personas seleccionadas, o elegidas con criterios selectivos. Pero en este proceso de identificar a los colectivos con términos selectivos, sigue faltando el elemento metodológico, esto es, cómo se eligen o se seleccionan, o lo que es lo mismo con qué criterio, principio o regla se procede a su identificación como tales.

En todo caso, parece que la selección debe llevar aparejada una acción de empleo suficientemente diferenciada, esto es, que para cada colectivo seleccionado sea factible asociar un plan de empleo específico, particular. En lectura inversa esta referencia se traduciría en no identificar como colectivo prioritario aquel al que no quepa o no sea posible delimitar una medida de empleo singular y diferenciada para el mismo que además tenga visos de cumplir su finalidad, esto es, que sea eficaz en orden a mejorar o ampliar su empleabilidad. Y, sin embargo, no es una ecuación que pueda percibirse a priori respecto del listado de esos colectivos de difícil inserción laboral, o al menos no de todos, puesto que sí se debe coincidir en la existencia de acciones diferenciadas asociadas a algunos de ellos, más por ser de los colectivos tradicionales y ya conocidos que por ser el resultado de una previa operación de identificación conforme a determinados criterios de selección. De donde, la opción por seleccionar unos colectivos de atención prioritaria en el empleo pudiera estar, respecto de algunos de ellos, justificada en los objetivos, pero injustificada en los medios⁴.

Así pues, queda pendiente de resolver la cuestión de fondo de cuál sea el criterio básico de selección, aquel que pudiera dar una general y omnicomprendiva razón del

⁴ Ciertamente hay actuaciones que no tienen una directa relación de causalidad con la empleabilidad de colectivos prioritarios y según la caracterización de esos colectivos prioritarios. Póngase como ejemplo las ayudas para proyectos de formación y asesoramiento en economía verde y azul, en el marco del programa *empleoverde* (una iniciativa específica para el impulso y la mejora del empleo, el emprendimiento y el medio ambiente, dotando con importantes ayudas económicas proyectos y actuaciones dirigidas a personas desempleadas, trabajadoras o emprendedoras, con el objetivo de mejorar su empleabilidad y cualificación en la economía verde y azul). Ahora bien, sin que quede especificada o justificada la idoneidad de estas medidas para determinados colectivos de atención prioritaria, se seleccionan algunos de ellos como colectivos prioritarios de estos proyectos subvencionados (mujeres, jóvenes de hasta 35 años, personas de 45 años, inmigrantes o con discapacidad y residentes en áreas protegidas y zonas rurales) sin que expresa o implícitamente se clarifique por qué estos y solo estos son los prioritarios de este tipo de proyectos. (Vid.

por qué tales personas o colectivos aparecen en la mención o listado que consta en el art.50 LEM'23. Cierta dato estadístico en función de determinados niveles o parámetros de “desempleo”, pudiera resultar útil para justificar la selección de algunos colectivos como de atención prioritaria, como sería el caso por ejemplo de jóvenes o personas con discapacidad, pero difícilmente sustentaría la opción selectiva de otros, en buena medida porque ni tan siquiera se dispone de datos de empleo o desempleo de algunas de las personas identificadas como de atención prioritaria.

Considerando un criterio de general alineamiento con todos los colectivos mencionados en la norma u otros que pudieran identificarse como tales en atención a sus cláusulas de remisión, dicho criterio bien pudiera ser el de la vulnerabilidad, cualidad que recae en una persona que es susceptible de sufrir un riesgo físico, moral o también social, como es el de ser excluido de la sociedad en la que quiere insertarse y vivir colectivamente, y más aún encontrar barreras para incorporarse en el mercado laboral, conforme a la premisa indiscutible del trabajo como mecanismo básico de inserción social.

Pero no necesariamente quien es vulnerable laboral lo es también social, o viceversa, de ahí que no deban tratarse ambas situaciones como sinónimas o de igual tratamiento, pues difieren no solo por el contexto en el que se manifiesta esa vulnerabilidad sino también por las medidas o actuaciones dirigidas a mitigarla o solventarla.

Cierto es que la inserción social pasa necesariamente, pero no de forma exclusiva, por la inserción laboral, por desarrollar una profesión u oficio como parte esencial de una estructura social que hace que esta se mantenga y progrese. De ahí que exista esa íntima conexión entre una y otra vulnerabilidad, pues quienes tienen dificultades de insertarse en el mercado de trabajo, se encontrarán también en riesgo de exclusión social. Y viceversa: las personas vulnerables sociales, aquellas que se topan con barreras para su integración social, encontrarán sin duda especiales dificultades para su inserción laboral, de donde la vulnerabilidad laboral deriva directamente de la social.

De ahí cierta confusión implícita o pretendida entre determinados colectivos vulnerables que lo son sociolaborales, con una falta de empleo y dificultad de conseguirlo que tiene como causa o efecto el riesgo de exclusión social. Sería el caso por ejemplo de personas con discapacidad, mayores, personas sin hogar, refugiados, inmigrantes, personas reclusas, etc. Colectivos que requieren consiguientemente medidas que contrarresten esa vulnerabilidad sociolaboral y que por ende persigan su inserción o integración sociolaboral con itinerarios muy personalizados y adecuados a las circunstancias que presente el individuo, incluso más allá de los elementos de caracterización del colectivo de pertenencia, con inclusión de aquellas actuaciones de capacitación y formación que permita a la persona en cuestión alcanzar o desarrollar aquellas habilidades sociales o conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio de una profesión o puesto de trabajo apropiado. El hecho de que algunos de estos colectivos vulnerables sociales aparezcan en el listado de los colectivos de especial atención en el empleo, puede venir justificado por esa vulnerabilidad social que suele aparecer como premisa; o, en otros términos, el criterio utilizado para su selección como colectivos prioritarios para el empleo, específicamente el de su vulnerabilidad social que requiera medidas de integración sociolaboral.

Ahora bien, no siempre es manifiesta esta ecuación vulnerabilidad social y vulnerabilidad laboral, y no lo es tratándose de personas que suelen identificarse como de difícil inserción en el mercado de trabajo y sin embargo como categoría general no están señaladas como de especial riesgo de exclusión social, como sería el caso de mujeres o

jóvenes. En tales casos, cuando su inclusión entre los colectivos de atención prioritaria en el empleo no se sustenta en una vulnerabilidad social de partida, el criterio de selección habría de responder a otro parámetro que surja directamente de indicaciones o evidencias propias del mercado de trabajo. Ahora bien, cuál sea este parámetro es una pregunta de difícil respuesta al menos en términos generales. Es cierto que a priori la dificultad de encontrar o mantener un puesto de trabajo para determinados colectivos podría sustentarse en datos estadísticos que así lo corroboraran, y además en una cierta prolongación temporal que reflejara la entidad cuantitativa de esa señalada vulnerabilidad laboral. Sin embargo, esta aproximación no sustenta la selección de todos y cada uno de los colectivos indicados como de atención prioritaria y que no responden aparentemente a una especial dificultad ante el mercado de trabajo. O, en otros términos, de algunos colectivos, especialmente de aquellos que ya son tradicionales o inerciales como prioritarios en el empleo, se cuenta con evidencias estadísticas, reales, de vulnerabilidad laboral, pero no sucede así en particular en los de nueva o más reciente aparición.

Consiguientemente, el confusionismo de categorías que no son intercambiables (vulnerables sociales y vulnerables laborales) y la ausencia de criterios claros y expresos de selección, está en la base misma del listado que se encuentra en el art. 50 de la LEM'23. Si bien, a efectos puramente sistemáticos, las personas o colectivos mencionados los podemos agrupar bajo dos categorías diferenciadas que evidencian una distinta caracterización y pretendida justificación.

(A) Personas con problemas de empleabilidad (vulnerabilidad laboral)

Dentro de esta categoría se insertarían aquellas personas cuya vulnerabilidad laboral es tradicional y más que evidenciada, y sin que necesariamente se asocie a una subyacente vulnerabilidad social. Son quienes siempre aparecen entre las actuaciones de fomento del empleo como los de mayor preocupación por su empleabilidad: jóvenes, mujeres, mayores de 45 años, parados de larga duración y personas con discapacidad, pero con ciertas matizaciones o particulares adiciones de suma relevancia.

Así, los jóvenes se mencionan sin una horquilla de edad, aun cuando ello no es tan relevante por cuanto la franja general y tradicionalmente acogida es la de 16 a 30 años. Pero sí debe destacarse cómo se huye de una excesiva generalidad en la referencia a los jóvenes, lo que podría distorsionar el sentido de las medidas a adoptar, por cuanto que no es lo mismo una actuación dirigida a jóvenes de baja cualificación profesional que la destinada a quienes han finalizado unos estudios universitarios. De ahí la referencia particular en el art.50, a modo de subcolectivo prioritario, a los jóvenes con baja cualificación.

Sucede un tanto de lo mismo con las mujeres, en cuanto que en ellas puede concurrir una doble, triple o plural condición de dificultad para su empleabilidad. De ahí que resulte conveniente que la LEM'23 eluda la mención genérica a las mujeres y efectúe por el contrario una mayor definición del colectivo protegido en atención a rasgos que asociados a las mujeres les genere una particular o mayor vulnerabilidad social y por ende también laboral, como son en concreto las mujeres de baja cualificación y las mujeres víctimas de violencia de género, sin olvidar que ese otro colectivo mencionado en el art.50, las víctimas de trata de seres humanos, tiene un alto componente femenino.

Por su parte, los mayores de 45 años y parados de larga duración, son de los colectivos más tradicionales y que se mencionan sin más cambios o especialidades en su identificación, es decir, sin alteración alguna respecto de la franja de edad (para

unos) y del periodo prolongado de desempleo acreditado (para otros), que se ha venido requiriendo para estos colectivos durante más de una década.

Igualmente, el colectivo de las personas con discapacidad ha sido quizás el más desfavorecido desde el punto de vista de su empleabilidad, y lo ha sido tradicionalmente, insertándose siempre en los listados de beneficiarios de medidas de promoción y protección. Su aparición pues entre los colectivos de atención prioritaria en el art.50 LEM'23 puede que sea de la más justificada desde el plano de los objetivos, pero puede que no lo sea tanto desde el plano de los resultados, a la vista de que el importante esfuerzo económico de apoyo a su empleabilidad, tanto por subvenciones como por bonificaciones a la contratación, sea en mercado protegido (representado por los Centros Especiales de Empleo) o en el ordinario, o ya sea para el tránsito desde uno a otro (a través fundamentalmente de los enclaves), no ha proporcionado mejores datos de inserción laboral de este colectivo a lo largo de todos los años de operatividad de las medidas previstas⁵.

Junto a estos colectivos tradicionales, debe incluirse dentro de esta categoría de personas con vulnerabilidad laboral, y sin una clara evidencia de problemas de inserción social, a las personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración.

Cierto es que los trabajadores excedentes de empresas en reestructuración han sido, por lo general, sujetos beneficiarios de ciertas medidas pasivas de empleo y de algunas y contadas iniciativas de favorecimiento de su empleabilidad, pero es la primera vez que aparecen reseñados como colectivos de atención prioritaria, posiblemente con el fin de dar general carta de naturaleza y atraer particularmente al escenario público del fomento del empleo, de particulares iniciativas que se han desarrollado en empresas de sectores en reestructuración y en ciertas agencias de colocación especialmente dedicadas a las recualificación y reinserción laboral de estas personas trabajadoras excedentes de empresas en determinados sectores de actividad.

Asimismo, hay que acoger bajo el grupo de personas con problemas de vulnerabilidad laboral, a aquellas otras que menciona el art.50 y que también aparecen como novedad entre los colectivos de atención prioritaria para el empleo: las personas con capacidad intelectual límite y las personas con trastornos del espectro autista.

(B) Personas con dificultades de inserción social (vulnerabilidad social)

Bajo este segundo grupo general habría que acoger al resto de personas y colectivos mencionados por el art.50 LEM'23, para quienes determinados rasgos o circunstancias personales o familiares, les sitúa en una posición de dificultad de inserción social de la que carecen quienes no poseen tales rasgos o no se encuentran en tales circunstancias.

Es conforme a tal criterio que con carácter general se identificarían a:

- a) Personas afectadas por drogodependencias u otras adicciones.
- b) Personas migrantes.
- c) Personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos étnicos o religiosos.
- d) Personas en situación de exclusión social.

⁵ El mecanismo de la incentivación económica de la contratación no termina de compensar los gastos que en ocasiones tiene que efectuar una empresa que acoge a una persona con discapacidad, en atención precisamente a determinados grados de discapacidad. Los aspectos formativos, de adaptación ergonómica y de cambios estructurales pueden reprimir el interés por la contratación de una persona con discapacidad. Los denominados ajustes y adecuación entre las condiciones personales del trabajador con discapacidad a las características del puesto de trabajo, siguen sin ser explorados desde la práctica, ni ordenados en la teoría normativa o reglamentaria, cuando sin embargo tales medidas promocionales, con adecuadas ayudas económicas, podrían ser más atrayentes para las empresas a la hora de tomar la decisión de contratar a personas con discapacidad.

- e) Personas del colectivo LGTBI (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales), y en particular *Trans*.

Junto a las anteriores, se identifican dentro de este grupo a personas en condiciones de riesgo personal:

- a) Víctimas de terrorismo.
- b) Beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional (entiéndase refugiados, demandantes de asilo, etc.).

Y también a personas con especiales circunstancias familiares:

- a) Personas cuya guarda y tutela haya sido asumida por las administraciones públicas⁶.
- b) Personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género.
- c) Personas adultas con menores de 16 años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales⁷.

Es pues su vulnerabilidad social la cualidad distintiva de todas estas personas y de la que cabe derivar dificultades de acceso y mantenimiento de un puesto de trabajo, si bien por lo general no hay evidencias estadísticas que corroboren los parámetros de empleabilidad de tales personas en el mercado de trabajo, pues más allá de la existencia de informes o estudios particulares sobre la situación social y laboral de quienes se encuentran en estas circunstancias de vulnerabilidad, en los datos de movimiento laboral registrado del SEPE no hay referencias de empleo, paro y contratación de prácticamente todos los colectivos aquí mencionados en este segundo grupo, con la excepción de los migrantes. Así pues, y salvo que a partir de la nueva expresión de colectivos en el art.50 LEM²³ se produzca una ampliación de los sujetos de los que registran en datos estadísticos oficiales sus niveles de actividad y empleabilidad, se deberá mantener la premisa de que el rechazo social que pudieran sufrir algunas de estas personas también se proyecta en reticencias y resistencias desde el mercado de trabajo. Conforme a esta ecuación, la inserción laboral es la mejor medida para eludir los efectos más indeseables de esa exclusión social (o riesgo de la misma), y de ahí que pudiera estar justificada su inserción entre los colectivos cuya empleabilidad debe ser asumida con carácter prioritaria desde las políticas activas de empleo.

Ahora bien, tampoco es una ecuación que sirva para todos y cada uno de los colectivos mencionados en el art.50 y que aquí se insertan bajo el grupo de vulnerables sociales, ya que para algunos de ellos, más que una vulnerabilidad como expresión o constatación de problemas o dificultades reales de inserción social, se manifiesta una necesidad de especial protección y acogimiento social, como así sucede con las personas mencionadas como de especial riesgo personal o con especiales circunstancias familiares.

En todo caso no debe pasarse la oportunidad de apuntar, por un lado, la importancia de atender particularmente a quienes se encuentran en riesgo de pobreza o exclusión social y a las personas migrantes, como por otro lado, la novedad que presenta la mención al colectivo LGTBI como de atención prioritaria en el empleo.

⁶ Se considera pues que son personas que carecen de familia o la misma no está en condiciones de asumir sus deberes de protección, guarda y tutela, sea de un menor o de un mayor discapacitado o dependiente.

⁷ Téngase en cuenta no obstante que estas personas también pueden asociarse a la categoría de quienes se encuentran en riesgo en exclusión social, teniendo en cuenta que la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social AROPE (por sus siglas en inglés, *At Risk Of Poverty or social Exclusion*) puede desagregarse en función de distintas características de las personas como es el tipo de hogar, y según este indicador, el 49,2% de las personas que vivían en hogares formados por un adulto con hijos dependientes a cargo se situaba en riesgo de pobreza o exclusión social en 2022.

En efecto, debe preocupar seriamente el dato ofrecido por la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social AROPE (por sus siglas en inglés, *At Risk Of Poverty or social Exclusion*), y que se construye considerando la población que se encuentra en riesgo de pobreza, o con carencias materiales o con baja intensidad de empleo. Conforme a dicha tasa, un 26% de la población residente en España en 2022 se encontraba en tal riesgo de pobreza o exclusión social, siendo particularmente del 8.7% el porcentaje de población en situación de baja intensidad en el empleo⁸. Asimismo, los indicadores por CCAA en cuanto a tasas de riesgos de pobreza y de exclusión social deberían por lo demás ilustrar el refuerzo de aquellas medidas dentro de las políticas de empleo conducentes a mejorar los niveles de empleo que a la vez podrían redundar en una reducción de los niveles de pobreza⁹.

Por su parte, la pandemia y la guerra de Ucrania han puesto en especial riesgo a personas inmigrantes así como a las pertenecientes a grupos étnicos y religiosos, y por ende en situaciones de mayor vulnerabilidad laboral al contar con menos recursos y posibilidades de inserción en el mercado de trabajo, y riesgo de segregación ocupacional y de precariedad laboral, ofreciéndoles muy concretas actividades inseguras, informales y precarias, que varían dependiendo de su nacionalidad u origen racial o étnico (empleo agrario para unos, o de atención a dependientes para otros, o de servicios u hostelería para unos u otros).

Y respecto a la novedosa incorporación del colectivo LGTBI, en especial *Trans*, como de atención prioritaria en el empleo, se debe indudablemente a la influencia en la LEM²³ (coincidiendo en fecha de promulgación) de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, y en donde se dispone expresamente que las administraciones públicas deberán adoptar medidas adecuadas y eficaces que tengan por objeto, entre otros objetivos, promover y garantizar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral de empleo de las personas LGTBI (art.14). En todo caso, son motivos de orientación sexual o identidad de género los que indudablemente se encuentran tras la vulnerabilidad social y laboral de estas personas, No es la formación, o capacitación profesional o las habilidades técnicas o sociales adecuadas al trabajo que posean esas personas las que se objetan, sino tan solo motivos de discriminación que incluso se duplican, como em el caso de trabajadoras lesbianas (orientación sexual y género), a la hora de acceder o mantener un puesto de trabajo. Por otro lado, el aun notorio rechazo social hacia homosexuales afeminados cabe proyectarse del mismo modo en el ámbito laboral, especialmente cuando este es de presencia mayoritaria o dominio masculino. Las manifestaciones o expresiones personales más claras de una determinada orientación sexual o identidad de género, afectando pues a la estética, al aspecto y apariencia de la persona, especialmente en trabajos en los que se proyecta la imagen, pero incluso en aquellos en los que no resulta necesario, son pues las causas últimas de un mayor riesgo de exclusión y vulnerabilidad laboral para las personas incluidas en este colectivo¹⁰, y las

⁸ Este último componente del indicador se define atendiendo a los hogares en los que sus miembros en edad de trabajar (personas de 18 a 64 años, excluyendo los estudiantes de 18 a 24 años, los jubilados o retirados, así como las personas inactivas entre 60 y 64 cuya fuente principal de ingresos del hogar sean las pensiones) lo hicieron menos del 20% del total de su potencial de trabajo durante el año de referencia. Cfr. Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de condiciones de vida (ECV). Año 2022.

⁹ Es precisamente el dato que apunta de forma particular a la CCAA de Andalucía que cuenta con un 35,8 de tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (entre las más altas del país, considerando un 36,9% en Extremadura y un 36,2 en Canarias; frente a las Comunidades que presentan las tasas más bajas, como Navarra, con un 14,5% , o el País Vasco, con un 15,7%).

¹⁰ Y que por lo demás no solo se manifiesta al momento de su búsqueda y acceso a un puesto de trabajo, sino con la misma o mayor intensidad en el desarrollo de la relación laboral con conductas de rechazo, acoso, aislamiento, discriminación que en ocasiones finalizan con la salida prematura e involuntaria del mercado de trabajo por quien sufre estas o similares conductas.

que consiguientemente reclaman que tal vulnerabilidad social y laboral sea afrontada con políticas e iniciativas de integración e inclusión¹¹.

2.3. Justificación objetiva y finalista

Ya seleccionados e identificados unos colectivos en función de su mayor vulnerabilidad sociolaboral y sus dificultades de inserción en el mercado de trabajo, resta por analizar la adecuación jurídica de esta opción selectiva que se hace desde la norma y su coherencia finalista, es decir, su acomodo a los principios de igualdad y no discriminación que deben imperar en materia de empleo, y la constatación de una relación causa-efecto, que justifique la selección para la obtención de un determinado, proporcionado y apropiado fin.

Como premisa de partida debe recordarse cómo el derecho al empleo es un derecho constitucionalmente protegido, configurado como principio rector e inspirador de las actuaciones de los poderes públicos en su obligada orientación hacia la consecución y satisfacción de tal derecho por todos los ciudadanos. Aun considerando las limitaciones para su pleno ejercicio, las acciones dirigidas a posibilitar el acceso y mantenimiento del empleo no pueden derivar de una diferenciación de oportunidades para y entre los titulares de tal derecho que se sustente en rasgos personales y/o sociales que actúan con un efecto discriminatorio en las opciones de empleo. Esas circunstancias, bien delimitadas desde el diseño general del principio de igualdad y no discriminación en el art. 14 de la Constitución, se enfatizan y se completan desde la ordenación jurídica del empleo como derecho y como objetivo.

Aparece así la edad, conformando un criterio subjetivo que no puede actuar como factor objetivo para decisiones en materia de empleo con efecto discriminatorio. La prohibición de una distinción injustificada por razón de edad, debería proyectarse en cualquier tramo de edad y, sin embargo, no todos los tramos o intervalos de edad evidencian iguales circunstancias ante el acceso y/o mantenimiento del empleo. Siendo así, la constatación de que en determinadas franjas de edad las personas trabajadoras o demandantes de empleo pueden encontrar particulares barreras o un más frecuente rechazo en las opciones de trabajo, debería poner en marcha el principio de igualdad para identificar en particular a las personas de esos tramos de edad como de especial atención y para adoptar, consiguientemente, políticas o actuaciones específicas dirigidas a contrarrestar dichas situaciones. Similares consideraciones cabría proyectar si a la edad se alineara otra circunstancia personal o social que incrementara las dificultades de inserción o mantenimiento en el mercado laboral. Las combinaciones, desafortunadamente, se multiplican cuando se incorporan de forma acumulativa factores de género, discapacidad, formación, nacionalidad, origen racial o étnico, orientación sexual, etc.

La opción de hacer distinciones, a su vez, de otras tantas distinciones, seleccionando grupos o colectivos que presentan especialidades y rasgos distintivos entre sí y respecto de aquellos más amplios de adscripción general, no habría de casar con el propio principio de igualdad y no discriminación si no fuera por el apoyo constitucional de las

¹¹ Algunas CCAA ya acogen a este colectivo como beneficiario de medidas de fomento de empleo particularmente contempladas, aunque sin especificarse en concreto, una vez más, la relación de idoneidad material y finalista de tales medidas para la mejorar la empleabilidad de tales personas. Es el caso del programa contemplado en Gran Canaria de incentivos a la contratación de personas desempleadas pertenecientes a colectivos de difícil inserción (anualidad 2023), con el fin de contribuir a reforzar su empleabilidad y competencias profesionales²⁷. Como colectivos a los que se destina el programa, se identifican expresamente a desempleados de larga duración, mujeres, mayores de 45 años, jóvenes menores de 30 años, personas con discapacidad, y personas LGTBI, en particular *trans*., sin que en consecuencia se explique ni expresa ni implícitamente el por qué tal programa sirve material y finalísticamente tan solo a estos colectivos del listado de la LEM²³, pero no a otros de los mencionados en esta norma.

medidas de acción positiva y su firme traslación a un buen número de disposiciones normativas¹².

En efecto, el art.9.2 de la Constitución, imponiendo a los poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten lograr la igualdad real y efectiva de las personas, acoge y da amparo constitucional a las acciones positivas¹³, en actuación complementaria y necesaria al principio de igualdad y no discriminación del art.14, precisamente en aras, allí donde fuera necesario, de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la igualdad.

En palabras del Tribunal Constitucional, “la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial¹⁴. En otros términos, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades, lo cual justifica constitucionalmente preceptos, destinados a remover obstáculos que impiden aquella real igualdad en el trabajo “y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades¹⁵”.

Este apoyo desde la doctrina constitucional a medidas promocionales y protectoras destinadas a categorías de trabajadores que están sometidos a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él, con el fin de eliminar situaciones de discriminación existentes¹⁶, se despliega precisamente con las primeras actuaciones normativas que amparan la viabilidad de ciertas actuaciones preferenciales para colectivos que se encuentran con dificultades o desigualdades ante el mercado de trabajo. Por lo pronto, el ET de 1980 ya contemplaba, en una previsión de especial relevancia para la época, la facultad concedida al Gobierno para adoptar medidas de fomento del empleo de ciertos colectivos que expresamente mencionaba: trabajadores de edad, con capacidad laboral disminuida, desempleados y de quienes accedan al primer empleo. Medidas que podrían ser de reserva, duración o preferencia en el empleo, así como subvenciones y otras ayudas de incentivación (art.17). Una disposición que ha sobrevivido a años y reformas, manteniendo prácticamente la misma idea de medidas preferenciales con idénticas referencias, pero destinadas ya eso sí, con carácter general,

¹² Por ejemplo, para las personas con capacidad intelectual límite, la Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, ya disponía que el gobierno debía presentar “medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad intelectual límite”.

¹³ Como resume el ATC 119/2018, de 13 de noviembre, “las medidas correctoras de la desigualdad material, con las cuales se identifican las políticas llevadas a cabo por los poderes públicos que actualmente se conocen como de acción afirmativa (*affirmative action*) o de acción positiva (*positive action*), en terminología proveniente de los países anglosajones, y también como discriminación positiva, abarca un amplio espectro que comprende entre otras desde campañas informativas para la concienciación ciudadana y el estímulo a los colectivos históricamente desfavorecidos para el ejercicio efectivo de sus derechos, pasando por medidas de estímulo económico a las empresas para su contratación, hasta llegar a aquellas que pueden conllevar, en el ámbito del acceso y fomento del empleo público y privado, y a través de través del uso de diversas técnicas, una selección preferente -con la consiguiente exclusión de los demás candidatos- por razón de su pertenencia a dicho colectivo desfavorecido”.

¹⁴ STC 216/1991, de 14 de noviembre.

¹⁵ STC 109/1993, de 25 marzo.

¹⁶ Doctrina surgida inicialmente en materia de diferenciación por sexo (entre otras, SSTC 34/1981, de 10 de noviembre; 3/1983, de 25 de enero; 128/1987, de 16 de julio), y que ha llegado hasta fechas más reciente en materia de discapacidad (SSTC 172/2021, de 7 de octubre y 21/2023, de 27 de marzo).

a fomentar el empleo “de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”¹⁷.

La normativa específica sobre empleo ha seguido igual tradición de prever y orientar determinadas acciones para colectivos específicos. Así, la primera Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de empleo, disponía que el gobierno adoptaría “programas destinados a fomentar el empleo de los trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo, especialmente los jóvenes demandantes de primer empleo, trabajadores perceptores de las prestaciones de desempleo, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de cuarenta y cinco años de edad y minusválidos” (art.10), mencionando distintos beneficios que se podrían ofrecer a las empresas por contratación de dichos trabajadores¹⁸.

La posterior Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, planteaba como uno de los objetivos generales de la política de empleo, “asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años” (art.2.d); y referiría a políticas activas de empleo como “el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta propia o ajena, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social” (art.23). Idénticas referencias que se trasladan a los arts.2 y 37, respectivamente, del posterior RD Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Empleo. La más reciente LEM’23 reitera como objetivo de la política de empleo, y con términos más generales, “la atención especializada de colectivos prioritarios para las políticas de empleo y la eliminación de cualquier clase de discriminación asegurando políticas adecuadas de incorporación laboral dirigidas a los citados colectivos” (art.4.3), y subraya asimismo cómo uno de los objetivos prioritarios de las políticas activas de empleo es “garantizar, a las personas pertenecientes a colectivos prioritarios la prestación de los servicios especializados para facilitar su inserción laboral o, en su caso, el mantenimiento del empleo y la promoción profesional” (art.31).

En consecuencia, desde las normas de ordenación del empleo en nuestro país, la atención a determinados colectivos que presentan mayores dificultades de inserción laboral, se ha identificado como tradicional foco de consideración para las políticas activas de empleo, tratando con ellas de mejorar las posibilidades de acceso y mantenimiento del empleo de tales personas, y en suma de garantizarles esa igualdad de oportunidades y no discriminación que no siempre les ampara. Unas medidas de política activa de empleo que no se limitan a fomentar esa empleabilidad con programas de orientación, intermediación, formación, etc., sino que se orientan hacia actuaciones más incisivas, de acción positiva, en tanto que ya son medidas preferenciales y de claro favorecimiento, como son las desgravaciones, reserva de puestos, subvenciones por contratación o bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. Son precisamente estas últimas las que predominan entre las acciones positivas promocionales de los colectivos que se han

¹⁷ Así se mencionó por primera vez en igual precepto del ET de 1995 (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), y reiterado en el actual de 2015 (RD legislativo 2/2015, de 23 de octubre).

¹⁸ Se apuntaba en concreto la formación profesional gratuita y preferente; acciones de asistencia técnica, reconversión y orientación profesional; subvenciones directas a las empresas por incremento neto de plantillas, a través de contrataciones indefinidas y en jornadas completas; ayudas a los trabajadores en caso de movilidad geográfica, funcional o profesional de los mismos; becas y ayudas para la formación y perfeccionamiento profesional en el extranjero; y bonificaciones en las cuotas a la seguridad social.

venido identificado a lo largo del tiempo como de especiales dificultades de inserción laboral, y las que consiguientemente se amparan por la normativa general de empleo (al responder a objetivos concretos de política de empleo) si bien también responden al requerimiento de medidas de acción positiva que la normativa específica acoge para determinados individuos o grupos pertenecientes a tales colectivos, como así sucede con mujeres¹⁹, personas con discapacidad²⁰ o más recientemente para personas con capacidad intelectual límite²¹ y para el colectivo LGTBI²².

Se evidencia así de forma clara un acercamiento normativo a la igualdad de oportunidades desde la constatación, y aceptación, de que ciertas condiciones personales y/o sociales concurrentes en un demandante de empleo (como edad, género, discapacidad, nacionalidad, origen racial o étnico, identidad de género, etc.) sí están originando una fractura en esa igualdad de oportunidades actuando como causas de discriminación en el acceso o mantenimiento de un puesto de trabajo. Y es pues al amparo del principio de igualdad y no discriminación que se admitan y justifiquen operaciones de desglose y segregación, incluso hasta términos extremos, de colectivos desfavorecidos y de necesaria atención particularizada, para asociarles específicas actuaciones y políticas destinadas a favorecer y promocionar su derecho de empleo en iguales condiciones. Ahora bien, debe recordarse que para seguir recibiendo tal amparo y justificación, tales normas positivas, promocionales, especialmente protectoras, de corrección de situaciones de desigualdad o discriminación, han de responder a una adecuación de medios a fin (alcanzar el objetivo de eliminación de desigualdades), así como tener un carácter temporal mientras se constaten y permanezcan esas circunstancias sociales y laborales de desventaja y discriminación (cesando cuando se haya alcanzado los objetivos correctores y de consecución de la igualdad de oportunidades y trato), lo que implica una necesidad de revisión periódica al respecto²³.

Unos parámetros de constitucionalidad que deberían sobrevolar analítica y críticamente sobre algunas medidas específicas de protección y promoción en el empleo de ciertos colectivos que resultan ser más que inerciales (unas y otros) y también respecto

¹⁹ En 2007, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya se atrevió a pronunciar la viabilidad de las acciones positivas, conminando a los poderes públicos a adoptar medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad (art.11).

²⁰ Para las personas con discapacidad, ya inicialmente el art.8 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, refería a las medidas de acción positiva como “aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”. Ley derogada por RD Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que insiste en la misma necesidad de contemplar como medidas de acción positiva, “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”.

²¹ La Disposición Adicional 6ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, ya disponía que el gobierno debía presentar “medidas de acción positiva dirigidas a promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad intelectual límite”.

²² Para Colectivo LGTBI, se conceptúan como medidas de acción positiva, las “diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan” [art.3.f) Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI].

²³ En este sentido, STC 128/1987 de 16 de julio. Asimismo, el ATC 119/2018, de 13 de noviembre, subraya cómo el TC ha aceptado que la desigualdad de trato puede preverse por el legislador cuando su finalidad consista en revertir situaciones de una desigualdad material de oportunidades que afectan tradicionalmente a ciertos grupos de personas, bien que entonces y según lo recalca nuestra doctrina, el canon de control se torna más estricto tanto respecto de la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación, como de la ponderación de su carácter proporcional.

de las medidas de política activa que pudieran adoptarse para los nuevos colectivos de atención prioritaria mencionados en la LEM²³ o que así pudieran identificarse por la acción normativa o reglamentaria.

3. IDONEIDAD Y EFICIENCIA DE MEDIDAS PROMOCIONALES PARA COLECTIVOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA

La existencia misma de la figura de colectivos vulnerables o de difícil inserción en el mercado laboral se justificaba, como se ha indicado, en el objetivo de destinar para tales colectivos específicas medidas de protección ante dicha vulnerabilidad y de promoción de su empleabilidad. Consiguientemente, desde el momento mismo de su identificación como personas de atención prioritaria se han sucedido a lo largo de los últimos años, con mayor o menor singularidad, alcance e incidencia, un buen número de medidas, programas, iniciativas, actuaciones que resulta imposible, y por lo demás innecesario, detallar y describir, pero sin dejar de apuntar la dificultad intrínseca del adecuado y cabal seguimiento de las vicisitudes de muchas de esas acciones en cuanto a los sujetos destinatarios y al alcance económico de las mismas, a través de un *iter* promulgación-vigencia- derogación no siempre aclarado normativamente.

A las acciones planteadas y organizadas desde SEPE, se han unido las diseñadas y financiadas desde las Comunidades Autónomas, dando forma a un complejo, fragmentado, dispar y en buena parte desconocido panorama de medidas dirigidas a facilitar el tránsito hacia la inserción laboral de aquellos colectivos que presentaban esas dificultades ante el mercado de trabajo.

Cuando algunas de ellas encontraban puntos de coincidencia en contenidos y beneficiarios, e incluso cuando se repetían en sucesivas normas y convocatorias anuales, resulta lógico que surja de inmediato la cuestión de hasta qué punto las actuaciones, coordinadas o no, repetidas o singulares, están teniendo resultado en términos de eficacia, y hasta qué punto tras años de actuaciones particulares para colectivos diferenciados no se impone un control de seguimiento, una especie de auditoría que analice los resultados obtenidos por la aplicación de esas medidas y su idoneidad para alcanzar el objetivo prefijado de mejorar la empleabilidad de esos colectivos. Evitar la reiteración de medidas ineficaces, y cambiar de rumbo en la orientación de aquellas que pudieran tener mejores resultados, no es un objetivo o al menos una intención que haya destacado particularmente entre las orientaciones de política de empleo en este país, y en concreto respecto de los colectivos de especiales dificultades ante el mercado de trabajo.

De hecho, así ha sucedido con la tradicional y casi exclusiva actuación incentivadora de la empleabilidad de los colectivos vulnerables o de dificultad de inserción en el mercado de trabajo a través de la promoción de su contratación, bien en modalidad específica o bien mediante el apoyo económico a la contratación indefinida o temporal. Recuérdese al respecto la ya desaparecida opción contractual preferente para determinados colectivos, tratándose del entonces conocido contrato para el fomento de la contratación indefinida, nacido al amparo de la disposición adicional 1ª de 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 calidad²⁴. Un contrato que tan solo podía concertarse con ciertos desempleados y entre ellos señaladamente quienes pertenecieran a los ya tradicionales

²⁴ La Disposición Adicional 1ª, y por ende el contrato que conformaba su contenido, fue derogada por la disposición derogatoria única 1.b) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reformadel mercado laboral.

colectivos protegidos: jóvenes entre 16 y 30 años, mayores de 45 años, personas con discapacidad, parados con al menos tres meses ininterrumpidos como demandantes de empleo (a la fecha ya singularizados como de parados de larga duración), y solo a mujeres para ser ocupadas en profesiones u ocupaciones que presentaran menor presencia femenina²⁵. O también el posterior, pero ya también derogado²⁶, contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores (nacido al amparo del art.4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) que especialmente se bonificaba cuando se contratara bajo esta modalidad a jóvenes entre 16 y 30 años y a mayores de 45 años, utilizando el factor género, y solo de manera selectiva (contratación de mujeres en ocupaciones de menor representación), como elemento de mayor cuantificación de la bonificación prevista para la contratación de uno y otro colectivo²⁷.

Cierto que a principios de 2023 se ha promulgado una normativa que pareciera ser el fruto de esa necesaria revisión de las medidas de fomento del empleo que tradicionalmente han estado disponiéndose y ejecutándose para colectivos desfavorecidos, pero el RDL 1/2023, de 10 de enero, solo en apariencia ha provocado un cambio de rumbo. Por lo pronto hay un fuerte rasgo de continuidad en las medidas y una más que evidente centralidad del sistema de bonificaciones por contratación, eso sí, optando decididamente por la contratación indefinida, siquiera en respuesta a la reforma laboral de 2022 que claramente apuesta por la estabilidad contractual como medio de contrarrestar la excesiva temporalidad instalada desde décadas en el mercado laboral español, en buena parte originada por el recurso a determinadas modalidades contractuales preexistentes. Pero, aun así, el marco incentivador con especial incidencia en los colectivos de atención prioritaria que se ordena en el RDL 1/2023 es escasamente renovador, evidenciando una falta de valoración previa de las medidas en favor de la empleabilidad de tales colectivos como para determinar su continuidad o no, cuando sin embargo la propia norma contempla esa evaluación como un acto futurible a desarrollar en un momento posterior tras la aplicación de las medidas que contiene a los efectos de determinar su continuidad o no en atención al grado de eficacia o eficiencia conseguido.

Se hace pues necesario seguir este especial *iter* de lo que había antes del RDL 1/2023, de aquello que acoge esta norma, y de lo que resultaría de su aplicación, siempre respecto de los sujetos de atención prioritaria, y teniendo en cuenta la línea transversal interpretativa de la eficacia en la consecución del objetivo de mejora de su empleabilidad.

3.1. El general continuismo de la normativa precedente: Ley 43/2006

Con anterioridad a la aparición del RDL 1/2023, la norma central en materia de bonificación por contratación de especiales colectivos con dificultades ante el mercado de trabajo, no era otra que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que desde su aparición ha sufrido modificaciones tanto de ampliación de

²⁵ Esta Disposición fue modificada por RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Considerando, según rezaba su exposición de motivos, que ese contrato no había venido cumpliendo en los últimos años la finalidad que rezaba en su enunciado, promoviendo el acceso a contratos indefinidos de colectivos que más dificultades encuentran para obtenerlos, el RDL 10/2010 procede a ampliar los colectivos con los que se podía suscribir esta modalidad de contrato posibilitando el acceso al mismo de los trabajadores «atrapados en la temporalidad», es decir, aquellos que en los dos años anteriores solo hubieran suscrito contratos de duración determinada o a quienes se les haya extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.

²⁶ Por Disposición Derogatoria Única del RD Ley 28/2018, de 28 de diciembre, de revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

²⁷ La bonificación prevista para jóvenes entre 16 y 30 años, se diversificaba por primera vez por tramo según año de contratación (1.000 euros el primer año, 1.100 euros el segundo y 1.200 euros el tercero), incrementándose en 100 euros al año, en cada tramo, si se contratara a una mujer joven para una ocupación con menor representación femenina. La misma singularidad se exigía para incrementar a 1.500 euros la contratación de mujeres mayores de 45 años.

su texto como de derogación de algunos de sus contenidos, la última por efecto del RDL 1/2023.

Dicha Ley 43/2006 incluía un programa de fomento del empleo, que pretendía impulsar la utilización de la contratación indefinida inicial, y estimular la conversión de contratos temporales en indefinidos, mediante un sistema de incentivos que tenía unos seleccionados colectivos beneficiarios. Ciertamente es que a lo largo de los últimos 16 años la Ley 43/2006 ha sido objeto de varias modificaciones para incorporar nuevos colectivos destinatarios de medidas de fomento de la contratación, pero también los es que algunas de sus medidas (y la cuantía de las bonificaciones previstas) apenas han sufrido variación alguna y el paso del tiempo las ha mantenido inalterables²⁸.

En efecto, a pesar de las reformas normativas acaecidas desde entonces, de la elevada tasa de temporalidad acusada del mercado laboral español, y de las orientaciones y medidas políticas conducentes a dotar de mayor estabilidad a las relaciones laborales, se ha mantenido durante este prolongado intervalo temporal, y casi inercialmente, la excepcionalidad del programa de fomento del empleo temporal que disponía la Ley 43/2006 para determinados colectivos, especialmente para quienes los datos estadísticos ofrecían (y siguen ofreciendo) los peores resultados de paro e inactividad, como son las personas con discapacidad y en particular cuando se alineaban varios factores de vulnerabilidad en una misma persona (género, edad y superior grado de discapacidad)²⁹.

Entre los colectivos “favorecidos” por el programa de fomento del empleo temporal de la Ley 43/2006, también se encontraban desde un principio las personas en situación de exclusión social, en el entendimiento, como base justificativa de la norma, de que también para ellos valía cualquier contratación, aunque fuera precaria, porque nada o poco podría esperarse de su empleabilidad más estable; así como también eran beneficiarias de ese fomento de la contratación temporal, las personas víctimas de violencia de género³⁰, considerando posiblemente que sus peculiares circunstancias podrían impedir o cuanto menos dificultar una contratación indefinida.

A estos colectivos a los que desde un primer momento se disponían bonificaciones por contratación temporal, se añadieron posteriormente las personas que tuvieran acreditada la condición de víctima de terrorismo³¹, sin que desde la acción legislativa se aportara dato alguno que justificara o explicara la especial vulnerabilidad ante el mercado

²⁸ Tan solo por llamar la atención de este dato, se insiste en que hasta 2022 han servido las mismas cuantías de bonificación fijadas 16 años antes por contratación temporal: desde 3.500 euros al año de contrato temporal de un varón con discapacidad menor de 45 años, hasta los 5.300 euros en caso de mujer mayor de 45 años con discapacidad severa, pasando por 600 euros anuales por contratación de víctima de violencia de género, o los tan solo 500 euros al año tratándose de una contratación de persona en situación de exclusión social.

²⁹ En un loable afán unificador, la Ley 43/2006 procedió a derogar las referencias a bonificaciones por contratación de personas con discapacidad que aparecían en diferentes normas dedicadas al fomento del empleo de este colectivo (como las que aparecían en el RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, o el RD 290/2004, de 20 de febrero, regulando los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad).

³⁰ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y teniendo en cuenta las principales dificultades de acceso a un empleo para estas mujeres, ya preveía que en el marco del plan de empleo se incluyera un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo. Más concretamente, el RD 1917/2008, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género, delimita las acciones de políticas activas de empleo para facilitar esa inserción, entre las que se identifican los incentivos a las empresas que contraten a mujeres víctimas de violencia de género, mediante bonificaciones en la cuotas de la seguridad social, tanto si la contratación es indefinida como si es temporal, remitiéndose a tal efecto a lo dispuesto en el artículo 2.4 de la propia Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

³¹ La Disposición Final 14ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificó el art. 2 de la Ley 43/2006 para incorporar, como beneficiarias del sistema de incentivos a la contratación, a las personas que tuvieran acreditada la condición de víctima de terrorismo de conformidad a lo dispuesto en el art.34 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo.

de trabajo que pudieran sufrir tales personas hasta el punto de considerar también para ellas la oportunidad de una contratación temporal fomentada y subvencionada.

Asimismo, también se incorporaron como destinatarias de una medida de fomento del empleo temporal (y también indefinido), las personas que fueran identificadas como víctimas de trata de seres humanos y estuvieran en posesión de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales³². De nuevo, la motivación de su identificación como colectivo prioritario es más su vulnerabilidad social al no tener que acreditarse la situación de persona desempleada, buscando pues favorecer su inclusión social mediante el acceso a un trabajo que proporcione cierta seguridad y autonomía económica, siquiera a través de una contratación temporal.

No obstante, y aun cuando todos estos colectivos resultaban ser los destinatarios de este excepcional programa de fomento de la contratación temporal, también podían llegar a ser, aun con matizaciones, beneficiarios de las medidas de fomento de la contratación indefinida y a tiempo completo dispuestas por la Ley 43/2006.

Ciertamente la contratación indefinida de las personas con discapacidad aparecía en la Ley 43/2006 como la más bonificada desde el punto de vista económico, pues la cuantía de las bonificaciones previstas para tal colectivo, siendo además las más elevadas de entre las que disponía el plan de fomento, se mantenían durante toda la vigencia del contrato indefinido (cuando sin embargo para otros colectivos beneficiados, la bonificación sólo se aplicaba durante los primeros cuatro años de vigencia del contrato). También es de reseñar que, al igual que sucedía con el fomento de la contratación temporal de las personas con discapacidad, el esfuerzo económico se ponderaba o pretendía ser proporcional a la mayor dificultad de contratación indefinida de personas pertenecientes a este colectivo en la que se concentraban mayores factores de vulnerabilidad (como ser además mujer o mayor de 45 años), y como si la cuantía pudiera de alguna manera compensar las especiales dificultades o mayores costes de adaptación de una persona con discapacidad contratada indefinida que, con o sin esos factores añadidos de género y edad, tuviera una discapacidad severa³³.

Junto a este colectivo, la Ley 43/2006 terminó también incorporando, como sujetos beneficiarios de medidas de incentivación del empleo, a personas con capacidad intelectual límite³⁴, considerándose como tales “aquellas personas inscritas en los Servicios Públicos de Empleo como demandantes de empleo no ocupados que acrediten oficialmente, según los baremos vigentes de valoración de la situación de discapacidad, al menos un 20% de discapacidad intelectual y que no alcancen el 33%”³⁵. Se trata pues de personas con

³² La incorporación de las víctimas de trata de seres humanos entre los colectivos destinatarios de incentivos a la contratación (art.2 Ley 43/2006) se llevó a cabo en virtud de la Disposición Final 8ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, remitiéndose a efectos de identificación de tales víctimas y del requerimiento de autorización de residencia y trabajo, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de extranjeros en España. La contratación indefinida de estas personas se bonificará con 1.500 euros anuales, durante los dos primeros años de contratación indefinida, y en caso de contratación temporal con 600 euros anuales durante toda la vigencia del contrato.

³³ La Ley 43/2006 utilizaba el mismo esquema diferenciado que el utilizado para el fomento del empleo temporal, y distinguía entre personas con discapacidad en general (esto es, personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%) y personas con discapacidad severa (considerando como tales a personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%). A su vez, para una y otra categoría, distinguiendo si eran hombres, mujeres o mayores de 45 años, la Ley 43/2006 efectuaba una delimitación cuantitativa que incrementaba escasamente las bonificaciones previstas para la contratación temporal de los mismos colectivos, y que de nuevo favorecía en particular a las personas mayores de 45 años con discapacidad severa (6.300 euros anuales).

³⁴ Su incorporación en el art.2 de la Ley 43/2006 se efectuó en virtud de la Disposición Final 1ª del RD-Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

³⁵ Art.2 del RD 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite.

un porcentaje de discapacidad intelectual que, aunque menor al que se considera como mínimo para el colectivo de personas con discapacidad, pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad social y laboral, justificativa de la decisión normativa de identificarlos como colectivo de atención prioritaria, pero optando más por su empleabilidad estable que no por la precaria en tanto que solo se contempla para ellos la medida de incentivación de la contratación indefinida. Parece la norma querer marcar la diferencia con las personas con discapacidad de al menos un 33% a quienes sí se fomenta su contratación temporal, pero al no contemplarse también ésta puede restar opciones de contratación y por ende de eficiencia de la medida para favorecer la empleabilidad de estas personas.

Asimismo, como beneficiadas del plan de contratación indefinida, y al margen de referencias a bonificaciones por contratos indefinidos de víctimas de terrorismo (art.4.bis) y de personas en situación de exclusión social³⁶, la Ley 43/2006 también situaba a quienes, como ya se apuntó anteriormente, han constituido, junto con las personas con discapacidad, el grupo tradicional de colectivos de prioridad o especial atención en materia de empleo: mujeres, jóvenes, mayores de 45 años y parados de largaduración³⁷. Mientras que estos dos últimos no encontraban divisiones diferenciales o subcategorías, la Ley 43/2006 sí distinguía tres grupos de mujeres para asociar cuantías de bonificación diferenciada. Al grupo de desempleadas y víctimas de violencia de género [apartados 1.a) y 4, respectivamente del art.2], se añadían, con una clara orientación finalista de reinserción en el mercado de trabajo, las mujeres tras un periodo de inactividad laboral³⁸, aun cuando tanto para unas como para otras se disponía la misma cuantía de bonificación³⁹.

Ahora bien, este programa de incentivación de la contratación indefinida para mujeres, jóvenes, mayores de 45 años y parados de larga duración, sucumbió en la reforma laboral de 2010, en la que, entre otras importantes y conocidas medidas, se planteaba “la mejora de la política de bonificaciones a la contratación indefinida, partiendo del consenso general (que ha tenido reflejo en las recientes conclusiones de la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados sobre esta materia) de que su práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia”, tal como rezaba la exposición de motivos del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y reiterada en la posterior y con el mismo título Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

Al margen de mantener las bonificaciones por contratación temporal de la Ley 43/2006 (y de las que aparentemente, para el legislador del momento no había problemas de eficiencia al no ser abordadas por la normativa de 2010), la anunciada mejora se tradujo en definir los colectivos de trabajadores a los que se destina, eso sí, el mismo sistema de bonificaciones por contratación indefinida, aunque con distinta cuantificación. En definitiva, el problema a atajar no estaba en realidad en el sistema de bonificaciones en sí, como medida de incentivación a la inserción social de colectivos desfavorecidos o

³⁶ En párrafo separado del resto de colectivos beneficiados del plan, se disponía la incentivación de la contratación indefinida de las personas con exclusión social, mediante una bonificación ligeramente superior (600 euros anuales durante los primeros cuatro años de vigencia del contrato) que la prevista por la misma ley para la contratación temporal del mismo colectivo (500 euros al año), lo que denota cierta indiferencia y escasa atención efectiva por este colectivo.

³⁷ La opción inicial del legislador de 2006 fue la de identificar como parados de larga duración a quienes llevaran tan solo seis meses ininterrumpidamente como demandantes de empleo [apartados b) y c) del art.2].

³⁸ Se diferenciaban, por un lado, las mujeres contratadas en los 24 meses siguientes al parto y, por otro lado, a las contratadas después de 5 años de inactividad laboral si, anteriormente a su retirada, habían trabajado al menos 3 años.

³⁹ Concretamente, 1.200 euros anuales, algo menos que la cuantía de 1.500 euros prevista para bonificar a las mujeres del primer grupo (desempleadas en general y víctimas de violencia de género), y para todas ellas en todo caso durante los 4 años iniciales a la vigencia del contrato indefinido. Circunstancia esta última que se repetía con las bonificaciones previstas para la contratación de jóvenes de 16 a 30 años (800 euros anuales), pero no así en caso de contratación de mayores de 45 años cuya bonificación de 1.200 euros se mantenía durante toda la vigencia del contrato.

prioritarios, sino en la propia definición de cuáles sean estos, por cuanto si se expresaban en términos generales se perdía de alguna manera la eficacia de los recursos, de modo que en el planteamiento de la reforma habría que seleccionar aún más los colectivos que fueran destinatarios de esa medida de bonificación. En abstracto, el planteamiento era quizás el más oportuno pues lógicamente no todas las personas que pertenecen por definición a un determinado colectivo en atención a un general rasgo definitorio, se encuentran en la misma situación social, económica o laboral, no todas presentan signos de vulnerabilidad o de dificultades para acceder o mantener un puesto de trabajo, y en su caso tampoco por igual en todas las ocupaciones o sectores de actividad. De donde precisamente, buscando la mayor garantía de ese principio de la eficiencia en la actuación pública mediante el oportuno instrumento jurídico, el foco de la atención prioritaria en el empleo debería ponerse allí donde se detectaran esas evidencias de dificultad: en personas concretas, en situaciones específicas, y en ámbitos determinados. Los análisis del mercado de trabajo pueden ser útiles, sin duda, al objetivo de poner de manifiesto esas evidencias para sustentar una operación selectiva de tal naturaleza, pero luego está la opción política a la hora de diseñar las medidas de empleo específicas y sus concretos destinatarios y que puede ser ya no selectiva sino restrictiva, asignando menos recursos para menos colectivos.

Así sucedió expresamente con los colectivos de jóvenes y mayores de 45 años, que por efecto de la normativa de 2010 quedaron reducidos, por un lado a jóvenes que tuvieran especiales problemas de empleabilidad (considerando como tales a los que llevaran inscritos como desempleados al menos 12 meses y no hubieran completado la escolaridad obligatoria o carecieran de titulación profesional) y por otro lado, a aquellos con una permanencia prolongada en el desempleo, esto es, a desempleados mayores de 45 años inscritos en la Oficina de Empleo durante al menos 12 meses⁴⁰. Esta delimitación de los colectivos en función del criterio de prolongación en la situación de desempleo, además de cerrar las opciones de contratación subvencionada a jóvenes y mayores de 45 años que no cumplieran ese estricto requisito de tiempo en desempleo, pero que presentaran otras evidencias de vulnerabilidad social y laboral, daba paso justificativo a la eliminación o desaparición en ese momento, y dentro del marco de sujetos de prioridad en el empleo, a quienes lo habían sido con cierta tradición, como eran los parados de larga duración, de modo que la prolongación como demandante servía ahora como criterio transversal en la definición de algunos colectivos de atención preferente, y ya no como criterio definidor de un colectivo singular y diferenciado, que sin embargo se recuperó casi una década después, para volver a desaparecer una vez más como colectivo por efecto del RDL 1/2023⁴¹.

Algo similar sucedió con el colectivo de mujeres, que en la letra del RDL 10/2010 (y posteriormente Ley 35/2010) desapareció como general grupo de especial atención, para pasar a ser tan solo un factor de cuantificación de las bonificaciones recibidas para

⁴⁰ En términos del esfuerzo económico que apoyaba el nuevo sistema de bonificación contemplado en el art.10 del RDL 10/2010 (y mismo artículo de la posterior Ley 35/2010) para estos delimitados colectivos de jóvenes y mayores de 45 años, debe subrayarse que la cuantía era exactamente la misma que la planteada desde un inicio por la Ley 43/2006 por contratación de cualquier persona que se incluyera en el colectivo de jóvenes de 16 a 30 años y de mayores de 45 años, esto es, 800 euros y 1.200 euros, respectivamente, solo que la normativa de 2010 reducía la aplicación de la bonificación, en ambos casos, solo a los tres primeros años de vigencia del contrato, en lugar de los cuatro años de aplicación previsto en la Ley de 2006. Tal como se apuntaba más arriba: menos recursos para menos colectivos.

⁴¹ Efectivamente, y siguiendo la estela de la Ley de Empleo de 2015 que mencionaba expresamente a los mayores de 45 años entre los colectivos de mayor dificultad de inserción laboral, el art.8 del RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad en la jornada de trabajo, incorpora una medida de fomento de la contratación indefinida de desempleados ininterrumpidos durante al menos 12 meses en los últimos 18 meses, consistente en una bonificación de 1.300 euros anuales durante tres años. Cantidad que se incrementaba a 1.500 euros anuales en el caso de contratación de mujer parada de larga duración. Este artículo del RDL 8/2019 ha sido derogado, con efectos de 1 de septiembre, por RDL 1/2023, de 10 de enero.

la contratación indefinida de los colectivos anteriores (jóvenes y mayores de 45 años)⁴², así como se mantenía con igual carácter para singularizar las bonificaciones por contratación temporal de las personas con discapacidad. Solo las mujeres víctimas de género mantenían su diferenciación como colectivo cuya contratación se bonificaba (de conformidad a lo previsto en art.2.4 Ley 43/2006), habida cuenta de su continuidad y no alteración recibida en el RDL 10/2010.

En todo caso, y desde el punto de vista del análisis de la eficiencia de las medidas dispuestas para colectivos prioritarios, sí debe resaltarse cómo la normativa de 2010 fijó un horizonte temporal para la aplicación del nuevo sistema de bonificación que se instauraba con el fin de que a su término se realizara “una rigurosa evaluación de sus resultados”, que permitiera, según expresaba la exposición de motivos del RDL 10/2010, “su modificación si fuera necesario”. Efectivamente, las bonificaciones previstas se aplicaban para contrataciones efectuadas hasta el 31 de diciembre de 2011, con el objetivo de efectuar, al finalizar tal fecha, una evaluación del funcionamiento de las medidas de favorecimiento del empleo previstas en el RDL 10/2010, y que permitiera al Gobierno, a la vista de tal evaluación, adoptar “las medidas que correspondan sobre su prórroga o modificación” (disposición final 4ª del RDL 10/2010, acogida posteriormente como Disposición adicional 12ª de la Ley 35/2010). Pero lo cierto es que en ningún momento posterior se produjo su modificación, pero tampoco su prórroga expresa (que hubiera resultado además de ese supuesto y anunciado análisis de evaluación) de donde, sin la existencia de instrumento valorativo de base que permitiera una u otra opción (de modificación o prórroga), al 31 de diciembre de 2011 perdió vigencia el sistema de bonificaciones previsto en la normativa de 2010.

Desde entonces, y durante los siguientes años, se mantenía un programa de incentivación del empleo de determinados colectivos de vulnerabilidad social y laboral, que se concentraba básicamente en ayudas económicas a la contratación ya indefinida (directa o mediante conversión de previos contratos temporales) o ya temporal con los siguientes rasgos generales:

- a) Las personas con discapacidad seguían presentando el mayor nivel de atención por cuantificación de las bonificaciones contempladas en la Ley 43/2006, que además se diversificaban en función del criterio de grado de discapacidad (beneficiando las más severas), así como de los factores de género y edad, incentivando particularmente a las mujeres y en especial a las de más de 45 años. Este mismo sistema conforme a idénticos criterios se despliega en bonificaciones tanto por contratación temporal como indefinida, aun cuando estas últimas son más elevadas para dar mayor prioridad al empleo estable frente a la excepcionalidad contemplada del empleo temporal para personas con discapacidad⁴³.
- b) Los otros colectivos contemplados en la Ley 43 /2006 (excluidos sociales, mujeres víctimas de violencia de género, víctimas de terrorismo, y víctimas de trata de seres humanos), resultaban beneficiarios de bonificaciones por contratación tanto

⁴² Las empresas percibían 200 euros más al año en bonificación, en un pretendido objetivo de hacer más atractiva la contratación de mujeres que fueran jóvenes o mayores de 45 con especiales dificultades de empleabilidad.

⁴³ Téngase en cuenta que la contratación de personas con discapacidad por Centros Especiales de Empleo recibía una bonificación del 100% de la cotización empresarial (art. 2.3 Ley 43/2006). Igual bonificación se disponía por contratación, en cualquier modalidad, de una persona con discapacidad por parte de la ONCE, prevista en el art.1 del RD-ley 18/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos celebrados por personas con discapacidad por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) y se establecen medidas de Seguridad Social para las personas trabajadoras afectadas por la crisis de la bacteria “E. coli”. Bonificación que el preámbulo del RDL justificaba en que la ONCE “es la mayor empleadora de personas con discapacidad que existe en España”, por lo que resultaba “una exigencia absolutamente necesaria y perentoria” dotarle de mecanismos que permitan la continuidad de sus actividades, como era ésta de la bonificación al 100% de las cuotas empresariales de Seguridad Social.

indefinida (con distinta cuantía y periodo de duración) como temporal (con cierta igualdad de cuantía para todos los colectivos víctimas, pero inferior a la prevista para excluidos sociales, y en todo caso con uniformidad en cuanto a la duración de la bonificación por toda la vigencia del contrato). Por su parte, a las personas con capacidad intelectual límite solo se les bonificaba la contratación indefinida, y sin criterio alguno diferenciador por edad o género.

- c) Los parados de larga duración resultan destinatarios (por RDL 8/2019) de una medida de bonificación de la contratación indefinida, de cuantía diversificada tan sólo en atención al criterio de género (beneficiando a las mujeres desempleadas de larga duración).

Este era el sistema preexistente a la fecha pues en la que se produjo un punto de inflexión en la sociedad española (y mundial) por efecto del COVID-19 y que trajo consigo nuevos análisis de la realidad y de los retos existentes, y nuevos planteamientos de cómo abordarlos, entre ellos el derivado de un mercado de trabajo en España caracterizado por el desempleo, la temporalidad, y profundamente desigual y desequilibrado para determinados colectivos de especial vulnerabilidad ante el empleo. Nuevas políticas, nuevos instrumentos y nuevos programas, desde el impulso particular de la Unión Europea, habrían de relanzar necesariamente el abordaje de esos problemas desde una acción política y jurídica renovadora y eficiente. Cuestión distinta es que los mecanismos adoptados en el proceso sean los más adecuados para la consecución de un resultado positivo y efectivo que está aún pendiente de valoración.

3.2. La atención prioritaria para la empleabilidad de determinados colectivos en el RDL 1/2023: ¿nuevo impulso *next generation*?

Cabría apuntar, como una premisa general que requiriese en todo caso una buena dosis de matización, que las acciones, medidas o programas dirigidas a la mejora de la empleabilidad de los colectivos con dificultades de inserción en el mercado de trabajo, encontraron una nueva rampa de lanzamiento, inesperada, pero de eventual eficacia, como es el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

La necesidad de una rápida actuación pública ante la pandemia generada por el COVID-19, no solo en lo sanitario para proteger la salud de la ciudadanía, sino también en la acción socioeconómica para evitar un auténtico colapso de la economía, dio origen, como es sabido, a la aprobación en el seno del Consejo de Europa (21 de julio de 2021) de un importante paquete de medidas de recuperación global para la Unión Europea. El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia constituye el núcleo fundamental de los fondos *Next Generation*, aportando 672.500 millones de euros de ayuda a los Estados miembros para hacer frente al impacto económico y social que la pandemia estaba provocando. La traslación de ese Mecanismo y de sus recursos a España, exigió, como es sabido, la adopción del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021⁴⁴. Con su aprobación, el gobierno asume la responsabilidad de desplegar aquellas políticas, en su desarrollo normativo y estratégico, que den respuesta a necesidades sociales y económicas de nuestro país.

Por lo que aquí interesa, el Plan se desglosa en una serie de políticas palanca y componentes sociales, cuyo desenvolvimiento a través de determinadas medidas y actuaciones de orden sociolaboral, permitirían dar respuesta a las carencias de acceso y mantenimiento del empleo y en particular al reto que supone para la sociedad española

⁴⁴ De su correcta aplicación dependerá la eficacia de las ayudas comprometidas, que en el caso español se elevan a 140.000 millones de euros.

conformar un mercado de trabajo adecuado, igualitario e inclusivo. En este sentido, el Consejo de Europa, en su Recomendación de 5 de junio de 2019, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España, ya había destacado que el desempleo en nuestro país “permanece muy por encima del promedio de la Unión Europea, especialmente en lo que concierne a la gente joven y a las personas con baja cualificación. Las desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a la tasa de empleo y la duración de las carreras profesionales siguen siendo considerables y suponen un desaprovechamiento de potencial, sobre todo en vista del rápido envejecimiento de la población”. Particularmente, se mencionaba cómo “los jóvenes, las personas con baja cualificación y los nacionales de terceros países son los más afectados, al ser frecuente que tengan menos derechos a la percepción de prestaciones sociales y que estén expuestos a un mayor riesgo de pobreza”. Asimismo, se subrayó cómo “tanto la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social como la desigualdad de ingresos están disminuyendo, pero permanecen por encima de la media de la Unión. Lastas de pobreza de las personas con empleo son altas entre los trabajadores temporales, con baja cualificación o nacidos fuera de la UE”.

Si esto era así con anterioridad a la aparición del COVID-19, con la pandemia se ha agravado ineludiblemente la vulnerabilidad no solo de las personas paradas de larga duración sino también la de esos otros colectivos (como jóvenes, mujeres o personas extranjeras) que ya se encontraban en situaciones límite ante el mercado de trabajo. De ahí la reforzada necesidad de promocionar y sustentar económicamente la puesta en marcha de proyectos y líneas de intervención que atiendan las necesidades, tanto laborales como sociales, de esos colectivos identificados como vulnerables, especialmente a través de proyectos integrados de inserción que puedan facilitar el tránsito hacia su incorporación al mercado de trabajo.

Esta es la idea inspiradora que se encuentra en ciertas políticas palanca y componentes del Plan, destinadas a generar un mayor impacto y proyección en el mercado de trabajo, como es sin duda la Palanca VIII “*Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo*” y su Componente 23 “*Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*”. Dicho componente tiene como reto y objetivo impulsar, en el marco del diálogo social, la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales y de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando además, un impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía. Y dentro de las reformas e inversiones propuestas en este componente, se incluyen la Inversión 1 «*Empleo Joven*», y la Inversión 4, «*Nuevos proyectos territoriales para el reequilibrio y la equidad*», que incluye los proyectos de «*Colectivos especialmente vulnerables*».

Cierto es que la crisis sanitaria ha incidido de manera particularmente intensa en el colectivo de personas jóvenes. Según datos del Informe «*Jóvenes y mercado de trabajo*» de junio de 2022 de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, la población joven se ha visto especialmente afectada por la disminución de la actividad económica durante la crisis sanitaria de la COVID-19 y está siendo uno de los colectivos más afectados por el impacto negativo de la crisis. Pero también es cierto que esta afectación se produce en la misma o similar intensidad con otros colectivos que, sin embargo no parecen recibir igual atención. En otros términos, el incremento de la empleabilidad de las personas jóvenes, como objetivo tradicional de las políticas activas de empleo, no está en modo alguno reñido con una actuación decidida e igualmente intensa respecto de otros

colectivos, pues así como el trabajo joven debe indudablemente relanzarse en un contexto de regeneración, también la mejora de la empleabilidad de otras personas en situación de vulnerabilidad ante el mercado de trabajo, debe no solo expresarse sino particularmente evidenciarse como una prioridad social y económica de la acción institucional. De ahí la necesidad de ofrecer desarrollo y despliegamiento a esa otra línea de inversión y amparo económico y finalista de esta política palanca que acoge en general a colectivos vulnerables y en su transversalidad para lograr los necesarios equilibrios territoriales.

Desde entonces ya han surgido algunos programas al amparo de esa palanca, componente e inversión, con proyectos de inserción mediante el fomento de contratación de personas paradas de larga duración o través de la formación en el campo de los videojuegos, como sector de alta demanda de empleo, para personas jóvenes en exclusión social y a personas jóvenes desempleadas entre 18 y 30 años⁴⁵, o el programa de primera experiencia profesional en las administraciones públicas, mediante la contratación de personas jóvenes desempleadas mayores de 16 y menores de 30 años, cuya etapa formativa se haya completado y acreditado en lo que a conocimientos se refiere⁴⁶. Pero estas iniciativas son tan solo ejemplos del amplio campo de actuación que compete a las Comunidades Autónomas en materia de empleo para las personas desempleadas, en especial aquellas pertenecientes a colectivos más desfavorecidos, y que puede encontrar un importante nivel de expansión y desarrollo contando con esos fondos a cargo del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Pero a nivel estatal, aun se esperaba mayor acción o al menos una renovada definición de las líneas básicas por las que habría de discurrir la atención prioritaria en el empleo para esos colectivos con mayor vulnerabilidad social y laboral, al amparo precisamente de la Reforma 7 “*Revisión de las subvenciones y bonificaciones a la Seguridad Social,*”, incluida en ese mismo Componente 23 (“Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”) del mencionado Plan.

El RDL 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección de las personas artistas, se presenta como norma que pone en marcha las medidas necesarias para llevar a cabo el objetivo de esa Reforma 7 de “simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia mediante una mejor orientación”, tal y como se expresa su exposición de motivos. De hecho, el propio RDL 1/2023 se hace eco de la situación, ya apuntada con anterioridad, de una excesiva fragmentación y dispersión de las normas que regulan incentivos a la contratación y otras medidas de empleo financiadas con reducciones o bonificaciones en las cotizaciones sociales, y que redundan “en detrimento de la transparencia, eficacia y eficiencia de tales medidas, máxime cuando en su conjunto suponen alrededor del 25% del gasto total en políticas activas del mercado de trabajo”.

Al hecho de la falta de un marco jurídico único y transparente que regule el sistema de incentivos, se une también el denunciado elemento de la desactualización de las cuantías de los incentivos desde la fecha en que se aprobaron, así como una importante carencia del sistema, cual es la falta de coordinación entre las medidas, y de evaluación de su eficacia. La pregunta a formular es la siguiente: ¿Todas estas debilidades y carencias

⁴⁵ Ambos como proyectos piloto a desarrollar, respectivamente, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y en la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha, conforme se contempla en el Real Decreto 902/2021, de 19 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones, para el ejercicio presupuestario 2021, destinadas a la financiación del desarrollo de actuaciones de la inversión «Nuevos proyectos territoriales para el reequilibrio y la equidad», en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

⁴⁶ Orden TES/1152/2021, de 24 de octubre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, destinadas a la financiación del «Programa de primera experiencia profesional en las administraciones públicas», de contratación de personas jóvenes desempleadas en el seno de los servicios prestados por dichas administraciones públicas, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

se afrontan por el RDL 1/2023 con mecanismos de reparación o solución? En un intento de ofrecer alguna respuesta básica e inicial, cabría expresar tres tipos de consideraciones.

La primera de ellas es que esta norma presenta una sistemática de difícil comprensión desde el punto de vista de medidas y especialmente de sujetos destinatarios de las mismas. Su art.4.1 refiere a personas de atención prioritaria registradas como demandantes, como posibles destinatarias de la contratación laboral incentivada, “con independencia de su nacionalidad, origen étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, religión o creencias, ideología, discapacidad, o cualquier otra condición o circunstancia que determine el texto refundido de la Ley de Empleo”, es decir, que ninguna de esas circunstancias debería identificar o definir a las personas de atención prioritaria registradas como demandantes de servicios públicos de empleo a los efectos de este RDL 1/2023. Pero, sin embargo, acto seguido se les exige de acreditar ese requisito de registro a personas de atención prioritaria que están precisamente identificadas por alguna de esas circunstancias mencionadas con anterioridad (sexo o discapacidad), como son las mujeres víctimas de violencia de género, de violencias sexuales o de trata de seres humanos, mujeres en contexto de prostitución, o personas trabajadoras con discapacidad.

La dificultad de comprensión se acrecienta cuando tras definir las personas de atención prioritaria como las incluidas en alguno de los colectivos de atención prioritaria para la política de Empleo previstos en la LEM'23 (art.6.a), el RDL 1/2023, paradójicamente, no vuelve a hacer mención expresa en el resto de su contenido a esas personas de atención prioritaria así indicadas, pero sí hay referencias, aun aisladas y separadas, a medidas concretas de fomento del empleo asociadas a quienes se identifican como tales por la Ley de empleo. No obstante, si se observa, tales medidas para dichos sujetos no difieren de lo que ya se contemplaba en la normativa precedente, de modo que se utiliza una sistemática compleja y desordenada para ordenar prácticamente lo mismo que se venía conociendo y aplicando con anterioridad para colectivos vulnerables ante el mercado de trabajo.

Sucede así con las personas con capacidad intelectual límite, las víctimas de terrorismo y las personas en situación de exclusión social (todas ellas mencionadas además en el art.50 de la LEM'23 como colectivos de atención prioritaria), para quienes el RDL 1/2023 destina una bonificación por contratación indefinida prácticamente con la misma cuantía e igual duración que ya se preveía en la normativa de inicial acogida⁴⁷.

Asimismo, el RDL 1/2023 mantiene el sistema de bonificaciones como medida de fomento de la contratación indefinida para personas que ya encontraban acogida en la normativa preexistente para igual medida (Ley 43/2006), como son las víctimas de violencia doméstica, mujeres víctimas de violencia de género, y víctimas de trata de seres humanos (también en su mayoría recibiendo mención expresa por la LEM'23 como colectivos de atención prioritaria), solo que el RDL 1/2023 diversifica y amplía el ámbito de las personas destinatarias de esta medida de incentivación no solo a mujeres víctimas de género, sino también a víctimas de violencias sexuales, de explotación sexual o de explotación laboral, así como a mujeres en contextos de prostitución⁴⁸, y que aun

⁴⁷ Para las personas con capacidad intelectual límite y personas víctimas de terrorismo, los artículos 14 y 22, respectivamente, del RDL 1/2023 contemplan una bonificación por contratación indefinida en cuantía de 128 €/mes durante cuatro años. Misma duración, pero con 125 €/mes de bonificación que se acogía en el art.2.4 de la Ley 43/2006, para tales colectivos. Tan solo la contratación indefinida de personas en exclusión social se beneficia de un incremento de cuantía tal como se contempla en el art. 20 del RDL 1/2023 (128 €/mes), respecto de la prevista en el art.2.5 de la Ley 43/2006 (50 €/mes). La cuantía se incrementa a 147 €/mes durante 12 meses, en el supuesto de que la persona en exclusión social contratada indefinida hubiera estado anteriormente contratada en una empresa de inserción en los 12 meses anteriores, fomentando así particularmente el tránsito o pasarela desde una empresa de inserción al mercado ordinario de trabajo; medida que ya se venía aplicando, aun con distinta cuantía y duración, en virtud de lo previsto en el art.2.5 de la Ley 43/2006.

⁴⁸ El art.16 del RDL 1/2023 contempla una bonificación en la cotización de 128 €/mes durante 4 años; la misma (en cuantía y duración) que la prevista para los supuestos de contratación indefinida de colectivos mencionados anteriormente.

no siendo mencionadas expresamente en la LEM'23 quedan acogidas bajo su cláusula general de colectivos de especial vulnerabilidad en políticas activas de empleo, como son las que se ordenan en este RDL 1/2023.

Finalmente, en el campo de la reiteración o continuidad bajo el RDL 1/2023 de colectivos prioritarios y de sistema de bonificación ya contemplados en la preexistente Ley 43/2006, cabe mencionar a los parados de larga duración cuya contratación indefinida se bonifica con cuantía diferenciada ya no solo en función del género (como en esa normativa anterior) sino también ahora en atención al factor edad, para favorecer así desde el punto de vista cuantitativo la contratación de parados de larga duración que fueran mujeres o mayores de 45 años⁴⁹.

Ahora bien, sí deben destacarse las novedades que presenta el RDL 1/2023 respecto de otros colectivos de atención prioritaria como son los jóvenes. La primera de ellas, es la acogida de la contratación temporal de jóvenes menores de 30 años para sustituir a personas que se encuentran en determinados supuestos vinculados con maternidad y conciliación (art.17.1. a y b). Las bonificaciones por contratos de sustitución efectuados con desempleados en tales supuestos ya se venían contemplando normativamente con anterioridad⁵⁰, solo que ahora se exige como requisito para aplicar dicha bonificación del 100% de la cotización empresarial durante la vigencia del contrato que la persona sustituta fuera un joven menor de 30 años.

Y la segunda novedad que se acoge en el RDL 1/2023, se refiere a las personas jóvenes menores de 30 años con baja cualificación. Estas personas, formando parte de los colectivos de atención prioritaria mencionados en el art.50 de la LEM'23, son acogidas por la Disposición Adicional 1ª del RDL 1/2023 para incentivar su contratación indefinida, pero conforme a delimitados, y por ende restrictivos, criterios subjetivos y temporales. Por un lado, al rasgo de ser joven de baja cualificación (en la definición que proporciona la misma Disposición Adicional⁵¹), se une como requerimiento el que sea persona beneficiaria del sistema nacional de garantía juvenil. Solo así su contratación permitiría la aplicación de la bonificación prevista de 275€/mes durante tres años. Pero, por otro lado, se dispone un condicionante temporal por cuanto tal medida sólo se contempla para los contratos celebrados durante el primer año de vigencia del RDL 1/2023, de modo que habrá que esperar a su término para comprobar si el Gobierno hace uso de la habilitación que le concede la propia Disposición Adicional 1º para ampliar esta medida a años sucesivos siempre que, tal como se indica expresamente, así lo permita “las disponibilidades financieras del Programa Operativo de Empleo Juvenil vigente en cada momento”. Extraña pues esta dependencia exclusivamente de un factor económico, y no también de un resultado valorativo de la eficacia de la medida que permita en su caso sostener la opción de su prolongación.

Una segunda consideración que puede verse sobre este RDL 1/2023 es que difícilmente puede aparecer como el marco único regulador de los incentivos por contratación, ni tan siquiera para los identificados como colectivos de atención prioritaria.

⁴⁹ El art.21 del RDL 1/2023 contempla una bonificación de 128 €/mes por contratación de parados de larga duración mujeres o mayores de 45 años, siendo la general de 110 € para hombres menores de esa edad; frente a la cuantía de 108,33 €/mes y 125 €/mes que la Ley 43/2006 venía contemplando para contratación de parados de larga duración hombres y mujeres, respectivamente.

⁵⁰ Concretamente, en el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/1998, de 4 septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento. Norma que ha sido derogada precisamente por el RDL 1/2023, de 10 de enero.

⁵¹ “A efectos de lo establecido en esta disposición, se consideran personas jóvenes de baja cualificación aquellas que no hayan alcanzado los estudios correspondientes al título de Bachillerato o Ciclo Formativo de Grado medio del sistema de Formación Profesional, de acuerdo con la declaración que realicen a este respecto en su inscripción en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil”.

Se coincide en que realiza cierta depuración normativa, pero, si se observa, su disposición derogatoria afecta por lo general a preceptos de normas que, no obstante, se mantienen en vigor, sin que en consecuencia se solventa en demasía ese escenario fragmentado y complejo de disposiciones normativas que acogen o contemplan incentivos a la contratación. Es precisamente lo que sucede con el RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, del que tan sólo se derogan algunos preceptos destinados a acoger las medidas de fomento del empleo indefinido, y entre ellos el que acogía la bonificación por la contratación de personas desempleadas de larga duración (art.8). Y es también lo que acontece, muy particularmente, con la Ley 43/2006, procediendo el RDL 1/2023 a derogar tan solo disposiciones concretas de la ley que contemplaban el programa y los incentivos a la contratación. En concreto se derogan, por un lado, su art.1 y, con él, el programa excepcional de bonificación por contratación temporal de ciertos colectivos que mencionaba (personas con discapacidad, en exclusión social, víctimas de violencia de género, y víctimas de terrorismo), así como también, por otro lado, los apartados 4 a 8 del art.2 que acogían las medidas de incentivación de la contratación indefinida (y también temporal) de víctimas de violencia de género, víctimas de violencia doméstica, víctimas de terrorismo, víctimas de trata de seres humanos, personas con capacidad intelectual límite y a personas en exclusión social.

Con esta depuración efectuada en el sistema de bonificaciones por contratación previsto en la Ley 43/2006, solo permanece vigente el contenido del art.2 dedicado a las bonificaciones por contratación indefinida de las personas con discapacidad (apartado 2º), o las contempladas específicamente en caso de contratación indefinida o temporal por Centros Especiales de Empleo (apartado 3).

En todo caso, la derogación de puntuales preceptos normativos, afectando pues a todos esos colectivos de atención prioritaria, se produce tras subrogarse en cierto modo el RDL 1/2023 como marco normativo regulador de la incentivación de su contratación a través de igual sistema de bonificación de las cuotas empresariales de seguridad social. Y lo hace siguiendo el mismo criterio que se había expresado en la Ley 43/2006: subrayando la excepcionalidad del fomento de la contratación temporal frente al impulso prioritario de la contratación estable, pero con alguna matización importante. Es cierto, y así debe verse como avance hacia la empleabilidad estable, que desaparece del sistema de incentivos ordenado por el RDL 1/2023 las bonificaciones por contratación temporal de personas en exclusión social (salvo que se efectúe por empresas de inserción⁵²), personas víctimas de violencia de género o doméstica, víctimas de terrorismo y víctimas de trata de seres humanos, que sí estaban contempladas en la Ley 43/2006. Pero no se ha producido igual opción para las personas con discapacidad, al no haberse derogado expresamente la Disposición Adicional 1ª de la Ley 43/2006 que ordena el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad (de duración entre 12 meses y tres años). Siendo así, y por expresa indicación de la Disposición Adicional 5ª del RDL 1/2023, seguirá resultando de aplicación la posibilidad de contratar temporalmente bajo dicha modalidad a las personas con discapacidad, solo que no se le aplicaría la medida de incentivación vía bonificación en cotización que preveía el apartado 2º del art.2 de la Ley 43/2006, al haber sido derogado expresamente por RDL 1/2023. Pero eso

⁵² La disposición adicional 6ª del RDL 1/2023 recoge la medida de bonificación por contratación, indefinida o temporal, por empresas de inserción de personas en situación de exclusión social, que ya se venía contemplando en el art.16 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (70,83 €/mes o 850 €/años durante toda la vigencia del contrato o durante tres años en caso de contratación indefinida), solo que esta DA 6ª incorpora la novedad de incrementar la cuantía (a 147 €/mes) en el caso de contratación de menores de 30 años, o menores de 35 años con un grado de discapacidad reconocido de al menos el 33%.

sí, se mantienen las bonificaciones por contratación en cualquier modalidad, y por ende temporal, de personas con discapacidad que efectuara la ONCE.

Consiguientemente, el RDL 1/2023 no parece seguir la estela de ese otro criterio que ya se venía proyectando con anterioridad, de reservar un especial fomento de la contratación de las personas con discapacidad, priorizando aquellas con mayores dificultades. Al respecto no solo debe destacarse el dato, siquiera de naturaleza sistemática, pero en todo caso de relevancia interpretativa, de cómo la ordenación del fomento de la empleabilidad de las personas con discapacidad se ha sustraído del texto principal del RDL 1/2023 para quedar relegado a una Disposición Adicional 5ª, que básicamente acoge lo ya contemplado en normativa anterior. De hecho, el contenido de esta Disposición Adicional se limita en lo esencial a garantizar la aplicación de las bonificaciones previstas por contratación indefinida de personas con discapacidad en la Ley 43/2006 (apartados 2 y 3 del art.2, únicos que han sobrevivido de dicho precepto), y de las acogidas en el RDL 18/2011 (bonificaciones por contratación de personas con discapacidad en cualquier modalidad por la ONCE). Una remisión a ambas normas que implica a la vez el mantenimiento de las cuantías indicadas en ellas, sin el más mínimo retoque de mejora que, sin embargo, el RDL sí ha efectuado para otros colectivos de atención prioritaria.

En definitiva, las medidas de fomento del empleo para personas con discapacidad sobreviven prácticamente inalteradas en un contexto de seguidismo inercial desde la ordenación normativa que ni tan siquiera esta última, que se presenta como marco avanzado y unificado en cuanto al sistema de bonificaciones (y que recuérdese venía así exigido por la Reforma 7 del Componente 23), ha conseguido alterar, porque no se ha hecho aquello que también resultaba obligado tras décadas de continuismo en el sentido y contenido de las medidas de la empleabilidad de las personas con discapacidad, y es un análisis valorativo en profundidad de tales medidas desde el plano de su eficacia y eficiencia. En este sentido, resulta cuanto menos decepcionante que en la propia Disposición Adicional 5ª del RDL 1/2023, lejos de apuntar a un análisis de tal naturaleza, remite a las conclusiones de un Libro Blanco de Empleo y Discapacidad, y a algo mucho más hipotético como es un proceso de consultas con organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con el propio sector social representativo de la discapacidad, con el fin, según se indica, de “desarrollar las iniciativas legislativas oportunas para ordenar e impulsar los programas de empleo en favor de las personas con discapacidad”. Un procedimiento sumamente dudoso y un resultado aún más incierto.

Esta ulterior referencia permite enlazar con la última de las consideraciones a verter sobre este RDL 1/2023 y sobre las medidas de incentivación de la empleabilidad que dispone para los denominados colectivos de atención prioritaria. Tal consideración refiere a las serias dudas que genera su grado de efectividad y de real impacto, muy a pesar de su alegato finalista por el mantenimiento del empleo estable y de calidad de las personas y colectivos considerados vulnerables o de baja empleabilidad.

Alguna confianza cabría esperar si efectivamente se procede a cumplir lo previsto en el art.42 del RDL 1/2023 aludiendo expresamente a una “evaluación del impacto de las medidas incluidas en esta norma, la cual se realizará con la periodicidad que se determine en el marco del modelo integrado de seguimiento y evaluación de las políticas activas de empleo y, al menos, junto con la evaluación intermedia y final de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo”. Una disposición plagada de términos condicionales respecto a procedimiento y tiempos, y que en última instancia responde a un tipo ya conocido de remisiones a actuaciones futuras en materia de empleo que finalmente la experiencia muestra su futilidad e inoperancia práctica.

Aun cuando el RDL 1/2023 se promulga como respuesta política al obligado cumplimiento de la Reforma 7/Componente 23, sin embargo, resulta jurídicamente inadecuada e insuficiente. Quizás la urgencia en cumplir los compromisos derivados del Plan para garantizar la percepción de los fondos asociados al mismo, ha eludido el necesario debate, análisis y valoración que hubiera merecido un sistema de incentivación del empleo, especialmente de personas y colectivos vulnerables, antes de proceder a una supuesta nueva ordenación o modificación del modelo preexistente. Consiguientemente, el RDL 1/2023 carece de elementos novedosos que permitan afirmar un cambio de rumbo en sede de medidas de mejora de la empleabilidad de sujetos con especiales dificultades de acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo, y consiguientemente sólo servirá, al menos en este particular contexto, como subrogada heredera de un preexistente sistema de bonificaciones por contratación.

Solo cabe esperar no tanto o no exclusivamente que en algún momento se despliegue esa evaluación sobre el impacto de las medidas de incentivación del empleo de tales personas, además en términos de estabilidad y calidad como anuncia el RDL 1/2023, sino también y fundamentalmente que el fomento del empleo estable de estos grupos específicos pueda articularse por vías distintas y complementarias al de la bonificación de cuotas, con subvenciones, desgravaciones, acciones formativas, y cualesquiera otras medidas de fomento de empleo estable que sean susceptibles en todo caso de someterse a una real y efectiva evaluación de resultados. En caso contrario, seguiremos siendo testigos de una inercial y casi enquistada actuación económica de fomento del empleo que beneficia a unos colectivos, pero no a otros, y aunque jurídicamente ese tratamiento diferencial y de acción positiva pueda seguir justificado, desde el punto de vista de la eficiencia y eficacia, la necesidad y oportunidad de tal tratamiento puede quedar seriamente devaluada.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

Aguilar González, M.C.:

“Políticas de fomento del autoempleo por colectivos: jóvenes, mujeres y personas con discapacidad”, en AA.VV. (Dir. J.M Gómez Muñoz) *Trabajo autónomo en España. Problemas y propuestas*, ed. Bomarzo, Albacete 2019-II.

Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo“, Rev. Lam Harremanak, nº 46, 2021.

“Mujeres especialmente vulnerables ante la violencia de género: Mujeres de edad avanzada y políticas activas de empleo” en AA.VV. (Dir. C. Ferradans Caramés) *“Mujeres especialmente vulnerables ante la violencia de género: Mujeres con discapacidad y edad avanzada*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

Alvarez Cortes, J.C. “Bonificaciones y reducciones como incentivos a la contratación de mujeres, en AA.VV. (Dir. M.A. Gómez Salado) *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*. Ediciones Laborum, Murcia 2019.

Bascón Marín, J., *Los colectivos vulnerables. Personas con discapacidad, personas en situación de exclusión social, mayores de 45 años, desempleados de larga duración y jóvenes*. (en prensa)

Bengoetxea Alkarta, A. *La inclusión sociolaboral de los grupos vulnerables. Colectivos y formas de inclusión a través del trabajo*. CIRIEC, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa nº36/2020.

Dominguez Morales, A., “Colectivos excluidos o postergados y negociación colectiva”, en AA.VV. (Dir. C. Gala Durán y F.J. Calvo Gallego) *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*. Ediciones Laborum, Murcia 2018.

Fernandez Villazón, L.A.: “*Grupos vulnerables: apuntes para un concepto jurídico social*”. Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 404, 2016.

Hierro Hierro, F.J., *Colectivos vulnerables e inserción laboral, retos y propuestas*. Editorial Dykinson, Madrid 2022.

Miñarro Yanini, M. *La protección socio laboral de los refugiados como grupo vulnerable, balance crítico y propuestas de mejora*. Nueva revista española de Derecho del Trabajo, nº203. (2017).

Saez Lara, C., *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y propuestas*. Ediciones Laborum, Murcia 2016.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
“DERECHO (SOCIAL) DEL EMPLEO” Y “POLÍTICAS DE MERCADO DE TRABAJO SOSTENIBLE”:
¿MÁS “OBSOLESCENCIAS” QUE “AVANCES” EN LA “NUEVA” LEY DE EMPLEO?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

“En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”
Artículo 9 del TFUE

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: ¿UNA “NUEVA” LEY DE EMPLEO, INNOVACIÓN DEL DERECHO SOCIAL?
2. POLÍTICA Y DERECHO DE EMPLEO SOSTENIBLE AJUSTADOS A LAS CUATRO TRANSICIONES: ¿NUEVA FÓRMULA MÁGICA O GARANTÍA DE UN ESTÁNDAR EFECTIVO DE CALIDAD?
3. DERECHO DEL TRABAJO VS. DERECHO DEL EMPLEO: ¿REARME PARALELO A MEDIO GAS O ESTANCAMIENTO DEL SEGUNDO?
4. UNA VISIÓN GENERAL LA NLE: ¿ENTRAMADO INSTITUCIONAL CONTINUISTA Y RENOVACIÓN DE SU CONTENIDO NORMATIVO?
5. VALORACIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE INNOVACIÓN Y MEJORA DE LA EFICACIA: ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS
6. MÁS QUE DEFICIENCIAS AUSENCIAS: MÁS ALLÁ DE INCENTIVOS ECONÓMICOS -DESAGREGADOS LEGALMENTE- EN EL MARCO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y LA ECONOMÍA SOCIAL
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: ¿UNA “NUEVA” LEY DE EMPLEO, INNOVACIÓN DEL DERECHO SOCIAL?

Que Ley y Derecho deben mantenerse en armonía, pero que no se confunden, es algo que sabemos desde hace largo tiempo, tras la superación del positivismo jurídico y la aceptación mayoritaria por la cultura y ciencia jurídicas de un concepto ordinamental. Por lo mismo, que, hasta el momento, la existencia histórica y la autonomía sistemática de la “rama de empleo” del Derecho Social no había pasado más allá de un abigarrado y muy cambiante entramado de programas, medidas y servicios en los que se reparten ingentes, según el ciclo económico, cantidades de dinero al servicio de unos objetivos de ocupación escasamente cumplidos, aún sostenidos sobre una Ley (ya desde 1980) eminentemente programática, también. El Derecho (Social) del Empleo ha venido apareciendo más como un afortunado sintagma (invención léxica) que como expresión de un subsistema jurídico coherente (invención semántica), ligado de forma íntima o estrecha a la rama laboral y de seguridad social (en realidad a la más amplia de la protección social), pero dotado de autonomía relativa respecto de ellas (instituciones, técnicas, conceptos y principios, al menos parcialmente, propios).

De ahí que, en el fondo, se configurara más bien como una “legalidad sin Derecho”, dependiente de los vientos políticos y de las situaciones de la economía y los mercados de trabajo de cada tiempo, pero sin mostrar, hasta hoy, una capacidad real de innovación jurídica¹, en términos normativos y, sobre todo, desde una clave de garantismo jurídico², de garantías de efectividad de sus mandatos, previsiones y compromisos. Por lo que ha ofrecido más bien una dimensión “político-programática” y monetarista (la distribución organizada de recursos públicos), además de institucional (organiza la técnica del Sistema Nacional de Empleo), que “normativo-dogmática” (principios sistemáticos y derechos de carácter subjetivo con garantías judicialmente exigibles)³. Por eso su contribución en el largo -a veces errático, a menudo errado- proceso de reformas de los mercados de trabajo ha sido, básicamente, acompañar los designios devaluadores de los derechos y garantías laborales, ofreciéndose como moneda de cambio, sacrificando aquéllos en el “noble altar del empleo” (creación, continuidad), fuese indefinido (preferible) o temporal (asumido).

En suma, las razones (más cuantitativas -mantener un volumen de empleo asumible- que cualitativas -corrección de los desequilibrios subjetivos y territoriales-) de empleo justificarían medidas de liberalización (también en la gestión -de los monopolios de servicios públicos a la coexistencia con las agencias privadas de colocación), también de flexibilidad contractual (acceso, gestión interna, regulación extintiva), así como tipos de acuerdos y cláusulas convencionales que intercambian reducción de garantías, mayor competitividad por continuidad de empleo (ej. acuerdos competitividad-empleos). No por casualidad la fórmula mágica de la “flexiguridad” se articulaba básicamente sobre la idea de reducir la (vieja) seguridad estática (tópico laboral) por la dinámica (empleabilidad, protección social; derechos-deberes de activación ocupacional ; derechos de oportunidad, no de seguridad) ¿Cosas del pasado, que los vientos de pacto de la reforma 2021 se llevó?

¹ Lo recordaba recientemente el profesor RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “La arquitectura institucional de las políticas de ocupación en la nueva Ley de Empleo”. <https://www.aedtss.com/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-ocupacion-en-la-nueva-ley-de-empleo/>

² FERRAJOLI, L. *Derecho y garantías*. La ley del más fuerte. Trotta. Albacete.

³ Para diferentes posiciones. AAVV. (2016). *La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo. Libro homenaje a la Profesora Rosa Quesada Segura*. Monografías CARL, n. 56, Sevilla. Un intento, ya lejano, de reconstrucción por MOLINA HERMÓSILLA, O. (2005). *La dimensión jurídica de la política de empleo: el derecho del empleo como nueva categoría sistemática*, Mergablum, Sevilla.

Es innegable que, en lo sustancial, aunque cuando se entra en el detalle las posiciones varían de forma muy significativa, la reforma laboral de 2021, en un escenario marcado por un Derecho de excepción pandémica asentado sobre un exitoso escudo sociolaboral (no se puede negar este dato, es un juicio de hecho, no de valor; otra cosa es el coste tan elevado que ha tenido, pero muy rentable social y económicamente), ha supuesto un muy notable impulso al “rearme jurídico-social”, en términos de un equilibrio más adecuado (derivada de su carácter dialogado y concertado), del Derecho del Trabajo. El origen-gen excepcional de aquel Derecho de emergencia ha terminado normalizándose en parte, a través de instituciones como la preferencia de la regulación temporal de empleo (ERTE) y los mecanismos red (arts. 47 y 47 bis ET), favoreciéndose la estabilidad en el empleo, con una notable reducción de la temporalidad, aunque a cambio de una mayor parcialidad y discontinuidad, así como una mejora retributiva (el SMI se garantiza en el marco de la doctrina de la CSE). Rearme jurídico-social también presente en la rama de la seguridad social (suficiencia de pensiones mínimas, sostenibilidad social de las pensiones, etc.), si bien sigue pendiente una reforma profunda de la rama más vinculada a la política de empleo, la de desempleo.

Sin entrar, en este momento, tampoco en las graves deficiencias de técnica legislativa, que conoce algunos episodios que causan sonrojo (con tangencial afectación también a la ley de empleo), así como el exceso de regulación, de urgencia a menudo, también de leyes ordinarias que afectan de un modo u otro al empleo y al trabajo, lo cierto es que, situados en un plano de balance global, la mejora (deriva o retorno) garantista es manifiesta. ¿Se puede decir algo semejante de la “nueva” Ley de Empleo? ¿Es la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo el revulsivo normativo, institucional, político y presupuestario que se necesita para que también la rama de empleo participe de ese rearme jurídico en términos de innovación y efectividad (cumplimiento eficaz, eficiente y equitativo -inclusividad-), dentro de un escenario incierto y cambiante, marcado por imperativos de una cuádruple transición anunciada o programada: digital, verde, inclusiva y de género?

Precisamente, a intentar responder a este interrogante, naturalmente de forma sucinta, se dirige este estudio. Como podremos ver, también en apretada síntesis, parece haberse decantado los balances iniciales por una doble corriente:

- a) Una muy crítica, que valora el esfuerzo y confirma su necesidad, pero desconfía ampliamente de su eficacia, negando un efecto innovador o modernizador real, capaz de cambiar las muchas deficiencias que arrastran unas normas y políticas de empleo que llevan atrapadas en la obsolescencia desde hace más de 30 años. En términos generales, esta posición coincide con el enfoque de economía de los mercados de trabajo (enfoque económico).
- b) Otra más adherente, y mayoritaria en los análisis jurídico-laborales, que muestran mayores expectativas en esa misión de reinversión y renovación de la ley respecto de las políticas, los derechos y el Derecho Social del Empleo. Aunque, como es lógico, resaltan sus deficiencias y debilidades, así como aspectos de continuidad en su relación con la ley precedente, prefieren poner el acento en los avances que sugiere, reforzando sus novedades (enfoque jurídico).

Sin querer anticipar demasiado mi posición, pues prefiero que se deduzca a partir de los razonamientos y el proceso argumentativo, dialéctico y crítico, pero motivado, como es propio del juicio jurídico [integral: normativo (axiológico-cultural) y práctico (eficacia socioeconómica)], sí adelanto que mi juicio está más cerca de la corriente crítica que de la adhesiva. Aunque, eso, sí, por motivos parcialmente distintos a los incluidos en aquélla.

2. POLÍTICA Y DERECHO DE EMPLEO SOSTENIBLE AJUSTADOS A LAS CUATRO TRANSICIONES: ¿NUEVA FÓRMULA MÁGICA O GARANTÍA DE UN ESTÁNDAR EFECTIVO DE CALIDAD?

2.1. ¿Es la política de empleo de calidad una condición necesaria para la garantía de un mercado de trabajo integralmente sostenible?

Ya en su célebre “*La idea de la justicia*”, Amartya Sen (Premio Nobel de Economía en 1998), una lección magistral de razón práctica con compromiso ético-social, advirtió del craso error de medir la riqueza por puntos de PIB, en cuanto nada nos dice de lo que realmente importa: cuáles son las condiciones de calidad de vida (por tanto de empleo y de trabajo) de las que gozan, o que sufre, la mayor parte de la población. Además, y esto es aún peor en un Estado Constitucional de Derecho, social y democrático, nada informa de las condiciones de elección entre los diferentes modos de vida, esto es, de la libertad real de la ciudadanía, pese a los valores consagrados constitucional e internacionalmente en su modelo normativo (ej. el trabajo no es una mercancía; la dignidad humana es el gran fundamento del orden político y social; los poderes públicos removerán todo obstáculo que se oponga al disfrute efectivo de derechos y libertades de todas las personas, al margen de sus estados personales, condiciones sociales y territorios en los que vivan, etc.). De ahí que los modernos textos constitucionales, y el Derecho Social Internacional, tuvieran interés en acompañar el sintagma “crecimiento económico” con palabras-programa, como “desarrollo” y “progreso”.

Pero la realidad es que, la inquietud central, política y mediática, sigue siendo cuánto crecemos en términos de PIB, aguardando día a día a los informes de los organismos de la gobernanza económica mundial y comunitaria, también nacional, sobre sus pronósticos al respecto, también sobre sus desmentidos, a través de correcciones posteriores, al alza o a la baja. Sin embargo, hoy tiende a tomar cuerpo la palabra “*sostenibilidad*” del modelo de vida en la Tierra, no solo de su economía y modelos de negocio dominantes, porque se ha revelado una depredadora insaciable de recursos a nivel planetario, incluso ya se plantea lo mismo en el plano interplanetario (ej. misiones a la luna para descubrir agua; misiones al espacio para descubrir planetas o astros sobrecargados de minerales útiles para seguir con un modelo económico que mercantiliza todos los bienes, incluida cada vez más el agua). Tras esta nueva exploración léxica subyacería un cambio semántico, más hondo, de modo que a la dimensión ambiental típica de esta palabra (rama del Derecho social de donde proviene⁴, al igual que el de calidad de vida -art. 45 CE-), así como la financiera (ej. sostenibilidad de los sistemas de pensiones) hoy se suma, en una concepción más global, integral, el de la “sostenibilidad social” del sistema de economía capitalista de mercado. Un paradigma que, por cierto, se halla tipificado en el sintagma de “economía social de mercado”, de conformidad con el art. 3.3 TUE (antiguo art. 2 TCE)⁵, a completar con la cláusula social transversal del art. 9 TFUE.

En este escenario normativo (en el plano de la representación jurídica más solemne) y político-institucional, también científico-social y cultural, la sostenibilidad se convierte

⁴ Así lo reflejaba el viejo art. 6 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), recogido en el actual artículo 11 del TFUE: “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con *objeto de fomentar un desarrollo sostenible*”. En el plano interno, el desarrollo sostenible como principio está en el art. 2 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático.

⁵ “3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en *pro del desarrollo sostenible* de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, *en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social*, y en un nivel elevado de protección y *mejora de la calidad del medio ambiente*. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”. Para la constante ambición, económica y social que ha representado esta exigencia, inherente al modelo social europeo, Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “*Hacia un Acta*

en la nueva palabra de orden (modernidad y racionalización) de discursos y políticas para su realización (otra cosa es que muten en prácticas efectivas, donde brillan más por su ausencia). Pero lo hace con una comprensión más extensa que en el pasado, integrando lo económico, lo ambiental y lo social. Y es en este contexto, incierto, pero renovado, en el que las “políticas de mercado de trabajo sostenible” están llamadas a ocupar un lugar especial, como evidencia el ODS n. 8, alineándose, al igual que en el art. 45 CE (derecho a disfrutar de la conservación de un ambiente adecuado y con calidad de vida), con el estándar (tópico jurídico-laboral) de “trabajo decente”, que en su versión ocupacional se concreta en el sintagma “empleo de calidad”⁶.

En el ámbito de la técnica de la planificación estratégica (siempre mucho más idealista y ambiciosa que en el de la técnica de las normas vinculantes y las políticas de garantía) inequívoco al respecto es el Documento «España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo». Al respecto, no por casualidad, como recuerda el preámbulo (con más “cuento que cuentas”) de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (NLE, en adelante), hace referencia, entre sus principales retos, a la necesidad de resolver las notables deficiencias (inventariadas en el seno de la concertación social que representa el CES del Reino de España -ej. Dictamen 6/2022-) de nuestro mercado de trabajo, adaptándolo a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas. Merece la pena reseñar que esta conexión entre sostenibilidad integral de la economía (y políticas a tal fin) y empleo de calidad (y políticas de mercado de trabajo a tal fin), no se hace solo en términos de coordinación y orientación de políticas (*el Derecho del Empleo como rama que ordena la política de empleo -de calidad-*) sino también con el horizonte de garantía efectiva (es el concepto jurídico que cubre la propuesta sociológica de “desarrollo pleno”) del derecho social humano “empleo digno, estable y de calidad” (art. 2.2 NLE), en un horizonte que se compromete con el “pleno empleo” (arts. 35 y 40 CE en relación con la Estrategia coordinada para el empleo de la UE). Un “*derecho (subjetivo) a un empleo de calidad*” (el Derecho Social del Empleo como sistema de garantías jurídicas, liberales y sociales, de efectividad del derecho subjetivo a disfrutar de un empleo de calidad o de oportunidades efectivas de tenerlo -mantenerlo o recuperarlo-) que se relaciona de forma estrecha, pero que no se confunde, no debe, con el diverso “derecho a un trabajo decente” para todas las personas (tópico del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social).

2.2. El derecho al empleo “en serio”: ¿transita la nueva Ley de Empleo hacia un sistema de garantías de un derecho al empleo de calidad más cierto?

No debería infravalorarse esta novedad. Primero porque, si bien el compromiso con políticas de empleo de calidad está en el TRLE/2015, no se refiere expresamente en ningún momento a la instrumentación de la política de empleo al servicio del derecho (subjetivo e individual, se entiende, aunque no lo precise así) a un empleo de calidad.

Segundo, se ha discutido, en todas los sistemas, incluso en los más avanzados en términos de construcción del Derecho del Empleo, como Francia, la posibilidad de disponer este tipo de derechos, en su dimensión no tanto de libertad (de empleo) sino de prestación (ej. contar con una oferta efectiva de empleo o, al menos, una oportunidad real de ocupación -acceso o retorno una vez se ha perdido-), de garantías ciertas para su efectividad, exigibles judicialmente, porque exista un sujeto o servicio, público o privado,

del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva”, Bruselas 27 de octubre de 2010 [COM(2010)] 608 final. Es obvio que los resultados son mucho más desilusionantes respecto el grado de cumplimiento de ese horizonte de “una economía social de mercado basada en el pleno empleo” decente (protección).

⁶ En este sentido, vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre «Política energética y mercado laboral: consecuencias para el empleo en las regiones en transición energética» (2023/C 146/02), DOUE 27 abril de 2023. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IE4464>

obligado a actualizarlas⁷. Recuérdese que la doctrina constitucional ha identificado más bien el derecho al empleo en su dimensión colectiva, vinculada a las políticas de empleo del art. 40 CE (que serían las desarrolladas por las leyes de empleo), a diferencia de la individual, más típica y exigible (relativamente, claro, ante la devaluación de la garantía de estabilidad real en el empleo a estabilidad obligacional, salvo despidos nulos). Si bien hay algunos casos, para colectivos y sectores profesionales específicos, donde este tipo de garantías podría ofrecer mayor concreción y exigibilidad⁸.

Finalmente, porque el contenido real del compromiso con el “pleno empleo” no es ni mucho menos unívoco. No faltan visiones más devaluadas en escenarios inciertos sobre el balance final de empleo con la transición digital (el tópico de si generará más empleo del que destruya la automatización plena en la era de la economía digital, sobre lo que hay una gran cantidad de literatura económica, sin resultado claro⁹). Pero también, cada vez más, del impacto potencial del cambio climático, según se realice la transición verde. Aunque, como en la transición digital, se confía en su capacidad para provocar un balance neto también positivo de creación de empleo (sostenible), el tránsito no será nada fácil.

Piénsese en la potencial pérdida de PIB y de volumen de empleo que puede producirse en países como España, o regiones como Andalucía, con una potente industria agroalimentaria, pero que precisa agua (bien cada vez más escaso), o en la incidencia en el sector turístico de las altísimas temperaturas continuadas en lugares ya cálidos. De ahí que se asuman estándares más rebajados del pleno empleo (ej. el Gobierno en funciones se contentaría con el 8% para España, un porcentaje que doblaría el de la media de la UE), por el llamado paro tecnológico¹⁰. Por lo tanto, la garantía del pleno empleo rebajada (a alto nivel de empleo) mutaría por lo que, sin duda, es un sucedáneo, el derecho a la inserción por lo económico, a través de típicas garantías de rentas (“políticas pasivas” -la

⁷ Vid. JEAMMAUD, A. -LE FRIANT, M. (1992). “L’incertain droit à l’emploi”. Travail, genre et sociétés, n. 2, pp. 29 y ss. <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-1999-2-page-29.htm>

⁸ Vid. SSTC 22/1981, de 2 de julio y 192/2003, de 27 de octubre. Lo recordaba recientemente, respecto del tratamiento especial del derecho a acceder a un empleo, como faceta individual del derecho al trabajo, por parte de los reclusos ex art. 25 CE, la STS, Sala 4ª, 566/2023, de 19 de septiembre. Aunque tampoco en este caso sería un derecho subjetivo pleno y perfecto, si que se recuerda que no es solo programático, sino de ejecución o realización progresiva, según las posibilidades de la Administración Penitenciaria y en aras de la componente de reinserción por el empleo que tiene el principio de reeducación social para este colectivo (por cierto, debe ser uno de los pocos que no se consideran prioritarios nominalmente, aunque sí puedan entrar a través de conceptos más amplios -ej. personas en riesgo de exclusión social; o personas con problemas de adicción, etc.-). O, por ej., la garantía de derechos a una oportunidad seria de recolocación establecida en el marco de la nueva -y polémica- regulación del contrato indefinido de obra en el sector de la construcción (disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, en la redacción dada por el RDL 32/2021; art. 24 bis del VI CC General de la Construcción).

⁹ Que desaparecerán profesiones y se crearán otras, transformándose un buen número de las actuales igualmente son datos de evidencia. La clave está en determinar si el resultado final será, como parece por las economías más digitalizadas, a su vez las de menor índice de desempleo, de creación neta de empleo o de mayor destrucción, a favor del trabajo automatizado, robótico. En cualquier caso, no faltan experiencias recientes de intentos de las profesiones actuales de alcanzar acuerdos para que ese impacto de destrucción-transformación sea el menor posible en el trabajo humano, especialmente en el creativo. Piénsese, por ejemplo, en el acuerdo del colectivo de personas guionistas en la industria del cine y la radiotelevisión en EE.UU. Sería el caso del *acuerdo de fin de huelga* recientemente firmado (2023), que modifica el establecido (2020) sobre relaciones de empleo y condiciones de prestación profesional en esta actividad que incluye compromisos, más allá de las mejoras retributivas, naturalmente, para tratar de evitar no solo que inteligencia artificial generativa (IAG) les sustituya, sino incluso que transforme radicalmente su profesión. <https://www.wgacontract2023.org/wgacontract/files/memorandum-of-agreement-for-the-2023-wga-theatrical-and-television-basic-agreement.pdf>. Además de las dudas que genera la eficacia real de este tipo de compromisos para ahuyentar los riesgos tecnológicos para su cantidad y calidad de empleo, no son fáciles, como prueba que no lo hayan logrado, aún, este instrumento de distribución razonablemente equilibrada del valor añadido de la innovación digital a los procesos productivos o de actividad económica, en el sector de la interpretación (actores y actrices). <https://hipertextual.com/2023/10/huelga-actores-hollywood-suspenden-negociaciones>

¹⁰ La visión paralela, llamada “gemelar”, entre el impacto (en términos de crisis y oportunidad) de la cuestión digital y la cuestión ambiental, está muy extendida en los discursos, políticas e instituciones de la UE, pese a que sus relaciones sean más complejas, incluidas las conflictivas. Este enfoque de “compañeras de viaje” en una economía transicional aparece claramente en el Documento España Digital 2026: la Agenda se orienta a impulsar un crecimiento más sostenido e inclusivo, a través de las sinergias entre la transición digital y la ecológica. Una crítica en MIÑARRO YANINI, M. (2023). “Las pretendidas “transiciones gemelas” ecológica y digital”. Ob. cit. p. 84.

denominación es estigmatizante y equívoca-), como se recoge ya en preámbulos de leyes que han de entenderse claramente incluidas, al menos en parte, en un contemporáneo Derecho Social del Empleo. Sería el caso de la Ley 19/2021, 20 de diciembre, del Ingreso Mínimo Vital (LIM) y del Real Decreto (RD) 789/2022, de 27 de septiembre (sobre compatibilidad del IMV con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación)¹¹.

En ella se deja claro que se asume, con cierta resignación y desconfianza con el futuro, sin perjuicio del compromiso con la inserción por el empleo y los incentivos de acceso al mismo, para no cronificar la situación de subsidio (incluso de pensión no contributiva con vocación indefinida un oxímoron con una renta que quiere acabar con la exclusión social promoviendo el tránsito a la participación en igual condiciones que el resto de personas), efectos nocivos en el volumen de empleo de las transformaciones de la sociedad impulsadas por las transiciones digital y verde (las transiciones como fuente de riesgos sociales globales en el empleo). De ahí que se afirme de forma expresa que el IMV, como garantía de renta mínima para una vida digna actúe: “no como una *política dirigida a grupos o individuos concretos, sino que, atendiendo a aquellos que en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, protege de forma estructural a la sociedad en su conjunto. Esta política actuará, así, como un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en el futuro próximo: (...)*”.

Precisamente, entre esos retos o desafíos están todos los que subyacen a los discursos (a veces más bien las retóricas) sobre las transiciones (inclusiva, digital y verde). Así, se hace referencia expresa a las: “carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades como la puesta de manifiesto por la crisis de COVID-19, *transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos*, problemas frente a los que casi nadie será inmune, pero que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables”.

¿Estamos, pues, ante contradicciones internas en los diferentes cuerpos legislativos que conformarían lo que cabe entender como un contemporáneo y complejo Derecho Social del Empleo, en esa doble dimensión individual (sistema de garantías de efectividad -en especial prestacionales, pero no solo- del derecho social a un empleo de calidad) y colectiva (sistema de organización, fomento y financiación de las políticas de mercado de trabajo o política de empleo)? ¿En unos casos se muestra plena confianza en la capacidad del sistema normativo e institucional para afrontar los retos del futuro con la búsqueda del pleno empleo y, en otros, se asume que el futuro es bastante más incierto y conflictivo? En función de las respuestas, lógicamente, el riesgo es deslizarse por la pendiente que nos lleva a ver en esas nuevas “invenciones” conceptuales e institucionales auténticas formas o fórmulas mágicas¹², como en su día conceptos tales como el de la “flexiguridad” (ej. la nueva regulación de la fijeza discontinua es un ejemplo de ello -art. 16 ET-, “capital

¹¹ Una perspectiva de afrontamiento del objetivo de la promoción del empleo de las personas en riesgo de pobreza y/o exclusión social mediante su inserción por lo económico muy diferente al que supone, por ejemplo, la Ley de Empresas de Inserción (Ley 44/2007, de 13 de diciembre). Aquí se apuesta no por la garantía de renta sino por la técnica institucional (empleo en una empresa protegida de economía social) y contractual (ej. contratos temporales específicos para la situación de transición desde el riesgo de exclusión a una normalizada para su integración en mercados de empleo ordinarios, no protegidos).

¹² En el sentido de WIETHÖLTER, R. (2019). *Las fórmulas mágicas de la Ciencia Jurídica*. Ediciones Jurídicas Olejnik. Colección Biblioteca de Filosofía del Derecho, Santiago de Chile (existe una versión en español más antigua, 1991, en EDERSA). El enfoque sigue siendo hoy muy interesante: la continuidad y predominio de las sociedades de economía capitalista (liberal-individualista) en Estados sociales y democráticos de Derecho (solidarios y colectivos) hace que vivan permanentemente en una “búsqueda de su forma jurídica” adecuada y coherente, de modo que la idea de una economía social de mercado es más un horizonte, un objetivo, que un resultado.

humano” o la “empleabilidad”, remozadas a través de la omnipresente “sostenibilidad” (empleos y mercados de trabajo¹³) y su corolario de la “retórica de las transiciones” (digital, verde e inclusiva, las 3 siempre en clave de género -otra retórica recurrente-)¹⁴.

2.3. Política de, y derecho al, empleo sostenible: ¿palabra clave para redirigir el sistema garantista o concesión formal a la retórica de las transiciones?

Frente a estas contradicciones del sistema normativo y de sus políticas de garantía y promoción en la rama de política y Derecho de empleo en un sistema más amplio de Derecho social, la crítica constructiva sería el primer deber de cualquier persona ciudadana, más de la ciencia social, y desde luego jurídica, pese a edificarse sobre construcciones en gran medida antinómicas y lagunosas, con garantías débiles de efectividad (Ferrajoli). De ahí la desconfianza que se debe evidenciar ante preceptos que, por su exceso programático y su ausencia de criterios de control objetivable de su intensidad prestacional, no están en condiciones de provocar la transformación de la realidad (en nuestro caso las deficiencias del mercado de trabajo para que sea realmente sostenible en sentido integral) que promete, por cuanto a menudo sus construcciones se dirigen a perpetuar ese dominio económico sobre lo social, cronificando las situaciones de vulnerabilidad que dice querer corregir.

El TRLE/2015 estaba plagado de este tipo de preceptos, la NLE trata de reducirlos. Pero no ha escapado a su influencia, presentando esas contradicciones y lagunas, sobre todo a la hora de hacer creíble criterios tan determinantes como la “calidad del empleo”¹⁵, que ni nos dice lo que entiende por tal ni remite a ningún criterio de medición razonable, más allá de las típicas deslegalizaciones de esta materia, bien a los desarrollos reglamentarios (art. 55.3 NLE) bien a los instrumentos de evaluación en su día de los organismos competentes, bajo la promesa de informes que permitirán nuevos programas de corrección, algo incorporado a nuestro sistema desde décadas, con escasos resultados.

Por seguir con los ejemplos, traigamos a colación el art. 56.1 NLE (Catálogo de servicios garantizados a personas demandantes de servicios de empleo), precepto de gran importancia porque delimita el nuevo marco pretendido de derechos y garantías que den fiabilidad a ese enfoque más subjetivo perseguido por el cambio legal. De un lado, utiliza de forma cumulativa los adjetivos de “decente” (estándar normativo de la OIT) y “calidad” (concepto sociológico, descriptivo, no prescriptivo, y genérico, no concretado):

“Con objeto de facilitar el acceso a un empleo decente y de calidad y la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo, los servicios garantizados serán los siguientes...”

¹³ Vid. CARUSO, B-DEL PUNTA, R. -TREU, T (2020). *Manifiesto por un Derecho del Trabajo sostenible*. En Derecho de las relaciones laborales, n.8, pp. 1107-1153. De interés también, en una clave de propuestas evolutivas para la investigación en políticas sociales y laborales, TREU, T. “Derecho del Trabajo y políticas sociales: un programa para la investigación transnacional”, *Temas Laborales*, 134/2016, pp. 13-43. Se analiza el nuevo valor del “trabajo” y sus condiciones de prestación (incluye la dimensión del “empleo” y sus “condiciones” de creación, mantenimiento y recolocación o retorno al mercado tras perderlo) en un escenario obligado a promover sea crecimientos económicos sea desarrollos “sostenibles”. Nos propone un enfoque innovador e integrador de la doble alma de la norma laboral que: “pueda promover una integración entre las políticas económicas innovadoras, bienestar activo y políticas de empleo efectivas”, p. 17.

¹⁴ MOLINA NAVARRETE, C. (2019). “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social (RTSS-CEF)*, n. especial *Transformación digital*. MIÑARRO YANINI, M (2021). “El papel del derecho para garantizar una transición ecológica socialmente justa”. AAVV. Cambio climático y Derecho Social, IURA, Editorial de la Universidad de Jaén.

¹⁵ Se trata de un concepto sociológico, descriptivo, de momento no normativo, porque no incorpora ni criterios de medición ni objetivos concretos de realización. Expresa, sin duda, el enorme influjo que la ciencia jurídica-social presenta en estos tiempos (ej. reducción de la brecha de género, edadismo, etc.-). Tampoco puede identificarse ese concepto solo con la estabilidad ocupacional y la seguridad económica, que serían los conceptos jurídicos que formalizarían ese concepto extrajurídico y metajurídico. En todo caso, parece claro (aunque hay opiniones diferentes en la doctrina científica) que, como se dijo, al igual que van de la mano la sostenibilidad ambiental y la calidad de vida, la sostenibilidad social del modelo de crecimiento económico requiere del empleo de calidad.

¿Acaso el empleo decente no es en sí de calidad? Evidentemente no necesariamente, pues, un empleo temporal que responda a una causa justificada y que respete condiciones laborales y de protección social, en los términos limitados, pero decentes que supone ese tipo de empleo, a diferencia del de mayor “calidad” que podría suponer el estable, aunque tampoco necesariamente un empleo indefinido resulta estable ni de la debida calidad.

Por tanto, sabemos lo que es un empleo decente (o digno), en la clave que ofrece la normativa de la OIT, pero no lo que es un empleo de calidad, menos su relación, hoy inexorable, con la sostenibilidad integral. Sin embargo, sabemos que buena parte de los problemas de desigualdad, pobreza y exclusión (actuales en gran medida o en riesgo potencial, cada vez más) traen causa de las condiciones (débilmente sostenibles) del mercado de trabajo y de sus formas de empleo, principal medio de vida de la gran mayoría de la sociedad, por más que esta se defina como del conocimiento y en esa capacidad se centre el grado de expectativas de calidad de vida de las personas, en el presente y más en el futuro. El opuesto al empleo de calidad es el “empleo precario” (otro concepto sociológico) y buena parte de la responsabilidad de una condición u otra reside, además de en el modelo económico, en el marco institucional que lo ordena de forma necesaria (el mercado de trabajo como institución social, no como un mercado económico más).

Pero, se insiste, ni nos dice qué es el empleo de calidad ni remite a compromiso alguno o instrumento de medición, pese a que ya sí existen algunos indicadores o índices en esta dirección. Por supuesto, sí que este enfoque más concreto e innovado está presente en la NLE, pero no en el cuerpo normativo, con compromisos tangibles y exigibles, sino en el preámbulo, donde se expresa lo que se debería hacer para mejorar, no lo que se debe de hacer necesariamente.

En efecto, no plasma normativamente objetivos concretos exigibles jurídicamente, solo en esa parte programática e idealista que es el preámbulo¹⁶. En cambio, sí que vuelve a enfatizar la NLE un concepto tan difuso y poco útil jurídicamente como el de “empleabilidad”, un concepto de origen sociológico y con un marcado ADN del neolenguaje funcionalista que, difundido por doquier en las normas y programas de empleo, ni se había definido ni medido, por lo que difícilmente podía servir como garantía para una protección eficaz en términos de “calidad de empleo”. Ahora, sin embargo, no solo se define (ar. 34)¹⁷, sino que se le dedica todo un capítulo (capítulo II del Título III -políticas activas de empleo-), hasta el punto de que, de nuevo, el preámbulo lo considera como “elemento nuclear de la política de empleo”.

Normativamente se configura como un derecho-deber transversal del entero sistema y su fundamento jurídico se sitúa en el desarrollo del art. 35 CE. El derecho al empleo (no a un empleo) se pondría, en realidad, al servicio de la “capacidad de las personas de ser empleable”, no directamente a garantizar “oportunidades de empleo de calidad”. En

¹⁶ En el apartado II se llama a “la creación de un sistema de evaluación y monitorización de las políticas activas eficaz mediante una sistematización de toda la información y la inclusión de criterios clave como el éxito de inserción laboral o la calidad del empleo conseguido”. Este enfoque de evaluación medible se trasladará al cuerpo normativo, sí, con todo un Título, el V. Pero, ahora con muchos más artículos que antes (66 a 70), se sigue manteniendo el mismo carácter genérico y programático de siempre, dejando la garantía de resultado del objetivo perseguido (medir) a la metodología, informes, programas, estudios que, en su día, se puedan realizar. Asimismo, en tal apartado II de la EM o preámbulo, se contemplan algunos objetivos cuantitativos de la política de empleo, extraídos del Documento “España 2050”: “Para lograr abordar este reto con éxito, es necesario reducir la tasa de desempleo de mujeres y hombres a menos de la mitad y alcanzar una tasa de empleo similar a la de los países más avanzados de Europa (80 % en 2050) y reducir progresivamente las brechas de género. Esto supone aumentar la inserción laboral en 15 puntos en los próximos 30 años”. Sin embargo, en el cuerpo normativo estos compromisos concretos y medibles no están reflejados ni cuenta con plazos concretos. Por tanto ¡largo me lo fiais!

¹⁷ “Se entiende por empleabilidad, de acuerdo con el art. 3, el conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”.

definitiva, la capacidad para ser persona “empleada” deriva en capacidad para ser persona “empleable”, exigiéndole un deber de ajuste dinámico entre las competencias personales (patrimonio profesional) y las demandadas por el mercado (art. 34 NLE), esto es, en clave de gestión de personal: adaptabilidad, creatividad, flexibilidad y disponibilidad para el mercado.

La empleabilidad (otra “formula mágica”), como derecho y deber, no atiende solo, pues, a las necesidades de las personas (demanda de empleo -oferta de trabajo-) sino también de los mercados y sus imperativos (ofertas de empleo-demanda de trabajo). Al tiempo, además de orientar (su mantenimiento -conservación- y elevación -mejora-) toda la dinámica de las políticas activas de empleo, para todas las personas demandantes de los servicios de empleo, lo hará de las políticas de protección por desempleo. Ahora bien, aunque ya veremos que realmente el cambio es mínimo, la NLE parece crear una diversa orientación a la empleabilidad. Si en la normativa precedente actuaba fundamentalmente como ariete o espoleo de la búsqueda activa de empleo (esfera del deber de actividad), el art. 35 NLE pareciera asignarle una dimensión diferente, de protección del patrimonio profesional de la persona demandante de empleo:

“...de modo que las personas beneficiarias no deben verse abocadas a la toma de decisiones que vayan en detrimento de su profesionalidad y de su capacidad de mejorar en el mercado de trabajo”.

En coherencia con esa nueva centralidad del derecho-deber a la empleabilidad la NLE es conscientes de que necesita ponerle un parámetro de medida, a fin de poder evaluar el éxito del objetivo de mejora. Ahora bien, una vez más, siguiendo los esquemas típicos en este sector normativo, la fuente encargada de llevarlo a cabo es el reglamento:

“La cuantificación de esta mejora de la empleabilidad se realizará a partir de, la evolución de una tasa de empleabilidad definida reglamentariamente, previa deliberación técnica en el seno del Sistema Nacional de Empleo y del Diálogo Social, sin perjuicio de la participación de entidades específicas a través de las consultas, informes y propuestas que se deriven del procedimiento de elaboración reglamentaria”.

En consecuencia, el control de la intensidad protectora de este servicio siempre queda en manos del Gobierno (conforme a ese típico modelo reglamentista y administrativo y técnico que caracteriza este sector normativo y que dificulta su visión como Derecho, por ser variable dependiente de decisiones estrictamente de políticas gubernativas). Algo que también se va a producir en otro ámbito, hoy por todos los agentes del sistema, incluidos los sindicatos, señalados como uno de los grandes fracasos de nuestro mercado de trabajo, la bajísima tasa de intermediación de los servicios públicos, estatal y autonómicos. Pues bien, apuntando un elemento de innovación muy significativo, pero que, como veremos, se queda a medio camino (no se proyecta en criterios de objetivación de la intensidad de protección legal de este sistema de garantías al servicio del derecho al empleo de calidad -o su sucedáneo de empleabilidad-) ordena establecer:

“mediante el mismo procedimiento una tasa de intermediación, que permitirá medir el impacto de las atenciones a las personas en sus transiciones al empleo y la efectividad en la atención a las empresas que solicitan cubrir sus puestos vacantes”.

Es lógico y coherente pensar que la medición de las tasas de empleabilidad y las tasas de intermediación (bajísimas en España), de ahí las dificultades en España para cubrir las vacantes, en crecientes sectores de actividad (no solo la hostelería), deberán servir para la orientación, y revisión en su caso, de las políticas de empleo, incluida la identificación de las personas con mayores dificultades reales de integración laboral (enfoque selectivo de las políticas de empleo). Sin embargo, con gran perplejidad por mi

parte, la norma prevé solo que este uso sea potestativo: “*El diseño de los esquemas de incentivos a la contratación y otras medidas de políticas activas, podrá tener en cuenta esta identificación de colectivos, y la intensidad con que se manifiesten sus dificultades de acceso al empleo*”.

En cualquier caso, podemos comprobar cómo aparecen ya por doquier dos enfoques muy importantes, teóricamente desde siempre, en todo modelo de política de empleo, pero que hoy adquieren una especial significación. Me refiero, de un lado, a la moderna concepción “transicional” de los mercados de trabajo¹⁸, con una visión de la protección no estática, sino dinámica, de las personas (*enfoque transicional del empleo y sus mercados; el art. 4 NLE repite este enfoque hasta la saciedad*). De otro, a la atención reforzada de las demandas de trabajo (ofertas de empleo) de las empresas, que hoy vivirían un momento especialmente crítico por la dificultad de cubrir las vacantes crecientes existentes.

En la descripción del hecho hay acuerdo: falta el adecuado ajuste entre sus ofertas de empleo (demandas de trabajo) y las demandas de éste (*ofertas de empleabilidad o disponibilidad para el trabajo*). Pero la comprensión de las causas, por tanto, de cuáles son las soluciones óptimas, difiere de forma radical, en la medida en que para el enfoque empresarial se trata de una fiable verificación de la inadecuación profesional de la mano de obra a lo que se demanda en el mercado (un problema de la demanda de empleo-oferta de trabajo), para el enfoque sindical se trata de una inadecuación de la oferta de empleo a las necesidades de las personas trabajadoras (un problema de oferta de empleo-demanda de trabajo). Con lo que el tema contemporáneo (desigual, según países, pero presente en más de uno -EEUU, Reino Unido, Francia, Italia y, en bastante menor medida, España) de las “grandes renunciadas”¹⁹ (voluntarias) de empleo reciben también una explicación diferente, al igual que las propuestas para corregir esas fracturas (ej. polémica política de incremento de la oferta de empleo inmigrante²⁰ para cubrir las vacantes que, sin embargo, es contestada sindicalmente porque se entiende que funciona como una típica política de “ejército de reserva”, para legitimar empleos devaluados y poco sostenibles).

Como es bien conocido, el enfoque transicional en torno al empleo y los mercados de trabajo, también en esta clave omnipresente de empleabilidad, adquiere una dimensión mucho más extensa y compleja²¹, a raíz de su centralidad en todo el escenario que ha dado

¹⁸ Se asume que las posiciones de estabilidad no pueden identificarse con la fijeza estática o permanente, porque sería inevitable, en una economía incierta, la idea de estado de tránsito, de pasarela de una situación a otra, que tienden a multiplicarse y hacerse intercambiables. Las situaciones se vuelven más itinerarios discontinuos que estados contractuales fijos, con personas obligadas de forma permanente a readaptarse, formativa y funcionalmente. AAVV. (20220) *Los mercados de trabajo transicionales Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, MTAS, Madrid.

¹⁹ Acuñado por el catedrático Anthony Klotz, de la Universidad A&M de Texas, describiría un fenómeno registrado tras el confinamiento por la pandemia, en virtud del cual millones de personas trabajadoras, con empleo, no regresaban a sus puestos, tras ser posible por finalizar las restricciones pandémicas. Tras estas decisiones de “abandono voluntario”, habría múltiples causas expresión del descontento, también la insatisfacción, de las personas respecto de sus empleos: bajos salarios, altas demandas de trabajo (cargas altas con ritmos elevados), limitadas posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, cobertura reducida de protección social, etc. Vemos, pues, cómo también la atención a la salud -bienestar- mental de las personas muta en una componente esencial de las políticas de buenos empleos. En consecuencia, frente al refrán de “más vale pájaro en mano que ciento volando”, se prefería dejar el empleo que se tiene y moverse en busca de un “horizonte laboral” más satisfactorio. BAYONA, E. (2023). Los datos que silencian la idea de la “gran renuncia” en España: un empleo vacante por cada 124 puestos cubiertos. <https://www.publico.es/economia/datos-silencian-idea-gran-renuncia-espana-vacante-124-puestos-cubiertos.html>

²⁰ De ahí la crítica, entre otros preceptos, al art. 65.1 (determinación de la situación nacional de empleo) y art. 124.4 (arraigo por formación) del reglamento de extranjería, en la redacción dada por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

²¹ Aunque en cierto modo se puede hablar de cierto desplazamiento del concepto de “mercado de trabajo transicional”, como nuevo paradigma de revisión del modelo social europeo a los inicios de la década de este siglo (basado en una nueva regulación de los mercados de trabajo que facilite el cambio de situaciones de las personas trabajadoras en su ciclo de vida sin perjudicar su calidad de vida, sea en términos de profesionalidad (oportunidades de empleo de calidad), de seguridad económica (garantía de rentas suficientes: salariales o sociales) y personales (conciliación de

origen a esta reforma, a esta NLE: la política de empleo sostenible como una condición esencial para garantizar que las transiciones del sistema (digital, ecológica e inclusiva y de género) se hagan en términos óptimos económicamente, no solo justos socialmente. Conscientes de que esta conexión de coherencia no se da hoy, hay que caminar hacia ellas a través del diseño y puesta en práctica efectiva de las políticas adecuadas para hacerlo del modo más rápido y beneficioso para el conjunto de la sociedad y la economía. Pero, como se verá, no todas las transiciones tienen el mismo peso, ni ofrecerían la imagen tan armónica como parece dar a entender la norma.

El dispar peso se constata en la medida en que, junto a la digital, será la de género la más vigorizada, pero obvia prácticamente la ecológica (salvo la remisión del art. 33.2 i) a la función de la formación al servicio de acompañar las transiciones “gemelas”, la digital y la ecológica). Asimismo, ofrece una atención limitada, tradicional, a la inclusiva (ej. escaso espacio a la transición demográfica -aunque se prioriza a mayores de 45 años-), salvo en lo que hace al ensayo de reordenación sistemática y clarificadora -el ensayo no asegura el éxito- de los “colectivos prioritarios de las políticas de empleo” (arts. 50 y ss.). Pero el listado es tan extenso, como se verá, que difícilmente cumplirá el objetivo de hacer partícipes por igual a todos ellos de una política de integración por igual a través de las políticas de empleo (más bien de empleabilidad -sucedáneo funcionalista-), destacando claramente, además de la modernización que supone la referencia al colectivo LGTBI (que la Ley 4/2023 dejó obsoleta de inmediato), la mayor visibilidad normativa y atención de servicios a las personas con discapacidad mental. Asimismo, como ya he puesto de relieve en otro lugar, las transiciones presupuestas resultan mucho más “espinosas” y conflictivas de lo que da a entender la norma²².

3. DERECHO DEL TRABAJO VS. DERECHO DEL EMPLEO: ¿REARME PARALELO A MEDIO GAS O ESTANCAMIENTO DEL SEGUNDO?

En estos escenarios, renovados, pero conflictivos y ambiguos, la pregunta a realizar en esta sede es la de si, en su pretensión de -enésima modernización-, la NLE están en las adecuadas condiciones para provocar no solo un cambio legislativo, lo que es obvio, sino de asumir el necesario papel de impulso de un renovado y relevante Derecho Social del Empleo (sostenible), corrigiendo deficiencias del precedente y promoviendo garantías de mayor eficacia, eficiencia y equidad de esta rama del Derecho Social sostenible. Al respecto, no creo ocioso recordar que, a mi juicio, frente a la renovación perseguida en el ámbito del Derecho del Trabajo, incluso en el Derecho de la Seguridad Social, a través de los últimos procesos de reforma, la rama del Derecho del Empleo había quedado notablemente más relegada, hasta estar estancado en todos sus términos, legislativamente desde 2015, pero normativa y materialmente, desde hace décadas. En términos más concretos; ¿si hace años que ha calado, aunque no se haya realizado, la necesidad de un Estatuto de las Personas Trabajadoras adecuado a las necesidades del siglo XXI cabe entender que la Ley 3/2023, la NLE, es la ley que se precisaba para superar la centralidad pérdida por parte de los derechos y políticas urgidos del empleo de calidad?²³.

la vida laboral, familiar, personal), al de “transiciones de mercados de trabajo”. Aquí, las propuestas de regulación y cambio se darían en la búsqueda de nuevos modelos de negocio, más sostenibles en términos tecnológicos y verdes, que, a su vez, darían lugar a nuevos “mercados de trabajo sostenibles”, con empleos y profesiones más digitales y/o ecológicas.

²² MOLINA NAVARRETE, C. (2021). «Next Generation EU» y políticas de mercado de trabajo inclusivo: transiciones (espinosas) desde las discriminaciones (sistémicas por edad y discapacidad) a la integración (en igualdad). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 458, 5-18.

²³ Para una inclinación pesimista del debate en torno al volumen de empleo en la economía digital, en especial en los periodos transitorios (por eso se apuesta por una política contemporánea de empleo sostenible basada en la racionalización de las garantías de rentas en caso de desempleo -ej. prestación universal por desempleo, que bien podría

Que la recuperación de la centralidad política, normativa y económica del trabajo (real o pretendidamente perdida) está en la base de la reforma laboral del año 2021 no es dudoso²⁴. Pero ¿está también esta idea en la base de la NLE?

Limitada, aún de manera significativa, la reforma laboral del 2021 persigue revertir la devaluación de las garantías del trabajo, con propuestas relativamente renovadoras ¿puede decirse lo mismo para las garantías del volumen y calidad debidos del empleo con la NLE?

Al respecto, recordaremos brevemente que el principio jurídico clásico de protección de la persona trabajadora, típico del Derecho Social del Trabajo, fue erosionándose de una forma gradual, pero constante, en aras del principio económico de la flexibilidad en la gestión (de acceso, novadora y extintiva) del empleo, por el pretendido efecto creador de empleo. La realidad ocupacional resultante fue distinta, en la medida en que sus efectos en la creación de empleo fueron muy limitados, mientras que el precio pagado fue alto, en términos de devaluación de las garantías laborales y, por tanto, el tránsito de la calidad a la precariedad del empleo²⁵. ¿Constituye, pues, la NLE, el complemento necesario y coherente, en el campo de las políticas de empleo, de la reforma laboral en la dirección de asegurar, de forma efectiva, el derecho social-principio de garantía (protección) y promoción (fomento) del empleo de calidad como valor socioeconómico y cultural añadido a todas las políticas económicas, no solo las de mercado de trabajo?

Ciertamente, vivimos un momento distinto en el que se apela desde la política laboral de reformas normativas al trabajo de calidad (trabajo decente en la construcción de la OIT), esto es, a un empleo efectivamente estable, suficientemente bien retribuido, seguro y saludable e inclusivo socialmente para todas las personas, al margen de cuáles sean sus condiciones personales (edad, sexo, capacidad, orientación sexual, raza, etc.). Ahora bien, de nuevo, ese paradigma garantista no es una realidad extendida, normalizada, aunque no sea tampoco solo un desiderátum. Aunque está consagrado normativamente en clave de reconocimiento y de garantía (liberal y social) de derechos para su realización, la realidad muestra sus contradicciones, lagunas, deficiencias al respecto. Por lo que se precisa de políticas adecuadas para su consecución.

Ahí es donde las políticas de mercado de trabajo y la rama del Derecho que las ordena de forma específica, o debería, el Derecho del Empleo, han de acompañar a las políticas laborales, para corregir graves persistentes desequilibrios (cuantitativos, cualitativos, territoriales) de aquéllos²⁶. La NLE no debe renovar textos legales solo, sino reinventar el papel del “Derecho (Social) del empleo como rama del Derecho Social, que ocupa ámbitos más allá (trabajo autónomo, emprendimiento, protección social frente al desempleo, régimen concursal de empleo, etc.) y más acá (ej. protección de la posición

cubrirla una honda redefinición del IMV-). Cfr. RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L. (2017). “Políticas de empleo en clave socialdemócrata”. En *Grand Place. Pensamiento y cultura*.

²⁴ Aunque la pérdida de peso relativo de las rentas del trabajo (RT) respecto de las rentas del capital (RC) ha ido cayendo progresivamente, no es lineal. Así habría sucedido con los ERTE durante la pandemia que pudo sostener las rentas del trabajo, incrementándose 5 puntos porcentuales, cuando su evolución había sido la reductiva, alcanzando su nivel más bajo en 2017, situándose 2 puntos por debajo de las rentas del capital. vid. CARRERAS BAQUER, C. (2023) La evolución reciente del peso de las rentas del trabajo <https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/actividad-y-crecimiento/evolucion-reciente-del-peso-rentas-del-trabajo>. PIKETTY, Th. *El capital en el siglo XXI*, Deusto, 2013.

²⁵ Vid. OIT Perspectivas sociales y del empleo en el mundo 2015: El empleo en plena mutación (2015). El nivel de protección (rigidez/flexibilidad) de la norma laboral no es variable decisiva para el nivel empleo.

²⁶ Los desequilibrios típicos de las políticas de mercado de trabajo (desempleo, el riesgo de pobreza -incluso laboriosa- y exclusión por la precariedad, la desigualdad) se juntan con emergentes, derivados tanto de la digitalización (optimiza el rendimiento económico de la producción, sustituyendo empleo humano por otro automatizado; fomenta nuevos nichos o yacimientos de empleo precariado digital) como del cambio climático (ej. peligran buen número de empleos por su insostenibilidad ambiental o por las sequías), así como de la transformación de la pirámide demográfica (envejecimiento). Vid. Dictamen CES 6/2022.

de candidatura al primer empleo; garantías de recolocación para nuevos empleos perdido el primero, etc.), del Derecho del Trabajo, *para su paralelo rearme jurídico-axiológico, poniendo fin al enfoque sacrificial de trabajo (decente) por empleo* (existencia del vínculo ocupacional -asalariado o autónomo-). La misión del Derecho Social del Empleo y de las políticas de mercado que regula no puede ser solo recuperar los equilibrios que se han ido perdiendo entre la oferta y la demanda de empleo, sino que debe ir más allá.

¿Pero a dónde? A mi juicio, también a promover que todas y cada una de las políticas, económicas y sociales, no solo las públicas (ej. políticas convencionales de promoción y garantía del empleo; gestión concursal orientada a dar preferencia a las soluciones que generen, o mantengan, más empleos, etc.), tengan un impacto óptimo en la cantidad y calidad del empleo, debiéndose tratar esta contribución como un elemento necesario (valor socioeconómico añadido) en la definición normativa. Pero, a mi entender, para ello no bastará con reflejar tales estándares de garantía en el plano reglamentario y técnico, con inclusión de la revitalizada fase de evaluación de todas las políticas y acciones (decisiones) a adoptar por los poderes públicos y económicos (privados), en todos los niveles de toma de decisión adecuados, sino que ha de plasmarse ya desde la ley, desde un enfoque objetivado, y medible, de garantía de niveles suficientes, no solo mínimos, de intensidad protectora del sistema de garantías (libertades, servicios, prestaciones, etc.) puestos al servicio de la efectividad del reconocimiento del derecho social al empleo (de calidad sostenible)²⁷. En este escenario de creciente complejidad y elevada incertidumbre, derechos de seguridad tradicionales, como la estabilidad estática (en el puesto de trabajo), mutan en derechos de seguridad dinámica, esto es, de oportunidad efectiva de adaptarse a las nuevas demandas de los mercados y sus condiciones de sostenibilidad, como sería el derecho-deber de capacitación continua (tecnológica, ambiental) para afrontar los retos derivados de estos procesos y sus transiciones (digitales, ecológicas, etc.).

Reconocer, promover y garantizar el valor del empleo de calidad en los viejos y nuevos mercados de trabajo, orientados por, y resultantes de, las transiciones, sí justas en lo sociolaboral, no es solo una condición social añadida para promover un crecimiento económico sostenible. Al tiempo, se confirma con una triple necesidad para optimizar las oportunidades de desarrollo insitas en las innovaciones tecnológicas (sociedad del conocimiento -cada vez más digitalizado pero no solo-) y en los procesos de transición para que esa sostenibilidad sea integral (económica, social y ambiental) y creíble, factible (digital, inclusiva, ecológica y de igualdad de oportunidades y resultados en clave de género) más allá del continuo tópico de los imperativos de reconstrucción social de los mercados de trabajo en plataformas digitales, hoy en pleno debate de la UE²⁸, así como los mercados de teletrabajo internacional, asalariado y autónomo (predominante), o de “trabajo de cuidados”. ¿Es la NLE la esperada y esperable para alentar tan importante

²⁷ Esta idea de desarrollo social a través de una valoración transversal del empleo en todas las políticas de los Estados, no solo las económicas y sociales propiamente, viene siendo un enfoque auspiciado desde hace largo tiempo por la OIT, manteniéndose en nuestros días. Vid. OIT. *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Tendencias 2022*. Se recuerda -insistiendo en el trabajo decente- que para “lograr una recuperación centrada en las personas [incluyendo todo tipo de prestadoras, también por cuenta propia, e incluso las que trabajan en economía informal], será preciso llevar a la práctica con éxito estos cuatro pilares [estándar del trabajo decente]: el crecimiento económico y el desarrollo inclusivos; la protección de todos los trabajadores; la protección social universal, y el diálogo social. Cada uno de los pilares desempeña un papel fundamental.”. Ob. cit. p.5. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_834068.pdf. Asimismo, aunque algo antiguo, de interés AAVV (2006). *Reconciling labour flexibility with social cohesion. Ideas for political action*, Publicación del Consejo de Europa, n. 16, Estrasburgo.

²⁸ Vid. SIERRA BENÍTEZ, E.M. (2023). “Reflexiones en torno a la intervención normativa jurídico-laboral para la construcción social del nuevo mercado laboral de las plataformas digitales de trabajo”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, número 1, enero-marzo. Un impacto que lo es también en el sistema público de pensiones. Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. (2021). Las pensiones y las nuevas formas de empleo de la revolución digital, *Mediterráneo económico*, 34, (Ejemplar dedicado a: El futuro de las pensiones en España), págs. 215-234.

afán innovador o transformador, económica, social y ocupacionalmente? No parece, pero veámoslo.

4. UNA VISIÓN GENERAL DE LA NLE: ¿ENTRAMADO INSTITUCIONAL CONTINUISTA Y RENOVACIÓN DE SU CONTENIDO NORMATIVO?

Si nos rigiésemos solo por una primera y superficial aproximación general al marco para la estructura normativa e institucional de la política de empleo en la NLE hallaríamos una marcada decepción. Los 6 Títulos en que se estructura no pueden reflejar un mayor continuismo respecto del entramado institucional precedente, dejando de lado, claro está, el cambio, a mi entender, más aparente que real, del “nombre” (¿también de su dinámica de funcionamiento y organización?) del Servicio Público de Empleo Estatal, que, como ya sucediera con el INSS (otra entidad gestora del sistema de seguridad social), también quiere ser “Agencia Estatal” (todas quieren emular a la Agencia Tributaria -que solo hay una-). Así, el Título I ordena la política de empleo, el II la “Agencia Española de Empleo”, junto al resto de los servicios de empleo (públicos y privados), ocupándose el Título III de las políticas activas de empleo (PAE), el Título IV de los “servicios garantizados, compromisos y cartera de servicios”, el V la financiación, para regular finalmente el Título VI la -siempre anhelada, tanto como poco practicada- Evaluación de la política de empleo. Como puede comprobarse, apenas hay innovación, ni léxica ni estructural alguna en la delimitación de este entramado institucional²⁹.

Ciertamente, el cuerpo normativo es mucho más extenso que el precedente, pues son 70 artículos los que tiene la NLE, frente a los 42 de la precedente. Como es algo más dilatada la parte extravagante de la misma: 11 disposiciones adicionales -en la precedente 9-, 5 transitorias -en la precedente 4-, una derogatoria³⁰ -al igual que el anterior- y 16 finales -en la anterior solo 3-. Precisamente, donde más diferencias en el cuerpo normativo habría es en el más ambicioso programa reformador que incluye la NLE en diversos sectores del Derecho Social respecto de la ley precedente, lo que también es lógico por tratarse de una ley ordinaria frente al precedente texto refundido. De ahí que, como es habitual, hallemos modificaciones puntuales, muy parciales, en el TRLISOS, en la LGSS, en el ET (arts. 27 -SMI- y 51), así como en el Texto Refundido de la Ley de derechos de personas con discapacidad -para dar entrada al nuevo tratamiento de las persona discapacitadas de índole mental-, la Ley del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral y en la Ley de Contratos del Sector Públicos -acuerdos marco-, y en alguna otra, como la Ley del Fondo de Compensación por Amianto (incluso reglamentarias -2-). Pero no significa una innovación cualitativa relevante salvo en un par de aspectos más laborales (art. 51 ET para introducir el refuerzo del papel de la ITSS en el control de las causas de regulación extintiva de empleo) y procesales (derogación de la letra d) del art. 148 LRJS, para eliminar el procedimiento de oficio y así agilizar la tramitación de las actas de liquidación, dándole ejecutividad inmediata), pese a que le afecta (ej. garantías propias de la regulación extintiva de empleo -para coadyuvar a dificultar su terminación, en pro de su mantenimiento-; favorece el control administrativo frente al fraude a la hora

²⁹ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2023). La arquitectura institucional de las políticas de ocupación en la nueva Ley de Empleo, <https://www.aedtss.com/la-arquitectura-institucional-de-las-politicas-de-ocupacion-en-la-nueva-ley-de-empleo/>,

³⁰ Además del TRLE, lógicamente, también se derogará la La disposición adicional octava de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral y el artículo 19 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

de la constitución de vínculos de empleo en el mercado, desplazando el debido asalariado por el falso autónomo -individual o colectivo que sea-).

Ahora bien, si entramos a sus objetivos, fines y, sobre todo, técnica normativa ¿podemos hallar la espera -y debida- innovación de técnica jurídica y ambición de política jurídica en materia de empleo de calidad? La NLE (Ley 3/2023, de 28 de febrero), a mi juicio, y como ya apunté, no responde adecuadamente a los desafíos existentes en esta materia, ni en el plano de la política del Derecho del Empleo ni de la técnica jurídica, por lo que plantea problemas en ambos niveles de análisis y valoración³¹. Al respecto, y como ya se anticipó, parecen decantarse dos corrientes valorativas de la NLE. A saber:

- a) De un lado, en el ámbito de la ciencia económico-laboral, ciertamente alentados por esquemas típicamente neoliberales, se considera que la NLE peca de escasa ambición respecto de sus objetivos en materia de empleo (valoración política), incurriendo en deficiencias de formulación en sus técnicas, por lo que, careciendo de verdadera innovación, no es esperable que mejore las tasas de eficacia respecto del pasado.
- b) De otro, en el ámbito de la ciencia jurídico-social³², la aproximación tiende a ser más ponderada a este marco normativo (siempre más relegado por la comunidad científica que el resto de los sectores que integran el Derecho Social), dejando entrever que estamos ante un catálogo innumerable de novedades y cuestiones de alto interés. La consecuencia sería no solo la reducción del carácter esencialmente programático de la ley, sino la constatación de un mayor nivel de expectativas o de confianza sobre su eficacia efectiva, ahora sí, tras venir demandándola 3 décadas (ej. recurrente retórica de la modernización de los servicios de empleo).

Eso sí, por lo general, se fía en buena medida al larguísimo y pagado de sí mismo preámbulo con el que cuenta, así como del deslumbre que puede provocar su extensión y ciertas técnicas de redactado de la nueva ley, como la mayor llamada a “derechos” y a “servicios garantizados”. Así como a la renovación de la técnica de reconocimiento de los denominados “colectivos prioritarios”, entre algún otro aspecto más, o la llamada que se hace en la ley a la fijación de estándares medibles de eficacia de las políticas activas de empleo, incluyendo la colocación o intermediación (tasas de intermediación, tasas de empleabilidad, exigencias de indicadores de eficiencia agencias de colocación). Aunque, también cabe comprobar, que tales enfoques más optimistas, no son ajenos al dilema de si el vaso está medio lleno o medio vacío, asumiendo que esto último se irá decantando de forma progresiva, a partir de su aplicación y, por tanto, en el futuro inmediato. De ahí la idea de una modernización *in fieri* a partir de la NLE, no asegurada directamente en ella, entre otras cosas porque, como es evidente, la mayor parte de las innovaciones de técnica jurídica, que merece la pena saludar positivamente y no regatearle valor, vuelven a poner el acento, para su práctica en la doble técnica tradicional de deslegalización de este campo regulador del Derecho social: la deslegalización de los estándares de tutela o intensidad protectora en las normas reglamentarias, de un lado, así como su fijación en los criterios técnicos a diseñar por las instituciones competentes para llevar a cabo todas las acciones y programas en que se articularía la política de empleo, de otro.

³¹ En sentido diferente cfr. ALFONSO MELLADO, C.L. (2023). La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz? <https://www.aedtss.com/la-nueva-ley-de-empleo-una-ley-necesaria-y-eficaz/>

³² De pieza fundamental para la “apertura de un nuevo escenario regulatorio que constituye un auténtico cambio de modelo” habla CONDE COLMENERO, P. (2023). “El nuevo marco normativo del empleo: hacia la modernización de las políticas de ocupación y el establecimiento de un modelo de mercado de trabajo facilitador de la transformación digital y la transición ecológica”. RTSS-CEF, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 477, <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18949>

Por supuesto, indiscutida su necesidad y la ambición inicial, ha terminado primando más la urgencia de aprobarla a tiempo para cumplir con los objetivos del PRTR (se integra en su componente 23³³, como se sabe), entre los que se halla una nueva llamada a la «modernización de políticas activas de empleo» que, en realidad, no es más que un enésimo intento de activación eficaz de los servicios públicos de empleo en el mercado de empleo, básicamente en la intermediación laboral. Si en el pasado se diferenciaba (capítulo I, Título III -instrumentos- de las políticas de empleo-, dedicando el Capítulo II a las políticas activas de empleo-), ahora se integra, pero no se diluye, entre las “políticas activas de empleo” (arts. 3 y 31 NLE -inicia el Capítulo I, disposiciones generales, del Título III, denominado ahora políticas activas de empleo; art. 40 y ss., que conforman el Capítulo III -Intermediación-). Se aprovecha con esta reordenación sistemática, más que conceptual (aunque se dice que es más transversal ahora³⁴), incluso normativa, para incluir en la política de colocación (como autónoma política activa de empleo) dos situaciones que ya se consideraban antes en ese ámbito, aunque con diferente tratamiento legal, como son la política de recolocación en casos de reestructuración (que crecerán por el efecto de la doble transición actual, digital y ecológica), y la de selección de personal (antes dejada formalmente extramuros de la colocación), tenidas como 2 supuestos de colocación especializada³⁵. Ambas pueden desarrollarse indistintamente por servicios públicos (decisión de oportunidad) y agencias de colocación.

Para evidenciar la importancia que, en esta relativa reconfiguración normativa de la política de colocación, particularmente en sus facetas especializadas, tiene el objetivo del ajuste de la oferta y la demanda de empleo conforme a las necesidades de las empresas y su pretensión de primar la “demanda de empleo realmente disponible”, la ley autoriza a que la selección de personal se haga incluso con personas no demandantes de empleo (no registradas). Asimismo, se hace referencia a la “recolocación externa” (en especial de las personas mayores de 52 años despedidas colectivamente, como garantía de prevención de la discriminación de edad -art. 44.3-: “deberá procurarse”-), en los términos previstos antes, en el marco del art. 51 ET, dejando fuera de referencia toda garantía de recolocación interna (dentro de los mercados internos de trabajo, incluidos los abiertos de los grupos de empresa, previstos como posibilidad en el art. 8.1 a) RD 1482/2012). En cambio, nada se dice expresamente en torno a la mejora de las ofertas de empleo en relación con las demandas de las personas trabajadoras (salvo la garantía de colocación adecuada, según un alcance novado -art. 3-) y al respeto de los derechos fundamentales de las personas³⁶.

³³ «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo»; dentro del área política VIII: «Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo».

³⁴ Integraría actividades de exploración de mercados de trabajo, de acompañamiento activo de procesos de reconversión y de reclutamiento, poniendo un nuevo acento en eliminación de sesgos, subjetivos y territoriales, para evitar la discriminación y la fragmentación de situaciones. Naturalmente, todo ello sin correr el riesgo sea de pérdida de gestión de diversidad (personal, de autogobierno) sea de ausencia de la debida proximidad (elemento central en la personalización perseguida).

³⁵ Asume la marcada ineficacia e ineficiencia de los servicios públicos precedente (como destacan las instituciones comunitarias y reconoce el propio Gobierno, e incluso los sindicatos), pero la necesidad de una reforma estructural profunda y transversal del sistema parece quedarse en la mutación del SPEE en una Agencia Española de Empleo. También ampliará las tareas de intermediación, al tiempo que reconoce ahora dos modalidades de “colocación especializada” (art. 40): la reconfiguración de la recolocación en el marco de procesos de reestructuración empresarial, en el marco de planes sociales ex art. 51 ET, así como “de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos” (apartado 3) y procesos de selección (apartado 4), si bien se puede ampliar a personas no inscritas como demandantes de empleo, si el perfil de la oferta así lo requiriera.

³⁶ Hoy se habla de la necesidad de un incremento de la “transparencia empresarial de las ofertas de empleo”, en la medida en que la persistente alta inflación y el intenso “sobrecalentamiento del mercado laboral” dispararía las dificultades de las empresas para captar personas trabajadoras cualificadas (ej. detallan beneficios sociales, que habitualmente no se incluyen: políticas de conciliación, planes de pensiones, etc.). Vid. Las empresas se ‘desnudan’ ante el sobrecalentamiento del mercado laboral. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/11965859/09/22/Las-empresas-se-desnudan-ante-el-sobrecalentamiento-del-mercado-laboral-.html>. En España hay más ambigüedad por la alta tasa de paro.

Ahora bien, sin infravalorar -desde luego en todo caso libre de sesgo ideológico³⁷- o despreciar la relevancia de estas novedades y su más que loable objetivo de mejora respecto de las múltiples deficiencias prácticas, no solo de regulación normativa, que también, hay que reconocer, con el sector económico crítico, que tienen escasa capacidad innovadora para provocar el cambio de modelo y de tasa de éxito práctico urgidos, necesarios y debidos frente a los numerosos desequilibrios y deficiencias persistentes en los mercados de trabajo³⁸. Costuras de la NLE que se harían más visibles en épocas de menos “sobrecalentamiento de los mercados de trabajo”, si bien no sea exactamente esta la situación del mercado de trabajo español, pese a sus récords históricos y el aumento del empleo indefinido, que no necesariamente efectivamente estable. El tránsito (mejor el retorno) a la ley ordinaria, desde la técnica del texto refundido, no se ha aprovechado del modo esperable, desde luego no del debido por necesario, para corregir obsolescencias de la legislación y del Derecho de Empleo precedente.

5. VALORACIÓN DE LAS EXPECTATIVAS DE INNOVACIÓN Y MEJORA DE LA EFICACIA: ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS

5.1. Un marco legal menos programático, más normativo: ¿del enfoque de garantía institucional (mandatos) al de derechos subjetivos garantizados a través de servicios y prestaciones suficientes concretos?

Sin duda, desde un plano estrictamente normativo, una clave de valoración del avance eventual que supone la NLE respecto de la precedente es cómo garantiza la efectividad del derecho constitucional al empleo, bien poniendo el acento en la política e incentivos (acciones, programas, servicios públicos competentes), genérica y abstractamente fijados, o mediante el reconocimiento de garantías concretas, objetivadas y evaluables, por lo tanto, también exigibles, incluso judicialmente. El enfoque tradicional era sobre todo de carácter programático y deslegalizado, por lo tanto, múltiplemente condicionado, en modo alguno autosuficientes en sus mandatos. A saber: normas reglamentarias, técnicas de intervención basadas en programas, tradicionales o experimentales y financiación.

Sea para el sector crítico, sea para el sector más comprensivo y adherente, coinciden en que la NLE avanza notablemente en la mejora de las garantías concretas de los varios derechos subjetivos que se integrarían en este ecosistema normativo e institucional para las políticas de empleo. Ahora bien, si para la crítica económica se destaca la fractura que se abre entre el mandato normativo de optimización de la garantía (ej. fijando unos plazos concretos de prestación de servicios) y la ausencia de un compromiso específico de tipo financiero, para que sean realmente efectivos esos mandatos, para la conformidad jurídica

³⁷ Cfr. La crítica de GARCÍA DÍAZ, M.A. “Algunos comentarios sobre el proyecto de ley de empleo” <https://fedea.net/algunos-comentarios-sobre-el-proyecto-de-ley-de-empleo/>. En este estudio se pone de relieve que, si bien el esfuerzo de ordenación es loable, “la creación del *catálogo garantizado* no asegura que los servicios recogidos...pasen a ofrecerse de forma satisfactoria en un futuro próximo pues la ley de empleo, per se, no garantiza la aportación de los medios financieros y de personal necesarios, que se fijarán...en las correspondientes leyes de presupuestos”. No es una ley autosuficiente. También advierte “desequilibrio entre las obligaciones de las partes, ambiciosas...en materia de plazos en el caso de los servicios públicos de empleo, y genéricas y vaporosas en el de los usuarios”. Los avances en el resto de las materias son menores por lo que será “*complicado que la nueva ley...pueda contribuir significativamente a la muy necesaria mejora de la eficacia y eficiencia de las políticas activas de empleo en España*”.

³⁸ Están bien diagnósticas en el citado Dictamen del CES 6/2022 sobre el anteproyecto de una NLE (falta de recursos económicos, humanos y materiales; falta de herramientas para poder realizar una intermediación efectiva; excesiva centralidad de los incentivos económicos, que se han demostrado más de una vez ineficaces e ineficientes; carencia de un enfoque personalizado en muchas actuaciones; la recurrente descoordinación entre políticas activas y las de protección social -pasivas-, así como entre las políticas de empleo y las formativas; escasa coordinación entre el servicio estatal y los autonómicos, así como entre todos ellos y los servicios sociales; la proclamación recurrente en las leyes, pero práctica escasa, o nula, del seguimiento de las políticas de empleo, a fin de evaluar sus resultados). Más operativo el Documento “*España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*”.

a su técnica normativa tal falta de autosuficiencia o de financiación garantizada concreta, no devaluaría el avance normativo de la NLE, sin que la eventual ineffectividad pueda ser imputable a la norma legal, sino a los compromisos posteriores que se deben establecer, de conformidad con el principio de socialización del derecho subjetivo a oportunidades efectivas de empleo en un Estado constitucional de Derecho, en especial para personas y colectivos en situación de mayor vulnerabilidad social (Alfonso Mellado, C.L., 2023).

A mi juicio, sin embargo, la fractura entre el reconocimiento normativo y las garantías de efectividad es mayor de lo que se asume, tratándose más de garantías teóricas que operativas, porque la intensidad de la protección legal y su control queda básicamente a las normas reglamentarias y a las técnicas de intervención programadas y financiadas por los servicios públicos y agencias privadas de empleo, situándose su concreción no en la ley sino en el ámbito reglamentario y técnico. Por lo que el cambio legislativo (realizado, curiosamente, con escaso diálogo social -Dictamen 6/2022 del CES³⁹-) es más un homenaje al convencimiento del papel de las leyes en el proceso de transformación y un compromiso en el PRTR que un ecosistema normativo de derechos subjetivos y garantías innovadoras y eficaces para una modernización real y un disfrute efectivo. Pongamos algunos ejemplos para darle mayor concreción y operatividad a la crítica aquí formulada.

En primer lugar, se pone énfasis en que se hable de “servicios garantizados” ya desde el primer precepto de la NLE⁴⁰ y se explicita como tal en el Título dedicado a la cartera o catálogo de tales técnicas prestacionales en aras de garantizar y promover el derecho al empleo (Título IV y art. 55). Dejando de lado la redundancia que supone la expresión del art. 3 “garantizar los servicios garantizados” (una doble afirmación en tan escaso espacio podría indicar lo contrario), hay que recordar que ya el art. 26 del TRLE/2015 establecía ese mandato: “La Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo recogerá los servicios cuya prestación debe ser garantizada en todo el territorio nacional y por todos los servicios públicos de empleo”. Ahora, la llamada a esa misma garantía se hace tanto a la Agencia Española de Empleo (AEE) y a los servicios públicos autonómicos, pero no necesariamente a través de su prestación directa, sino indirecta: mediante instrumentos “colaboración con otros agentes públicos, privados y con los interlocutores sociales” y para “las personas demandantes de servicios de empleo y a las personas, empresas y demás entidades empleadoras”. Además, se ordena su ejecución conforme a un enfoque de gestión analítica de datos (inteligencia artificial) que evidencien su efectividad.

Como vemos, la garantía se abre claramente a las entidades privadas (por más que se refuerce el marco de colaboración institucional ex art. 48⁴¹), aun en el marco de acuerdos de colaboración con los servicios públicos (enfoque de mayor liberación y flexibilidad de gestión del servicio público), según el art. 41 NLE, además de la gestión de analítica digital, pero siempre condicionado al “desarrollo reglamentario” para su contenido e intensidad (vuelve a remitir a la norma reglamentaria el apartado 3 del art. 57, que prevé el catálogo

³⁹ “...La reforma de la Ley de Empleo y el impulso de las políticas de empleo hubiera debido beneficiarse de la oportunidad de alcanzar un consenso robusto que refuerce su eficacia, su respaldo social y sus resultados mediante un proceso que permita recoger adecuadamente las propuestas...”.

⁴⁰ El segundo párrafo del art. 1 NLCE establece que tiene “por objetivo promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad, reducir las brechas estructurales de género e impulsar la cohesión social y territorial”.

⁴¹ Un modelo de colaboración público-privado mucho más abierto que también se traslada a los servicios de protección por desempleo e inserción por lo económico, en el art. 47 2 NLEI (“2. Los servicios públicos de empleo, bien directamente, bien a través de entidades colaboradoras, garantizarán a quienes soliciten o perciban prestaciones, subsidios u otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo o cese de actividad, la participación en los servicios garantizados y el ejercicio de los compromisos previstos en esta ley, así como el acceso a los servicios incluidos en la cartera común del Sistema Nacional de Empleo y a los servicios complementarios establecidos en los correspondientes niveles autonómico y local en la forma que se acuerde”).

común de servicios garantizados a personas y empresas). En esta misma dirección de condicionamiento de la garantía, diluyendo su efectividad jurídica, también su concreción, hay que recordar que el compromiso con una plantilla suficiente para tales servicios públicos (art. 29) se condiciona siempre a lo que se disponga en la LPGE, sin compromiso concreto alguno, dependiendo la dotación de los autonómicos de sus propios presupuestos. Otro tanto ocurre con la profesionalización adecuada de quienes integran tales servicios públicos (art.30), que además de establecer solo que se procurará tal ajuste, a través de programas de formación, termina afirmando que se deberá “ponderar la profesionalización a través de los indicadores pertinentes”. De acuerdo, pero ¿cuáles?

En suma, todo condicionado siempre al presupuesto, sin que haya ratios de plantilla mínimos ni de atención de un número o cupo de personas, a lo que las normas reglamentarias digan y al desarrollo técnico den el seno de los servicios. O lo que es lo mismo, algo muy parecido a lo que ya existía normativamente.

Pongamos otro ejemplo. El art. 33 de la NLE, enfatizando la importancia crucial del derecho-deber de capacitación profesional para el empleo y la empleabilidad, incluye un largo precepto al “sistema de formación en el trabajo”. Ahora bien, lejos de configurarse como el debido derecho social fundamental a una formación en el trabajo adecuada para garantizar y promover una elevada protección en el empleo (en términos de reducción de las expectativas de despido por ajustes económico-productivos, o de mejora de la tasa de empleabilidad), con compromisos específicos, se remite a la obligación de una regulación específica⁴² y a recordar la necesidad de “consolidar” derechos a permisos laborales para la formación que la práctica ha demostrado altamente inefectivos. No desautorizaría esta crítica la exhaustiva regulación para la financiación que se hace en la disposición final 3ª, que modifica la ley específica de formación profesional para el empleo de ámbito laboral.

Precisamente, y enlazando con esta última y determinante cuestión, la financiación, un tercer ejemplo de esta mayor apariencia de garantismo que realidad normativizada, por lo tanto, poco fiable de mejora de la eficacia, hay que recordar que no existe ninguna cláusula de compromiso de financiación mínima. Ni siquiera se ha hecho en los términos débiles de otras leyes (sistema universitario, Ley de la Ciencia, o para la Educación). Sería el caso del art. 55 LOSU.

Si bien en todos esos ámbitos normativos, que tienen que ver con la política de empleo de calidad, al hacer referencia a otros subsistemas normativos donde la profesionalidad y estabilización de las plantillas resultan determinantes para mercados de trabajo científicos de excelencia, se echa en falta compromisos normativos de financiación suficiente más serios, al menos se ensaya una técnica legislativa innovadora, que trata de avanzar en tal dirección. Lo ilustra bien (sus virtudes y defectos) el citado art. 55 LOSU (compromiso progresivo con un mínimo del 1% del PIB⁴³). La NLE ni siquiera ha intentado ese tipo de cláusulas. Y, como es lógico, y antes se apuntaba, la garantía de plazos muy concretos y perentorios (ej. un mes) para la atención personalizada (una exigencia ya establecida en el TRLE/2015, que siempre se incumplió, sencillamente porque no hay ni el número de

⁴² Su especificidad se plasma en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, con la consiguiente autonomía respecto del sistema general de formación profesional (Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional).

⁴³ Intitulada suficiencia financiera, compromete a las AAPP a dotar a las universidades de los recursos necesarios para garantizarla, para que cumpla sus objetivos. Para su articulación concreta la vía para llevarla a cabo: “2. En el marco del plan de incremento del gasto público para 2030 previsto en el artículo 155.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, el Estado, las Comunidades Autónomas y las universidades comparten el objetivo de destinar como mínimo el 1 por ciento del Producto Interior Bruto al gasto público en educación universitaria pública en el conjunto del Estado, permitiendo así la equiparación progresiva a la inversión media de los Estados miembros de la Unión Europea y el cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley orgánica. Para alcanzar ese objetivo de carácter plurianual, se establecerán en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas, en los del conjunto de universidades y en los PGE, las correspondientes aportaciones, de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio”.

personas ni con la suficiente capacitación profesional para hacerlo⁴⁴), sin la debida garantía presupuestaria, para recursos materiales y personales, hace que pierda fuerza normativa tal concreción, que es, así, un brindis al sol. Y eso que tiene un Título, el V, dedicado a la financiación y a la gestión de los fondos de empleo (art. 62-65).

Por supuesto, no seré yo quien critique que haya plazos concretos para el actuar de los servicios de empleo, por cuanto responde a una comprensión seria y creíble de que se está ante auténticas garantías de efectividad. Ahora bien, de un lado, hay que tener en cuenta que los plazos se fijan con alguna “trampa”, pues la exigencia del plazo máximo de un mes para la puesta a disposición del plan individualizado, a partir del cual firmar un acuerdo de actividad (que es voluntario, inicialmente -art. 3 NLE y art. 300 LGSS-, pero el art. 299 LGSS lo muta en obligatorio si se recibe prestación por desempleo), tiene como *die a quo* el de la terminación de su “perfil de persona usuaria” del servicio. ¿Y cuál es ese plazo? Pues cuando sea posible:

“Las personas demandantes de los servicios de empleo dispondrán de su evaluación individual en el plazo más breve posible desde la solicitud del servicio de orientación profesional” (art. 56.1 a).

Naturalmente, lo más breve posible (cláusula de factibilidad propia de la virtud cardinal de la prudencia) remite, una vez más, a la disponibilidad de plantilla y recursos, por lo que fianza es más larga de lo que parecía (“largo me lo fiais”, si depende de unos servicios tan saturados). Razones -no prejuicios- para ver en esta regla más virtuosidad “teologal” (fe y esperanza) que de realismo normativo (escasa novedad, poca fiabilidad).

5.2. Otra oportunidad perdida para la técnica de garantías objetivas y medibles de intensidad protectora de los servicios: la deslegalización de indicadores

Precisamente, en la misma lógica de mejorar las garantías de efectividad de estos servicios integrados en el sistema de protección y promoción del derecho al empleo (o a su sucedáneo de empleabilidad), a la que respondería la técnica de los plazos concretos y exigibles (no hay previsión específica de qué ocurre si no se cumple el plazo legal -lo que abriría la vía indemnizatoria incluso por anormal funcionamiento del servicio público de empleo-), habría que incluir la técnica de la fijación de estándares objetivados y medibles para controlar, incluso judicialmente, el cumplimiento de las principales políticas activas de empleo, como la intermediación o la empleabilidad. Como ya se anticipó, y no podía ser de otro modo, en una sociedad que vive envuelta en datos y en su procesamiento según una crecientemente perfeccionada analítica (por inteligencia artificial) de datos, la NLE establece un modelo de funcionamiento de los servicios de empleo asentado en la toma de decisiones fundamentada en el análisis de datos, las evidencias estadísticas y el análisis del mercado de trabajo (art. 17 NLE). Sobre este modelo de funcionamiento digital, o de tecnología avanzada, los patrones de atención a las personas demandantes de empleo, en especial los itinerarios individuales y sus servicios asociados, deberán llevarse a cabo sobre criterios medibles (art. 36).

⁴⁴ Recuérdese que el perfil individualizado que permita la evaluación de la persona demandante de los servicios de empleo también abarca el emprendimiento, lo que requiere una capacitación diferente: “con el soporte de evidencias estadísticas para la mejora de su empleabilidad, y que facilite el ulterior diseño de un itinerario personalizado formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento adecuado”. La letra g) del art. 56.1 garantiza el servicio de: “Asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento con garantías, con apoyo integral y acompañamiento a la activación de proyectos viables, incluida la realización de una auditoría de viabilidad, y prestará especial atención a las necesidades específicas de las mujeres. Se prestará especial soporte a iniciativas generadoras de trabajo autónomo, constitución de entidades de economía social y a la dinamización del desarrollo económico local”.

Desde luego, así debe ser para la “mejora de la empleabilidad de cada persona demandante de empleo, y en consecuencia la del conjunto de todas ellas”, pero debe ir más allá, afectando a todo tipo de objetivos y servicios, incluyendo la intermediación, ante el fracaso rotundo de este servicio público en el mercado de empleo español. A la tasa de empleabilidad (para evaluar y corregirla) y a la tasa de intermediación (para medir el impacto de la atención a las personas en sus transiciones al empleo y la efectividad en la atención a las empresas que solicitan cubrir vacantes) se deberá sumar la tasa de cobertura de la protección (también social) de las personas frente al desempleo:

“La tasa de cobertura ofrecerá una medida del nivel de protección frente al desempleo del conjunto de personas que se encuentren en esa situación. La tasa de cobertura indicará qué proporción de estas personas que están protegidas frente al desempleo, y su desagregación y análisis deberán permitir identificar a...desprotegidos”.

Las tres tasas se harán públicas, se actualizarán de manera periódica y se mostrarán desagregadas por sexo y edad. Pues bien, como ya se comentó, la regulación de tan importantes novedades de instrumentos tecnológicos en la gestión de los servicios y políticas de empleo, con una clara influencia de la gestión digital de las empresas (y cada vez más también de las función de control público, así como de protección social), se deslegaliza, remitiendo una vez más a la norma reglamentaria, pero también al método de la técnica institucional (método de la entidad responsable del servicio) y del método de las buenas prácticas. En consecuencia, la NLE no establece estándar o pauta alguna, ni de mínimos, ni de suficiencia, que permita comprometer a los servicios públicos, así como a los privados (si bien las agencias de colocación serán controladas mediante indicadores de eficiencia, según el art. 46). Precisamente, hubiera sido de esperar una opción análoga a la de plazos concretos, de modo que fijara ratios mínimas de atención a las personas que usan estos servicios (como podría haber fijado ratios de plantilla a tal fin), o un indicador cuantitativo para estos parámetros.

No lo ha hecho así. Del mismo modo que ha prescindido de otros indicadores, como el relativo a la calidad de empleo (ICE), pese a establecer como servicio garantizado la promoción del acceso a un empleo de calidad.

Como se apuntó, la misión de un “Derecho Social del Empleo” tomado más en serio jurídicamente sería promover y garantizar, a través de un completo, coherente y eficaz, e innovador, ecosistema normativo e institucional, políticas (públicas y privadas) de mercado de trabajo que creen y sostengan empleos de calidad (“buenos”⁴⁵) para toda la población activa (optimizándola también). Y, para ello, no solo debe incorporar derechos y garantías operativos, no programáticos, como usual, sino indicadores numéricos del cumplimiento efectivos de sus objetivos (volumen de empleo, su calidad, inclusividad, etc.), en línea con algunas nuevas leyes (SMI, pensiones mínimas), incluso convenios colectivos. Por tanto, clave será también la medición de la calidad del empleo, mediante un índice referencial (ICE), duradero, actualizable y comparable.

La calidad de empleo no puede ser solo un adjetivo que embellece la previsión legal, pero sin indicador objetivado alguno. La calidad de empleo determina en buena medida el nivel de bienestar (calidad de vida) de las personas, por lo que para estimar su medida es preciso atender a numerosos y heterogéneos aspectos de las condiciones laborales y de la protección social, pero también de las circunstancias vitales de cada persona, dado

⁴⁵ Vid. AAVV. Good Work: The Taylor Review of Modern Working Practices, Julio de 2017 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a82dcdee5274a2e87dc35a4/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf>. El Derecho del Empleo debe identificar, diseñar e implementar de modo efectivo todas las variables (económicas, contractuales, institucionales) del mercado de trabajo que inciden en permite optimizar el volumen de empleo y mejorar su calidad.

que esa calidad también dependerá de las oportunidades de conciliación de la triple faceta vital (profesional, familiar y personal-social)⁴⁶. Habría que pedir, por tanto, de las leyes de empleo modernas que garanticen un principio de progresividad en la mejora de la calidad del empleo, incluyéndolo como un objetivo a incorporar a la política económica y a la política de empleo, complementando los de naturaleza cuantitativa (relacionados con la consecución de más empleo -menor paro- o más actividad). Solo así una Ley y su Derecho pueden mirar al futuro más que al pasado en el diseño (definición) e implementación (ejecución efectiva) de las políticas de empleo, pasando por procesos de Diálogo Social más adecuados en este ámbito, aunque deban ir más allá de aquéllos, dada la dimensión institucional que tiene y que desborda las competencias de los interlocutores sociales⁴⁷.

5.3. Nueva técnica de inventario de colectivos priorizados en la política de empleo y riesgo de fragmentación: ¿sistematización o vaciamiento de su operatividad?

Otros de los aspectos que ha merecido mejor valoración en el plano jurídico y que, a mi entender, atesora más aspectos de crítica que de adhesión, es el ensayo de innovación en relación con la técnica de la priorización de colectivos con más vulnerabilidad laboral (arts. 50 y ss.). Su extraordinaria expansión arriesga con la dilución de su utilidad práctica.

El objetivo de la nueva regulación es doble. De un lado, una mayor determinación y ampliación de los colectivos vulnerables que constituyen objetivo de actuación prioritaria y la aplicación general de la perspectiva de género en las políticas de empleo (arts. 50.1 -colectivos priorizados- y 51 -perspectiva de género-). De otro, la modernización también aquí modernizando de esos colectivos objeto de atención prioritaria e incorporando, entre ellos, por ejemplo, al colectivo LGTBI⁴⁸. Sin embargo, su extrema ampliación, con técnica abigarrada, pese a los posteriores preceptos específicos por colectivos, sin una garantía adecuada -tampoco aquí- de atribución concreta de los recursos necesarios para ser eficaz y factible lleva al riesgo contrario: exceso de retórica programática, pérdida del carácter selectivo, disolviendo o desfigurando el concepto mismo, frustrando el fin de garantizar de forma efectiva el “*desarrollo de la empleabilidad*” de todas las personas ex art. 50.1 *in fine* LE⁴⁹.

⁴⁶ Precisamente, el Índice de Calidad del Empleo del Sector Privado (ICPE) es un índice compuesto de dos aspectos clave de las condiciones de trabajo en Estados Unidos: los salarios y el tiempo de trabajo. Para su operatividad se elabora un valor de referencia media, de modo que el que esté por encima será de buena calidad y precario el que esté por debajo. Vid. GAMMARANO, R. (2020). Medir la calidad del empleo: difícil, pero necesario. <https://ilostat.ilo.org/es/measuring-job-quality-difficult-but-necessary/>. Para algunos intentos de establecimiento en nuestro país, vid. ARRANZ, J.M.- GARCÍA-SERRANO, C.- HERNÁNZ, V. (2016). *Índice de calidad del empleo*, ASEMPELO. Universidad de Alcalá de Henares <https://asempelo.com/servicio/informes/Indice%20de%20Calidad%20del%20Empleo.pdf>.

⁴⁷ Aunque es difícil fijar este tipo de indicadores, debe recordarse que ya existe un *índice de protección del empleo en la OCDE*. Un índice que, por cierto, se ha devaluado notablemente en España, en especial respecto de la protección frente al despido individual. En todo caso, para estas dificultades, pero su necesidad. ILOSTAT (2020). “Medir la calidad del empleo: difícil, pero necesario”. <https://ilostat.ilo.org/es/measuring-job-quality-difficult-but-necessary/>

⁴⁸ Confirma esta inquietud por mantener una importante apariencia de modernidad. Así menciona a las *personas LGTBI, en particular trans*, novedad con respecto a la anterior Ley de Empleo, pero que ni define ni arma de garantías respecto a las políticas de empleo, incluidas las acciones positivas, objeto de gran polémica a partir de ciertas prácticas autonómicas, incluso legislaciones en este ámbito. Además, su interés ha sido desplazado por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Esta norma sí contiene una enumeración de personas y colectivos sobre los que debe operar la garantía y promoción del derecho a la igualdad real y efectiva, por lo que debe ser eficaz también para el diseño y ejecución de la política de empleo, si bien, se plantea la cuestión de si entre ellos hay, a su vez, mayor o menor prioridad, porque la LE nombra expresamente al colectivo “trans” (nominación expresa), por lo que los “distingue” o “señala”. Para alguna interacción de pésima técnica legislativa vid. VIZCAÍNO RAMOS, I. (2023). El monumental error de técnica jurídica, relativo a la Ley de empleo, cometido por la disposición final decimoquinta de la Ley <https://www.aedtss.com/el-monumental-error-de-técnica-jurídica-relativo-a-la-ley-de-empleo-cometido-por-la-disposicion-final-decimoquinta-de-la-ley-trans/>

⁴⁹ Cfr. CRISTOBAL RONCERO, R. (2023). Colectivos de atención prioritaria de la política de empleo <https://www.aedtss.com/colectivos-de-atencion-prioritaria-de-la-politica-de-empleo/>

Ni compromisos cuantitativos ni precisión cualitativa (acciones positivas, cupos, técnicas de garantía institucional etc.), o de medidas asignadas (cupos de políticas de empleo), a fin de garantizar prioridades reales y compromisos efectivos. Por ejemplo, alcanzar no solo objetivos de volumen de empleo (pleno empleo situado en un porcentaje) globales, sino también por colectivos, incluso tasas o índices de empleabilidad por colectivos a los que se dicen priorizar. Se remite al desarrollo reglamentario, así como a las decisiones políticas, aún concertadas⁵⁰, una vez más. La misma opción que con la LIMV y ya sabemos el absoluto fracaso que ha supuesto en ese ámbito tan tardía y deficiente regulación, decepcionando en extremo las expectativas creadas, también en esta dimensión de derecho a la inserción por el incentivo del empleo, no solo de una renta garantizada mínima suficiente para la vida digna. En suma, acude a una técnica de catalogación de las prioridades desbordada, abierta y variable, conforme a regulaciones reglamentarias y autonómicas, por lo que no solo es interminable (se permite que se puedan determinar otros colectivos especialmente vulnerables -también a través del enfoque de interseccionalidad-), sino abierta y diversificable⁵¹.

La complejidad es mayor porque llama, como en las versiones anteriores, a una coordinación con los servicios sociales, a través de los correspondientes protocolos para una acción coordinada. En todo caso, como siempre, es la norma de rango reglamentario la que gobernará esta cuestión (vicio de deslegalización extrema).

5.4. La enésima llamada a la mejora de la coordinación entre los elementos y los servicios del Sistema Nacional de Empleo: ¿por qué creer que será definitiva?

Precisamente, al hilo de esta observación, habría que traer otro punto innovador que, a decir de varias analistas, supondrían un serio intento de corrección de una secuencia de deficiencias detectadas constantemente en el funcionamiento de la política de empleo, no solo en relación a la descoordinación con servicios sociales, sino de servicios públicos de empleo entre sí, así como el elemento de las políticas activas con el de las de garantía de rentas (las “pasivas”, cada vez más impropia mente llamadas así, porque implica elementos de activación con mayor carga de exigencia reforma a reforma). Ni el ámbito institucional (coordinación entre servicios) ni en el normativo de la coordinación para las políticas activas y de garantía de renta hallaremos reales novedades, más allá de cambios sistemáticos y de redactados, pero con una significación sustancial muy escasa, por no decir nula. No podemos compartir la visión de quienes consideran que la coordinación en estos ámbitos mejora notablemente con la NLE⁵². Nada sustantivo hay en la NLE para creer en una vinculación más intensa y eficaz entre unas políticas y otras en el diseño, y, sobre todo, en la puesta en práctica de la política de empleo, pese a la importancia crucial que tiene, más en los tiempos de incertidumbre y transiciones que vivimos, sin que la nueva redacción del art. 2 NLE diga nada muy diferente del viejo art. 2 b) TRLE.

⁵⁰ Se prevé (apartado 2): “La condición de colectivo prioritario determinará el establecimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos, con perspectiva de género, que deberán establecerse simultáneamente a la identificación. Periódicamente, en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales se evaluará la evolución del cumplimiento de tales objetivos, a los efectos de proseguir con las mismas acciones, o adaptarlas para una mejor consecución de los objetivos propuestos. En la medida de lo posible, los objetivos se establecerán de forma desagregada para cada uno de los colectivos prioritarios.”

⁵¹ El art. 50.3 LE prevé el “hecho autonómico diferencial subjetivo ocupacional”: “Los servicios de empleo de las CCAA, sin perjuicio de la particular atención que deberán prestar a los colectivos considerados como prioritarios, podrán identificar los suyos propios, con la finalidad de prestarles una atención diferenciada a la vista de las peculiaridades de los distintos territorios, siendo igualmente financiados como los establecidos en el apartado 1”. Asimismo, el apartado 4: “Reglamentariamente se podrá adaptar la relación de colectivos vulnerables de atención prioritaria...”

⁵² PARRÉS MIRALLES, R. (2023). La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo <https://www.aedts.com/la-coordinacion-de-politicas-activas-y-pasivas-en-la-nueva-ley-3-2023-de-28-de-febrero-de-empleo/>

Para dejarlo claro, le dedicaba todo el Capítulo III, del Título III (Instrumentos políticas de empleo). En suma, hoy como ayer, la LE incluye un mandato general de coordinación de ambas políticas y las articula y formaliza a través de un amplio sistema de obligaciones (satisfacción al derecho al mantenimiento y mejora de la empleabilidad que se reconoce en el art. 35 a las personas demandantes de los servicios de empleo), que disemina a lo largo y ancho de todo el cuerpo normativo, con mayor énfasis en el Capítulo IV (Título III), arts. 47-49 y que se concretan en la configuración de la protección en términos no solo de derecho sino de “deber” (formalizado a través de las obligaciones típicas de inscripción como demandante de empleo ex art. 3 a y adquisición de los clásicos compromisos de actividad tomados en serio, art. 58). En este sentido, el art. 47.1, que viene a sustituir al art. 41 de la ley anterior, dispone que “quienes soliciten o perciban prestaciones o subsidios de desempleo o prestaciones por cese de actividad deberán adquirir la condición de personas demandantes de servicios de empleo, siendo titulares de los servicios garantizados y del acuerdo de actividad previstos en esta ley. Así mismo, serán personas usuarias de los servicios públicos de empleo quienes perciban otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo”⁵³.

Habrà que esperar, pues, a la anunciada reforma en profundidad de la rama de prestaciones por desempleo, así como a la nueva fase de racionalización del IMV, como rama sistematizadora, en términos de eficacia, eficiencia y equidad, que aglutine tanto la rama de subsidios por desempleo, no solo las pensiones no contributivas. Un horizonte que la Ley del IMV anuncia y que, al margen de su dificultad, convendría estimular.

6. MÁS QUE DEFICIENCIAS AUSENCIAS: MÁS ALLÁ DE INCENTIVOS ECONÓMICOS -DESAGREGADOS LEGALMENTE- EN EL MARCO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y LA ECONOMÍA SOCIAL

6.1 Ausencia de carácter integral de la NLE como eje del Derecho Del Empleo: ¿Y las garantías (contractuales e institucionales) más allá de incentivos qué?

A mi juicio, y ya más sucintamente ante la necesidad de no acotar el espacio del que se dispone para este estudio, hay que llamar la atención no solo de los persistentes déficits de regulación y su probable falta de éxito, pese a la loable voluntad de innovar en más de uno de los aspectos urgidos de revisión profunda, sino también sobre auténticos vacíos o ausencias de atención normativa, cuando se trata de aspectos que conformarían una nueva y más eficaz política de empleo. La primera “gran ausencia” es la falta de referencialidad a otros marcos normativos y técnicas diferentes a las políticas activas de empleo basadas bien en los servicios-agencias de empleo bien en los incentivos económicos, así como la formación. En este sentido, aunque la nueva regulación bifurca los marcos reguladores de la política de empleo y el de los incentivos económicos⁵⁴, es manifiesto que la NLE se sigue asentando básicamente sobre la visión de la legislación de empleo como el marco

⁵³ La nueva regulación no responde, pues, a las demandas que sobre este tema ha venido suscitando el Consejo Económico y Social (ej. Memorias de 2020, pp. 25, 353 y 354; 2021, pp. 14, 172 y ss.) y la Estrategias Españolas de Activación para el Empleo (2017-2020, 2021-2024). Por lo tanto, no habría que albergar muchas expectativas en los resultados esperables tras sus primeras aplicaciones, de modo que el diseño normativo no cambiará nada.

⁵⁴ Vid. Real Decreto Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, como vía para favorecer el acceso y mantenimiento en el empleo. Una de sus novedades, ya citadas, es la medida prevista para prevenir la deslocalización de empleos tras un periodo breve de compromisos de empleo como contrapartida a muy suculentas subvenciones públicas percibidas. Como se ha sostenido, con solvencia científica, se trata de una medida de reintegro de las subvenciones dadas para la inversión empresarial que garantice un determinado volumen de empleo y la continuidad del mismo, que “difiere de las que se han ido empleado en la legislación específica de las industrias electro intensivas”. Vid. BAYLOS GRAU, A.P. *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos*. Editorial Bomarzo, 2023, p. 102.

para un extenso y abigarrado entramado de programas de incentivo económico, a través de diversas técnicas (bonificaciones, reducciones de cuotas sociales, subvenciones, etc.). Y, sin embargo, el enfoque debe ser mucho más integral e innovador.

Desde esta perspectiva, y solo por poner algún ejemplo de la crítica realizada, se echa de menos en la NLE la revisión de marcos normativos relativos a garantías jurídicas de empleo de otra naturaleza, que requieren de una importante remoción y estímulo. Entre ellos destacaré:

- a) Desde el plano de la técnica contractual pública, una revisión de la eficacia que hasta ahora han tenido las “clausulas sociales de empleo” en el marco de la política de compra pública socialmente orientada (LCSP). La regulación actual adolece de enormes debilidades y, sin embargo, su potencialidad para la creación de empleo de calidad es extraordinaria, incluso atendiendo a las dificultades creadas en virtud de las restricciones derivadas del Derecho antidiscriminatorio de la UE en materia de contratación mercantil. La reforma realizada en la LCSP, para promover la vía del acuerdo marco de cooperación privada, se aleja de esta previsión.
- b) En el plano de las garantías tanto contractuales como institucionales a favor de una renovada política de empleo, en especial para los colectivos más vulnerables, también sorprende que la NLE no haya reparado nada en, incluso haya olvidado, la *Ley de Empresas de Inserción*.

No deja de ser importante esta ausencia, porque una vía de innovación jurídica aquí está la técnica de la reserva de cuotas de mercado a empresas de economía social propias de la inserción (técnicas de índole contractual e institucional). Una técnica clave para un mejor modelo de financiación, corrector de los déficits y discontinuidades de la típica técnica de la subvención. Una ausencia más llamativa teniendo en cuenta la ampliación hecha del listado de colectivos priorizados en las políticas de empleo, entre los que tienen, ahora y ayer, un especial protagonismo las personas con discapacidad. La inserción de estas personas se encauza por múltiples vías (Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad), entre otras, mediante Centros Especiales de Empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo, respecto de los que nada se dice de forma específica, cuando parece claro que la evolución de unos y otros deja que desear. Una vez más, sobre todo para las personas con discapacidad intelectual, la mayor novedad reside en su nominación específica en la NLE, como si solo con la nominación se hicieran visibles y, por lo tanto, sujeto de derechos garantizados de forma operativa para facilitar niveles adecuados de inserción laboral⁵⁵. El carácter más programático que normativo se comprueba en que la desagregación de la evaluación para constatar su eficacia no es obligatoria, solo en la “medida de lo posible” (art. 69. 3, inciso final).

6.2. Otra visión fragmentaria: Ni el trabajo autónomo ni la economía social encuentran los tratamientos realmente reseñables por su novedad en la NLE

Ciertamente, la NLE, siguiendo la especificidad de su ámbito subjetivo respecto del Derecho del Trabajo, y acorde con la expansión subjetiva del Derecho de la Seguridad Social, sigue integrando en su ámbito los servicios dirigidos a la promoción y protección del empleo autónomo (individual y asociado o colectiva), así como al emprendimiento (ej. art. 61.1 d): servicio de asesoramiento a tales fines integrado en la Cartera común, especialmente en sus formas jurídicas de economía social, si bien no solo. Pero sus

⁵⁵ ¿De verdad su inclusión en los colectivos vulnerables de atención prioritaria constituye un importante avance en el acceso de estas personas al empleo ordinario, al mantenimiento del empleo, la mejora de su empleabilidad a lo largo de su ciclo laboral y su desarrollo profesional, así como la sostenibilidad del empleo protegido? Faltan garantías efectivas. Vid. también RD 368/2021, de 25 de mayo, estableció medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad límite intelectual.

referencias son no solo escasas sino tradicionales, concebidas más como inercia reguladora insoslayable que como reflejo de una visión sistemática y más innovadora de la que rige actualmente, con lo que supone un tratamiento algo banalizado del autoempleo (individual/asociado) y del “emprendimiento social” como componentes importantes de una política de empleo a la altura de nuestro tiempo. En este ámbito existe una extraordinaria dispersión legislativa, con leyes “antiguas” (ej. ley del estatuto del trabajo autónomo, ley de economía social, ley de cooperativas) y modernas (ej. Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes) que hubieran merecido atención por la NLE. Sorprende, porque las transiciones justas, en lo digital y en lo ecológico, y el giro de la economía social de mercado hacia las razones de las personas no se puede realizar sobre la base de la responsabilidad social del mercado y sus empresas estrictamente mercantiles (capitalismo inclusivo), sino también, y sobre todo, sobre las empresas de economía social, por su gran contribución a un crecimiento económico sostenible, no puramente extractivo (sin sacrificar el planeta al beneficio).

6.3. La dimensión ambiental de la política de empleo como asignatura pendiente: la injustificable referencia genérica y tangencial

Precisamente, muy llamativa es la ausencia de un genuino enfoque ambiental en la configuración de las políticas de empleo, como tampoco existe en nuestro país aún un adecuado enfoque ocupacional de las políticas de corrección del cambio climático a través de una transición ecológica o verde. En este sentido, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, si bien menciona en varias ocasiones -más en el preámbulo- el impacto en el empleo, tipificando el desarrollo sostenible como un principio orientador de toda esta legislación (art. 2), no hace construcción institucional alguna de esta ineludible interacción entre lo ocupacional y lo ambiental, y viceversa). Por su parte, más allá de las referencias a conceptos genéricos que pueden incluir la transición ecológica, por supuesto en el preámbulo, o en determinados preceptos más generales y programáticos de la NLE, solo hay una referencia específica en el art. 33 (el sistema de formación en el trabajo como servicio de la cartera común -art. 61- debe incorporar como uno de sus fines acompañar los procesos de transición digital y de la ecológica). Muy pobre balance, a mi juicio. Dado que es un tema objeto de diversas ponencias no incidiré en esta incomprensible laguna.

6.4. La construcción de un estatuto adecuado de los estadios previos al contrato sigue en espera: prácticas no laborales y candidatura a un empleo

Si el Derecho del Trabajo, con su sistema normativo y políticas (públicas, también y sobre todo convencionales), tiene como principal sujeto de protección a quienes tienen ya un empleo asalariado (estadio contractual), el Derecho del Empleo debe ocuparse tanto de quienes aún no lo tienen, asumiendo también que pueda ser autónomo, como de todas aquellas personas que lo pierden, a fin de facilitar su retorno o recolocación (siempre en el marco de las políticas de recolocación externa, la recolocación en mercados de trabajo internos, aún abiertos y complejos, como los grupos y redes empresariales, quedan fuera, como se dijo, de esta norma, otro déficit -por más que pueda considerarse que tal garantía sería más propia de la legislación laboral propiamente, a la que pertenece, pero desborda, la legislación ocupacional-). Sorprendentemente, más allá de la proyección de las normas generales y de los derechos y principios fundamentales (ej. no discriminación, principio de transparencia), así como de normas sancionadoras de sus incumplimientos (ej. ofertas de empleo discriminatorias) nunca se ha establecido en la Ley de Empleo un estatuto jurídico bien definido de protección de las personas candidatas a un empleo, a fin de darles una tutela más eficaz en un estadio especialmente delicado y vulnerable para ellas. Una necesidad de

protección específica que también exige dignificar las prácticas no laborales de la juventud, entendidas como otro estadio previo, pero orientado, al acceso a un empleo formalizado, evitando la actual situación de “subempleo alternativo” que hoy tienen al de la contratación en prácticas -que debería ser el adecuado-⁵⁶.

La regulación de la protección social para las personas que realizan prácticas no laborales es un pilar de la normativización de un nuevo nivel precontractual de acceso al empleo para jóvenes, el otro, y más relevante, la definitiva y adecuada regulación de su “Estatuto”. Este, varias veces anunciado, negociado, emborrado, ahora duerme el sueño de los justos en un cajón ministerial. De una conjunción óptima de ambas regulaciones dependerá que pueda considerarse como un instrumento eficaz de promoción de este estadio precontractual de capacitación digna para el empleo.

7. CONCLUSIONES

Llegado el momento de terminar esta contribución al análisis y valoración de la NLE no es cuestión de sintetizar lo comentado en las páginas precedentes. Solo procede dejar constancia de que, a juicio de quien suscribe, en la NLE subyace un evidente “espíritu de innovación” jurídica a fin de mejorar la eficacia de las políticas y servicios de empleo, muy decepcionantes en nuestro país desde hace décadas. Sin embargo, por las razones expuestas *ut supra*, creo que el intento se ha quedado manifiestamente corto, no solo en la medida en que no avanza en la regulación de aspectos que debería haber afrontado, sino porque aquellos que afronta con afán innovador no logra superar los condicionantes y límites del pasado, como el exceso de remisión a las normas reglamentarias, así como a las acciones técnicas.

En consecuencia, por más que se pone el acento en la evaluación de su eficacia (medición de retornos socioeconómicos de la inversión en empleo, tasa de eficacia de la intermediación y la protección para mejorar la empleabilidad), el control del cumplimiento efectivo queda solo al Poder Ejecutivo, escapando de la Ley y, por lo tanto, de la mejor garantía que puede tener un derecho subjetivo, como el derecho social a un sistema de garantías que protejan y promuevan el acceso, mantenimiento y retorno al empleo de la mayor parte posible de la población. No hay indicadores objetivos fijados por la ley (de tasa de empleabilidad, de tasa de cobertura, de tasa de intermediación), ni siquiera se ordena establecer un índice de calidad del empleo, pese a convertirse en uno de los calificativos centrales del empleo a promover, junto con la “sostenibilidad”. Otras garantías novedosas, como los plazos concretos y perentorios de servicios garantizados, luego evidencian cierta trampa en su “letra pequeña”. Al igual que la extensión del listado de colectivos priorizados, en lista abierta, vacía de operatividad la garantía de preferencia, sin que tampoco haya garantías de control del cumplimiento efectivo, pues la evaluación desagregada también se condiciona a la cláusula de factibilidad (“en lo posible”). En suma, a mi juicio, sin infravalorar lo que de nuevo aporta y promueve la NLE, creo que ha dominado más el “espíritu de conservación” y la inercia del pasado. Veremos cómo se desenvuelve el desarrollo reglamentario, en el que realmente se delega todo lo nuevo y sus expectativas de eficacia. No es esta la Ley de Empleo que pueda conformar el Derecho Social del Empleo adecuado a nuestro tiempo, por lo que habrá que esperar otro tiempo más propicio, donde predomine la reflexión sobre la premura de cumplir con programas de financiación europea.

⁵⁶ La vigencia de la DA 52ª TRLGSS, se ha aplazado *sine die* (RDL 5/2023), ante la crítica empresarial y universitaria.

PONENCIA GENERAL TERCERA:

RETOS DEL EMPLEO VERDE

(guion de la intervención)

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Universidad Pablo de Olavide
Granada 9 de noviembre de 2023

SUMARIO:

1. FUENTES INTERNACIONALES: LA DEFINICIÓN DEL SECTOR AMBIENTAL
2. UNIÓN EUROPEA (2019). PACTO VERDE EUROPEO¹ «EUROPEAN GREEN DEAL». UE TAXONOMY (REGLAMENTO DE INVERSIONES SOSTENIBLES)
3. CLASIFICACIÓN DE ACTIVIDADES Y GASTOS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE (CAPA 2000). INE. CNAE-2009 (VINCULADAS A NACE)
4. FUENTES NACIONALES

¹ El objetivo principal del pacto, acorde con lo establecido por Naciones Unidas, es lograr la neutralidad climática de la UE para 2050. En el año 2021 la Comisión adoptó no obstante una serie de propuestas adicionales para alcanzar otro objetivo a corto plazo: la reducción neta de al menos el 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero en el año 2030, respecto de los producidos en 1990.

Buenos días a todas y a todos, antes que nada, quiero expresar también mi reconocimiento y agradecimiento expreso al CARL, una vez más, pues ya lo hice explícito ayer en la mesa redonda, pero creo que no está de más ni mucho menos volver a hacerlo ahora, por continuar con este incentivo directo a la investigación y al desarrollo y la participación universitaria, entendida ésta en el sentido más extenso posible, que es lo que representan a mi juicio estas Jornadas públicas Andaluzas.

Yendo directamente al centro de mi intervención, y por supuesto siendo perfectamente consciente de lo apretado que resulta el programa de este año, no solo por su nuevo y enriquecido formato sino por el contenido concreto de esta primera mesa o panel -máxime tras las magníficas aportaciones de Eva y de Cristóbal, y las no menos extraordinarias ponencias presentadas por el Prof. López Ahumada y la Prof. Miñarro-, centrado en los temas de empleo, he de decirles que el tema que “elegí” o que se decidió para la UPO en la reunión que se mantuvo con los organizadores en la pasada primavera, fue el del reto que suponían los llamados empleos verdes.

Tema concreto que se consensuó, básicamente, he de reconocerles también -entre otras razones porque hoy es una noticia pública, y “publicada”-, porque formo parte de un equipo de profesores de las universidades Carlos III de Madrid y de la propia UPO -también algunos extranjeros-, que ya por entonces nos habíamos propuesto desarrollar un proyecto de investigación conjunto sobre las implicaciones de la descarbonización en las relaciones laborales, tanto en su dimensión individual y colectiva, como específicamente en el campo de la prevención de riesgos laborales y en el conjunto del sistema de protección social.

Idea de proyecto que nació de la curiosidad que para nosotros representaba la extraordinaria acumulación de conceptos e incluso de noticias que últimamente se producían en nuestra vida cotidiana en relación a esta materia y que sin duda tenía que tener su repercusión en el mundo del trabajo, que es lo que queríamos analizar.

En efecto, la llamada descarbonización -o reducción o eliminación de la huella de carbono, de CO₂, de anhídrido o dióxido de carbono, como se prefiera- es una expresión cada vez más extendida y generalizada en el conjunto de la población, y la vemos por ello mismo no solo en los estudios científicos y los documentos técnicos, ha sobrepasado sin duda la frontera de la prensa salmón y de las páginas de economía, para encontrárnosla en actos absolutamente cotidianos, además de en ciertas las leyes (vgr., recientemente en la Ley de Contratos del Sector Público, a efectos de evaluar las distintas ofertas que se presentan, sobre todo, tras su reforma *ex Ley 7/2021*, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética).

Y es que las referencias a “la huella de carbono” no solo aparecen ya en las páginas webs de todo tipo de empresas (grandes y medianas, del sector energético y de cualquier otro, prueben a ver con detalle las tecnológicas, como Apple o google, o las apps de sus entidades bancarias), también en los anuncios de televisión (vgr. MSC cruceros, que lo resalto por aquello de subrayar la expresión técnica que utiliza, sin duda más elaborada, pues habla ya de “emisión neutra” más que emisión cero); y, por supuesto, en la invitación a recibir los tickets electrónicos en todas nuestras compras como prolongación del contenido algo más antiguo de los correos electrónicos donde nos llamaban la atención sobre la necesidad, o no, de imprimir los textos. Otros casos son más llamativos aún, como el de la empresa del “amigo” Michael O’Leary, dueño como saben de Ryanair, donde por un módico precio (entre 2 y 8 euros) te da hasta la opción de limpiar conciencias, eso sí, mediante el pago de una contribución directa destinada a la eliminación de la parte alicuota de la contaminación producida. Lo que nos da pie para empezar a comprender también el submundo que representa para el común de los ciudadanos el mercado de compra y venta de derechos de emisión de CO₂ existente a nivel mundial.

En todo caso, se trata de una expresión ésta, la de la huella de carbono que trasciende a otras y que se integra en la más amplia de la sostenibilidad, con las que sin duda guarda una muy estrecha conexión y con las que a menudo se solapa, desplazando a otras, como la de la responsabilidad social, por mucho que ésta sea cada vez más general y universal y no estrictamente corporativa.

Con lo anterior, lo que pretendo es situarles frente a los dos vectores principales de encuadre con los que abordaré mi intervención:

1. De una parte, la estrecha y directa vinculación que tiene el calificativo de “verde” que vamos a utilizar con un concreto y muy determinado proceso, pues qué duda cabe que lo verde tiene muchas acepciones, incluidas aquellas que no son sino una alegoría de significados castizos como los de esperanza y hasta expresión de una nueva e inocente vida (brotes verdes) -no voy a mencionar ni al Betis ni a Andalucía-.

En este caso lo verde es sinónimo de naturaleza y sobre todo de ecología, incluso, ya se anticipa, algo más allá de su acepción técnica y lingüísticamente más neutral (DRAE. - Ciencia que estudia los seres vivos como habitantes de un medio, y las relaciones que mantienen entre sí y con el propio medio), pues qué duda cabe que se encuentra indisolublemente vinculado con la idea más reivindicativa de ésta -de ahí que se haya erigido en toda una ideología con sus correspondientes materializaciones políticas-, la que defiende la imperiosa necesidad de proteger y dejar de dañar el medio ambiente y, en la medida de lo posible, recuperarlo y devolverlo a su estado natural.

Un proceso que no es otro que el liderado por Naciones Unidas y al que conocemos de forma mayoritaria como lucha contra el calentamiento global y para la evitación de los efectos del cambio climático. Evolución inmediata y conceptual, si se permite, de otros que sirvieron de antecedente necesario, como el del agujero de la capa de ozono en la atmósfera, consecuencia de la acumulación de emisiones nocivas y causa del llamado efecto invernadero.

Proceso internacional que se conoce sobre todo a través de sus principales manifestaciones o declaraciones, como son las Agendas, 2030 y 2050, la proclamación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y sus correlativas proyecciones en organismos especializados, también de carácter internacional (OIT), y otros de orden regional y supranacional, como el Pacto Verde Europeo (European Green Deal), aprobado en 2019 en el ámbito de Unión Europea.

Esta primera idea fuerza nos sitúa casi de forma necesaria en un escenario en el que las principales fuentes y, por ende, de obligada consulta, van a ser sobre todo instrumentos de orden internacional. También, de adscripción económica más que jurídica, pues es la ciencia de la economía la que normalmente suele socializar primero, en el sentido de importar y generalizar para el conjunto de las ciencias sociales los avances que se van produciendo en el conocimiento de la comunidad científica, entendida ésta en su sentido más estricto de carácter físico y experimental.

De hecho, esta expresión de empleo verde (Green Jobs), no es más que una derivada de la conocida como «Green Economy», cuyos orígenes parece que se han de situar en la obra de Pearce, Markandya, y Barbier (*Blueprint for a Green Economy*, 1989), en la que se establecerán los dos elementos definitorios por antonomasia: en primer lugar, la necesidad de que el progreso no comprometa generaciones futuras, específicamente por razón de los riesgos ambientales y la posible escasez de medios que pueda producir para

el futuro; en segundo lugar, que el cambio a realizar se haga mediante una redistribución justa de las cargas y los roles.

2. El segundo de elemento de encuadre tiene que ver precisamente con la necesidad de comprender y hacer más asequibles para el conjunto de los destinatarios el contenido concreto de los mensajes que se lanzan y, sobre todo, de los mandatos que se imponen. Quizás por esa razón la calificación del proceso a través del calificativo verde parece que se va imponiendo poco a poco a su sinónimo semántico originario y más verdadero, el de desarrollo sostenible/sostenibilidad, pues resulta más fácil de identificar tanto por lo que respecta al objetivo final que se persigue, como y también, por los medios que se habrán de utilizar para su consecución². En suma, por ser más concreto y directo, de ahí el carácter vindicativo al que hacíamos alusión antes.

Porque aquí se ha de situar sin duda el primero de los grandes retos a los que se enfrenta el empleo verde: evitar que se devalúe la fuerza de su noción, que pierda valor (por decirlo de otra manera) el propio concepto, no solo por hastío y el efecto de los prejuicios -que nunca faltan-, sino por la sobre exposición que representa objetivamente su excesiva generalización, con el riesgo de su banalización, que es lo que ocurre cuando -si se permite la metáfora económica- el mercado se inunda de un producto que no es capaz de asumir la demanda, provocando una cierta decepción y hasta defraudación.

Por seguir con los anglicismos y la terminología economicista, lo que se ha de evitar especialmente es sobre todo el llamado Greenwashing (blanqueo ecológico o ecopostureo), construcción que surge en el ámbito financiero en apoyo de la idea de no elegir activos o proyectos que resulten dudosamente sostenibles o que realizan una competencia desleal, en tanto que aseguren ser sostenibles sin serlo realmente. Para ello debe ser crucial, como en todo sistema de clasificación y de calificación por categorías, que se definan umbrales cuantitativos cuando ello sea posible, pues la métrica ayuda y mucho a cualquier homogeneización de las valoraciones, del mismo modo que resulta imprescindible también contar con algún mecanismo de verificación, de lo contrario todo queda al albur de declaraciones unilaterales y voluntaristas.

Partiendo de estas premisas podemos anticipar, por tanto, que el primero de los grandes retos a enfrentar es el relativo a la correcta delimitación de los verdaderos empleos verdes, lo que ya se anticipa no va a resultar nada fácil a poco que tengamos en cuenta que la idea de este empleo sostenible y que es el único que se ha de promover, no es cualquier clase de ocupación.

Y es que no se trata solo de localizar un encuadramiento económico o estadístico, es decir, qué concreta actividad productiva ha de desarrollar una empresa o si en función del sector funcional al que pertenezca ya se puede considerar éste como un empleo digno de ser calificado como verde, existe un segundo elemento constitutivo en concepto imprescindible para alcanzar dicha calificación, de naturaleza claramente cualitativa aunque igualmente verificable, y es que el trabajo concreto a desempeñar no solo debe coadyuvar a preservar, mantener y recuperar el medio ambiente, sino que ha de ser susceptibles de ser catalogado al mismo tiempo, y jurídicamente, si no como una ocupación modélica e ideal en términos absolutos, sí al menos como representativa de lo que se conoce como un trabajo decente, de calidad, desarrollado en condiciones seguras, dignas y justas. Solo así se podrá decir que

² Sin ánimo alguno de frivolar, resulta algo llamativa la utilización de la paleta de colores, no ya porque también se encuentren en la bibliografía especializada menciones a la economía marrón, blanca, roja, naranja o azul -expresión que sirve para dar nombre incluso a una de nuestras Consejerías-, sino porque también quiere introducirse en nuestra jerga laboralista, rompiendo la dicotomía clásica de trabajadores de cuello blanco y uniforme azul, con la irrupción de los Green Collars Workers.

contribuye de manera efectiva a la cohesión social, que es el ideal irrenunciable que informa todo el proceso.

Lo importante es recordar que la noción del empleo verde nace indisolublemente unida al concepto de desarrollo y crecimiento económico sostenible, y a la idea de transición justa, al tiempo que, a la preservación del sector ambiental, lo que supone que la transformación de los sistemas productivos se ligue a la propia definición de ese ideal. De ahí, también, las llamadas a la necesidad de tornar a una economía circular y más colaborativa, frente a los modelos más lineales vividos hasta el momento, ligados exclusivamente al consumo.

Afrontadas estas primeras circunstancias, de orden más formal o intelectual si se prefiere, como es todo lo relativo a una correcta delimitación y conceptualización del empleo verde, se podrán adicionar otras valoraciones más pragmáticas y hasta de orden cuantitativo, como son aquellas que tratan de prever primero, y de medir después, el acierto en el número o entidad de los empleos realmente creados; o incluso su balance respecto de los que habrá de sustituir.

Para el primer objetivo, que es en el único en el que nos centraremos hoy, les diré que son múltiples las fuentes que se pueden consultar y de muy diversa naturaleza. Incluso cabe observar ya una sensible evolución en los diversos intentos que se han sucedido en los últimos años incluso dentro de una misma organización o instancia.

1. FUENTES INTERNACIONALES: LA DEFINICIÓN DEL SECTOR AMBIENTAL

De todas ellas les destacaré las siguientes, las elaboradas por la OCDE y Eurostat por ser las originarias, también, la que puede considerarse primera formulación que se hizo en el ámbito del PNUMA; en segundo lugar, el intento elaborado por la OIT; por último, en tanto que la más reciente y que más directamente nos vincula, la confeccionada en el ámbito comunitario. Sin olvidar, la tarea emprendida en el ámbito nacional o doméstico, como es la elaborada por el INE, a través de la Clasificación de Actividades y Gastos de Protección del Medio Ambiente (CAPA 2000).

Para afrontar todos estos retos, lo cierto es que los métodos de aproximación propuestos por los diferentes organismos internacionales han resultado hasta ahora notablemente heterogéneos y, lo que es peor, difícilmente inteligibles en más de una ocasión, en el sentido de aprehensibles para el conjunto de los operadores, de ahí la sucesión de los diversos intentos y metodologías. Una simple constatación de estos principales intentos nos ayudará a comprobar mejor la dificultad que representa hasta agrupar las categorías o sectores donde se pueden o deben implementar los empleos verdes:

OCDE y Eurostat (1999)	OCDE (2004)	PNUMA (2008)	UE (2019)
1. Tratamiento y depuración de aguas residuales 2. Gestión y tratamiento de residuos a) Gestión de residuos urbanos b) Gestión de residuos peligrosos c) Gestión de residuos de construcción y demolición d) Recuperación, reciclaje y valoración de residuos 3. Producción de energías renovables a) Energía eólica b) Energía solar fotovoltaica c) Energía solar térmica d) Aprovechamiento energético de biomasa e) Producción de biocarburantes 4. Gestión de espacios naturales protegidos 5. Gestión de zonas forestales 6. Servicios ambientales a empresas y entidades a) Consultoría ambiental b) Ingeniería ambiental c) Auditoría ambiental 7. Educación y formación ambiental 8. Agricultura y ganadería ecológica	A. Grupo de gestión de la contaminación 1. Control de la contaminación del aire 2. Tratamiento de aguas residuales 3. Tratamiento de residuos sólidos 4. Limpieza del suelo, aguas superficiales y subterráneas 5. Reducción del ruido 6. Monitoreo, análisis y evaluación ambiental 7. Monitoreo, análisis y evaluación ambiental 8. I+D ambiental 9. Ingeniería ambiental 10. Servicios analíticos, recolección de datos, análisis B. Grupo de tecnologías y productos más limpios 11. Tecnologías/ procesos limpios/uso eficiente de recursos 12. Productos más limpios/uso eficiente de recursos C. Grupo de Gestión de recursos 13. Suministro de agua 14. Reciclaje 15. Energías renovables 16. Ahorro y gestión energética 17. Agricultura y pesca sostenible 18. Gestión de los riesgos naturales 19. Ecoturismo	1. Suministro de energías alternativas 2. Edificios y Construcción 3. Transporte 4. Industrias básicas 5. Agricultura y alimentación 6. Silvicultura	1. Arte, entretenimiento y recreación 2. Construcción y bienes raíces 3. Educación 4. Energía 5. Actividades de protección y restauración del medio ambiente 6. Actividades financieras y de seguros 7. Silvicultura 8. Actividades de salud humana y trabajo social 9. Información y comunicación 10. Fabricación 11. Actividades profesionales, científicas y técnicas. 12. Transporte 13. Abastecimiento de agua, alcantarillado, gestión y remediación de residuos

Nótense las diferencias y hasta las ausencias que se detectan en los listados, especialmente en ámbitos tan singulares como pueden ser la gestión y el suministro de aguas o el tratamiento de la agricultura³.

OIT (2016) Los empleos verdes son empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medio ambiente, ya sea en los sectores tradicionales como la manufactura o la construcción, ya en nuevos sectores emergentes como las energías renovables y la eficiencia energética.

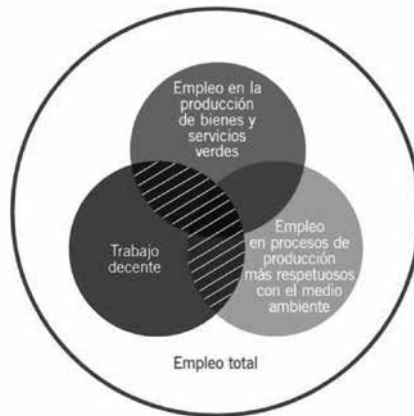
Los empleos verdes permiten:

- Aumentar la eficiencia del consumo de energía y materias primas.
- Limitar las emisiones de gases de efecto invernadero.
- Minimizar los residuos y la contaminación.
- Proteger y restaurar los ecosistemas.
- Contribuir a la adaptación al cambio climático.

³ Mientras que la OCDE y Eurostat incluyen únicamente la agricultura y la ganadería ecológica dentro del sector ambiental, el análisis del empleo verde realizado en PNUMA 2008 plantea una definición más amplia. Analiza la agricultura y la ganadería en relación al sistema alimentario mundial y su relación con los yacimientos de empleo local, la agricultura urbana y su conexión con los pequeños agricultores. En la UE la condicionalidad que exige la PAC requiere incluir la actividad de explotaciones “no” ecológicas.

A nivel empresarial los empleos verdes pueden producir bienes o prestar servicios que beneficien al medio ambiente. Como ejemplo, los edificios verdes o el transporte limpio. Sin embargo, es importante destacar que estos productos y servicios verdes no siempre se basan en la producción y tecnologías verdes. Pero los empleos verdes también pueden contribuir a procesos de producción más respetuosos con el medio ambiente en las empresas. Por ejemplo, pueden reducir el consumo de agua o mejorar el sistema de reciclaje. Los empleos verdes definidos a través de procesos de producción no terminan necesariamente en bienes o servicios ambientales.

En definitiva, como se ilustra en el siguiente diagrama, se puede distinguir entre dos tipos de empleos verdes; (i) empleos en sectores económicos verdes desde el punto de vista del producto final y (ii) funciones de trabajo en todos los sectores desde una perspectiva de proceso respetuoso con el medio ambiente. Para la OIT, los empleos verdes son todos los trabajos que se encuentran en la zona marcada:



2. UNIÓN EUROPEA (2019). PACTO VERDE EUROPEO⁴ «EUROPEAN GREEN DEAL». UE TAXONOMY (REGLAMENTO DE INVERSIONES SOSTENIBLES)

Los instrumentos que vamos a encontrar en el ámbito comunitario para determinar qué actividad puede considerarse ambientalmente sostenible y, por tanto, potencial creadora de empleo verde, van a ser sin duda mucho más elaborados que los que encontramos en otras instancias internacionales e, incluso, con una clara vocación de resultar mucho más prácticos, en el sentido de aprehensibles por el conjunto de los operadores, aunque todo hay que decirlo, no por ello deja de resultar algo complejo el mecanismo, hasta el punto que no se ha concluido su construcción.

Creado básicamente en el contexto del plan de acción sobre finanzas sostenibles, no deja de ser extraordinariamente funcional a los efectos que ahora nos interesa. Se trata en todo caso de un sistema que tampoco está falto de polémica, como la que ha representado la reciente inclusión en la lista, por mucho que sea condicional, del Gas Natural y la Energía Nuclear.

⁴ El objetivo principal del pacto, acorde con lo establecido por Naciones Unidas, es lograr la neutralidad climática de la UE para 2050. En el año 2021 la Comisión adoptó no obstante una serie de propuestas adicionales para alcanzar otro objetivo a corto plazo: la reducción neta de al menos el 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero en el año 2030, respecto de los producidos en 1990.

Las fuentes normativas que han de considerarse principales son: el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088; y el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999.

En ese sentido, se parte de una serie de elementos definitorios básicos que son los siguientes:

- I) Se considera actividad económica sostenible aquella que contribuya sustancialmente a la consecución de uno o más de los seis objetivos medioambientales establecidos, que son:
 1. Mitigación del cambio climático.
 2. Adaptación al cambio climático.
 3. Uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos.
 4. Transición hacia una economía circular.
 5. Prevención y control de la contaminación.
 6. Protección y recuperación de la biodiversidad.
- II) Además de contribuir sustancialmente a, al menos, uno de estos objetivos, debe poder probarse que la concreta actividad económica que se desarrolle no cause un perjuicio significativo al resto de estos objetivos.
- III) Que se lleve a cabo cumpliendo con las garantías sociales mínimas. La actividad debe alinearse con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, incluidos los principios y derechos establecidos en los ocho convenios fundamentales a los que se refiere la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁵ y la Carta Internacional de Derechos Humanos.

En el navegador de taxonomía de la UE⁶ se ofrece una serie de herramientas en línea para ayudar a los usuarios a comprender mejor y de una manera sencilla y práctica el conjunto del sistema, facilitando en última instancia su implementación y apoyando a las empresas en sus obligaciones de presentación de informes. Navegador en el que se incluye: una brújula, que indica a qué objetivo sirve y que limitación específica tiene cada sector o actividad económica; una calculadora, con la que se puede identificar la elegibilidad de una empresa y hasta calcular sus indicadores clave de rendimiento; o directamente, los listados de sectores y actividades económicas que pueden considerarse sostenibles (verdes) incluidas sus limitaciones y/o especificaciones:

1. Arte, entretenimiento y recreación.
2. Construcción y bienes raíces.

⁵ Los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios básicos, según la Declaración adoptada de forma solemne en la Conferencia de 1998, y que conlleva la obligación de su respeto y consideración para todos los Estados por el mero hecho de pertenecer a la Organización, por tanto, con independencia de la ratificación, o no, de los respectivos Convenios, son: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y e) un entorno de trabajo seguro y saludable (este último incorporado en la Conferencia de 11 de junio de 2022). Estas garantías mínimas se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa de la UE cuando esta sea más estricta en los ámbitos de medio ambiente, salud y seguridad, y sostenibilidad social.

⁶ <https://ec.europa.eu/sustainable-finance-taxonomy/sectors>

3. Educación.
4. Energía.
5. Actividades de protección y restauración del medio ambiente.
6. Actividades financieras y de seguros.
7. Silvicultura.
8. Actividades de salud humana y trabajo social.
9. Información y comunicación.
10. Fabricación.
11. Actividades profesionales, científicas y técnicas.
12. Transporte.
13. Abastecimiento de agua, alcantarillado, gestión y remediación de residuos.

Una característica importante de la taxonomía es que se centra en actividades económicas, y no en empresas. Esto implica que una empresa que realiza varias actividades económicas⁷ puede tener algunas actividades sostenibles y otras que no lo son.

3. CLASIFICACIÓN DE ACTIVIDADES Y GASTOS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE (CAPA 2000). INE. CNAE-2009 (vinculadas a NACE)⁸

1. Protección del aire y del clima
 - 1.1. Prevención de la contaminación atmosférica por modificación de procesos
 - 1.1.1. Para la protección del aire
 - 1.1.2. Para la protección del clima y de la capa de ozono
 - 1.2. Tratamiento de los gases de escape y el aire de ventilación
 - 1.2.1. Para la protección del aire
 - 1.2.2. Para la protección del clima y de la capa de ozono
 - 1.3. Medición, control, análisis, etc.
 - 1.4. Otras actividades
2. Gestión de las aguas residuales
 - 2.1. Prevención de la contaminación por modificación de procesos
 - 2.2. Redes de saneamiento
 - 2.3. Tratamiento de las aguas residuales
 - 2.4. Tratamiento de las aguas de refrigeración
 - 2.5. Medición, control, análisis, etc.
 - 2.6. Otras actividades
3. Gestión de residuos
 - 3.1. Prevención de la producción de residuos por modificación de procesos
 - 3.2. Recogida y transporte

⁷ Por el momento sólo se ha publicado oficialmente el listado de las actividades económicas que contribuyen a los dos primeros objetivos, la mitigación del cambio climático y la adaptación al cambio climático. Asimismo, está en desarrollo una taxonomía social, que pretende indicar qué actividades económicas contribuyen positivamente a la consecución de ciertos objetivos sociales.

⁸ Ficha origen metadatos última revisión (25/11/2022). Conceptos y definición. Las actividades incluidas dentro de la protección del medio ambiente son las siguientes: protección del aire y del clima, gestión de las aguas residuales, gestión de residuos, protección y descontaminación de suelos, aguas subterráneas y aguas superficiales, reducción del ruido y las vibraciones, protección contra las radiaciones (excluida la seguridad exterior), investigación y desarrollo relacionados con el medio ambiente, otras actividades de protección del medio ambiente como formación, educación, tareas administrativas, etc. En la misma ficha se añade que para ver con más detalle las distintas actividades, se puede consultar la Clasificación de Actividades de Protección Ambiental CAPA, clasificación en el marco de la Unión Europea para definir qué es y qué no es protección medioambiental.

- 3.3. Tratamiento y eliminación de residuos peligrosos
 - 3.3.1. Tratamiento térmico
 - 3.3.2. Vertederos
 - 3.3.3. Otras formas de tratamiento y eliminación
- 3.4. Tratamiento y eliminación de residuos no peligrosos
 - 3.4.1. Incineración
 - 3.4.2. Vertederos
 - 3.4.3. Otras formas de tratamiento y eliminación
- 3.5. Medición, control, análisis, etc.
- 3.6. Otras actividades
4. Protección y descontaminación de suelos, aguas subterráneas y aguas superficiales
 - 4.1. Prevención de la infiltración de contaminantes
 - 4.2. Limpieza de suelos y masas de agua
 - 4.3. Protección de suelos contra la erosión y otros tipos de degradación física
 - 4.4. Prevención de la salinización del suelo y su descontaminación
 - 4.5. Medición, control, análisis, etc.
 - 4.6. Otras actividades
5. Reducción del ruido y las vibraciones (excluida la protección en el lugar de trabajo)
 - 5.1. Modificaciones preventivas en origen
 - 5.1.1. Tráfico por carretera y ferroviario
 - 5.1.2. Tráfico aéreo
 - 5.1.3. Ruido causado por la industria y de otro tipo
 - 5.2. Construcción de dispositivos antirruído y antivibraciones
 - 5.2.1. Tráfico por carretera y ferroviario
 - 5.2.2. Tráfico aéreo
 - 5.2.3. Ruido causado por la industria y de otro tipo
 - 5.3. Medición, control, análisis, etc.
 - 5.4. Otras actividades
6. Protección de la biodiversidad y los paisajes
 - 6.1. Protección y recuperación de las especies y el hábitat
 - 6.2. Protección de paisajes naturales y seminaturales
 - 6.3. Medición, control, análisis, etc.
 - 6.4. Otras actividades
7. Protección contra las radiaciones (excluida la seguridad exterior)
 - 7.1. Protección de los entornos
 - 7.2. Transporte y tratamiento de residuos con alto índice de radiactividad
 - 7.3. Medición, control, análisis, etc.
 - 7.4. Otras actividades
8. Investigación y desarrollo
 - 8.1. Protección del aire y el clima
 - 8.1.1. Protección del aire
 - 8.1.2. Protección de la atmósfera y el clima
 - 8.2. Protección del agua
 - 8.3. Residuos
 - 8.4. Protección de los suelos y las aguas subterráneas
 - 8.5. Reducción del ruido y las vibraciones
 - 8.6. Protección de las especies y el hábitat
 - 8.7. Protección contra las radiaciones
 - 8.8. Otras actividades de investigación vinculadas al medio ambiente
9. Otras actividades de protección del medio ambiente
 - 9.1. Administración y gestión del medio ambiente

- 9.1.1. Administración, ordenamiento y similares
- 9.1.2. Gestión del medio ambiente
- 9.2. Educación, formación e información
- 9.3. Actividades que generan gastos no desglosables
- 9.4. Actividades N.C.O.P.

Una de las principales funcionalidades de esta clasificación, como publica el propio Instituto, es facilitar la cuenta de gasto de protección ambiental por el total de la economía (CGPA), que se define como: los recursos económicos realmente utilizados por las unidades residentes para prevenir la degradación del medio ambiente o para su restauración, de manera compatible con los datos comunicados en el marco del Sistema Europeo de Cuentas⁹.

4. FUENTES NACIONALES

Dejando al margen el intento de sistematización que representa la citada clasificación efectuada por el INE de las actividades que pueden considerarse incluidas dentro de la categoría de protección medioambiental, puede afirmarse, en relación al conjunto de nuestra ordenación jurídica nacional, que las consideraciones que se pueden localizar sobre el empleo verde en sentido estricto, incluso en el más general de sostenible o sostenibilidad, son muy escasas, por no decir del todo inexistentes en las de mayor rango jerárquico.

4.1. Legales

En efecto, ni la reciente ley de empleo (3/2023, de 28 de febrero), ni tampoco la Ley de Cambio Climático y Transición Energética (7/2021, de 20 mayo) -salvo alguna excepción en este segundo caso-, se centran o intentan en ningún momento conceptualizar o coadyuvar a la mejor concreción de la noción de empleo verde, más allá de las posibilidades de adaptación que pueden representar las llamadas genéricas al Pacto Verde Europeo, la regulación explícita que merece la denominada fiscalidad verde (disposición adicional séptima) y la potencialidad del desarrollo del conjunto de los preceptos dedicados a la descarbonización de la economía, muy fundamentalmente a través de los sucesivos Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima (PNIEC), que deberá tramitar en lo sucesivo nuestro país¹⁰.

4.2. Estrategias y Planes

De carácter estatal:

- Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 (Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre).
- Planes Anuales para el Fomento del Empleo Digno¹¹.

De ámbito autonómico (Andalucía):

⁹ El objetivo principal de la cuenta es calcular el agregado Gasto Nacional en Protección Ambiental (GNPA), que representa el total de los recursos económicos que una nación dedica a la protección ambiental. El gasto nacional resulta comparable con los agregados de cuentas nacionales. En la cuenta se registran las operaciones por sectores institucionales, y siguiendo la metodología europea, para simplificación, se agrupan los siguientes sectores: Administraciones públicas e Instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares (ISFLSH); Sociedades no financieras e Instituciones financieras y Hogares. Las estimaciones se presentan desagregadas por ámbitos de protección ambiental, según la Clasificación de Actividades de Protección Ambiental (CAPA-2000).

¹⁰ El vigente, para el decenio 2021-2030, aprobado el 20 de enero de 2020, en la web del ministerio: https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/images/es/pniec/completo_tcm30-508410.pdf

¹¹ En el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023 la única referencia literal es más al contexto más que al empleo verde en sí, concretamente en la descripción de una de las características del Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2023: "7. Crear oportunidades de acceso a nuevos empleos en nuevos sectores, tomando como referencia la

- Estrategia para la Generación de Empleo Medioambiental en Andalucía 2030¹². De su desarrollo cabe destacar el listado de áreas que enumera, así como la delimitación que efectúa de cada una de ellas¹³, por lo que de ello puede derivarse, pero y sobre todo la incorporación de un sistema de seguimiento a través de indicadores procedentes de la que denomina Estadística sobre Actividad Económica y Medio Ambiente en Andalucía. Y ello, pese a no estar nada actualizados los datos disponibles, pues la serie acaba en el año 2016¹⁴.

4.3. V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC)¹⁵

Su último capítulo (XVI) se destina de manera conjunta a la transición tecnológica, digital y ecológica. Dentro de éste, su punto 4, ya monográficamente para esta última (ecológica), dice:

La transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, junto con la digitalización, pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. De hecho, puede suceder que surjan nuevas ocupaciones al tiempo que otras desaparecen o se transforman.

Estas transiciones, que están interrelacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente, deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales.

En este marco, es imprescindible identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para la consecución de dicho objetivo, resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático.

Asimismo, para garantizar la reducción de emisiones y la eficiencia de las medidas que en su caso de apliquen, tanto en beneficio de las empresas como de las personas trabajadoras, se impulsarán planes de movilidad sostenible, fomentando el transporte colectivo por áreas geográficas, polígonos industriales o espacios de gran concentración de personas trabajadoras.

transformación hacia un contexto verde, sostenible, colaborativo y digital, impulsando el acceso al empleo de calidad de las personas jóvenes en sectores emergentes como la economía digital, economía verde, o del cuidado⁹. Se obvian las menciones a la sostenibilidad y al crecimiento sostenible, aunque no dejan de ser igual de genéricas. BOE 134/2023, de 6 de junio.

¹² Aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de septiembre de 2018 y que se tramita en paralelo a la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030 (BOJA 119/2018, de 21 de junio), aprobada también por el Consejo el 5 de junio del mismo año. Su última Memoria de seguimiento (2019-2020) puede consultarse en la web de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo: <https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/documents/20151/120344589/Memoria-2020-Estrategia-Generacion-Empleo-Medioambiental-Andalucia-2030.pdf/9bece42f-b8ca-0b0d-2a63-5f1f51985df1>

¹³ Área 1. Gestión ambiental del medio atmosférico; Área 2. Gestión sostenible de los recursos hídricos y descontaminación de espacios; Área 3. Gestión de residuos y reciclaje; Área 4. Gestión sostenible de la energía: energía renovable; Área 5. Agricultura y ganadería ecológicas, pesca y acuicultura sostenibles; Área 6. Gestión de espacios protegidos y actividades forestales sostenibles; Área 7. Turismo sostenible; Área 8. Educación y sensibilización ambiental; Área 9. Ecoinnovación, investigación y desarrollo en materia ambiental; Área 10. Consultoría e ingeniería ambiental multiámbito; Área 11. Construcción sostenible: edificación, rehabilitación y eficiencia energética; Área 12. Movilidad sostenible.

¹⁴ https://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal/landing-page-%C3%ADndice/-/asset_publisher/zX2ouZa4r1Rf/content/estad-c3-adstica-sobre-actividad-econ-c3-b3mica-y-medio-ambiente-en-andaluc-c3-ada/20151?categoryVal=

¹⁵ BOE 129/2023, de 31 de mayo.

**PONENCIA INVITADA DE UNIVERSIDAD NO ANDALUZA:
FORMACIÓN PROFESIONAL Y POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO**

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA*
Universidad de Alcalá

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CONEXIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL CON LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
3. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL IMPULSADA POR LA UNIÓN EUROPEA: FORMACIÓN Y CREACIÓN DE EMPLEO
4. LA CONCEPCIÓN EDUCATIVA Y PROFESIONALIZANTE DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL: EL APRENDIZAJE A LO LARGO DE LA VIDA
5. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL ORIENTADA LA MEJORA DEL EMPLEO
6. EL PRINCIPIO DE SISTEMA ÚNICO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO
7. DIÁLOGO SOCIAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y FINANCIACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL
8. LA IMPORTANCIA DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL DESARROLLO DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO LIGADAS A LA FORMACIÓN PROFESIONAL
9. CONCLUSIONES

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Investigador principal de la línea de investigación estable en Relaciones Laborales y Protección Social del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Investigador titular del IELAT en las líneas de Derecho y de Relaciones Laborales-Protección Social. Responsable del programa de doctorado de América Latina y Unión Europea en el contexto internacional de la Universidad de Alcalá.

1. INTRODUCCIÓN

La formación profesional se presenta como una prioridad estratégica desde el punto de vista de la política de empleo, siendo necesaria para el desarrollo del derecho y del deber de trabajar de los trabajadores. Efectivamente, la promoción de la formación juega un papel especial en el desarrollo económico y social del país. La formación profesional tiene una importante vertiente orientada al empleo. Se trata de abordar el desarrollo de la formación profesional como una política activa de empleo. No cabe duda de que en una situación económica y social como la actual, marcada por la incertidumbre y la necesidad de recuperación económica, la formación es un valor necesario para propiciar la mejora de la productividad y la competitividad de las empresas, favoreciendo la empleabilidad de los trabajadores.

2. LA CONEXIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL CON LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

La promoción del empleo está estrechamente ligada a los programas y políticas sociales. Más allá de las propias políticas de empleo, la creación de puestos de trabajo depende de que la economía genere oportunidades para las empresas y para la ocupación de las personas, garantizando un proyecto de vida sostenible en beneficio de la inclusión y la cohesión social¹. El desarrollo de las políticas de formación profesional, teniendo en cuenta la política activa de empleo, supone avanzar en términos de inclusión social, evitando la precarización y la exclusión de los colectivos especialmente perjudicados en el mercado de trabajo. De este modo, esta relación entre formación y política de empleo reafirma la satisfacción del derecho al trabajo y la búsqueda de un mercado laboral más inclusivo y justo. No cabe duda de que cada vez es más necesario vincular las políticas activas de empleo y las políticas pasivas, así como las políticas sociales. De este modo, se pueden ofrecer oportunidades a los colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo. Sin duda, esta estrategia no es solamente una visión de índole laboral, sino que también tiene una importante vertiente desde el punto de vista de la redistribución de la riqueza. De ahí que el desarrollo de la formación profesional ligada al empleo tenga evidentemente una visión de integración y de cohesión social, máxime cuando este fin se persigue desde la perspectiva del fomento de la igualdad de oportunidades.

La formación profesional se manifiesta como un ámbito esencial en el desarrollo de las políticas activas de empleo. Esta estrecha relación se encuentra presente en la propia Constitución (art. 40.2 CE), así como en relación a la estrategia española de apoyo activo al empleo, como prevé el art. 12.4 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE). En concreto, dicho precepto aborda la estrategia de apoyo a activo al empleo articulada especialmente en materia de formación profesional en el eje 2 [art. 12.4.a) LE], relativo a la formación, como objetivo de las políticas de activación para el empleo, orientado a los servicios y a los programas desarrollados por los servicios públicos de empleo². La estrategia de formación profesional es básica en el desarrollo de las políticas activas de empleo. De este modo, junto a los servicios y programas de empleo y mecanismos de orientación, se hace referencia expresa a la formación profesional para el empleo (art. 36

¹ En relación a la dimensión social de la formación profesional, desde la perspectiva de la creación de empleo. Vid. SERVAIS, J.M., “El Derecho Internacional del empleo frente a la crisis”, en *Temas Laborales*, núm. 126, 2014, pp. 13-46.

² En concreto, dicho eje 4 se refiere a “las actuaciones de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral, incluidos los programas públicos de empleo y formación, que permitan al beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, para mejorar su cualificación y facilitar su inserción laboral”.

LE). Este es un enfoque de la formación profesional dirigido a mejorar las posibilidades de las personas desempleadas de acceder al empleo, así como al interés de desarrollar iniciativas orientadas al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas.

Existe una estrecha relación entre formación profesional y políticas activas de empleo. Esta relación es esencial para combatir el desempleo y generar actividad laboral, riqueza y desarrollo. Ciertamente, la reducción del desempleo está directamente ligada a la mejora de la empleabilidad de las personas³. Precisamente, la finalidad de los programas de formación es la reducción del desempleo, especialmente de larga duración, incrementando la adaptación de los desempleados a las exigencias del mercado de trabajo⁴. Conviene señalar que la relación entre formación profesional y políticas de empleo no suelen combinarse formalmente ni en la legislación, ni en la ejecución de los objetivos estratégicos de empleo. Sin embargo, se trata de una combinación necesaria, máxime ante el contexto actual en el que todavía no se ha recuperado el volumen de empleo previo a la crisis de 2008. En el contexto actual de incertidumbre económica y en una fase de postpandemia, pasados los efectos perniciosos de la pandemia del Covid-19, se precisa un avance significativo en la creación de empleo. Se viene indicando desde el punto de vista de la Unión Europea, que el objetivo de la creación de empleo requiere una auténtica revolución en el ámbito de las capacidades y de la formación. Este planteamiento permite a las personas garantizar su empleabilidad ante las transiciones inherentes a la digitalización y al desafío de la sostenibilidad ecológica. Se trata de elementos clave para propiciar el desarrollo y la recuperación tras un período prolongado de crisis económicas concatenadas, que tienen su inicio allá en el año 2008. Sin duda, las crisis recurrentes y cada vez más intensas y duraderas inciden en el desempleo y especialmente en los colectivos más vulnerables, como son los jóvenes y las mujeres. La estrategia de vincular la formación con los objetivos de las políticas activas de empleo es crucial. En este sentido, se debe primar un enfoque orientado a recuperar la calidad, así como la atención especializada en materia de orientación, que sin duda es una forma de asistencia al acceso al empleo.

La conexión de la formación profesional y las políticas activas de empleo se refleja asimismo en el sistema de recuperación económica y protección laboral durante la pandemia y postpandemia. Se ha promovido el desarrollo de la formación profesional como un instrumento para ayudar a las personas a mejorar su empleabilidad, obligando a las empresas a que recurran a los expedientes de regulación temporal de empleo por causa ligada a la pandemia, y acceder con ello a exenciones en las cotizaciones sociales, a la necesidad de desarrollar acciones formativas para sus empleados afectados por esos expedientes de regulación de empleo temporal. De este modo, nos encontramos ante un mecanismo que permite tener en cuenta las necesidades de formación de las empresas y de los trabajadores, orientando especialmente el esfuerzo a la recualificación y a la adquisición de las competencias digitales⁵. Se trata de medidas de formación que tendrán

³ Desde la perspectiva del desarrollo de la empleabilidad de las personas trabajadoras, como derecho ligado al propio contrato de trabajo. Vid. DÍAZ AZNARTE, M^a, “La formación profesional como derecho del trabajador subordinado al fomento de la empleabilidad”, en *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2016, pp. 623-640.

⁴ La formación profesional juega un papel central en relación al desarrollo de una oferta adecuada de empleo en consonancia con las demandas del mercado de trabajo. Vid. CALVO VÉRGEZ, J., “El papel de la formación en el mercado laboral español. La proyección de la llamada FP Dual”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2020 (BIB 2020/8834).

⁵ La necesidad de mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras se convierte en un auténtico reto de la sociedad, en atención a los retos de la tecnología y del avance de la sociedad de la información y la digitalización de los procesos productivos. Se trata de un desafío que reside en incorporar al conjunto de la población a la denominada sociedad de la información y al proceso general de digitalización económica y productiva. Por ello, es necesario buscar la adaptación de los trabajadores al ámbito de la innovación tecnológica de forma transversal, en todos los sectores

que desarrollarse en el ámbito de esos expedientes de regulación de empleo temporal durante la reducción de jornada o la suspensión de los contratos de trabajo. Estamos, pues, ante un modelo que intenta incentivar el recurso a esas medidas de regulación de empleo, siempre que se unan a la formación profesional y a la protección social⁶.

Las políticas activas de empleo no crean por sí solas puestos de trabajo, pero evidentemente se presentan como un instrumento esencial para la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras. Dicha creación de empleo debe permitir mejorar la calidad del trabajo y la competitividad empresarial. Desde esta perspectiva, las políticas activas de empleo orientadas en clave de formación profesional reducen los datos de desempleo y, por otro lado, permiten aumentar la competitividad centrada en las personas. Ello supone apostar por la cualificación profesional de las personas y por la formación como presupuestos de promoción personal, dejando de lado la visión de conseguir un mayor margen económico empresarial ligado al deterioro de las condiciones de trabajo. La mejora de la formación profesional, tanto inicial, como permanente, necesita de profundos cambios. Se precisa estimular la formación desde el punto de vista de la política de empleo. Se trata de un objetivo esencial para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado de trabajo⁷.

Por todo ello, las políticas activas de empleo deben de considerarse en su faceta formativa las profundas transformaciones sociales que se están produciendo en nuestro país. En concreto, es preciso destacar el envejecimiento y la tendencia acusada de despoblación de las zonas rurales. Sin duda, todo ello afecta igualmente al desempleo, produciéndose un aumento progresivo del paro estructural y de larga duración. En este objetivo debe tenerse especialmente en cuenta a las mujeres y a los jóvenes, a quienes les afecta especialmente las condiciones de precariedad y de temporalidad⁸.

La conexión entre formación profesional y política activa de empleo requiere de una revitalización del contrato social. Este planteamiento llama al diálogo social entre los gobiernos y los agentes sociales. Se trata, en definitiva, de garantizar un modelo centrado en las necesidades de empleo de las personas en consonancia con la incertidumbre presente en el futuro del trabajo. Ello implica la necesidad de invertir en potenciar las capacidades de las personas, permitiendo con ello hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a un aprendizaje a lo largo de la vida, que les permita adquirir las competencias profesionales, perfeccionarlas y reciclarse en última instancia desde el punto de vista profesional. Evidentemente, en este desafío cobra especial significado la vertiente financiera, debiendo asegurarse mecanismos adecuados de financiación de la formación profesional⁹.

No cabe duda de que la formación orientada al empleo es un instrumento potentísimo que aumenta la competitividad de las empresas y conforma una oferta de trabajo que

económicos, procediendo a la revisión de las cualificaciones tradicionales y revisando con ello la formación para el empleo.

⁶ Estos mecanismos red de flexibilidad y estabilidad de empleo se han configurado de forma paralela a los expedientes de regulación de empleo temporales previstos con carácter general. Téngase en cuenta el RD-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo.

⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., “Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, en *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, p. 99.

⁸ Sobre la consecución de mejora cualitativas en la mejora de las condiciones de trabajo ligadas al desarrollo de las políticas de empleo. Vid. ESCÜDERO RODRÍGUEZ, R., “Política de empleo y formación profesional”, en *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Nogueira Guastavino, M. “Fontinopoulou Basurko, O.” “Miranda Boto, J.M.” (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 270-271. ALAMEDA CASTILLO, M^a.T., “Empleo y formación: la instrumentalización de la formación profesional al servicio de la política de empleo”, en *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, 23^a Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2004, Jaén, Editorial Mergablum, 2005, pp. 280-281.

⁹ Desde la perspectiva de la relación entre formación profesional y política activa de empleo, fomentando la capacitación de las personas como inversión. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., *La política de empleo como instrumento*

contribuye al desarrollo del mercado laboral. Por ello, la política de empleo basada en la formación profesional debe tener como presupuesto la necesaria estabilidad en el empleo y la mejora de las condiciones laborales, puesto que en caso contrario los esfuerzos realizados desde el punto de vista de la financiación de la formación profesional tendrían un resultado ciertamente infructuoso, con la consiguiente pérdida de recursos orientados hacia la consecución de dicho fin. Ciertamente, previo a la propia política de formación profesional, gravita siempre la propia realidad sociolaboral, que se caracteriza por las elevadas tasas de precariedad y por la temporalidad, así como por la profunda segmentación del mercado de trabajo y por la rotación laboral¹⁰. Se trata de caracteres perniciosos de nuestro mercado de trabajo y de un modelo de relaciones laborales especialmente afectado por la incertidumbre y por la crisis económica, que se proyecta inevitablemente en el empleo¹¹.

Desde esta perspectiva, la relación entre formación profesional y las políticas activas de empleo refuerza la protección de las personas trabajadoras en las transiciones profesionales. La formación profesional enfocada al empleo viene a mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, permitiendo la adecuación, la readaptación o la adquisición de nuevos conocimientos, la adaptación a las necesidades del mercado laboral y de las empresas. En ese sentido, se ha recurrido al sistema de formación profesional para el empleo, considerando la necesidad de fomentar entre las empresas y los trabajadores, tanto ocupados, como desocupados, el desarrollo de una formación orientada al desarrollo personal y profesional de las personas trabajadoras. Igualmente, la formación profesional orientada al empleo configura un ámbito de protección profesional de las personas trabajadoras. Esta protección reforzada se basa en la delimitando de un ámbito competencial de las personas trabajadoras, fijando límites a la clasificación profesional, a la modificación del contrato de trabajo o incluso al recurso al despido por falta de la adaptación o ineptitud sobrevenida.

3. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL IMPULSADA POR LA UNIÓN EUROPEA: FORMACIÓN Y CREACION DE EMPLEO

En el Derecho Social Europeo, la formación personal se configura como un derecho social dentro del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹². En este sentido, debemos contextualizar dicho objetivo en el plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales

para la lucha contra la precariedad laboral, Bomarzo, Albacete, 2011. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La política de formación profesional”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Francis Lefebvre-FIDE*, Madrid, 2018, pp. 811-ss. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La formación profesional”, en *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (Dir. y Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 849-ss.

¹⁰ Ciertamente la segmentación del mercado de trabajo incide negativamente en las acciones de formación y aprendizaje permanente. Se necesita de un marco estable de relaciones laborales. Las estrategias de formación y aprendizaje permanente no guardan relación de congruencia con el modelo de trabajo poco cualificado, con altas dosis de temporalidad o con una presencia acusada del trabajo independiente. Precisamente, esos son los colectivos más desfavorecidos en el mercado de trabajo, generalmente por la falta de inversión en formación. Por ello, generalmente los trabajadores que encuentran un beneficio directo en la formación suelen ser profesionales cualificados o altamente cualificados, que gozan de relaciones de trabajo estables.

¹¹ Efectivamente, no se puede relegar todo a una concepción omnicompreensiva del capital humano, en la medida en que a través de la formación se pueda cambiar la realidad laboral y concebir la empleabilidad a través de la capacitación, como una única herramienta de cambio en el mercado de trabajo. Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “A más formación, más empleo y de mayor calidad: ¿Una ecuación correcta?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 386, 2015, p. 12.

¹² Véase el Pilar Europeo de Derechos Sociales, adoptado en virtud de la resolución del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en la cumbre de Gotemburgo, el 17 de noviembre de 2017.

de 2021¹³. En este plan de acción se han contemplado tres objetivos de la Unión Europea para 2030, que se refieren a los desafíos del empleo, la protección social y las capacidades. Asimismo, debemos destacar la especial importancia de la agenda europea de capacidades de 2020. En la Unión Europea, se fomenta la formación profesional como premisa necesaria para que los sistemas de trabajo y de protección social sean justos y sostenibles. Ello es una garantía básica desde la perspectiva del principio de igualdad de oportunidades en el acceso al mercado de trabajo¹⁴.

En este punto, el pilar número uno, relativo a la educación, la formación y el aprendizaje permanente, es de especial relevancia en la materia. Se reconoce el derecho a la educación, a la formación y al aprendizaje inclusivos y de calidad. Se trata de un derecho orientado a mantener y adquirir las capacidades, que permitan a las personas participar de forma plena en la sociedad y poder gestionar con éxito las transiciones en el mercado de trabajo. Del mismo modo, el pilar número cuatro hace referencia al apoyo activo para el empleo. Se reconoce el derecho a recibir asistencia personalizada, a fin de mejorar las perspectivas personales de cara al empleo subordinado o por cuenta propia. Este planteamiento incluye el derecho a recibir ayuda en la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje¹⁵.

Desde la perspectiva de la Unión Europea, la formación profesional tiene un importante papel desde el punto de vista del estímulo del empleo, debido a las importantes transformaciones que se están produciendo en el mundo del trabajo. Existe una relación consustancial entre los cambios tecnológicos y la propia evolución de los sistemas de capacitación y de formación profesional. Ambas dimensiones tienen un papel central en el propio desarrollo económico y social de los países europeos. Desde las instituciones europeas se ha insistido en la necesidad de aprovechar la doble transición verde y digital, considerando las nuevas posibilidades que ofrece el desarrollo de la inteligencia artificial y de la robótica. Todo ello debe propiciar un importante avance en clave de desarrollo y consolidación de una economía más eficiente en el uso de los recursos. Sin duda, este planteamiento viene a beneficiar las posibilidades de creación de empleo en el mercado de trabajo europeo¹⁶.

La Unión Europea demanda una evolución hacia una economía que se base más en el conocimiento y que sea más competitiva y dinámica. Ello debe traducirse en el fomento de los nuevos empleos, que permita crear puestos de trabajo y un aumento de la competitividad¹⁷. Las posibilidades de transición al mercado de trabajo son más sencillas si se incrementan el grado de cualificación académica, desde el punto de vista de la encuesta de transición educativo-formativa e inserción laboral y de la propia encuesta de fuerza de trabajo de la Unión Europea de Eurostat. Es esencial la mejora de la empleabilidad

¹³ Vid. Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado por la Comisión Europea, el 4 de marzo de 2021.

¹⁴ Vid. Comisión Europea, Recomendación UE 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, L 113/56, Diario Oficial de la Unión Europea, de 29 de abril de 2017. Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, COM(2021) 102 final, Bruselas, 4 de marzo de 2021.

¹⁵ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Derecho a la formación profesional. Art. 9 de la Carta Social Europea", en *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.), Editorial Comares, Granada, 2017, pp. 571-ss.

¹⁶ Ciertamente, las transiciones en el empleo determinan la necesidad de propiciar un cambio sin precedentes en los sistemas de capacitación y de formación profesional. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Agenda de capacidades europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, COM(2020) 274 final, Bruselas, 2020.

¹⁷ Con carácter general, se advierte de la importancia de la formación frente a los cambios demográficos y a la necesidad de aprovechar el talento, teniendo en cuenta las nuevas oportunidades de empleo. A su vez, se tiene en cuenta la formación profesional como un instrumento esencial para impulsar la transición y la garantía de la recuperación socioeconómica en la postpandemia. Vid. Comisión Europea, Agenda de capacidades europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia de 2020, COM(2020) 274 final, Bruselas, 1 de julio de 2020.

de los trabajadores gracias a la formación profesional para el empleo, lo que apoya los planteamientos que impulsen la cualificación profesional.

La formación profesional se inserta en la propia política de empleo de la Unión Europea. El desarrollo de esta política se realiza a través del denominado método abierto de coordinación, que se ha ido potenciando con mayor intensidad y se ha conectado decididamente con las acciones propias de la estrategia europea de empleo, así como a través de las directrices plurianuales previstas a partir de la estrategia de Lisboa. Este desarrollo de las políticas europeas en materia de información profesional tuvo como referente la declaración de Copenhague de los ministros europeos de educación y formación profesional. En este proceso tuvo un protagonismo decidido la Comisión Europea, en la cumbre que se celebró los días 29 y 30 de noviembre de 2002 y que se revisó posteriormente el 14 de diciembre de 2004. En esta cumbre se llegó al acuerdo institucional desarrollar una política basada en objetivos comunes y directrices sobre modelos y acciones en forma de buenas prácticas en relación a la formación profesional. El actual modelo de formación profesional y su conexión con la política de empleo en el ámbito de la Unión Europea está basada en esta estrategia. Actualmente, el desarrollo de la formación profesional en la Unión Europea se basa en un marco de objetivos comunes acordados, configurándose directrices y debates en el ámbito de la Unión Europea. De este modo, se ha podido consolidar importantes referentes, como son el marco europeo de cualificaciones profesionales, el sistema europeo de créditos para la educación y la formación profesional y el marco de referencia europeo de garantía de la calidad de la educación y la formación profesionales.

De igual modo, debemos destacar que el desarrollo de estas políticas de formación profesional en el ámbito europeo ha tenido como referente la tendencia hacia la flexiguridad en el empleo. Las políticas de flexiseguridad se han venido integrando con suma facilidad en las legislaciones y en los mercados de trabajo, precisamente en un contexto marcado por la transición en el mundo del trabajo. Con todo, la relación entre flexibilidad y seguridad supone el recurso de un concepto indeterminado, que ha tenido consecuencias perniciosas desde el punto de vista de la rebaja de los derechos laborales en clave de reducción de costes¹⁸. La concepción de la formación profesional desde la perspectiva de la flexiseguridad también puede permitir una importante acción con un enfoque transversal y permanente basado en el aprendizaje a lo largo de la vida¹⁹ y como medida para asegurar a las personas trabajadoras unas amplias habilidades y competencias profesionales. Realmente, se trata de un cambio evolutivo de la propia función protectora del Derecho del Trabajo²⁰, ya que se produce una transición desde la protección de los empleos hacia un nuevo marco que garantice la seguridad en el empleo a través de la capacitación profesional. Con todo, se trata de una concepción que no debe desactivar la propia función protectora del Derecho del Trabajo y la garantía del trabajo protegido y con derechos.

¹⁸ Sobre la relación entre el concepto europeo de flexiseguridad y la política activa de empleo. Vid. GORELLI HERÁNDEZ, J.: “Crítica de la flexiseguridad”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 16, 2013, pp. 79-ss.

¹⁹ Desde la perspectiva de análisis de la formación permanente desarrollada en el ámbito de la Unión Europea, es preciso remontarse al Libro Blanco sobre educación y formación de 1995. Vid. Comisión Europea, White Paper on Education and Training. Teaching and Learning. Towards the Learning Society, COM[95]590 final, Bruselas, 29 de noviembre de 1995.

²⁰ La noción de flexiseguridad ha propiciado una nueva concepción del Derecho del trabajo, que se ha impregnado en las distintas reformas laborales, que han venido a reformar los mercados de trabajo. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El debate europeo sobre flexiseguridad en el trabajo (reflexiones en torno al Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas)”, en *Lan Harremanak*-16 (2008-1), pp. 170-171. MONEREO PÉREZ, J.L., “La política europea de modernización del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 48, 2009, pp. 16-17. LABARCA, G., “Las reformas económicas y la formación para el trabajo”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 30, 2002, p. 7.

Este enfoque basado en el concepto de flexibilidad necesita de medidas activas de apoyo y de financiación de la formación profesional, asegurando un soporte para las personas trabajadoras, especialmente durante los períodos de transición en el empleo. Estas situaciones son sumamente difíciles y resulta especialmente importante acceder a la formación profesional. Desde el punto de vista de las políticas de empleo ha habido una profunda orientación de las acciones estratégicas hacia la adecuación de los desempleados a los puestos de trabajo disponibles, así como la mejora de las capacidades de las personas trabajadoras. En este sentido, la Unión Europea ha realizado una política orientada directamente a dar respuesta a las transformaciones de los mercados de trabajo, que se han caracterizado por la movilidad laboral y por las transiciones profesionales. En este sentido, la Comisión Europea ha destacado la importancia central que tienen los sistemas de protección social y los servicios públicos de empleo. Igualmente, como estamos indicando, la Comisión Europea ha trazado una línea de relación inseparable entre la formación profesional y las políticas activas de empleo²¹.

4. LA CONCEPCIÓN EDUCATIVA Y PROFESIONALIZANTE DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL: EL APRENDIZAJE A LO LARGO DE LA VIDA

La formación profesional se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental de contenido social, que se encuentra presente tanto en los artículos 35 y 40 de la Constitución, así como directamente relacionado con el artículo 27 de la Constitución, relativo al derecho a la educación. La dimensión educativa de la formación profesional está cada vez más relacionada con las necesidades del mercado de trabajo. Este planteamiento está presente tanto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, así como en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional. Esta regulación reafirma la concepción de la formación no solo como un instrumento de desarrollo personal y social, sino como elemento esencial de empleabilidad de la persona y de cobertura de las necesidades del sistema productivo.

Por su parte, la Ley 30/2015 consideró la formación en el ámbito laboral como un ámbito formativo equiparado al educativo, con sus propias reglas de gestión y de actuación. Ello supone que la formación profesional no se conforma como un ámbito subordinado o incluido en un sistema autónomo en el ámbito del aprendizaje. Se sigue manteniendo la formación específica y propia del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), en el sentido de que las ofertas formativas también se pueden realizar desde la perspectiva del ámbito laboral. No obstante, se parte de un modelo en el que cabe diversidad de ofertas formativas, unas que pueden provenir del sistema educativo y otras del ámbito de la formación profesional, incluidas las que puedan provenir del SEPE o de las propias Comunidades Autónomas. Esta regulación tiene como presupuesto normativo el principio de sistema único de formación profesional²².

²¹ De este modo, los servicios públicos de empleo y los sistemas de formación profesional están llamados a garantizar la permanente capacitación profesional de las personas trabajadoras, así como el desarrollo de sus carreras profesionales a través de la promoción en el empleo en base a la capacitación. Vid. Téngase en cuenta la Decisión del Consejo, de 7 de julio de 2009, sobre las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2009/536/CE). De igual modo, es importante en esta materia. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones, “hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, Comisión de las Comunidades Europeas [SEC (2007) 861-862], Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, Bruselas, 22.11.2006. COM (2006) 708 final).

²² Sobre el criterio de unicidad de las ofertas formativas en el sistema de formación profesional. Vid. CAMAS RODA, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral. Análisis tras la LO 2/2006, de Educación y del RD 395/2007 de Formación Profesional para el Empleo*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 19-20. Ibidem,

El objetivo ha sido avanzar hacia un sistema de formación profesional único, que comprenda la formación profesional del sistema educativo y la formación profesional para el empleo, siempre en conexión directa con el catálogo nacional de cualificaciones profesionales²³. Se trata de un enfoque ambicioso, que supone poner en conexión tanto la formación general de las personas como las necesidades de cualificación profesional en el mercado de trabajo. Desde el punto de vista competencial educativo, podemos destacar el plan estratégico de formación profesional del sistema educativo. En este sentido, se ha realizado una orientación de la formación académica en clave de desarrollo personal y social, mientras que la formación profesional tiene una conexión con el desempeño profesional y la cobertura de las necesidades productivas de las empresas. Con todo, se ha producido una aproximación de ambas dimensiones, acercando el contenido educativo y competencia laboral, que se requiere actualmente. El objetivo ha sido aproximar educación y empresa, guardando un equilibrio entre la enseñanza y la formación profesionalizante²⁴.

Es especialmente importante destacar la transición de la cualificación profesional a la competencia profesional. El término cualificaciones hace referencia a la expresión formal relativa a las habilidades profesionales de los trabajadores. Sin embargo, el concepto de competencias comprende los conocimientos, las aptitudes profesionales y el saber hacer, aplicándose todo ello en un contexto específico. Estos conceptos de referencia ahora se contextualizan desde la perspectiva del denominado aprendizaje permanente, que comprende todas las actividades relativas al aprendizaje realizadas a lo largo de la vida, con vistas a desarrollar dichas competencias y cualificaciones profesionales²⁵. Se ha producido, pues, un salto cualitativo desde la cualificación profesional a la competencia orientada al desempeño de una actividad profesional. Se precisa poder acreditar oficialmente, en virtud de títulos, certificados y acreditaciones, dicha competencia profesional. Actualmente, prima el objetivo de acreditar estar en posesión de una competencia profesional. Estas competencias profesionales están orientadas a la adquisición de conocimientos y destrezas, que habiliten al ejercicio de una actividad profesional, no tanto desde la perspectiva del aprendizaje personal y social, sino desde el prisma del estándar del ejercicio profesional. Asimismo, dichas competencias profesionales delimitarán el diseño de las ofertas de empleo y de las actividades formativas.

En los últimos tiempos se ha consolidado la noción de la formación a lo largo de la vida, muy apegada a los cambios y transformaciones que se producen en el mundo del trabajo, tan sumamente cambiante. El objetivo es conseguir un sistema de formación profesional integral, buscando la propia coherencia del modelo de educación y de formación a lo largo de toda la vida. La concepción europea de la formación permanente a lo largo de la vida supone una transformación que afecta igualmente al ámbito de la formación profesional²⁶. El aprendizaje va a ser, por tanto, más frecuente y prolongado. Esta

“La nueva Ley de Formación Profesional: en búsqueda de la simbiosis entre lo educativo y lo laboral”, en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 94, 2022.

²³ Vid. Ministerio de Educación y Formación Profesional, I Plan Estratégico de Formación Profesional del sistema educativo 2019-2022 (enero de 2020).

²⁴ En este sentido, debemos destacar el importante papel que juega la formación profesional en la propia ejecución del plan de recuperación y resiliencia, en el ámbito de los fondos next generations de la Unión Europea. Desde esta perspectiva, dicho plan actuación subraya la relación entre educación y conocimiento, unido a la formación continua y al desarrollo de las capacidades. Igualmente, este enfoque se encuentra tanto en el plan nacional de competencias digitales, así como en el plan estratégico de impulso de la formación profesional y la modernización y digitalización del sistema educativo.

²⁵ Vid. OIT, Recomendación sobre el desarrollo de los Recursos Humanos de la OIT, num. 195, Ginebra, 2004.

²⁶ Sobre el desarrollo de la política de aprendizaje permanente de los trabajadores en la Unión Europea. Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de marzo de 2009, sobre la aplicación de las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2008-2010). Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el establecimiento de un Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad en la Educación y Formación Profesionales (DOUE 4 de abril de 2009). Conclusiones del Consejo, de 12 de mayo de 2009, sobre un marco estratégico para la

concepción obliga a replantear la formación, que en el ámbito de la formación profesional supone la necesidad de activar pasarelas y transiciones entre la formación y el trabajo²⁷. Estamos, pues, ante un aspecto central desde el punto de vista de la empleabilidad de las personas, que se refiere al fomento de una formación para el empleo de forma efectiva. Este enfoque supone favorecer la formación a lo largo de la vida, siendo este un objetivo dirigido tanto a las personas desempleadas, como a las actualmente ocupadas. Sin duda, la finalidad pretendida es mejorar la capacitación profesional y el desarrollo personal, apostando decididamente por la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras. Esta apuesta por la empleabilidad debe ir acompañada de la mejora de las oportunidades de empleo, incentivando la contratación, la creación de empleo y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

La formación profesional reglada tiene que desarrollarse de forma continua en la vida laboral mediante un nuevo sistema de capacitación de carácter permanente, como vía de actualización de las competencias y cualificaciones profesionales. Se trata, a su vez, de una necesidad para las propias empresas, que están interesadas y necesitadas de mantener sus índices de competitividad. Dicha necesidad concurre evidentemente con el interés de los trabajadores de recibir formación a lo largo de su vida laboral para evitar el riesgo de la descalificación profesional y su posible expulsión del mercado de trabajo, especialmente en tiempos de crisis economía y del empleo. Todo ello se desarrolla en un contexto en el que las necesidades de competencias profesionales están cambiando intensamente, siendo mínima la cuota de empleos de baja cualificación exentos de necesidades formativas. En cualquier caso, no hay que olvidar que la formación profesional es la puerta de acceso al mercado de trabajo y donde es importante detectar las nuevas oportunidades de trabajo, mejorando la empleabilidad especialmente de los jóvenes.

En este sentido, sigue siendo especialmente importante potenciar los niveles intermedios de cualificación, donde se produce un elevado número de vacantes en las ofertas de empleo provenientes de las necesidades de las empresas. Muchas de estas necesidades se encuentran ligadas al cambio tecnológico y a la digitalización de los procesos productivos. Es preciso, pues, avanzar en el desarrollo de las cualificaciones intermedias en las acciones de formación profesional, como fórmula que permita atender la necesidad del sistema productivo²⁸. Sin duda, el objetivo consiste en garantizar la empleabilidad, mediante el desarrollo de las competencias y las cualificaciones transferibles al mercado de trabajo. Este esfuerzo desde el punto de vista de la formación profesional refuerza la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades que la educación y la formación les ofrece. Se trata de una potente herramienta para encontrar y conservar el trabajo dentro de la economía formal, lo que supone avanzar en el modelo de trabajo decente²⁹.

cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020) (DOUE 28 de mayo de 2009). Estrategia para la contribución del programa operativo a la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y al logro de la cohesión económica, social y territorial, Decisión CE C(2015)895.

²⁷ Este enfoque relativo al aprendizaje permanente se presenta como una estrategia esencial para propiciar la adaptación de las personas ante la incertidumbre de un futuro del trabajo marcado por el desempleo. Vid. WEISE, M., *Long Life Learning: Preparing for Jobs that Don't Even Exist Yet*, Editorial John Wiley & Son Inc, Nueva Jersey, 2021.

²⁸ Precisamente, el modelo de formación profesional español acusa especialmente la carencia de las cualificaciones intermedias frente a la estándar de la Unión Europea. Precisamente, en el espacio europeo el sistema productivo tiene su base en el desarrollo de las cualificaciones intermedias, mientras que en España existe una combinación de cualificaciones bajas y cualificaciones superiores. Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., "La estructura de la negociación colectiva en materia de formación continua", en *Relaciones Laborales*, T.II, 1998, pp. 522-523.

²⁹ La estrecha relación existente entre la formación profesional y las oportunidades de empleo cobran especial sentido ante las transformaciones económicas y sociales. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. - MORENO VIDA, M.N., "Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional", en *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Dir. Rodríguez-Sañudo y Martín Valverde), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 283-ss.

5. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL ORIENTADA LA MEJORA DEL EMPLEO

La garantía del derecho individual a la formación, teniendo en cuenta la regulación del art. 4.2. b) del ET, se refiere a la formación profesional en la relación de trabajo. Dicha regulación delimita un derecho de las personas trabajadoras a la promoción y a la formación profesional en el trabajo. Este derecho se desarrolla en el art. 23 del ET, desde la perspectiva de la promoción y la formación profesional en el trabajo. Se reconocen a las personas trabajadoras los derechos al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, o el derecho de preferencia a elegir turno de trabajo, o la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional, o la concesión de permisos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo. Por supuesto, dicha regulación legal tiene una proyección necesaria desde el punto de vista de su desarrollo por la negociación colectiva, donde se encuentra la ordenación de las condiciones efectivas de ejercicio de dichos derechos. Nos encontramos, pues, ante un auténtico derecho de los trabajadores. Legalmente, se configura un derecho individual del trabajador a la formación profesional en el trabajo³⁰.

Con el paso del tiempo se ha producido una evolución normativa hacia un régimen jurídico de la formación profesional para el empleo amplio y cambiante, que en muchos aspectos sobrepasa el propio ámbito regulador del Derecho del Trabajo³¹. La Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional (LOIFP) ha supuesto un importante cambio de rumbo en la materia³². Se ha producido una nueva ordenación teniendo en cuenta las posibilidades de futuro y las necesidades de empleabilidad de las personas trabajadoras. La actual regulación ha propiciado una evolución hacia un único sistema de formación profesional, que incluye tanto la formación inicial, así como la formación para el empleo. La Ley parte de una concepción de formación a lo largo de la vida, lo cual afecta a todas aquellas personas que quieran reorientarse, recualificarse o encontrar nuevas oportunidades de trabajo. Desde esta perspectiva, podríamos decir que se trataría de un modelo donde cada persona puede ir incorporando nuevos contenidos formativos a su perfil profesional, a través de acciones formativas, que puede ir acreditando a lo largo de su vida.

De igual modo, la formación profesional tendrá una orientación dual, que comprende el período educativo de responsabilidad compartida entre los centros y las organizaciones que incorporan a los aprendices. Se ha avanzado hacia el modelo dual de formación profesional. Desde la Ley 30/2015 se prima el enfoque de formación y empresa, lo que supone que toda formación profesional tendrá carácter dual. Dicha formación combina la enseñanza en los centros educativos y el aprendizaje en el seno de la empresa, que está disponible en los ciclos formativos de grado medio y superior. Nos encontramos ante un sistema que presenta beneficios tanto para los estudiantes como para las empresas. Los estudiantes consiguen familiarizarse con el entorno laboral, al mismo tiempo que ven incrementadas sus posibilidades de ingreso al mercado de trabajo. Por su parte, las

³⁰ Esta regulación está en sintonía con el propio reconocimiento del derecho del trabajador a la formación orientada a su adaptación al trabajo. El ET contempla un derecho del trabajador, así como la obligación empresarial de garantizar la adaptación de los trabajadores a la evolución de sus puestos de trabajo. Vid. SIERRA HERNAIZ, E., “El derecho a la formación del trabajador”, en *Crisis economía y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas*, García Blasco, J. y De Val tena, A.L. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 99-126. NIEVES NIETO, N., “Derecho de los trabajadores a la formación”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 108, 2014, pp. 71-ss.

³¹ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R. y GARCÍA PIÑEIRO, N.P., “La formación profesional para el empleo: reflexiones para su reforma”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010, pp. 490-491.

³² En relación al estudio de las consecuencias del modelo derivado de la Ley Orgánica 3/2022 recomendamos el análisis de las observaciones del siguiente informe institucional. Vid. Consejo de Estado, Informe 723/2021, sobre el expediente relativo al anteproyecto de Ley Orgánica de Ordenación e Integración de la Formación Profesional.

empresas tienen más oportunidades de captar talento, al presentarse como agente activo en la formación profesional. Precisamente, uno de los mayores atractivos de esta formación profesional dual reside en la elevada tasa de empleabilidad que presenta, lo cual anima a muchos jóvenes a realizar este tipo de estudios. Por su parte, las empresas consideran que el desarrollo de esta formación es una oportunidad de conseguir un relevo idóneo en sus plantillas, máxime cuando uno de cada tres profesionales se retirará del mercado de trabajo antes de cumplir la edad de retiro. Por ello, se aprecia un déficit en las reposiciones de los puestos de trabajo, produciéndose un desajuste entre las plazas de salida y entrada.

Con todo, podemos decir que a pesar del paso del tiempo y del principio de unicidad en materia de educación y formación, todavía se percibe una diversificación entre los ámbitos educativos y laboral. El objetivo sigue siendo impulsar una formación que además de tener en cuenta las demandas de las personas y de las organizaciones, considere las necesidades de los sectores y de los territorios. Lo importante es que este nuevo modelo de formación profesional está generando empleo. Ello se desprende de los datos de empleabilidad de las personas, que han obtenido titulación en la formación profesional y que anteriormente estaban en situación de desempleo. Con todo, es preciso seguir teniendo en cuenta una visión integradora del actual marco normativo de la formación profesional, que requiere de la acción conjunta con los sectores económicos y productivos, así como con los agentes implicados en el ámbito de la formación profesional. En definitiva, se trata de una labor de corresponsabilidad en la dinámica del modelo de formación profesional. Por supuesto, en este modelo los agentes sociales juegan un papel esencial en su desarrollo. Junto a ello la visión prospectiva de la aplicación del modelo necesita de la incorporación de las demandas de las empresas en las acciones formativas, contribuyendo con ello al desarrollo de una oferta de formación profesional transversal y realista.

Este modelo de formación profesional requiere de una mayor conexión con las políticas activas de empleo. La política de empleo está orientada a constituir las bases que permiten el desarrollo de una oferta de empleo suficiente y adecuada, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. De esta manera las personas podrán disponer en el mercado de trabajo de las cualificaciones y capacidades que son necesarias para dar respuesta a las demandas del sistema productivo y de la sociedad en su conjunto. Sin duda, ello requiere la necesaria coordinación y la progresiva integración de la política educativa y de formación con la propia política de empleo, sin que ello suponga una afectación al derecho de los ciudadanos a la cultura. En realidad, nos encontramos ante vasos comunicantes que deben de estar coordinados y puestos al servicio de las necesidades del sistema productivo. La formación profesional también debe de enriquecerse con el sistema educativo y viceversa, sin limitar la formación profesional a una visión estrictamente productivista. La formación profesional tiene que desarrollarse desde la perspectiva de la educación permanente, consiguiendo que ello beneficie a las empresas en sus necesidades de colocación de personas cualificadas³³.

Actualmente, se están produciendo importantes transformaciones, que requieren nuevas cualificaciones profesionales y que obligan a la evaluación de las necesidades, con el fin de buscar una respuesta formativa adecuada a las demandas del mercado de trabajo. Es preciso tener en cuenta los nuevos sectores emergentes de la actividad económica empresarial. En estos ámbitos se encuentran precisamente los denominados yacimientos de empleo, especialmente en el ámbito del turismo, el ocio, el medio ambiente, la sanidad, los servicios asistenciales, etcétera. Por ello, se presenta como un objetivo prioritario la difusión de una

³³ La formación profesional debe permitir la propia promoción de la cultura y la inclusión social de los ciudadanos. Se trata de un planteamiento que no obstaculiza el fin de la formación profesional orientada a la capacitación para el trabajo, que actualmente debe de imbuirse especialmente en la adaptación a los cambios tecnológicos y organizativos que demandan las empresas. Vid. OIT, Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo, Ginebra, 2019.

oferta formativa dirigida a un mercado de trabajo cambiante y en plena transformación, revisando de forma adecuada las competencias y con ello facilitar las transiciones laborales en el mercado de trabajo.

En este sentido, se muestra especialmente importante realizar una nueva orientación de los planes de formación profesional y de empleo. Esto supone una mayor vinculación entre la política de empleo y la formación profesional, en relación a la evaluación y ejecución de la formación profesional, así como respecto a la revisión de los efectos pretendidos y su reflejo en la población activa. Precisamente, el plan de formación profesional y empleo está orientado a facilitar las condiciones de mejora de la empleabilidad, fomentando la formación de aquellas personas que van a incorporarse al mercado de trabajo, así como recualificar a quienes ya forman parte del mismo³⁴. Del mismo modo, el impulso de la formación y la consecución de sus fines depende de la mejora de la eficiencia de los programas de formación profesional³⁵. Con todo, un aspecto clave es la orientación e intermediación laboral. Esta labor asiste a las personas a gestionar y planificar sus carreras profesionales, y lo que es más importante, les permite planificar mejor sus itinerarios de aprendizaje y promoción profesional, teniendo en cuenta sus objetivos vitales³⁶.

Respecto de los colectivos especialmente desfavorecidos en el acceso al mercado de trabajo, tenemos que decir que la respuesta a estas personas equivale al grado de desarrollo y de evolución de una sociedad, que tiene que medirse necesariamente por su capacidad de integración y de cohesión social. Esta necesidad de integrar a todas las personas laboralmente implica dar cabida a todos en el mercado de trabajo y supone una tremenda potencialidad del sistema, debido a que todos contribuimos en la medida de nuestras posibilidades al desarrollo económico y social. Podemos decir que esta perspectiva de integración social está condicionada necesariamente por la propia integración laboral, puesto que el trabajo dota los medios necesarios a las personas para poder desarrollar un proyecto vital. Efectivamente, el colectivo de personas que se encuentran en situación de descualificación ven reducidas significativamente sus posibilidades de acceso al empleo y, en su caso, sus posibilidades de promoción profesional. Desde esta perspectiva, los objetivos estratégicos de los planes de formación profesional se centran en promover la empleabilidad y la mejora de competencias de todas las personas, pero especialmente de los colectivos más vulnerables en el empleo, es decir, especialmente jóvenes, mujeres, personas mayores de cuarenta y cinco años y personas con discapacidad.

La LE tiene un importante impacto sobre la formación profesional. La creación de la Agencia Española de Empleo está orientada a la protección de colectivos de atención prioritaria, que igualmente tienen especiales necesidades de formación y de orientación profesional. En este sentido se consideran colectivos vulnerables a los jóvenes menores de treinta años o a los beneficiarios del sistema nacional de garantía juvenil, que tengan baja cualificación profesional, a los desempleados de larga duración, a las personas con discapacidad, a los mayores de cuarenta y cinco años, a los migrantes, a las mujeres, entre otros colectivos. Para estos colectivos se presenta un programa especial de tutorización individual y de asesoramiento continuado y personalizado en las transiciones laborales, ya sea durante el tránsito de la educación al empleo o entre las situaciones de empleo y desempleo.

³⁴ Conviene tener en cuenta las orientaciones a la activación del empleo a través del Plan de formación profesional y empleo 2021-2023.

³⁵ Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, B., *Los programas de formación para el empleo como herramienta de desarrollo integral de las personas trabajadoras: rentabilidad social de la formación para el trabajo*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2010.

³⁶ Ciertamente, ello supone poner en conexión las capacidades profesionales con la educación y la formación, así como con las oportunidades de empleo o incluso de autoempleo, como presupuesto de promoción y de realización personal.

Es especialmente importante atender con preferencia a los colectivos que encuentran mayores dificultades de acceso o permanencia en el mercado de trabajo. Del mismo modo, es preciso asegurar la igualdad de oportunidades de las personas, desarrollando las acciones dirigidas a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso, la permanencia y la promoción profesional³⁷. También es preciso tener en cuenta la necesidad de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, buscando un adecuado balance y un equilibrio entre la actividad laboral y la vida personal y familiar. Asimismo, un aspecto especialmente importante se refiere a la política de formación profesional orientada a los jóvenes, como colectivo más vulnerable en el mercado de trabajo. Ello requiere una modernización de las políticas activas de empleo unido a la formación profesional. Es preciso fomentar un enfoque claramente orientado al estímulo del empleo juvenil de calidad, como se ha manifestado en el programa garantía juvenil plus. Evidentemente, esas acciones deben de estar acompasadas con el objetivo esencial de reducir la dualidad del mercado de trabajo y con ello la temporalidad tan acusada, que se encuentra especialmente representada en la población laboral juvenil³⁸.

6. EL PRINCIPIO DE SISTEMA ÚNICO DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO

La denominada modernización de la formación profesional ha pasado por la necesaria unión de los tres subsistemas, la formación reglada, ocupacional y continua, suponiendo ello un avance en la propia coherencia del sistema de formación profesional. En este ámbito ha sido especialmente importante el desarrollo del sistema nacional de cualificaciones y de formación profesional, directamente orientando la formación al empleo. La cualificación generalmente demandada se refiere a la formación profesional para el empleo, que tiene que jugar un papel esencial en la actualización de competencias y el reciclaje profesional. En este ámbito se necesita una programación innovadora y acciones formativas que permitan corregir las carencias y desequilibrios del sistema de formación profesional. Ello afecta al desempleo de las personas, sobre todo debido a la reducida y decreciente tasa de desempleados registrados que participan de forma activa en la formación dirigida prioritariamente a los trabajadores desocupados. Esta situación redundaría en un sistema complejo en el que partiendo de una unicidad se plantean dos subsistemas formativos orientados a trabajadores ocupados y desempleados.

El modelo de formación profesional apuesta por la naturaleza sectorial de la misma, instando a las Administraciones Públicas competentes a desarrollar una oferta formativa dirigida prioritariamente a los trabajadores ocupados en atención a las necesidades productivas y de competitividad de las empresas. Esta formación tiene que orientarse en

³⁷ Vid. POLO MERCADER, M., “La política europea en materia de empleo y formación para el colectivo específico de las mujeres”, en *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea: XXVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tarragona, junio, 2017, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Cinca, Madrid, 2017, p. 394-ss.

³⁸ Con carácter general, se ha apostado claramente por impulsar el plan estratégico de formación profesional y el plan nacional de competencias digitales. Asimismo, se ha facilitado el modelo de renovación del catálogo de títulos de formación profesional, orientándolo hacia la flexibilidad en relación al reconocimiento y a la acreditación de las competencias profesionales básicas. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A., “Formación profesional innovadora para el empleo juvenil”, en *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pp. 285-295. SERRANO FALCÓN, C. - ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La formación profesional para el empleo como medio para combatir el desempleo juvenil: análisis de la transferibilidad de buenas prácticas al entorno de Andalucía”, en *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, pp. 117-193. LÓPEZ MARTÍN, F.J., “La formación para el empleo”, en *Temas para el debate*, núm. 245, 2015, pp. 31-33.

consonancia con las necesidades de adaptación a los cambios presentes en el trabajo y con el interés de promoción profesional y desarrollo personal de los trabajadores. El modelo se refiere a una formación que capacita para el desempeño cualificado de profesiones y que mejora la empleabilidad, atendiendo las necesidades no cubiertas por la formación programada por las empresas. Esta programación formativa está enfocada a anticipar las necesidades de cualificación del sistema productivo y al desarrollo de los sectores más innovadores y con mejores perspectivas de empleo.

La formación para el empleo responde asimismo a las necesidades específicas de las empresas, a las que les corresponde también la planificación y la gestión de la formación de sus trabajadores³⁹. A esa labor tenemos que añadir la tan importante participación de los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de los derechos de participación y de información. Esta formación la impulsa las empresas mediante el desarrollo de acciones formativas reconocidas por las acreditaciones oficiales, con el acceso incluso a títulos o certificados de profesionalidad dentro del catálogo nacional de cualificaciones profesionales, favoreciendo con ello el desarrollo profesional y personal de los trabajadores.

Desde la perspectiva de la formación ofertada directamente por las empresas, conviene tener en cuenta que su desarrollo es esencial para la propia garantía del derecho a la promoción y a la formación profesional en el (arts. 4.2.b y 23.1.c ET). La determinación de dicho derecho corresponde preferentemente a la negociación colectiva y es esencial para poder atender las necesidades productivas de las empresas, mejorando asimismo las competencias profesionales de los trabajadores en beneficio de su empleabilidad. Esta dimensión es especialmente importante debido a que nos encontramos ante el encuentro entre oferta y demanda de competencias profesionales y ello sirve para evaluar las necesidades formativas y la planificación de la formación. A estos efectos se deberán utilizar y gestionar los recursos disponibles del sistema de formación profesional. De igual modo, conviene destacar que esta formación programada por las empresas se ha configurado de forma flexible, sin que sea obligatoria la referencia de las acciones formativas al catálogo nacional de especialidades formativas. Esta formación deberá tener en cuenta la estrategia española para la activación del empleo, así como los objetivos estratégicos del plan anual de política de empleo y las propuestas y recomendaciones planteadas en el escenario plurianual de la formación profesional para el empleo.

La formación profesional ocupacional se manifiesta como un instrumento básico para incrementar el nivel de cualificación de las personas trabajadoras. La formación profesional debe ser respuesta directa a la política de empleo de la Unión Europea, desde la perspectiva del desarrollo de las políticas comunitarias en conjunción con los planes de empleo nacionales. Se trata de un instrumento esencial para asegurar la inserción en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades. También juega un papel importante en la orientación de la búsqueda de un empleo más estable y duradero, pudiendo contribuir a la propia mejora de las condiciones laborales. La formación ocupacional es mecanismo de inserción, puesto que las acciones formativas desarrolladas en este ámbito permiten el acceso al empleo en consonancia con la formación recibida. No obstante, es preciso revisar la formación de las personas desempleadas con vistas a detectar las carencias, analizando la formación y los resultados en el empleo de forma crítica con vistas a organizar mejor los recursos y los servicios de forma más eficiente.

³⁹ Vid. CORDERO GORDILLO, V., “El sistema de formación profesional para el empleo. La ley 30/2015 y el RD 694/2017”, en *Trabajo y Derecho*, Vol. 42, 2018, p. 5 (versión electrónica). ALIPIUELLO MARTÍN, M., “Derechos de formación profesional para el empleo. A propósito del RD-ley 4/2015, de 22 de marzo”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 72, 2015, p. 93. MUÑOZ RODRIGUEZ, T., “La formación profesional para el empleo debe ser prioridad estratégica, derecho y deber de todos los trabajadores”, en *Anuario de relaciones laboral en España: objetivo el trabajo*, Vol. 2, 2011, pp. 104-105.

En lo que se refiere a la formación orientada a los trabajadores desocupados, es precisamente donde se plantea el reto de la conexión de la estrategia formativa con las políticas activas de empleo. Nos referimos a una formación profesional dirigida especialmente a los trabajadores desempleados con vistas a ofrecerles una formación que capacite para el trabajo cualificado y facilite el acceso al empleo. En este ámbito es especialmente importante garantizar una proyección amplia de dicha formación, aumentando los colectivos que puedan beneficiarse de las acciones formativas. De igual modo, es preciso mejorar las subvenciones anualmente convocadas, permitiendo su acceso a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito estatal, así como a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. En concreto, se debe facilitar su desarrollo en el sector económico de ámbito estatal y autonómico, fomentando las iniciativas promovidas desde la negociación colectiva. Tampoco se puede olvidar la posible participación de las organizaciones de la economía social, que tengan una implantación suficiente en el ámbito estatal, así como a las propias asociaciones de trabajadores autónomos con implantación suficiente en el conjunto del Estado.

En relación a la formación profesional orientada a los trabajadores especialmente afectados por el desempleo, revierte especial importancia la necesidad de vincular la prestación por desempleo a la formación profesional. Baste recordar la tradicional obligación del trabajador de suscribir el denominado compromiso de actividad en el ámbito de la prestación por desempleo. Estamos, pues, ante un vínculo entre la prestación por desempleo con la política activa de empleo. Esto permite que el beneficiario de la prestación se comprometa a buscar activamente empleo y participar específicamente en las acciones orientadas a la formación, reconversión o inserción profesional. En este ámbito los servicios públicos de empleo deben de seguir manteniendo una política efectiva de fomento de estas acciones formativas y en particular diseñar los mejores itinerarios de inserción que estén en consonancia con las capacidades profesionales y con las aptitudes para el trabajo de las personas desempleadas. Se debe garantizar con ello el derecho individual a la formación profesional de las personas desempleadas.

De igual modo, también es preciso cambiar la visión de la persona beneficiaria de la prestación por desempleo, entendiendo que la formación se presenta como una contraprestación que los desempleados deben observar para poder percibir una prestación de la Seguridad Social. Ciertamente, es la formación la que finalmente les va a proporcionar mejores oportunidades de acceso al mercado de trabajo. En toda esta labor el servicio público de empleo cumple una función esencial que se basa en la inserción laboral de los empleados a través de la planificación y creación de auténticos itinerarios de inserción profesional. Ello facilita la formación adecuada y la mejora de las capacidades y de las aptitudes profesionales de los beneficiarios de la prestación por desempleo. En esencia, en este ámbito el servicio público realiza las labores de formación, orientación y reconversión profesional de las personas desempleadas, siendo el objetivo que dichos sujetos permanezcan el menor tiempo posible en situación legal de desempleo.

7. DIÁLOGO SOCIAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y FINANCIACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL

La relación entre la formación profesional y las políticas activas de empleo se encuentra igualmente enmarcada en la estrategia europea para el empleo⁴⁰. Esta labor

⁴⁰ Vid. NIETO ROJAS, P., “El nuevo sistema de formación profesional para el empleo (Ley 30/2015 y RD 694/2017) y el papel de los agentes sociales en su desarrollo”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2018, pp. 150-151.

institucional se orienta a conseguir una acción coordinada desde el diálogo social, con esfuerzos públicos y privados para permitir crear en los estados miembros las bases para alcanzar un auténtico derecho a la formación profesional a lo largo de la vida. El diálogo social y la negociación colectiva se configuran como los instrumentos esenciales del sistema delimitado legalmente, a través de los cuales se desarrolla el sistema de formación profesional para el empleo. De este modo, se garantiza la participación de los agentes sociales en el diseño, la planificación y la programación de la formación profesional⁴¹.

La participación de los agentes sociales en el sistema de formación profesional para el empleo es esencial. Ello supone la participación de los agentes sociales en las estructuras paritarias sectoriales. Igualmente, cabe destacar la acción directa de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas respecto de los programas de formación sectorial, así como en relación a los programas de cualificación y reconocimiento profesional de carácter sectorial. Con todo, los agentes sociales han perdido competencias en el ámbito del sistema de formación profesional, centrándose actualmente su papel en el diseño, la programación y la difusión de las distintas ofertas formativas.

De igual modo, es preciso tener en cuenta la importante labor que puede desarrollar la formación profesional en el ámbito la negociación colectiva, a efectos de impulsar la cualificación profesional para el empleo. A pesar del importante rol que puede asumir la negociación colectiva su desarrollo todavía tiene mucho margen de acción. La finalidad no es otra que acercar la formación a los trabajadores y atender las necesidades de las empresas, mejorando la productividad⁴². En este sentido, podemos destacar especialmente la acción de los convenios colectivos sectoriales en la promoción de las comisiones paritarias sectoriales de formación profesional. Esta labor permite el conocimiento y la fijación de criterios y prioridades en materia de formación profesional en sus respectivos ámbitos. Se trata de una vía de mejora de la oferta formativa sectorial. Esta cuestión es especialmente importante para el estímulo de los planes de formación, dirigidos a trabajadores ocupados en los ámbitos sectoriales e intersectoriales.

La financiación de la formación profesional está siempre en ámbito de las reformas legales. Se precisan cambios importantes en materia de financiación del sistema de formación profesional para el empleo, aumentando el presupuesto y racionalizando los objetivos, la oferta y la propia coherencia del sistema⁴³. Este aspecto afecta especialmente a las aportaciones que provienen de las cotizaciones de los empresarios y trabajadores, que disminuyen necesariamente en las situaciones de crisis económica. Es preciso una racionalización del sistema, incorporando nuevas fuentes de financiación, así como la necesidad de coordinar y supervisar la ejecución de las políticas formativas. De igual modo, se debe coordinar de manera más adecuada los recursos económicos existentes, ya que en la práctica en muchas ocasiones se están financiando acciones formativas que se solapan. Se requiere un control más exhaustivo con el fin de evitar duplicaciones financieras. Estas cautelas vendrían a aprovechar mejor los recursos económicos y redundaría en la eficacia y eficiencia del modelo de formación profesional.

Hasta 2015, la formación profesional se mantuvo estable, aunque las Comunidades Autónomas mostraron sus reticencias ante el control del sistema de formación continua.

⁴¹ Vid. YSAS MOLINERO, H., "El diálogo social y la participación sindical tras la reforma de 2012: balance y perspectivas", en *Revista de Derecho Social*, vol. 75, 2016, p. 228.

⁴² Con carácter general, se aprecia una escasa participación de los convenios colectivos en relación a la formación profesional para el empleo. Vid. CANO GALÁN, Y., *La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2010, p. 365.

⁴³ Vid. MIÑARRO YANINI, M., "El nuevo sistema español de formación para el empleo", en *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Monereo Pérez, J.L. y Márquez Prieto, A. (Dirs), Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, pp. 642-643.

El gobierno reformó el modelo en clave de control de la financiación de la formación y de búsqueda de una mayor eficacia de las acciones formativas bonificadas. Dichos programas de formación se gestionaban esencialmente a través de los sindicatos y patronales más representativas. Sin duda, este cambio normativo dio lugar a una fuerte controversia desde el punto de vista del diálogo social, pasando el modelo de su regulación por el Real Decreto Ley 4/2015, de 22 de marzo, relativo a la reforma urgente del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. Esta regulación posteriormente fue convalidada con la aprobación de la Ley 30/2015⁴⁴.

En este sentido, debemos destacar las limitaciones en el acceso a las subvenciones destinadas a la financiación de las acciones formativas. Esta medida se aplicaba en un modelo que tuvo su raíz en el Real Decreto Ley 4/2015, que limitó el papel de los agentes sociales y que se trasladó a la Ley 30/2015. Esta Ley apostó por el impulso de la formación a través de la negociación colectiva y el diálogo social. Se contemplaban, pues, nuevos espacios de acción de los agentes sociales en la gobernanza de la formación profesional, especialmente en lo que se refiere al diseño, la planificación, el control, el seguimiento y la evaluación de las ofertas formativas. Por todo ello, las organizaciones sindicales y empresariales quedaban excluidas de la impartición de la formación, convirtiéndose en garantes del desarrollo del sistema y controlando las actividades desarrolladas por las Administraciones Públicas.

El sistema de subvenciones se promueve en régimen de concurrencia competitiva. Se trata de una medida que se aplicará a la correspondiente oferta formativa dirigida a desempleados y ocupados, incluyendo de forma específica autónomos y al ámbito de la economía social. De igual modo, es sumamente importante el desarrollo de los programas públicos mixtos de formación y empleo, habilitándose el desarrollo de programas en concurrencia, que se encuentra abiertos a todas las entidades de formación, siempre que cumplan los requisitos de acreditación o de inscripción en virtud de la normativa vigente. Precisamente, es sumamente interesante los programas formativos que incluyen compromisos de contratación, en los que se mantiene el sistema de concurrencia de las empresas y entidades que comprometan la realización de futuras contrataciones. En el ámbito de los programas formativos con compromisos de contratación se fomenta la concurrencia de las empresas y entidades que van a realizar dichas contrataciones de forma efectiva.

Actualmente, se está produciendo una importante inversión gubernamental en políticas activas de empleo. Especialmente en el año 2023 se ha producido el registro del presupuesto más elevado de nuestra historia, alcanzando una inversión de 2.803 millones de euros, de los cuales en torno a dos millones y medio están financiados con cargo a los presupuestos del SEPE⁴⁵. Asimismo, se cuentan con 231 millones de euros con cargo al plan de recuperación transformación y resiliencia. Se trata de un fondo ingente orientado a la formación profesional y que se encuentra sometido a un procedimiento especial de evaluación y seguimiento como ordena la vigente LE⁴⁶.

En cualquier caso, se precisa la necesaria contribución de las empresas en la financiación de la formación profesional. Se trata de un sistema de formación que ha venido

⁴⁴ En esta materia son especialmente importantes las SSTC 95/2002, de 25 de abril, 190/2002, de 17 de octubre y 81/2017, de 22 de junio.

⁴⁵ Por ejemplo, una medida especialmente importante es el tratamiento de los remanentes presupuestarios destinados al sistema de formación en el trabajo, de suerte que se pudiera producir al final de cada año una reserva de crédito de la Agencia Española de Empleo. Este aprovechamiento de los remanentes se realizaría teniendo en cuenta lo previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Cuando el remanente presupuestario supera los 2000 millones de euros durante dos ejercicios consecutivos, ello habilita su posible utilización para financiar programas, así como servicios de políticas activas de empleo con competencias profesionales.

⁴⁶ En este sentido, llama la atención la necesidad de llevar a cabo políticas públicas orientadas a la lucha contra el desempleo, especialmente de larga duración, y orientando dichas medidas a la mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras.

tradicionalmente financiándose mediante la aplicación de un sistema de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social que ingresan en las empresas. Se trata de un sistema que no tiene carácter subvencional. La necesaria contribución de las empresas supone implicar a los empleadores en la formación que se provee a sus trabajadores. Este compromiso es extensivo empresarialmente e incluye a todas las empresas, sean grandes o pequeñas. De este modo, se consigue reforzar la financiación de la formación profesional y se alcanza un mayor compromiso por parte de las empresas que desarrollan las acciones formativas. Tiene especial importancia el desarrollo de la formación continua en el lugar de trabajo, donde los empresarios deben contribuir especialmente a su financiación. Asimismo, se debe fomentar el entendimiento con las organizaciones sindicales, con vistas a diseñar las acciones formativas adecuadas y asegurar con ello la correcta aplicación de los fondos dirigidos a financiar la capacitación de los trabajadores.

8. LA IMPORTANCIA DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL DESARROLLO DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO LIGADAS A LA FORMACIÓN PROFESIONAL

Con carácter general, debemos destacar la importancia del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de las políticas activas de empleo ligadas a la formación profesional. El desarrollo de la política activa de empleo con el estímulo de la formación profesional depende de la acción del Ministerio de Trabajo en el desarrollo las estrategias que den respuesta a las necesidades formativas. Las Comunidades Autónomas, a pesar de tener transferidas funciones ejecutivas en este ámbito, como ocurre en el caso de Andalucía, en esa labor de ejecución igualmente participan en el diseño de la formación profesional en clave de empleo. Se trata de un modelo de participación en el que las Comunidades Autónomas actúan al mismo nivel con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como con las organizaciones intersectoriales representativas de los trabajadores autónomos y de las entidades del ámbito de la economía social.

El modelo se desarrolla en virtud de la necesaria la coordinación entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas. Se trata de una cuestión respecto de la que el TC se ha pronunciado en distintas ocasiones, a propósito de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de formación profesional⁴⁷. El TC entiende que tanto las acciones formativas, así como la financiación, han de incluirse en el ámbito de la legislación laboral, en tanto en cuanto el significado laboral se refiere a la relación de trabajo y a los derechos y obligaciones que proyectan igualmente en el ámbito de la formación. Es decir, la formación profesional para el empleo se refiere a la regulación de un derecho de los trabajadores en la relación laboral (art. 4.2 ET), donde se configura claramente la atribución de derechos al trabajador y los deberes correlativos del empresario, que se delimitan en el ámbito de la legislación laboral.

⁴⁷ En este sentido, puede consultar las siguientes sentencias. Vid SSTC 95/2002, de 25 de abril, 190/2002, de 17 de octubre y 158/2004, de 23 de septiembre. Vid. MARTÍN PUEBLA, E., *El sistema de formación profesional para el empleo*, Lex Nova-Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, Valladolid, 2009, pp. 11-ss. El TC entiende que el Estado puede abordar la regulación del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, siempre respetando la potestad de las Comunidades Autónomas de autoorganizar los servicios. Conviene tener en cuenta en relación a la formación continua la proyección de las SSTC 95/2002, de 25 de abril y 190/2002, de 16 de octubre, que realizaron una labor de determinación de los ámbitos de acción de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. Las sentencias en esa labor de delimitación competencial incluyeron a la formación continua en el ámbito de la gestión de las Comunidades Autónomas, como sucede respecto de la formación ocupacional. Este modelo interpretado por el Tribunal Constitucional se contempló en el Real Decreto 1562/2005, de 23 de diciembre, que materializaba el traspaso de competencias a la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación a la gestión de la formación continua.

El objetivo es respetar la autonomía de las distintas Comunidades Autónomas, siempre que éstas no desarrollen una normativa distinta a la estatal. Asimismo, ello supone que el Estado debe seguir ejerciendo sus competencias en materia de regulación de la formación profesional para el empleo, ofreciendo un régimen general y común orientado a la garantía del derecho de las personas a la formación en condiciones de igualdad en el conjunto del territorio español. Las Comunidades Autónomas asumen la gestión de las acciones de formación que se aplican en su ámbito territorial concreto. Las Comunidades Autónomas están llamadas a realizar la función de gestión y concesión de ayudas en la ejecución de la formación profesional. Es decir, las Comunidades Autónomas son los órganos competentes en el ámbito de la programación, la gestión y el control de la formación profesional para el empleo, formando parte del sistema nacional de empleo. Todo ello parte de la idea de que las Comunidades Autónomas pueden gestionar la formación para el empleo, pero la capacidad normativa la tiene el Estado. No obstante, existen experiencias de regulaciones autonómicas, que serán legales siempre y cuando respeten el régimen legal estatal y se regulen en clave de desarrollo y especificación para el ámbito territorial concreto y en el sentido de propiciar una mejor ejecución y gestión de la formación profesional.

La Ley 30/2015 ha venido a reconocer una mayor capacidad en la gestión de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio del centralismo en el diseño y la gestión de las acciones formativas por parte de la administración, sin perder de vista el papel esencial que le corresponde a los agentes sociales en el diseño, programación y ejecución de la formación profesional. Con todo, la Ley 30/2015 llevó a cabo una orientación recentralizadora del modelo de formación profesional⁴⁸. Como decimos, este sistema de formación profesional para el empleo abre nuevas posibilidades de acción y de gestión de la formación profesional a las Comunidades Autónomas. Igualmente, la LE habilita a las Comunidades Autónomas a diseñar y ejecutar los programas y servicios de políticas activas de empleo (art. 23 LE).

En materia de gestión de la formación profesional, y en el ámbito de la distribución de competencias entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, conviene indicar que se han adaptado los anteriores programas de formación profesional al nuevo sistema de formación profesional para el empleo. Este nuevo modelo de sistema de formación profesional para el empleo se comenzó a desarrollar, por ejemplo, en Andalucía con la aprobación del Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, relativo a la ordenación de la formación profesional para el empleo en Andalucía. Se trata de un sistema que aplicado en la Comunidad Autónoma de Andalucía requiere del presupuesto autonómico planificado para cada ejercicio presupuestario con fondos que provienen de la Comunidad Autónoma. Dichas partidas presupuestarias se incrementan con las transferencias de la Administración General del Estado, con las posibles aportaciones de empresas y entidades interesadas, así como con las ayudas provenientes del Fondo Social Europeo y otros programas de financiación de la Unión Europea.

El SEPE, en conjunción con los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas, tiene que propiciar un desarrollo del sistema nacional de empleo. Es preciso desarrollar una labor de coordinación y una estrategia conjunta al desarrollo de una política adecuada de empleo, especialmente garantizando la información en el mercado de trabajo

⁴⁸ Desde la perspectiva de la orientación recentralizadora del modelo de formación profesional previsto en la Ley 30/2015 y sus consecuencias desde el punto de vista del ejercicio de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Vid. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., "La formación profesional", en *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B. (Dir. y Coords.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2016, p. 859. SERRANO FALCÓN, C., "La formación para el empleo en Andalucía", en *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dir. y Coords.), Comares, Granada, 2009, pp. 50-58.

y vías adecuadas de formación para el empleo⁴⁹. En este sentido, y con una importante perspectiva autonómica, se precisa una auténtica modernización de los servicios públicos de empleo. Ciertamente, los servicios públicos de empleos están especialmente llamados a gestionar las políticas activas de empleo y se enfrentan al reto de adaptarse a las transformaciones del mercado de trabajo, que se presenta como una realidad sumamente cambiante. Por ello, dichos servicios tienen que mejorar su eficiencia, racionalizando sus actividades y servicios, atendiendo a los intereses y necesidades de las personas⁵⁰.

Se ha realizado un gran esfuerzo por parte de las Comunidades Autónomas en el desarrollo del estímulo del empleo a través de la formación. Sin embargo, todavía cabe mucho margen de acción en el desarrollo de un modelo orientado a la empleabilidad y a la mejora de las oportunidades de empleo, como fórmula de garantía del derecho al trabajo. Es preciso, sobre todo, orientar el modelo hacia el aprovechamiento de las oportunidades de trabajo desde la perspectiva del cambio del modelo económico y tecnológico que se está produciendo en la actualidad. Igualmente, se requiere una revisión del modelo de financiación orientada a la gestión territorial de la formación profesional, que depende de las Comunidades Autónomas en materia de políticas activas de empleo. De igual modo, y observando la LE, la distribución de dichos fondos se condiciona al logro de objetivos específicos, atendiendo a la correspondiente doble evaluación de carácter interna y externa. La distribución de fondos a cargo del SEPE se realiza atendiendo a criterios de carácter objetivo, que permiten ordenar la distribución territorial de los créditos presupuestarios. La distribución se determina a través de la conferencia sectorial correspondiente para las Comunidades Autónomas, que tengan competencias en el ámbito de trabajo, empleo y formación. Esta financiación tiene como objetivo financiar los servicios y los programas de acción incluidos en los ejes de las políticas activas de empleo, cuando éstos no sean objeto de financiación a través del mecanismo de recuperación y resiliencia. En este sentido, se aplica un coeficiente reductor en atención al grado de cumplimiento de los objetivos alcanzados por las Comunidades Autónomas, con lo que se tiene en cuenta la capacidad de gestión de éstas en el ámbito de las políticas activas de empleo.

Se ha ido desarrollando un importante programa de impulso de dichas políticas formativas a través de la formación profesional para el empleo, que ha supuesto un importante desafío en la adaptación de la regulación autonómica a este nuevo sistema. Este desarrollo de la formación profesional para el empleo asume el nuevo enfoque de propiciar el desarrollo personal y profesional de las personas trabajadoras, estén ocupadas o desempleadas, fomentando la mejora de su empleabilidad y la promoción en el trabajo. En este modelo cobra especial importancia la labor de las Comunidades Autónomas, puesto que las iniciativas y programas de formación se desarrollan en el marco del sistema nacional de empleo, a través del SEPE y de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas. En el desarrollo del sistema cobra vital importancia el aspecto de la financiación de la formación para el empleo, que se nutre con la cuota de formación profesional aportada por trabajadores y empresas, así como con las partidas provenientes de los presupuestos del SEPE. Esta financiación se incrementa con los recursos propios de las Comunidades Autónomas, junto con la financiación específica

⁴⁹ La coordinación del sistema de formación profesional y su conexión con la política activa de empleo depende desde el punto de vista de coordinación del modelo a la Administración General del Estado. Es preciso considerar las competencias de ejecución de las Comunidades Autónomas en la materia, así como la necesaria participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en los órganos de participación del sistema de formación profesional. En este último punto es clave la labor de planificación, elaboración y control de la formación profesional para el empleo, especialmente la orientada a las personas trabajadoras ocupadas.

⁵⁰ Desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas, es preciso mejorar los servicios públicos de empleo autonómicos, adecuando los servicios ofrecidos y revisando los recursos en atención a las necesidades de inserción laboral de las personas trabajadoras.

derivada de las acciones concretas promovidas por el Fondo Social Europeo u otros programas financiados por las instituciones europeas.

En el caso de Andalucía, la Comunidad Autónoma pueden desarrollar plenamente un programa propio de empleo y de formación, adaptado a las singularidades y necesidades del mercado de trabajo andaluz. El Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica dos 2007, del 19 de marzo, contempla el objetivo de la consecución del empleo estable y de calidad (art. 10.3.1º), correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Andalucía las competencias de ejecución relativas al empleo y a las relaciones laborales, entre las que se encuentran el desarrollo de las políticas de empleo, incluida la formación de las personas demandantes de empleo y de los trabajadores activos (art. 63.1). De igual modo, corresponde a la Comunidad Autónoma andaluza el desarrollo de las cualificaciones profesionales y la gestión de las subvenciones en materia de formación profesional.

Este enfoque supone combinar empleo y formación profesional. Cobra sentido el programa de empleo y formación de Andalucía, muy apegado a la estrategia para la transformación económica de Andalucía para el periodo 2021 a 2027 y, por supuesto, en consonancia con la propia estrategia española de apoyo activo al empleo para los años 2021 a 2024 y el plan de recuperación, transformación y resiliencia, implementado por acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2021, resolución de 29 de abril de 2021. Desde la perspectiva de la gestión de la política de empleo en clave formativa, el Servicio Andaluz de empleo, fundado en virtud de la Ley 4/2002, 16 de diciembre, dependiente de la Consejería de empleo, empresa y trabajo autónomo de Andalucía, tienen encomendada la labor de gestión de la política de empleo de la Junta Andalucía. En este sentido, destaca la competencia de empleo y cualificación profesional, donde cobra especial protagonismo la formación para el empleo, así como la orientación y la información en este ámbito. Las funciones de gestión de la formación profesional ocupacional se transfirieron a Andalucía en virtud del Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo. De este modo, la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Empleo, se encarga de la gestión de la formación profesional orientada a las personas desempleadas. Se trata de una formación específica, que de forma paralela ha venido desarrollándose junto a la formación profesional continúa, orientada a las personas ocupadas, así como la formación profesional inicial, dependiente de la administración educativa, que actualmente depende de la denominada Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

Debemos destacar la importancia de los planes de formación dirigidos especialmente a los trabajadores ocupados. Se prevé el desarrollo de los planes de formación, que pueden tener carácter intersectorial o sectorial. La ejecución de los planes de formación se realiza a través de los convenios suscritos entre el servicio andaluz de empleo y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas (arts. 2.3 y 34 Real Decreto 694/20017, de 3 de julio). También cobra una especial importancia el desarrollo de las acciones formativas orientadas a los trabajadores desempleados. En este caso prima sobremanera la inserción o reinserción en el mercado de trabajo de estas personas, en atención a las necesidades del sistema productivo y priorizándose el interés de la cualificación a la vista de las ofertas de empleo existentes. Se trata de programas generalmente plurianuales, que se concretan anualmente para atender las necesidades de formación requeridas por el mercado de trabajo y que se impulsan a través de las correspondientes convocatorias de subvenciones públicas que se desarrollan en régimen de concurrencia competitiva (art. 14 Decreto 335/2009, de 22 de septiembre).

9. CONCLUSIONES

El modelo de formación profesional requiere de una mayor conexión con las políticas activas de empleo. La política de empleo está orientada a constituir las bases que permiten el desarrollo de una oferta de empleo suficiente y adecuada, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. De esta manera las personas podrán disponer en el mercado de trabajo de las cualificaciones y capacidades que son necesarias para dar respuesta a las demandas del sistema productivo y de la sociedad en su conjunto. Sin duda, ello requiere la necesaria coordinación y la progresiva integración de la política educativa y de formación con la propia política de empleo, sin que ello suponga una afectación al derecho de los ciudadanos a la cultura. En realidad, nos encontramos ante vasos comunicantes, que deben de estar coordinados y puestos al servicio de las necesidades del sistema productivo. La formación profesional también debe de enriquecerse con el sistema educativo y viceversa, sin limitar la formación profesional a una visión estrictamente productivista. La formación profesional tiene que desarrollarse desde la perspectiva de la educación permanente, consiguiendo que ello beneficie a las empresas en sus necesidades de colocación de personas cualificadas.

Con carácter general el objetivo sigue siendo impulsar una formación que además de tener en cuenta las demandas de las personas y de las organizaciones, considere las necesidades de los sectores y de los territorios. Lo importante es que este nuevo modelo de formación profesional está generando empleo. Ello se desprende de los datos de empleabilidad de las personas, que han obtenido titulación en la formación profesional y que anteriormente estaban en situación de desempleo. Con todo, es preciso seguir teniendo en cuenta una visión integradora del actual marco normativo de la formación profesional, que requiere de la acción conjunta con los sectores económicos y productivos, así como con los agentes implicados en el ámbito de la formación profesional. En definitiva, se trata de una labor de corresponsabilidad en la dinámica del modelo de formación profesional. Por supuesto, en este modelo los agentes sociales juegan un papel esencial en su desarrollo. Junto a ello la visión prospectiva de la aplicación del modelo necesita de la incorporación de las demandas de las empresas en las acciones formativas, contribuyendo con ello al desarrollo de una oferta de formación profesional transversal y realista.

Se muestra especialmente importante realizar una nueva orientación de los planes de formación profesional y de empleo. Esto supone una mayor vinculación entre la política de empleo y la formación profesional, en relación a la evaluación y ejecución de la formación profesional, así como respecto a la revisión de los efectos pretendidos y su reflejo en la población activa. Precisamente, el plan de formación profesional y empleo está orientado a facilitar las condiciones de mejora de la empleabilidad, fomentando la formación de aquellas personas que van a incorporarse al mercado de trabajo, así como recualificar a quienes ya forman parte del mismo. Del mismo modo, el impulso de la formación y la consecución de sus fines depende de la mejora de la eficiencia de los programas de formación profesional.

Respecto de los colectivos especialmente desfavorecidos en el acceso al mercado de trabajo, tenemos que decir que la respuesta a estas personas equivale al grado de desarrollo y de evolución de una sociedad, que tiene que medirse necesariamente por su capacidad de integración y de cohesión social. Esta necesidad de integrar a todas las personas laboralmente implica dar cabida a todos en el mercado de trabajo y supone una tremenda potencialidad del sistema, debido a que todos contribuimos en la medida de nuestras posibilidades al desarrollo económico y social. Podemos decir que esta perspectiva de integración social está condicionada necesariamente por la propia integración laboral,

puesto que el trabajo dota los medios necesarios a las personas para poder desarrollar un proyecto vital. Efectivamente, el colectivo de personas que se encuentran en situación de descalificación ven reducidas significativamente sus posibilidades de acceso al empleo y, en su caso, sus posibilidades de promoción profesional.

Las Comunidades Autónomas, a pesar de tener transferidas funciones ejecutivas en este ámbito, como ocurre en el caso de Andalucía, en esa labor de ejecución igualmente participan en el diseño de la formación profesional en clave de empleo. Se trata de un modelo de participación en el que las Comunidades Autónomas actúan al mismo nivel con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como con las organizaciones intersectoriales representativas de los trabajadores autónomos y de las entidades del ámbito de la economía social. Las Comunidades Autónomas asumen la gestión de las acciones de formación que se aplican en su ámbito territorial concreto. Las Comunidades Autónomas están llamadas a realizar la función de gestión y concesión de ayudas en la ejecución de la formación profesional. Es decir, las Comunidades Autónomas son los órganos competentes en el ámbito de la programación, la gestión y el control de la formación profesional, formando parte del sistema nacional de empleo. Con todo, existen experiencias de regulaciones autonómicas, que serán legales siempre y cuando respeten el régimen legal estatal y se regulen en clave de desarrollo y especificación para el ámbito territorial concreto y en el sentido de propiciar una mejor ejecución y gestión de la formación profesional.

El sistema de formación profesional para el empleo abre muchas posibilidades de acción y de gestión de la formación profesional a las Comunidades Autónomas. Igualmente, la LE habilita a las Comunidades Autónomas a diseñar y ejecutar los programas y servicios de políticas activas de empleo (art. 23 LE). Se ha realizado un gran esfuerzo por parte de las Comunidades Autónomas en el desarrollo del estímulo del empleo a través de la formación. Sin embargo, todavía cabe mucho margen de acción en el desarrollo de un modelo orientado a la empleabilidad y a la mejora de las oportunidades de empleo. En el caso de Andalucía, la Comunidad Autónoma pueden desarrollar plenamente un programa propio de empleo y de formación, adaptado a las singularidades y necesidades del mercado de trabajo andaluz. El Servicio Andaluz de Empleo, dependiente de la Consejería de empleo, empresa y trabajo autónomo de Andalucía, tienen encomendada la labor de gestión de la política de empleo de la Junta Andalucía. En este sentido, destaca la competencia de empleo y cualificación profesional, donde cobra especial protagonismo la formación para el empleo, así como la orientación y la información en este ámbito.

**PONENCIAS GENERALES DEL SEGUNDO PANEL:
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
**EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LAS ÚLTIMAS
REFORMAS LABORALES**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático y Director del “Departamento de Derecho del Trabajo de
la Universidad de Granada. Seminario José Vida Soria”
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

*“Toda la elaboración del derecho sindical posterior a
la Constitución, y toda la creación de un nuevo derecho del
trabajo, tiene en su fundamento la elaboración de una noción
clave: la de “interés colectivo”
Giovanni Tarello**

*“La lucha por el nuevo Derecho del Trabajo es, ante todo, una
lucha por mantener e impulsar la idea de negociación colectiva, la
rama más importante del autónomo Derecho del trabajo”
Hugo Sinzheimer***

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

1. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL EX ARTÍCULO 37.1 DE LA CONSTITUCIÓN EN LA DINÁMICA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. EL IMPACTO DE LAS REFORMAS LABORALES EN EL MODELO LEGAL (SEÑALADAMENTE, RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE). CONTRARREFORMA DE CORRECCIÓN NO DE CAMBIO RADICAL DE MODELO NORMATIVO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. NUEVOS DESAFÍOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA” DE CARÁCTER PROMOCIONAL Y RACIONALIZADOR: LA PAULATINA REDEFINICIÓN DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA

* TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, trad. y Est.prel., a cargo de J.L.Monereo Pérez y J.A.Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pág. 27.

** “La reorganización del Derecho del trabajo” (1919) y “Acercas de las ideas fundamentales y la factibilidad de un derecho unitario del trabajo en Alemania” (1914), en *La lucha por el nuevo Derecho del trabajo* (Berlín, 1919), pág. 66.

INTRODUCCIÓN

El tratamiento de esta temática del modelo normativo de negociación colectiva tras la reforma laboral se puede hacer legítimamente desde distintas perspectivas. Se podría acometer a través de un estudio analítico -más o menos detallado- de las grandes reformas recientes que se han realizado en materia de negociación colectiva (ultraactividad convencional; preferencia legal de los convenios de empresa; convenio aplicable en las redes de subcontratación; modelo de cláusulas convencionales de “jubilación forzosa” en atención a la edad; aparte de las muy numerosas remisiones que efectúa el Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva como fuente e instrumento idóneo de regulación de una multiplicidad de materias de la más variada índole)¹; o se podría llevar a cabo desde una perspectiva de conjunto que dé cuenta -tomando en consideración esas reformas legislativas concretas- de las transformaciones del modelo de negociación colectiva en el marco de un renovado sistema de relaciones laborales, y muy especialmente en el marco de un “Nuevo Estatuto de los Trabajadores”², para afrontar los cambios estructurales que se están produciendo ya en los mercados laborales, en las empresas, en las formas de trabajo y en las mismas orientaciones de las políticas del Derecho del Trabajo. Y será difícil que alguien dude de que el nuevo sistema de relaciones laborales va a exigir la doble presencia de la legislación pública -ineludible e inherente a la forma constitucional de Estado Social de Derecho y encaminada a centrar las bases mínimas- y la negociación colectiva -promovida por nuestra Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico-, como las instancias de poder llamadas a protagonizar autónomamente y en permanente interrelación la renovación autorreflexiva del modelo de negociación colectiva precisamente en la renovación y (re)construcción de ese nuevo sistema de relaciones laborales. Se trataría de reflexionar sobre el modelo de

¹ Estudio que la doctrina -entre la que me incluyo y a cuyos trabajos remito- ha venido realizando desde la promulgación del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, y la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que en su disposición adicional primera da nueva redacción a la Disposición Adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (“cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”), Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD- Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

² Puede consultarse, por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, Conferencia inaugural del Congreso; DEL REY GUANTER, S.: “El Estatuto de los Trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general”; SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales”, y MENÉNDEZ CALVO, R.: “Una nueva ordenación del sistema de negociación y conflictos colectivos”, Conferencia inaugural y ponencias recogidas en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores 40 Años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41-102, 385-445, y 447-469, respectivamente; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Ed. Laborum, 2022; ALFONSO MELLADO C.L.: “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021”, en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2), 1-33. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7360>; ALFONSO MELLADO C.L.: “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021”, en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2), 1-33. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7360>; MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27 (2022), pp. 45-71. <https://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/8202/7098>; TOMÁS JIMENEZ, N., “La jubilación forzosa y su evolución legislativa”, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), *La Edad de Jubilación*, Granada, Comares, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L., “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N°33, 200; MONEREO PÉREZ, J.L., “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir), Granada, Ed. Comares, 2010; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A 10ª ET dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n°53, 2019; LÓPEZ INSUA, B.M., “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

negociación colectiva atendiendo a las tensiones dialécticas que se han venido produciendo en los sucesivos procesos de reforma, en un movimiento diacrónico entre continuidad y renovación permanente como expresión de la respuesta a las transformaciones en curso de los actores implicados -y auténticos protagonistas- del sistema de relaciones laborales. Este último enfoque es el que preside ante todo esta investigación.

1. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL EX ARTÍCULO 37.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LA DINÁMICA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1.1. Perspectiva de conjunto

Diversas fuentes de producción de carácter internacional han llevado a cabo la configuración y garantía del derecho a la negociación colectiva, entendido como un derecho social fundamental de libertad³. La negociación colectiva se configura en las normas internacionales como un proceso dinámico de encuentro bilateral entre los actores sociales para llevar a cabo una regulación conjunta de las condiciones de trabajo y de las reglas imperantes en sus relaciones colectivas y cuya finalidad esencial es la gestión del conflicto por representantes de los trabajadores y de los empleadores a través de la codecisión negocial⁴. La negociación colectiva es expresión de la autonomía privada colectiva que emana de la sociedad civil, y es, al mismo tiempo, una manifestación cualificada de la actividad sindical y asociativa, que remite a la facultad de los grupos sociales de darse a sí mismos un conjunto de reglas jurídicas encaminadas a gobernar, regular y gestionar los intereses que le son propios con base a una realidad conflictual y en orden a la búsqueda de un equilibrio de poder entre las distintas fuerzas sociales; el cual por definición es siempre inestable (en nuestro país, paradigmáticamente, esta concepción se recoge afirmativamente en los artículos 7, 28, 37 y 103.3, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución Española). El ejercicio del derecho a la negociación colectiva es esencial para el disfrute y efectividad de otros derechos (genéricos y específicos de la persona) garantizados en las Constituciones Sociales y en las cartas de derechos fundamentales europeas (Carta Social Europea Revisada de 1996; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007 -ambas con rango

³ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 37.1 de la Constitución”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., Y MORENO VIDA, M.^a N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002, espec., págs. 625-683, espec., págs. 671-688, sobre las funciones de la negociación colectiva; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, y SALA FRANCO, T.: “La revisión del modelo legal de negociación colectiva”, ambos en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, págs. 77-131, y 133-160, respectivamente; RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, Á.L.: “Derecho a la negociación colectiva: Reconocimiento constitucional y garantías legales”, en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (DIR.) Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), Madrid, Ed. MTAS, 2003; SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales”, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 385-445; CASAS BAAMONDE, M.E.: “El derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental autónomo”, en CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.): *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, LAHERA FORTEZA Y MURCIA CLAVERÍA, A. (Cords.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2022, págs. 439 y sigs.; CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.): *La negociación colectiva en Europa: una perspectiva transversal*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2019. Imprescindibles, los ensayos de VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012.

⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho de negociación y acción colectiva (Artículo 28 CDFUE)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 628-629.

de Tratado- y la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989, con rango de Declaración político jurídica e institucional del Consejo Europeo⁵).

El Convenio OIT, núm. 154 de 1981, sobre la negociación colectiva, se preocupa de fomentar la negociación colectiva y de evitar los obstáculos institucionales a la libertad de negociación colectiva. El art.2 del Convenio de la OIT trata de acotar una definición y el alcance de la negociación colectiva, indicando que “A los efectos del presente Convenio, la expresión *negociación colectiva* comprende 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, o 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”.

Es así que la negociación colectiva remite al diálogo social entre los representantes de los trabajadores y los empresarios o sus representantes para regular las condiciones de trabajo y las relaciones entre empleadores y trabajadores y a las correspondientes entre sus respectivas organizaciones representativas. Desde esta perspectiva, la negociación colectiva es ejercicio de libertad colectiva (y, por tanto, de carácter estrictamente voluntario y libre de toda coacción), pero también de democracia en el ámbito de las relaciones laborales, a través de la autorregulación de los conflictos laborales, de las condiciones de trabajo y, en general, de las relaciones existentes entre trabajadores y empresarios.

Por otra parte, dentro de la función promocional que corresponde a los poderes públicos, éstos deben establecer medidas para que “la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas” (art.5.d); “Las medidas adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores” (art.7); y muy especialmente se realiza que “las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva *no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva*” (art.8).

Asimismo, la misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) reconoce el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28 de la CDFUE), los derechos de asociación y de libertad sindical (art.12) y el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en las empresas (art.27). Derechos sociales de libertad y de participación sin los cuales se hace irreconocible el derecho a la negociación colectiva, pues sólo alcanza su plenitud en el marco de un sistema integrado de derechos sociales colectivos o sindicales. Aunque cabe matizar que la construcción de un Derecho Sindical Europeo encuentra una limitación significativa en la exclusión expresa de la competencia normativa de la Unión del derecho de sindicación (art.153.5 del TFUE). Ello no obstante, el reconocimiento de tales derechos en la Carta (y recuérdese que el derecho de libertad sindical está garantizado en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950, art. 11)⁶ impone una obligación de respeto por parte de la Unión en el ejercicio de sus competencias.

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea”, en *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993.

⁶ Art. 11 (“Libertad de reunión y de asociación”): “ Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses” (Apartado 1). Resolución de 5 de abril de 1999 de la Secretaria General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el Protocolo adicional al Convenio, y el Protocolo número 6, relativo a la

Desde una perspectiva general, se puede advertir que el art.28 CDFUE (“Derecho de negociación y acción colectiva”)⁷ reconoce derechos sociales fundamentales, que, en consonancia con la normativa internacional, se atribuyen bilateralmente a los “los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Son típicamente derechos colectivos o sindicales que contemplan a los trabajadores y empresarios como personas socialmente y colectivamente “situadas” en el mundo del trabajo. En el caso de la negociación colectiva es un derecho de titularidad eminentemente colectiva y la huelga es, más complejamente, un derecho de titularidad individual de ejercicio colectivo, que, en calidad de tal, comprende facultades individuales y facultades colectivas. Desde esta perspectiva, el derecho de huelga es tanto un derecho humano fundamental, como un medio de presión colectiva. Aunque formulado unitariamente, en el art.28 CDFUE (“Derecho de negociación y acción colectiva”) se garantizan, en realidad, dos derechos sociales fundamentales de libertad estrechamente vinculados: el derecho de negociación colectiva (que comprende el derecho a estipular acuerdos colectivos) y el derecho de acción colectiva de tutela de los respectivos intereses. El art.28 CDFUE, en todo caso, ha querido reforzar la intrínseca interrelación entre ambos derechos, pues el derecho de huelga (el derecho más emblemático dentro de ese general derecho de acción colectiva) *autentifica* no sólo el derecho de negociación colectiva sino también a los derechos colectivos y sindicales en su conjunto. La negociación colectiva refleja una situación y encuentro de poderes sociales, y precisamente la huelga es el instrumento de poder más determinante del movimiento obrero y sindical. La interconexión y relación funcional entre ambos derechos es innegable, toda vez que el conflicto y el pacto son aspectos immanentes de los sistemas de relaciones laborales. Por otra parte, esta fórmula de reconocimiento está influida, a su vez, por la orientación unitaria que le confiere la Carta Social Europea revisada de 1996 (pero ya presente en la versión originaria de 1961), aunque con un enfoque algo más limitado de lo que se acaba de anotar.

En una correlación lógica se puede afirmar que en el plano de la política del Derecho todo el sistema de diálogo y de negociación colectiva europea está preordenado a la realización de prácticas neocorporativas democráticas (que técnicamente remiten a las formas de decisión político-jurídica que hace partícipes a las organizaciones de intereses profesionales). Interesa tener en cuenta la idea de democracia deliberativa, vinculada a la acción comunicativa en las sociedades avanzadas. También el impulso hacia formas de Derecho *reflexivo* estatal de apoyo a la autorregulación de los grupos socio-económicos. La proyección de ese enfoque comunicativo (“dialógico”) en el ámbito de las relaciones laborales -y, más ampliamente, de los procesos de autorregulación de los grupos organizados en la “sociedad del trabajo”- se expresa nítidamente en el art.28 CDFUE y en los artículos 152 a 155 del TFUE. Es harto significativo que el art.152 TFUE disponga que “la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo social entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social”.

abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Ministerio de Asuntos Exteriores. BOE núm. 108, de 06/05/1999. Texto Consolidado. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dir.:): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho de negociación y acción colectiva (Artículo 28 CDFUE)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.:): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.

Se nota así fácilmente que estamos ante un derecho social fundamental de libertad colectiva, toda vez que el art.28 CDFUE está inserto en el Título IV (“Solidaridad”), como derecho de solidaridad social, reflejo de la identidad colectiva de los trabajadores. Esa identidad colectiva es reconocida por la Carta al atribuir a la negociación colectiva un poder bilateral de autorregulación de sus respectivos intereses y relaciones interasociativas. La misma normativa internacional (señaladamente, la Carta Social Europea, art.6, lo configura como derecho social fundamental). Es un derecho de libertad colectiva, que incorpora ante todo un deber de respeto y de no intromisión por parte del Estado. De manera que la constitución jurídica europea suministra las garantías de libertad convencional. Pero esa *libertad negativa* lleva anexa una dimensión positiva, porque la Carta impone a los Estados un comportamiento *activo* de carácter promocional, es decir, un determinado modo de intervención de los poderes públicos. La abstención del Estado y de los terceros no constituye el contenido del derecho de libertad sino la consecuencia jurídicamente relevante, de la existencia de una *facultas agendi*, y resolviéndose su contenido en la posibilidad de ejercicio de tal facultad de negociación. La negociación colectiva supone un proceso dinámico de encuentro -comunicativo y dialógico- entre los actores sociales para llevar a cabo una regulación conjunta de las condiciones de trabajo y de las reglas imperantes en sus relaciones colectivas. La negociación colectiva es un encuentro de poderes sociales y una *forma de gestión bilateral del conflicto y de codecisión negocial*. En este sentido, el art.28 CDFUE se atiene a un *modelo de autorregulación colectiva voluntaria* (poder bilateral jurídico-social de autorregulación de sus propios intereses contrapuestos). Pero es un derecho de autonomía que, atendiendo al referente al art.6.2 de la Carta Social Europea, impone una intervención en términos de “garantismo social” (que lo es del pluralismo social en el mundo del trabajo) de los Estados o poderes públicos de carácter típicamente promocional.

1.2. Identificación de nuestro sistema de negociación colectiva: una aproximación

Nuestro sistema de negociación colectiva (basado en un garantismo fuerte de la autonomía colectiva⁸ al más alto nivel a través de grandes Acuerdos Marco y la centralidad de la institución del convenio colectivo sectorial) ha estado en continuo desarrollo diacrónico en respuesta a las transformaciones del ambiente y sirviendo a distintas opciones de política legislativa y estrategias de los propios interlocutores sociales en el ejercicio de su derecho fundamental a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante del convenio colectivo. En el conflicto inherente a las relaciones de trabajo, que son relaciones de poder, se han producido cambios en el modelo de regulación que han supuesto rupturas de los equilibrios de fuerzas en una dialéctica entre garantismo y flexibilización de la eficacia, descentralización hacia la empresa y enriquecimiento de sus contenidos, y el reforzamiento de los poderes empresariales (como realidad subyacente y ocultada dentro de la mayor presencia de la autonomía individual en la fijación de condiciones de trabajo). Lo cual ha ido afectando a las bases del modelo normativo que se

⁸ El sistema sindical, por decirlo de manera simplificada, se manifiesta como un fenómeno de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos, que se denomina con la expresión “autonomía colectiva” reflejo de un poder de autodeterminación y autorregulación colectiva. Para los caracteres de la autonomía colectiva, véase GIUGNI, G.: *Derecho Sindical* (1980), con la colaboración de M.G. Garofalo y F. Liso, trad. y estudio preliminar, a cargo de J. Vida Soria y J. Montalvo Correa, Madrid, 1983, págs. 139 y sigs. En sentido dinámico el convenio colectivo no es un documento que se agota en sí mismo, o que puede ser estudiado aisladamente en relación al contexto de las relaciones laborales vigentes en un determinado momento histórico, en un determinado país o en un determinado sector de la producción. El convenio colectivo es una realidad que forma parte de un fenómeno más amplio que es la negociación colectiva como proceso. Y ella se resuelve en la compleja actividad que desarrollan las partes interesadas en el conflicto siguiendo, a veces, modelos explícitamente convenidos, y otras atendiendo a prácticas sedimentadas con el tiempo, que delimitan ciertas constantes de comportamiento de las mismas en la realización de su actividad normativa. Por lo demás, dicha actividad no se agota sólo en la formulación de verdaderos y propios documentos contractuales, sino que abarca a una porción bastante más amplia de tipos de relación entre los interlocutores sociales.

había diseñado inicialmente a partir del bloque constitucional sindical y su desarrollo en el Título III del RD-Leg. 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, ET) y en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), cuyo eje pivota sobre la institución del sindicato más representativo, artículos 6 y 7 LOLS.

La negociación colectiva es una columna vertebral del Derecho del Trabajo y el convenio colectivo es una fuente reguladora, que, junto a la heteronomía estatal, ha sido y continua siendo una base constitutiva existencial de la dinámica de las relaciones de trabajo; siendo expresión -por excelencia- del pluralismo social y jurídico en una democracia avanzada (Sinzheimer; Webb; Kahn-Freund, Gallart, Giugni)⁹. El pluralismo es el contexto institucional más apropiado para la negociación colectiva en un sistema democrático de relaciones laborales. El convenio colectivo siempre supuso la materialización de un fenómeno de formación social del Derecho, un fenómeno de normación social extraestatal, al cual el sistema jurídico establecido ha dado una formulación específica y cambiante¹⁰. Paradigmáticamente, con elevado poder de convicción, Hans Kelsen puso de relieve, la naturaleza esencialmente normativa de las “convenciones colectivas de derecho social”¹¹. Una simple lectura atenta de cualquier convenio colectivo de referencia pone de relieve que no estamos ante un tipo contractual privado, sino ante un tipo de normación de origen privado colectivo.

Una primera lectura del precepto muestra nitidamente que el art. 37.1 CE consagra una doble garantía constitucional unitariamente configurada: por un lado, la garantía sustantiva (derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos) y, por otro, una garantía formal (reconociendo esa garantía sustantiva ésta se formaliza en una norma constitucional de aplicación directa e inmediata, e impone al legislador garantizar ese derecho y la fuerza vinculante de los convenios colectivos). Todo lo cual se traduce no sólo en una legislación ordinaria sin más, sino en una legislación de carácter *promocional* (la función promocional de política del Derecho es consustancial al constitucionalismo democrático social con Estado social de Derecho¹²; función promocional en el sentido de Norberto Bobbio¹³) de este derecho fundamental de

⁹ Al respecto, véase la construcción elaborada, desde hace tiempo, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*, estudio preliminar, a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CLXIII.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, estudio preliminar a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CLXIII. En particular, sobre la fundamentación doctrinal del convenio colectivo en los orígenes del Derecho del Trabajo, véase XXXVII y sigs. Para la configuración del convenio colectivo en el Derecho español, *Ibid.*, págs. LXXXVII y sigs.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, *Ibid.*, págs. LII-LIV. La obra de Kelsen citada es *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, México D.F., Ed. Nacional, 1943 (reimpresión, 1974), págs. 145-150. El mismo Kahn-Freund hacia referencia a que “un convenio colectivo es un tratado entre fuerzas sociales. Es un tratado de paz y al propio tiempo un acuerdo normativo”. Cfr. KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, “In Memoriam” por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs. 181 y 119. Por más que luego en el sistema del derecho anglosajón aclare que “en nuestro país no son, por lo general, ni contratos exigibles ni (salvo excepciones) normas dotadas de obligatoriedad jurídica” (*Ibid.*, pág. 219). Para él la función obligacional se conecta, fundamentalmente, no de manera exclusiva, con el mantenimiento de la paz laboral: la “obligación de paz”. Por su parte la “función normativa de los convenios, es decir, su función de creación y codificación de normas”, sirve para asegurar que las estipulaciones convenidas van a ser aplicadas en la empresa o centro de trabajo o sector a los que el convenio se refiere. De este modo, “el convenio, en cuanto norma, determina el contenido de los contratos de trabajo en vigor y predetermina el de los que se celebren el futuro.” (*Ibid.*, págs. 220-221, y 234 y sigs.). Del “convenio colectivo como norma” hace derivar el “efecto automático” y el “efecto obligatorio” (ambos efectos son operativos en la mayoría de los países del continente europeo).

¹² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo insuprativista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert”, en *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, núm. 1 (2021), págs. 197-264.

¹³ En el Estado contemporáneo se utiliza cada vez más las técnicas de “alentamiento” público institucional. De manera que bajo este enfoque se tiene la imagen preclara de una dimensión del ordenamiento jurídico como ordena-

libertad y de su producto más típico que no es otro que el convenio colectivo. Nuestro modelo es típicamente *garantista*, como se infiere del art. 37.1 CE (en relación con el bloque constitucional formado por los artículos 7, 28.1, 53.1, 93 a 96 y 10.2 de la norma fundamental), que llama a la ley para garantizar y promocionar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, a la par que garantiza un espacio vital para la autodeterminación colectiva de las relaciones entre los interlocutores sociales y la potestad de autorregulación colectiva. Lo que concierne también a los límites de la legislación pública, pues ésta no puede conducir a negar la virtualidad real del espacio vital de la autonomía colectiva. La negociación colectiva no es sólo una institución que regula y ordena el sistema de relaciones laborales y ciertos aspectos de la gestión del “sistema de empresas”, es al propio tiempo una institución sociopolítica y jurídica que contribuye a establecer la “democracia industrial” y las relaciones de poder entre las organizaciones profesionales en conflicto estructural y con ello se constituye en un cauce de vertebración fundamental del sistema democrático y pluralista de relaciones laborales.

El art. 37.1 CE garantiza el derecho a la negociación colectiva como un típico derecho fundamental autónomo de libertad y autonomía colectiva (derecho de autonomía en la esfera de la sociedad, en el sentido de Luigi Ferrajoli)¹⁴. Estamos ante un derecho de autodeterminación colectiva. Es suficiente dar cuenta de su ubicación sistemática y de la formulación constitucional de su reconocimiento en nuestra Norma Fundamental: Sección 2ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. La garantía multinivel nos ofrece el mismo resultado calificador y la configuración de la negociación colectiva como derecho fundamental de libertad colectiva (reténgase el bloque normativo constitucional integrado por los artículos 10.2 y 93 a 96, en relación con el art. 53.1, de la Constitución, que consagra aquella apertura y nivel de protección multinivel). Si esto es cierto, es manifiesto que este derecho no es de estricta o esencialmente de configuración legal (pese al criterio en contrario de algunos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, como por ejemplo, SSTC 8/2015, de 22 de enero, 85/2001, de 26 de marzo), toda vez que conforme al art. 53.1 CE ha de respetarse su contenido esencial que lo hace reconocible como tal derecho (contenido que no sólo está presente en el art. 37.1 CE, sino también materializado en los Tratados y Acuerdos Internacionales que hayan sido ratificados por España y conforme a su interpretación por los órganos encargados de velar por su aplicación e interpretación). Esto supone que cabe para su garantía efectiva ejercer el control de convencionalidad por los órganos judiciales ordinarios competentes de nuestro país, teniendo en cuenta que estos órganos de Derecho interno están obligados a realizar una “interpretación conforme” de nuestra regulación con los Tratados y Acuerdos internacionales que han sido incorporados ya en nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello sin perjuicio de que el legislador ordinario ostente una amplia libertad de configuración de política del Derecho dentro del margen de discrecionalidad limitado que se impone deducir de la garantía del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Como ha sido realzado, con brillantez, “el reconocimiento de la negociación colectiva en el art. 37.1 supone “la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del

miento con función típicamente promocional. Paradigma de esta dimensión promocional de carácter general del Derecho es, entre nosotros el art. 9.2 CE, que utiliza expresamente el término “promover”. Sobre la función promocional del Derecho, véase BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, edición de A. Ruíz Miguel, Madrid, Fernando Torres-Editor, 1990, págs. 367 y sigs.

¹⁴ FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 701 y sigs.

convenio colectivo”. Ambas garantías (garantía del ejercicio de una actividad contractual colectiva, libre de injerencias de los poderes públicos, mandados a promocionar de manera real y efectiva esa actividad, y garantía de los instrumentos nacidos de la negociación colectiva) van a tener reconocidos unos efectos jurídicos imperativos, al abrigo de las derogaciones y mutaciones procedentes de actos unilaterales o de pactos individuales, que se incorporan al contenido esencial de la acción sindical. Como lógica consecuencia de esta inescindible conexión, la lesión de una u otra garantía violenta simultáneamente la libertad sindical¹⁵.

La negociación colectiva y sus productos jurídicos no pueden ser incluidos en los conceptos, categorías e instituciones individualistas del Derecho contractual civil, que, en nuestra tradición y cultura jurídica, contiene lo que se suele denominar el derecho común de la contratación privada, el cual es extraño a la idea de “interés colectivo” (y de autonomía privada colectiva/sindical en el sentido técnico de esta expresión), pues preside la idea del interés individual en su regulación, particularmente a partir del principio dogmático de autonomía privada individual como eje vertebrador de los negocios jurídicos contractuales¹⁶. Los convenios colectivos son las fuentes de expresión jurídica de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales (típicas relaciones mediatizadas por las relaciones de poder y la correlación de fuerzas en cada momento histórico) tras un proceso de diálogo y de intercambio de posiciones contrapuestas en las que se resuelve la dinámica de la negociación colectiva. La autonomía colectiva negocial expresa un poder bilateral entre organizaciones con intereses contrapuestos que puede tener como resultado jurídico el convenio colectivo como fuente pactada de regulación de las relaciones laborales (artículos 3.1.b) del ET y 85 del ET, que los incluye como fuente colectiva de regulación de la relación laboral) y asimismo los pactos o acuerdos colectivos. No se ha de olvidar que la norma ex art. 37.1 CE contiene un directivo que corresponde, de una cierta manera, a ciertos hechos sociales¹⁷. Las normas laborales que integran el Derecho Social del Trabajo son un complejo entramado de leyes y convenios colectivos. Ese complejo de reglas (normas sustantivas, normas de organización, normas procedimentales, normas de principio y valores, etcétera) varía atendiendo a las épocas y los espacios geopolíticos que conforman los ordenamientos jurídicos de los distintos países y sus respectivas culturas jurídicas.

Como todos los derechos fundamentales, el derecho a la negociación colectiva no es estático, pues depende del desenvolvimiento de la cultura de los derechos, que comprende

¹⁵ Voto particular a la STC 8/2015, de 22 de enero, declarando la constitucionalidad de la reforma de la Ley 3/2012, que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, al que se adhieren la Magistrada Doña Adela Asúa Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez. Véase STC Pleno 8/2015, de 22 de enero de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/24/pdfs/BOE-A-2015-1896.pdf>. También: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2015_006/2012-05610VPS.pdf

¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico* (1971), Introducción de J. Vallet de Goytisolo, Madrid, Ed. Civitas, 1985, reimpresión, 1991, espec., págs. 11 y sigs.; FLUME, W.: *El negocio jurídico*, trad. J.M. Miguel González y E. Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, espec., págs. 23 y sigs.; BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, revisión, edición y estudio preliminar sobre “El negocio jurídico como categoría problemática” (pp. XIII-XLIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho) 2000, espec., págs. 43 y sigs.,

¹⁷ En general, ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, edición y estudio preliminar, “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho” (pp. XI-CXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 106 y sigs.

las ideologías jurídicas y las praxis del derecho en su realización social y asimismo la interpretación de los operadores jurídicos en cada momento histórico. También estos factores influyen en la conformación de las relaciones entre legislación pública y negociación colectiva, como fuentes de regulación de ordinario complementarias y no alternativas. Y todo ello mediatizado también por los estándares internacionales que inciden en el derecho a la negociación y en general en el Derecho Colectivo/Sindical.

En el sistema multinivel de garantía del derecho a la negociación colectiva, este derecho fundamental autónomo es considerado como un derecho vinculado a la libertad sindical; y en prácticamente todas las normas internacionales la norma de garantía internacional impone el carácter promocional de la legislación estatal que regule el derecho respetando el principio de autonomía colectiva, en la determinación del objeto y la estructura de la negociación colectiva. (Convenios OIT, núm. 98, sobre aplicación e interpretación del principio del derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio OIT, núm. 154, sobre la negociación colectiva; art. 6 de la Carta Social Europea Revisada¹⁸; art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, etcétera). Además, esta función promocional subyace a la propia norma constitucional de reconocimiento ex art. 37.1 CE (norma constitucional de reconocimiento de fuentes de producción de normas jurídicas paccionadas), cuando establece que “*la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*”. Este mandato no es aséptico de mera regulación, sino de compromiso activo (acción positiva) de carácter promocional, lo que se impone deducir también si se pone en relación con las normas internacionales (sería suficiente retener aquí el tenor literal del art. 6 de la CSE; los Convenios de la OIT, citados). La STC 208/1993, de 28 de junio, fj. 3, deduce de la fórmula constitucional un papel activo en la efectividad y apoyo a la negociación colectiva, otorgando facilidades y la ayuda que se estime necesaria y recuerda que es la Constitución la que impone a la ley garantizar el derecho que no puede sino serlo con el obligado respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE).

La autonomía colectiva es un derecho de libertad colectiva/sindical y el convenio colectivo tiene la conformación típica de una *norma pactada*, que, en cuanto tal, presenta una doble faz inescindible: es un negocio jurídico “*sui generis*” y una norma “*sui generis*”, atendiendo a su función y a su estructura jurídica unitaria, ya que estamos ante una norma pactada colectivamente. El derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos sólo pueden entenderse plenamente si se conecta con el pluralismo social y la libertad sindical consagrada, básicamente, en los artículos 7, 28, apartados 1 y 2, y 103.3 de la Constitución, preceptos que -junto con el art. 37 CE- conforman el bloque normativo constitucional que consagra la autonomía colectiva como poder de autodeterminación social y fuente material de ordenación de los conflictos del trabajo y de gobierno del sistema de relaciones laborales.

A ellos hay que añadir al Estado (y otros poderes públicos supranacionales) como tercer actor - tercera fuerza- dentro del sistema de relaciones industriales (bastaría hacer referencia a los artículos 1 y 9.2 CE para comprenderlo, pues por mandato constitucional el Estado no puede optar por un “*laissez-faire*” absoluto, sino que ha de intervenir necesariamente y estar involucrado en la regulación legal general de las relaciones industriales y en el apoyo de la actividad sindical y la negociación colectiva; por

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Derecho a la negociación colectiva (Artículo 6 de la Carta Social Europea Revisada de 1996)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 519-532. Asimismo, SALCEDO BELTRAN, C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014.

más que sean los propios interlocutores los que tienen mayor interés en promover la negociación colectiva como reflejo de una cultura que se vence a resolver diferencias integrando fuerzas opuestas en el mercado de trabajo y dentro de las organizaciones productivas; cfr. artículos 7, 28 y 37 CE)¹⁹. La Constitución se constituye en fuente primaria de aplicación directa e inmediata de reconocimiento y garantía de este derecho de libertad colectiva/sindical. A la ley no le corresponde propiamente una “función constitutiva” en el desarrollo de las previsiones constitucionales, sino que, al contrario, le incumbe una función de garante *promocional* de la plena efectividad del derecho sin que pueda desnaturalizarlo vulnerando su “contenido esencial” a cuyo obligado respeto ordena el art. 53.1 CE. El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de precisar que “la facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios” (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad que *no deriva de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional*” (STC 58/1985; doctrina seguida por SSTC 73/1984, 108/1989, entre otras posteriores). Ciertamente, otras sentencias posteriores del TC han declarado que el derecho a la negociación colectiva y la eficacia jurídica vinculante de los convenios es un derecho de estricta configuración legal (señaladamente, por su contundencia, SSTC 119/2014 y 8/2015²⁰). Pero hay fundadas razones jurídicas para afirmar que se trata de una interpretación discutible desde el punto de vista técnico-jurídico.

La negociación colectiva forma parte de la libertad sindical y lo es tanto la negociación colectiva estatutaria (Título III del ET) como la negociación colectiva extraestatutaria, ambas amparadas directamente en la garantía constitucional ex art. 37.1 CE²¹. ¿Realmente se puede aceptar como fundada jurídicamente la doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual se sitúa al convenio colectivo en el ámbito del art. 3.1.c) ET, que hace referencia a la autonomía individual expresada en el contrato de trabajo? (así, las STS 542/2017, de 21 de junio, y otras que en ellas se citan)²². No parece que ello encaje con la garantía del art. 37.1 CE, pues supone degradar su misma naturaleza y fuerza “colectiva”, si se acepta, en términos de principio, para todo convenio colectivo el doble efecto de eficacia

¹⁹ Ya en una perspectiva más amplia se puede afirmar que “[...] el Derecho del Trabajo asegura la transformación de los antagonismos de clase en conflictos sociales dependientes de reglas de juego preestablecidas; reglas de intercambio y de negociación formalizadas como fuerzas en presencia en el sistema de mercado”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España (CES), 1996, pág. 27.

²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “El derecho a la negociación colectiva en el voto disidente a la STC 8/2015”, en VV.AA.: (CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, LAHERA FORTEZAY MURCIA CLAVERÍA, A. (Coords.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2021.

²¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, ACARL, 1988, págs. 26 y sigs.; ALFONSO MELLADO, C.L.: “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. (DIRS.) Y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (COORD.): *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

²² Asimismo, con ese criterio, STC 121/2001, SSTC de 6 de octubre de 2009, R.3012/2008, 9 de febrero de 2010, R.105/2009, 29 de marzo de 2010, R. 37/2009, 29 de marzo de 2010, R.37/2009. Tampoco se impone para estos convenios de eficacia limitada un deber de negociar (STS de 24 de febrero de 2005, R.46/2004). Se afirma, pues, sin mayores reservas la plena contractualización de los convenios extraestatutarios y su sometimiento al Derecho privado general (señaladamente artículos 1254 y siguientes del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil). Los convenios extraestatutarios pueden ser impugnados judicialmente por el cauce procesal del procedimiento de conflicto colectivo regulado en los artículos 153 y siguientes de la LRJS. Pero no se deberá olvidar, en cualquier caso, que para ellos se aplica el art. 37.1 CE (norma de aplicación directa e inmediata) y que para ellos también les resulta aplicable la garantía del contenido esencial establecida imperativamente ex art. 53.1 CE. Además, del sistema multinivel de garantía internacional de la cual goza el derecho a la negociación colectiva por el juego del bloque normativo constitucional formado por los artículos 7, 28.1, 93 a 96, y teniendo en cuenta la norma de apertura hermenéutica que se impone categóricamente en el art. 10.2 CE (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”). Lo que, entre cosas, permite el control de convencionalidad realizado por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Cfr. STC 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019), fj. 6º. (Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal).

inmediata y directa y de inderogabilidad singular “*in peius*”, que es más propio de un instrumento normativo que de una fuente de las obligaciones individuales (de manera que los contratos individuales de trabajo no tienen que interiorizar o incorporar en su nexo obligacional los contenidos del convenio, limitándose a respetarlos y cumplirlos en sus propios términos).

Ese carácter promocional no supone que la Constitución contemple un modelo acabado, totalmente prefigurado de negociación colectiva, sino su garantía dentro de un margen de discrecionalidad no absoluta (véase SSTC 11/1981, de 8 de abril, fj.7; 201/1990, fj.2, 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero, 119/2014, de 16 de junio, fj. 4.A). Ello es tanto más claro cuanto que es el propio art. 37.1 CE el que contiene la garantía del derecho y ordena su efectividad promocional al legislador ordinario: la garantía del derecho fundamental a la negociación colectiva y la fuerza jurídicamente vinculante de los convenios no deriva de la ley infraconstitucional sino de la propia Constitución como norma fundamental constitutiva del ordenamiento jurídico en el que ella misma se inserta (art. 9.1 CE) (STC 58/1958, fj.3; y SSTC 119/2014, de 16 de julio, fj. 4.A), 2017/1991, de 14 de noviembre, 92/1992, de 11 de junio, fj.4, ATC 85/2011, fj.7, 8/2015, fj.2.f).

Pero, nótese que lo que no puede quedar totalmente abierto es el propio contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Lo impide el art. 53.1, en relación con el bloque normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución, que remite, como canon hermenéutico de interpretación obligatoria, al sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales. Y este canon hermenéutico de apertura hay que tenerlo en cuenta tanto para el “control de convencionalidad” llevado a cabo por los órganos de la jurisdicción ordinaria como para el “control de constitucionalidad” realizado por el propio Tribunal Constitucional. En efecto, como ha señalado nuestro Alto Tribunal, el art.10.2 CE no es canon autónomo de constitucionalidad, sino que se limita -dentro de su gran relevancia jurídica- a definir una pauta hermenéutica obligatoria destinada al Tribunal Constitucional y al resto de intérpretes y aplicadores del Título I de la Constitución. Tal y como ha sido interpretado hasta la fecha por la jurisprudencia de este Tribunal, el art. 10.2 CE tampoco supone la inclusión directa ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona, ni de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en el ordenamiento jurídico español en la misma posición que ocupa la Constitución, ni como parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas. Tal y como fue expresado, entre otras muchas, en la STC 38/2011, de 28 de marzo, «aunque el contenido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 14 a 30 CE (sic.) deban interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 CE, esa función hermenéutica no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales» (FJ 2). Los textos y acuerdos internacionales, a que se refiere el artículo 10.2, son una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional [STC 64/1991, FJ 4 a)], así como un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de la infracción denunciada (STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2)²³.

Admitido que el derecho fundamental a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos tiene un “contenido esencial” (art. 53.1 CE),

²³ STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, fj.5^a. Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso frente a la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la

éste será un núcleo resistente para el legislador infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales, pues el contenido esencial del derecho fundamental determina un ámbito del derecho que se reserva para sí el constituyente y que ha de garantizar y respetar el legislador estatal. El contenido esencial no tiene sólo una dimensión defensiva frente a interferencias de los poderes públicos y privados inaceptables para el contenido esencial del derecho, sino también una dimensión ofensiva de exigibilidad y de imposición de obligaciones a los poderes públicos, incluidos los jueces en el ejercicio de su labor interpretativa de sentido o de recreación²⁴. Esto no significa que más allá de ese núcleo no haya límites respecto a otros aspectos que forman parte del contenido esencial, dentro de un equilibrio sometido a los principios de ponderación y proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego. Los contenidos esenciales de cada uno de los derechos constitucionales no están desvinculados entre sí y se determinan recíprocamente. Para esto debe reclamarse la apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, a las declaraciones, tratados y acuerdos internacionales ratificados por nuestro país (artículos 10.2, 93 a 96 de la Constitución). Y no se olvide también que la garantía del contenido esencial actúa igualmente “como restricción a las restricciones” (sean éstas directa o indirectamente constitucionales). La advertencia es importante, porque, en efecto, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, pero también cabe decir que su restricción y restringibilidad son restringidas. Y esto no es un juego de palabras o un exceso en el lenguaje jurídico, sino una técnica de precisión interpretativa.

En este sentido una restricción de los derechos fundamentales (se insiste en el sentido de la concepción jurídica amplia de *fundamentalidad* de esta expresión que se puede deducir, paradigmáticamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [“derechos fundamentales comunitarios”]²⁵, o del Título I [“De los derechos y deberes fundamentales”] y Capítulo IV [“De la garantía de las libertades y derechos fundamentales”] del referido Título II de nuestra Norma Fundamental) son “restricciones a su restricción y restringibilidad”. Cuando la Constitución estatuye la garantía del contenido esencial viene a establecer, entre otras inferencias, una prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales en el sentido de que se impide que la vigencia de una disposición iusfundamental (por ejemplo, ex artículo 37.1 en relación con el art. 53.1 CE) sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para los sujetos titulares en el ejercicio del derecho conforme a su finalidad en la vida social. En cualquier labor de ponderación, de proporcionalidad o juicio de razonabilidad cabe *ponderar* la

jurisdicción universal. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales, derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): constitucionalidad de la ley orgánica que danueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos. Voto particular. Respecto al control de convencionalidad en sentido estricto, véase el f.º 6 de esta STC Pleno 140/2018.

²⁴ Véase HÄBERLE, P.: “El legislador de los derechos fundamentales” y “Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional”, en LÓPEZ PINA, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, págs. 99 y sigs., págs. 260 y sigs., respectivamente; HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. Jürgen Saligman y César Landa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, págs. 95 y sigs., 188 y sigs., y 322 y sigs.

²⁵ Explicación del Praesidium de la Convención relativa al artículo 1 (Dignidad humana), se indica que la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: «... Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.» En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho. Resulta expresivo, al respecto, lo establecido en los artículos 51 a 54 de este instrumento comunitario con rango de Tratado de la Unión, atendiendo al art. 6.1 TUE.

existencia de un límite intrínseco que ha de ser tomado siempre en consideración, a saber: el respeto a un núcleo de cada derecho fundamental que no puede ser afectado sin más por restricciones legislativas, pues se trata de un núcleo absolutamente protegido por la Constitución sirviendo a los designios que el poder constituyente ha estatuido en el orden constitucional, y que, en consecuencia, pone un límite infranqueable (ámbito intangible) para el legislador legitimado para desarrollar las previsiones constitucionales.

Ahora bien, es posible pensar en situaciones excepcionales o extremas donde ese núcleo pueda ser afectado atendiendo a probadas razones superiores, de manera que ciertos elementos del mismo sean desplazados. Siendo así que los derechos fundamentales no pueden ser considerados como “derechos absolutos genuinos” o en sentido estricto, porque esto sería aceptar que serían ilimitados -bien que sean referidos a la garantía de su núcleo esencial. En este sentido puede operar válidamente el principio de proporcionalidad para que en una situación extrema pueda producirse una restringibilidad de los derechos fundamentales. Así, y de manera fundada y con carácter extraordinario, puede producirse una exclusión de la protección iusfundamental que pueda afectar al contenido esencial y su núcleo principal²⁶.

Con todo, ningún derecho fundamental -el derecho a la negociación colectiva lo es en la concepción jurídica y constitucional amplia de esta expresión²⁷- es absoluto si se entiende por tal ilimitado, pues en su ejercicio los derechos fundamentales se transforman en derechos relativos hasta cierto límite que supondría la desnaturalización del mismo por la intensidad de las limitaciones y restricciones que se le imponen y por el juego inadecuado del principio de proporcionalidad (ante todo por afectar al considerado núcleo del derecho fundamental). Al tiempo la proporcionalidad es una categoría jurídica diseñada (construida) por el legislador competente para resolver conflictos entre derechos fundamentales o conflictos entre los derechos fundamentales y el interés público (a veces calificado de “bien común” general). Pero el núcleo del derecho no tiene que identificarse necesariamente con su contenido esencial, lo que conduciría a convertir a todos los derechos fundamentales en derechos absolutos²⁸. La determinación se debe basar en los valores y principios que el mismo derecho está llamado a promover. Y es posible afectar a ese núcleo a través de una restricción limitada con arreglo al principio de proporcionalidad. Por ejemplo, cuando dos derechos fundamentales entran en conflicto. El problema de fondo es verificar si las restricciones a los derechos fundamentales son justificables. De manera que la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE) no impediría la realidad del posible conflicto entre derechos fundamentales y la necesidad de utilizar técnicas de ponderación para resolverlos²⁹. La aplicación de la teoría del abuso de los derechos fundamentales ya supone restricciones que son intrínsecas a los mismos derechos, cuya aplicación a los derechos fundamentales se hace explícita: “Prohibición

²⁶ Véase ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 267 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Prohibición de abuso de derecho (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1423-1456; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría del abuso de derecho: el abuso de los derechos fundamentales”, estudio preliminar a JOSSERAND, L.: *El Espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, págs. IX-XL.

²⁷ Paradigmáticamente, Título I (“de los derechos y libertades fundamentales”) y Capítulo Cuarto (“de las garantías de las libertades y derechos fundamentales”) de la Constitución y la misma “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, art. 28 (“Derecho de negociación y acción colectiva”).

²⁸ Es cierto que, paradigmáticamente, el art. 19.2 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana establece que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (*Wesensgehalt*). Pero esto ha sido objeto de grandes debates entre teorías absolutas y teorías relativistas del contenido esencial del derecho y su sentido político constitucional.

²⁹ ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 286 y sigs.

de abuso de derecho (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)³⁰.

Llevado al extremo máximo de los límites está el supuesto de la suspensión de los derechos fundamentales (aunque para esa afectación en supuestos de normalidad jurídica no sería, desde luego, necesario acudir al supuesto específico extraordinario de la suspensión de los derechos y libertades)³¹, porque, como es obvio, esa suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales afecta al núcleo del contenido esencial de los mismos, pues, en tal caso, supone la imposibilidad “*ope legis*” de su ejercicio efectivo.

El art. 37.1 CE -en relación con la garantía del “contenido esencial” ex art. 53.1 CE- no establece un deber constitucional de negociar entre los sujetos colectivos o “partes sociales” (teniendo en cuenta que la titularidad del derecho es bilateral, esto es, que corresponde a los representantes de los trabajadores y empresarios), sino que dicho deber deriva del legislador infraconstitucional (artículos 89.1, párrafo 2, del ET) dentro de su función promocional de garantía de la efectividad del derecho a la negociación colectiva. Un desarrollo garantista de este tipo es perfectamente admisible como parte del contenido posible legal dentro de la textura relativamente abierta del art. 37.1 CE. Este aspecto forma parte del contenido posible legal, siendo la ley la que establezca las condiciones de exigibilidad de ese derecho (para los convenios estatutarios “*erga omnes*” ex art. 89.1, párrafo 2, del ET). Este deber de negociar responde a una opción legislativa constitucionalmente legítima a través de la cual se trata de dar cumplimiento al mandato de “garantizar” el derecho a la negociación colectiva, que el art. 37.1 CE le encomienda. Ahora bien, la Ley no puede imponer la distinta obligación de llegar a un acuerdo, ya que ello se opondría a la libertad inherente a la autonomía colectiva de las partes sociales. Por tanto el deber de negociación ha de entenderse como un deber de conducta (es, en sentido técnico-jurídico, una típica “obligación de medios”) y no de resultado, con una actitud abierta al acuerdo, aunque este sólo dependa finalmente de la libre voluntad de las partes negociadoras (véase SSTs 17 de noviembre de 1998, de 10 de diciembre de 2002, 21 de abril de 2005 y 14 de marzo de 2006). En cualquier caso, la obligación de negociar ex art. 89 ET se refiere exclusivamente a los convenios colectivos estatutarios, pero no alcanza a los de eficacia limitada, los cuales se rigen solo por la voluntad de las partes negociadoras, sin que quepa obligar a su celebración. En defecto de posible establecimiento legal “*ad hoc*”, preside en este aspecto la plena libertad de negociación colectiva/sindical (STS de 28 de marzo de 1994, Ar. 2544)³². Por otra parte, las partes negociadoras estarán obligadas legalmente a negociar bajo el principio de la buena fe (ex art. 89.1, párrafo 3º, del ET) (SSTC 107/2000, de 5 de mayo, 85/2001, de 25 de marzo). El deber de negociar, de

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Prohibición de abuso de derecho (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1423-1456; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría del abuso de derecho: el abuso de los derechos fundamentales”, estudio preliminar a JOSSELAND, L.: *El Espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, págs. IX-XL. Este art. 54 corresponde al art. 17 del CEDH, que reza lo siguiente: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en el mismo».

³¹ Conforme al art. 55.1 del Capítulo V del Título I de la CE: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”. Entre los derechos que pueden ser suspendidos se encuentran el derechos de huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (artículos 28.2 y 37.2 CE), facultando la ley a la autoridad gubernativa para decretar la prohibición de los mismos. Cfr. art. 116 CE.

³² RIVERO LAMAS, J., y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tramitación (artículo 89)”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1096-1104.

base legal, puede tener una dimensión sindical cuando en la negociación colectiva queda implicado el sindicato, dando lugar a una demanda de amparo ex artículos 7, 28.1 y 53 CE, vinculado al deber legal de negociar (STC 107/2000, de 5 de mayo).

El Tribunal Constitucional ha legitimado la preferencia legal de política del Derecho por el convenio colectivo de eficacia normativa personal generalizada, considerando que es una dirección coherente para buscar una homogeneidad de las condiciones de trabajo y la apuesta por la institución de la mayor representatividad sindical como eje de nuestro sistema de relaciones laborales³³. Con este punto de partida ha afirmado el carácter normativo del convenio estatutario y, no sin cierto exceso verbal, ha hecho referencia al valor “cuasi-público” del convenio colectivo regulado en el Título III del ET; y relegando, además, al convenio colectivo de eficacia limitada al campo de la regulación del Derecho común de la contratación (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, f.j.4, 171/1989, de 19 de octubre, f.j. 2, 119/2002, de 20 de mayo, f.j. 6, 27/2004, de 4 de marzo, f.j.4, 280/2006, de 9 de octubre, f.j.5, 36/2011, de 28 de marzo, f.j.2, 112/2017, de 16 de octubre, f.j. 4), lo cual ha permitido legitimar, a su vez, que el empresario pueda modificarlo unilateralmente a través del art.41 del ET; admisibilidad que es, sin embargo, de muy dudosa constitucionalidad, toda vez que la garantía mínima de cualquier convenio colectivo ex art. 37.1 CE es (más allá de que se esté o no de acuerdo con la garantía constitucional de la fuerza normativa de todo convenio colectivo) precisamente la garantía de eficacia directa e inmediata y la indisponibilidad unilateral por parte de los sujetos pactantes y de sus destinatarios. De lo contrario no tendría ningún sentido la garantía constitucional de la eficacia de todo convenio colectivo (y que no es capaz de garantizar sin más el derecho privado común de la contratación) y desde luego sería contraria al contenido esencial del derecho y a la cultura jurídica del derecho constitucional a la negociación colectiva. Los convenios de eficacia limitada “extraestatutarios” están amparados por la garantía constitucional ex art. 37.1 CE, en relación con los artículos 7 y 28.1 de la Norma Fundamental, que acoge el derecho a la negociación colectiva y la eficacia jurídica de todos los convenios “sin adjetivos” como parte del contenido esencial de la libertad sindical³⁴. El contenido esencial del derecho de libertad sindical comprende instrumentos lícitos de acción colectiva³⁵. Para este tipo de convenio ordinario de eficacia limitada (“extraestatutario”) debe presuponerse también lo que es la garantía mínimamente deducible del art. 37.1 CE y sin la cual queda desnaturalizado el convenio colectivo, es decir, su eficacia inmediata y directa (sin necesidad del reclamo de la teoría de la interiorización en los contratos individuales) y su carácter inderogable unilateralmente por parte de sus destinatarios (véase SSTC 108/1989, de 8 de junio, y 121/2001, de 4 de junio). Pese a ello, en la STC 8/2015, se declara la constitucionalidad del poder unilateral del empresario para modificar el contenido de los convenios colectivos de eficacia limitada “extraestatutarios”. La jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria consideran que los llamados convenios “extraestatutarios” tienen una naturaleza contractual, aunque pueden ser objeto de registro y depósito³⁶.

³³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La mayor representatividad sindical como eje del sistema de relaciones laborales en España (I y II)”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16 y 17 (2016), págs. 110-143, y págs. 14-31, respectivamente. Sobre la institución de la mayor representatividad sindical, véase, ampliamente, GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales más representativas*, Madrid, MTSS, 1987; NAVARRO NIETO, F.: *La representatividad sindical*, Madrid, MTSS, 1993.

³⁴ Este conjunto de disposiciones, artículos 7, 28, 37 -en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 CE-, forman un bloque de constitucionalidad regulador *teleológicamente unitario* de la libertades colectivas/sindicales, a pesar de que el constituyente optó - críticamente- por separar en artículos dispersos lo que en rigor constituye un bloque de constitucionalidad cuando se trata de derechos de libertad colectiva/sindical íntimamente vinculados y entrelazados en sus respectivos contenidos esenciales.

³⁵ SSTC 107/2000, de 5 de mayo, 308/2000, de 18 de diciembre, 121/2001, de 4 de junio, 198/2004, de 15 de noviembre, entre otras.

³⁶ Disposición adicional 2ª (“Depósito de convenios y acuerdos de eficacia limitada y acuerdos de empresa”) del Real Decreto 713/2010, de 18 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo,

El desarrollo de las previsiones constitucionales a través del Estatuto de los Trabajadores (artículos 37.1 y 35 CE), no agota dichas previsiones -el alcance de las mismas- porque se limita a garantizar un modelo normativo de negociación colectiva extraordinario, esto es, de fuerza normativa y eficacia personal generalizada (“*erga omnes*”), eficacia extraordinaria que es aplicable a la regulación normativa del convenio, pero no a las cláusulas obligacionales en sentido estricto, pues éstas tan sólo vinculan a los sujetos negociadores) en todo su ámbito de aplicación (de manera que someten a imperio de sus normas a los trabajadores y empresarios a los que deben ser aplicados por ser sus destinatarios), dejando fuera, señaladamente, a los convenios de eficacia jurídica limitada a los sujetos negociadores y a los trabajadores y empresarios directamente representados en la negociación, es decir, los llamados convenios de eficacia limitada ordinarios y extraestatutarios en tanto que no regulados por el ET, aunque aludidos indirectamente por él (art. 82.3 in fine del ET)³⁷.

El modelo legal estatutario ha venido siendo objeto de reformas legislativas, algunas de las cuales han supuesto una redefinición significativa de sus piezas maestras originarias (o rasgos constitutivos) que presidieron su primera versión en el momento de su aprobación en 1980. Sin embargo, dos grandes reformas incidieron en la fisonomía del modelo legal, y por extensión de manera muy relevante respecto a la conformación jurídica del Título III del ET. Estas reformas no son otras que la reforma de 1994 (a la que le siguieron varias parciales, intermedias por así decir, como las de 2010 y 2011) y la reforma de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reformas del mercado laboral (una nueva vuelta de tuerca en ese sentido flexibilizador, pero añadiendo “ex novo” elementos de intervención reguladora autoritaria sobre la negociación colectiva), que consolidaron

a cuyo tenor: “cuando se solicite el depósito de convenios o acuerdos colectivos de eficacia limitada o acuerdos de empresa no incluidos en el art. 2.1.h) de este real decreto en los registros de las autoridades laborales, deberá remitirse por medios electrónicos el texto del mismo, así como cumplimentar los datos estadísticos e identificativos que figuran en los anexos 1 y 2...”

³⁷ Según se ha dicho múltiples veces en este capítulo, y conforme al art. 82.3 ET, «los convenios regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». El convenio se aplica de manera inmediata y directa y despliega su fuerza inderogable en las relaciones individuales de trabajo, estando prohibida también una desvinculación plural o «en masa» (principio de inderogabilidad singular del convenio colectivo), por entrar en contradicción con el carácter vinculante del convenio colectivo (art. 37.1 CE y 82.3 ET). La inderogabilidad que le es connatural es la inderogabilidad «*in peius*», pero no impide la mejora de sus condiciones a través de la autonomía contractual individual, en el bien entendido de que un contrato de mejora no lo deroga sino que mejorando realiza su finalidad, al constituirse el convenio en ordenación convencional mínima imperativa en su ámbito de aplicación. Por el contrario -y con excepción normalizada-, el mismo ET permite la inaplicación colectiva (“derogabilidad singular colectiva”, pues el convenio colectivo objeto de inaplicación queda vigente para su ámbito de aplicación “minorado”, por así decir) del convenio colectivo «*erga omnes*», a través de los procedimientos de inaplicación del mismo (con mayor flexibilidad operativa) (art. 82.3 y 84 del ET). Este tipo legal de convenio es, por consiguiente, de eficacia normativa y personal generalizada dentro de su ámbito de aplicación (STC 105/1992). Llama la atención el hecho de que en los países europeos predomina, por el contrario, el convenio ordinario o de eficacia normativa y personal limitada. El TC ha considerado legítima dicha opción de política legislativa, con indicación de que el criterio de selección de los sindicatos negociadores no es arbitrario, ni lesivo de la libertad sindical de los demás sindicatos, y que todo sindicato por el hecho de serlo tiene el derecho a negociar un convenio de eficacia limitada al margen del sistema normativo del ET, porque el derecho a la negociación colectiva forma parte, recuérdese, del contenido esencial de la libertad sindical (SSTC 12/1983; 98/1985). Y, en efecto, el ET da entrada a otras formas de negociación colectiva no reguladas expresamente en el mismo (arts. 82.3 y 90.1 ET), haciendo posible la realización práctica de la garantía constitucional abierta contenida en el art. 37.1 CE. Véase GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV.AA.: *Constitución y Derecho del Trabajo*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 1992; GARCÍA BLASCO, J.: “La jurisprudencia constitucional relativa al derecho de negociación colectiva”, en *Temas Laborales*, núm. 76 (2004); SALA FRANCO, T.: *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, IES, 1981; SALA FRANCO, T.: “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en SALA, T., PÉREZ DE LOS COBOS, F., y GOERLICH, J.M.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, ACARL, 1989; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Los convenios colectivos extraestatutarios”, Ponencia en VV.AA.: *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Murcia, 17 y 18 de mayo de 2002, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; LAHERA FORTEZA, J.: “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, en MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. Dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Cizur Menor (Navarra), TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

un más flexible modelo normativo de negociación colectiva y de eficacia jurídica del convenio colectivo estatutario. La reforma de 2012 (RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado, convalidada con algunas modificaciones por la Ley 3/2012)³⁸, debilitó a la figura jurídica del convenio colectivo sectorial de fuerza normativa y eficacia personal generalizada; y supuso una intromisión estatal en espacios antes reservados a la negociación colectiva (reténgase la regulación del principio de primacía legal indisponible del convenio colectivo de empresa sobre los convenios de ámbito superior -sectoriales o supraempresariales), y sin necesidad de alegar un justificado motivo (a diferencia de los acuerdos colectivos de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo); la regulación imperativa de derecho necesario absoluto de la ultraactividad de los convenios colectivos, etcétera. Al tiempo, se trató de mermar el poder sindical, aumentar la flexibilidad laboral, reducir los costes laborales, y potenciar la negociación colectiva de empresa al servicio de “sus” necesidades de funcionamiento bajo una lógica de mercado, dejando en segundo plano la lógica social de los ajustes y reestructuraciones organizacionales (ahí están las reformas que se emprendieron en relación a la inaplicación de convenios colectivos estatutarios, la preferencia aplicativa del convenio de empresa respecto al convenio sectorial o supraempresarial en materias de enorme relevancia y la regulación de la ultraactividad convencional; artículos, 82.3, 84. 2 y 85.3 del ET, en la versión dada por la reforma de 2012).

El Tribunal Constitucional pudo legitimar sin tacha de inconstitucionalidad las medidas restrictivas del derecho a la negociación colectiva con base a la facultad del legislador para tomar en consideración otros derechos y bienes protegidos; y lo hace partiendo de la consideración de que el derecho a la negociación colectiva es un derecho de estricta o esencialmente configuración legal, con ignorancia del contenido esencial deducible de la garantía multinivel de los derechos fundamentales (STC 119/1914, de 16 de julio y 8/2015). Y precisamente el Tribunal Constitucional tendría que atender a si efectivamente se garantiza la efectividad de la negociación colectiva por la ley y si esta regulación del derecho ha respetado el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva (art. 53.1 CE). Esto determinaba en la práctica que el derecho a la negociación colectiva es un derecho *vacío* de contenido esencial y sin virtualidad relevante pues su garantía la encuentra exclusiva o esencialmente en la legislación ordinaria del derecho del art. 37.1 CE. De derecho “esencialmente de configuración legal” habla explícitamente la STC 8/2015, fj. 2.e) y 10.a). Así una tras otra se legitima la libertad de configuración del legislador intervencionista para introducir todas las limitaciones del derecho a la negociación colectiva que estableciera la Ley 3/2012.

El resultado de estas dos grandes reformas (que, reténgase que fueron acompañadas por un conjunto muy amplio de reformas concretas de más reducido alcance) fue lo que la doctrina denominó el “Nuevo Derecho Flexible del Trabajo”³⁹, como cambio de paradigma decididamente orientado hacia la flexibilidad laboral en un sentido liberalizador, cuya vuelta de tuerca se realizaba a través del concepto de “flexiseguridad”; noción que ha dado lugar a un gran debate doctrinal distinguiendo entre “flexiseguridad neoliberal” (que avanza hacia la “constitución flexible del trabajo”, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo)⁴⁰ y “flexibilidad garantista”

³⁸ Un estudio completo, en MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

³⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

⁴⁰ Exponente nítido de esta última es la explícita finalidad perseguida por el legislador de la reforma laboral efectuada a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio (antes RDL 3/2012), en cuya Exposición de Motivos, tras afirmar que “el objetivo es la flexiseguridad” (apartado II), señala que “en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula

(que se corresponde con la “constitución del trabajo garantista”; esto es, el Derecho del Trabajo garantista propio del constitucionalismo social). La constitución flexible del trabajo es la idea-fuerza que impregnó las dos grandes reformas de la negociación colectiva de 1994 y 2012 (que, como se ha indicado, dan una vuelta de tuerca sobre los parámetros flexibilizadores de 1994, que, pese a todo, eran más respetuosos -aunque problemáticos- con el principio de autonomía colectiva negociada), mediando entre ellas la reforma del RDL 7/2011, en la dirección flexibilizadora que culminaría en el RDL 3/2012 y su convalidación y consolidación en la Ley 3/2012. En este modelo normativo el intervencionismo se hace más penetrante y limitador de los espacios de autodecisión autónoma colectiva. Se aduce la rigidez de la regulación y la falta de dinamismo de la negociación colectiva para actualizar sus contenidos y afrontar -se expresaba- las peculiaridades de la empresa. Por ello se apostaba por una mayor “empresarización” de las relaciones laborales a través tanto de la ley como de la negociación colectiva como elemento descentralizador y de potenciación de la flexibilidad interna (que supone una flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo; se trate de una flexibilidad interna impuesta unilateralmente o establecida con carácter colectivamente negociado) y de “creación” de empleo (porque se parte de la premisa - nunca verificada científicamente- de que existía una pretendida rigidez en el marco institucional que conducía manifiestamente al declive de las tasas de empleo).

Se puede explicar que una reforma limitadora -y no sólo racionalizadora y de fomento- de la negociación colectiva fuera contestada por los interlocutores sociales y que, en consecuencia, no se tratase de una “legislación (pre)negociada” (que constituye una de las expresiones típicas de la concertación social, como intercambio de política del Derecho entre el Gobierno y los interlocutores sociales). Era necesario “intervenir” en el sistema de negociación colectiva a través de una reforma limitadora de sus espacios de autonomía para alcanzar los objetivos de las políticas liberalizadoras y precarizadoras del mercado de trabajo que, en la perspectiva de política del Derecho, eran consideradas necesarias para el buen funcionamiento de los mercados y la mejora de la competitividad de las empresas. Enfoque flexibilizador contrario no sólo al principio de autonomía colectiva, sino también al principio de trabajo “decente” o “digno” de la persona que trabaja: pues es verificable que estas reformas no mejoraron los niveles de empleo, pero sí incrementaron la inseguridad y la precariedad laboral; aparte de que propiciaran una visible lucha empresarial por la competitividad basada en la reducción de costes del trabajo y la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector de actividad.

Más allá de los aspectos decididamente negativos del modelo resultante de estas dos grandes reformas legislativas flexibilizadoras (y en parte liberalizadoras), cabe destacar el aspecto positivo de apertura del modelo normativo hacia un carácter de negociación colectiva *más dinámica*, sobre todo porque en cualquier momento se puede renegociar el convenio colectivo y es posible aprobar Acuerdos de Empresa en materia de descuelgue o inaplicación de cláusulas del convenio colectivo vigente de que se trate para atender a las circunstancias específicas sobrevenidas de la empresa⁴¹.

El Tribunal Constitucional no siempre ha estado a la altura en el enjuiciamiento de las reformas legales de la negociación colectiva, siendo especialmente significativos sus

el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. *Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa*” (apartado IV). La unilateralidad de este planteamiento reconduce la negociación colectiva desde un instrumento autónomo de equilibrio entre los intereses implicados, a un instrumento al servicio de las necesidades de funcionamiento de las empresas. Este no es precisamente el modelo del garantismo jurídico de la negociación colectiva.

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.; *Ibid.*, “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucio-

pronunciamientos sobre aspectos cruciales de la reforma de 2012 (SSTC 119/2014, de 16 de julio). La jurisprudencia establecida se aparta, a menudo, de la ya consolidada anteriormente con reiteración por el Alto Tribunal. Esta doctrina está marcada por un factor de coyunturalidad (en ese momento, el crack de 2008 y su impacto en el orden económico y social), como en el fondo lo está siempre, ya que el Tribunal Constitucional se mueve en las tierras movedizas de circunstancias cambiantes que pueden condicionar sus pronunciamientos atendiendo a los juicios de valor y a las interpretaciones teleológicas que adopte en cada momento; y, como es obvio, a la legislación que pueda dictarse tanto en el derecho de la emergencia como en el derecho de la normalidad político jurídica. Es la incidencia del “momento o realidad constitucional” lo que puede hacer modular la doctrina del Alto Tribunal. Conviene recordar que cualquier limitación de los derechos fundamentales exige un justificado motivo y que no haya ningún otro cauce razonable para alcanzar los fines pretendidos por el legislador y cuya razonabilidad deberá enjuiciar el propio Alto Tribunal. En cualquier caso, las medidas restrictivas o limitativas del derecho a la negociación colectiva se normalizaron no sólo con el transcurso del tiempo post-crisis, sino también con la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en el año 2015.

La STC Pleno 8/2015, de 22 de enero de 2015 (Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), no se limita a afirmar que el derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE es un derecho de estricta configuración legal (ignorando los límites que impone al legislador ordinario el “contenido esencial del derecho” ex art. 53.1 CE), sino que justifica las limitaciones al derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos con base a una canon interpretativo que hace prevalecer las razones económicas (vinculadas a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) sobre este derecho fundamental y otros derechos sociales constitucional e internacionalmente garantizados⁴². Al no existir condicionamientos fuertes del modelo relativamente abierto de negociación colectiva (absolutamente abierto no puede ser en pura lógica jurídica, toda vez que hay una zona resistente frente al legislador ordinario representada por el “contenido esencial del derecho” a la negociación colectiva ex art. 53.1 CE), se degrada el derecho fundamental de negociación colectiva frente al derecho constitucional de libertad de empresa ex art. 38 CE, lo cual resulta en verdad paradójico, porque está ubicado sistemáticamente en la misma sección que el derecho fundamental a la negociación colectiva (Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución). Y ello a pesar del mandato explícito que se establece imperativamente al legislador en el

nal: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; OJEDA AVILÉS, A.: “Los acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva”, en VV.AA.: “Los Acuerdos de Empresa en la estructura de la negociación colectiva”, en OJEDA AVILÉS, A. (Coord.): *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, CES, 1998; GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2006; SAEZ LARA, C.: “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales* n° 140 (2017); FABREGAS MONFORT, F.: “El descuelgue del convenio colectivo como medida de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (Dir.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G., y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2022. En un enfoque de conjunto, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Civitas, 1999; ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, CES, 2000; MERINO SEGOVIA, A.: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid, Ed. La Ley, 2001.

⁴² Véase el Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré a la STC Pleno 8/2015, de 22 de enero de 2015.

sentido de que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)” de la norma fundamental. Esto es, mediante el control de la constitucionalidad de las leyes⁴³.

En esta sentencia se afirma (partiendo del derecho fundamental a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) que la constitución económica se hace prevalecer sobre la constitución sociolaboral, de manera que lo que procede es la subordinación de ésta en caso de conflicto entre las mismas, es decir, entre sus respectivas racionalidades. La interpretación última del TC conlleva una des-sustancialización del derecho fundamental a la negociación colectiva como derecho de libertad y autonomía, pues decididamente, lleva a cabo dos operaciones jurídicas entrelazadas: primero devaluar el derecho a la negociación colectiva declarando que es de estricta y esencialmente de configuración legal, por un lado, y por otro, afirmando, en todo caso, que este derecho debería decaer paradójicamente ante el derecho de libertad de empresa (que al parecer sí sería un derecho constitucional fundamental dotado de un contenido esencial que se impone con fuerza vinculante bilateral, y ante todo, al derecho a la negociación colectiva). Tras ello subyace la preferencia de la constitución económica (una de cuyas piezas nucleares es significativamente la libertad de empresa) sobre el grupo normativo que diseña la constitución social.

Importa destacar que el derecho a la negociación colectiva forma parte inseparable del bloque de constitucionalidad regulador de los derechos colectivos/sindicales (artículos 7, 28, 37, 103, 129, 131, etcétera, de la CE). La libertad sindical constituye un *derecho fundamental fuente*; un derecho complejo dotado de apertura hacia otros derechos fundamentales que forman parte de su contenido esencial⁴⁴. Ello permitió afirmar que el legislador ostenta un poder activo en la garantía, concreción y desarrollo del derecho (SSTC 73/1984, 80/2000). La orientación disgregadora entre libertad sindical y negociación no se corresponde con la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE). Sin embargo, paulatinamente el Tribunal Constitucional ha acentuado la consideración del derecho de negociación colectiva como un “derecho esencialmente de configuración legal” (STC 85/2001, 8/2015).

La referida conexión entre libertad sindical y negociación colectiva lejos de minorar su relevancia, lo que hace es realzarla, porque es una de las armas de las que disponen constitucionalmente los sindicatos (junto con las asociaciones empresariales) como instituciones básicas del sistema de democracia constitucional pluralista (art. 7 CE). De manera que las vicisitudes de cada uno de estos tres grandes derechos fundamentales de libertad colectiva/sindical (libertad sindical, derecho de huelga y derecho de negociación colectiva) inciden inmediatamente sobre los demás al conformar un bloque de libertades públicas indisolubles que se necesitan mutuamente y que se encuentran en constante interrelación, interdependencia y comunicabilidad, partiendo ya de sus respectivos “contenidos esenciales” (art. 53.1 CE). El Derecho estatal reflexivo y el Derecho social

⁴³ Teniendo en cuenta la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE) y el art. 10.2 CE, conviene no olvidar el cambio de paradigma en el Derecho constitucional. “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta” [la Constitución como norma fundamental del ordenamiento]. Cfr. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pág.40.

⁴⁴ Los grandes pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal convinieron en considerar que la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, no obstante, su respectiva autonomía jurídica y funcional, son teológicamente derechos inseparables y que permiten argumentar que la negociación forma parte del núcleo intangible de la libertad sindical. Así, SSTC 4/1983, f.j.4,73/1984, f.j.1, 58/1985, f.j.3, entre otras muchas posteriores. Resulta harto significativa la conexión -que no se agota en sí misma- entre negociación colectiva y huelga ex art. 6 de la Carta Social Europea (tanto en su versión originaria de 1961 como en la versión revisada y ampliada de 1996); y el art. 4 del Convenio OIT, núm. 98, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva.

de autonomía constituyen, dentro de la dinámica del conflicto laboral institucionalizado, una expresión jurídica de la *interconexión sistémica relacional* de aquellos dos derechos de libertad.

En una reflexión de conjunto, se puede decir que la autonomía colectiva se consagra en la Constitución en toda su plenitud, es decir, como cauce *comunicativo y deliberativo* de interlocución, punto de encuentro y diálogo social bilateral entre los interlocutores sociales (o, si se quiere, entre los respectivos representantes de los trabajadores y empresarios, en los términos utilizados en el art. 37.1 CE). Pero también se garantiza como fuente de producción de normas y reglas jurídicas paccionadas que regulan las condiciones de trabajo y las relaciones existentes entre los sindicatos y las asociaciones empresariales (situándola, en esta dimensión, en el campo de las fuentes de producción y de las fuentes jurídico-positivas). En ambas dimensiones sobresale la idea de una autonomía colectiva concebida (captando tipológicamente la realidad preexistente de un fenómeno social) como un fenómeno comunicativo y de autorregulación de intereses colectivos, que se diferencia de la autonomía individual privada de autorreglamentación contractual de intereses propios y también de la heterorregulación a través de la legislación públicamente actuada. En este marco la negociación colectiva (autonomía colectiva en sentido dinámico, es decir en la lógica de la acción colectiva) aparece (ya desde el mismo art. 37.1 CE, en relación con los artículos 7 y 10.2 CE) como un instrumento fundamental de ordenación del sistema de relaciones laborales, situado en la dialéctica entre el conflicto presupuesto y su institucionalización.

La autonomía colectiva, implica aquí, por decirlo, con Santi Romano, en el significado más amplio y genérico, toda posibilidad de autodeterminación y, en consecuencia, las capacidades activas, los derechos subjetivos. En un significado más técnico y específico, supone, subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico, y, objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entidades se constituyen por sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros. Implica un despliegue comunicativo e institucional (ordinamental), y no limitándose a establecer normas jurídicas. La autonomía colectiva es en la terminología de la OIT un método o procedimiento de negociación que permite establecer relaciones de diálogo y de intercambio de pareceres entre los interlocutores sociales⁴⁵, pero también de reglas y decisiones que permiten estructurar sus relaciones colectivas y las normas convencionales reguladoras de condiciones de trabajo por las que se han de regir las relaciones individuales de trabajo.

Es criticable la posición según la cual, mirados desde el punto de vista de un determinado ordenamiento, por ejemplo, el estatal, todos los demás ordenamientos no tendrían, desde ese punto de vista, el carácter de juridicidad -que realmente tienen-, sino que tendrían, desde ese punto de vista interno, el valor de meros hechos. Ello daría a entender la premisa previa de que todo ordenamiento considere jurídico (por ejemplo, el estatal) tan solo a sí mismo. Por ello se puede hablar de normas públicas y de normas privadas. Santi Romano precisó que de los convenios colectivos surgen normas que establecen derechos y deberes subjetivos, y que cuando estas normas no se encuentran

⁴⁵ Significativamente el art. 155.1 TFUE expresa que “El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos”. Sitúa en primer plano la acción comunicativa entre los interlocutores sociales y la atribución de un poder jurídico de textura abierta. Por su parte, el art.152 dispone que “La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social”. Cfr. Artículos 153.3, 154.1. “La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado...”.

en las leyes del Estado, esto es, cuando éste no hace más que atribuir en general eficacia a la autonomía privada colectiva, no puede ella entonces más que dotarse de instrumentos jurídicos que, antes de ser fuentes de derecho subjetivo, son fuentes de normas de derecho objetivo. Así cuando se habla de normas jurídicas, se acota la expresión aludiendo a “normas jurídicas públicas”, es decir, a las leyes en sentido material, que emanan de sujetos de derecho público; ello sólo quiere decir que aquellas palabras han asumido, por antonomasia, un significado más restringido que el que de lo contrario tendrían y que es siempre legítimo atribuirles, con tal de que se distinga entre una norma y otra (normas jurídicas públicas y normas jurídicas privadas) y sería exorbitante inferir de ello, como con frecuencia se hace, la exclusión de ciertos instrumentos de derecho privado de las categorías de las normas. De este modo la autonomía privada -una de cuyas expresiones cualificadas constitucionalmente es la autonomía colectiva que se expresa jurídicamente en los convenios colectivos- es manifestación de esa concepción de autonomía entendida como capacidad de darse un ordenamiento jurídico propio. Ese carácter de la autonomía se localiza no sólo en la voluntad de sus artífices, sino ante todo en el hecho normativo objetivo de la formación de un ordenamiento que tenga ciertos requisitos de independencia y al mismo tiempo de dependencia, es decir, de limitada independencia, de otro ordenamiento. El Estado -lejos del positivismo legalista- no es el principio y fin de toda la vida social y jurídica; y admitir lo contrario supone renunciar a comprender muchos fenómenos de normatividad jurídica realmente existentes⁴⁶.

En esa perspectiva la autonomía colectiva no puede contemplarse desde un positivismo legalista (que ni siquiera es el defendido por el mismo Hans Kelsen, cuyo positivismo es mucho más abierto que otras formas de positivismo petrificado), el cual conduce a una visión estatista y formalista del fenómeno jurídico que no permite vislumbrar que en los ordenamientos jurídicos construidos desde las Constituciones contemporáneas (como normas fundacionales de los ordenamientos jurídicos) existen fuentes de ordenación jurídica extraestatales (“extralegislativas”) a nivel interno y a nivel internacional. Y que la existencia de una sociedad pluralista conlleva, de suyo, el reconocimiento de la realidad existencial de un pluralismo social y jurídico que está realmente en la vida social del Derecho. El positivismo legalista desemboca en un monismo jurídico estatista, que es refractario a los postulados de una sociedad abierta y pluralista, pero tanto más en sociedades complejas como las actuales donde la pluralidad de los ordenamientos preside el entramado de las reglas jurídicas. Lo cual ha supuesto también, entre otras cosas, una revolución en la percepción y conformación de las fuentes de producción jurídica. En otras palabras: la autonomía colectiva aparece como fenómeno originario de juridicidad extraestatal (que presupone la existencia de normas jurídicas extraestatales con efectividad real) y eso es lo que reconoce -pero no crea- la Constitución, que, eso sí, aparte de ello, obliga al legislador infraconstitucional a que garantice y promueva la efectividad *a través de la legislación estatal* de su ejercicio y la fuerza vinculante de los convenios colectivos que constituyen la fuente típica de expresión formal de un poder sustancialmente normativo, aunque no se agote, desde luego, en esa función, pues se trata de un vehículo de acción comunicativa.

En este sentido la autonomía colectiva, garantizada por la Constitución, es reforzada por una legislación de fomento y apoyo, que comprende las garantías del derecho a la negociación y la eficacia vinculante de los convenios colectivos que nacen de ese poder de autorregulación colectiva bilateral. Pero el convenio colectivo no por ello tiene que perder su condición de *normación pactada*, y por tanto no puede resolverse en una suerte

⁴⁶ ROMANO, S.: “Autonomía”, y “Realidad jurídica”, en ROMANO, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 15-35, y págs. 259-277, respectivamente.

de asimilación/absorción en el ordenamiento estatal y al servicio de los fines del Estado, como si fuera una norma suya, de origen y dinámica estatal, porque esa asimilación desconocería y socavaría el propio reconocimiento, con todas sus consecuencias legítimas, del derecho fundamental a la autonomía colectiva y el obligado respeto legal a su *proprio* “contenido esencial” (art. 53.1 CE, en relación con el bloque constitucional formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental; y repárese que el art. 53, apartados 1, 2 y 3, de la Constitución se inserta en un Capítulo IV del Título I, que lleva la rúbrica “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, utilizando, así, una noción constitucional amplia de “fundamentalidad” de todos los derechos comprendidos en el Título II de la Norma Fundamental, en análoga dirección plasmada en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con rango de Tratado Europeo ex art. 6.1 TUE)⁴⁷. Esa concepción amplia de “fundamentalidad” se ha de conectar, de suyo, con el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos de la persona, cuyo eje es la garantía de la dignidad humana.

De ese contenido esencial se infiere, primeramente, que estamos ante un típico derecho de autonomía y de libertad colectiva compartida o conjunta con capacidad de actuación y autodeterminación de los sujetos colectivos, y que ese reconocimiento ex art. 37.1 CE no se limita a reconocer la dimensión normativa que la materializa como fuente de normas paccionadas. Tampoco la legislación estatal debe limitarse a eso, pues tiene que garantizar las condiciones adecuadas para la efectividad de este derecho de autonomía colectiva y, también, por supuesto, la garantía de la eficacia vinculante del convenio. La actividad desplegada por la negociación colectiva durante la vida del convenio colectivo no queda difuminada por la garantía legal del derecho y de la fuerza vinculante del convenio: ese carácter pactado del convenio no desaparece durante la vigencia del convenio cual si fuera integrada dentro del ordenamiento estatal, tanto más si éste puede ser renegociado y revisado dinámicamente, en un continuum donde el convenio como acto es objeto de renegociación, pues el derecho a la negociación colectiva no queda entre paréntesis, como un derecho de autonomía estático. Esta lógica absorbente de completa estatalización del convenio no se puede deducir necesariamente de la garantía constitucional ex art. 37.1 CE, que dice lo que dice y nada más; pero podría inferirse en cierta medida del desarrollo legal “reglamentista” de las previsiones constitucionales en el Título III del ET, donde se opta por los convenios de fuerza normativa y eficacia general, que presupone una delimitación y control de la mayor representatividad sindical y una intervención penetrante del legislador desde la configuración y la legitimación hasta la conclusión, pasando por todo un procedimiento preñado como condición de validez del convenio.

Aun así, y pese a todo, la subsistencia dinámica de la autonomía colectiva (v.gr., art. 86.1 ET⁴⁸, cláusulas de descuelgue y preferencia aplicativa a través de los artículos 82.2 y 84.2 ET⁴⁹); por no hablar de la posibilidad, siempre presente, de negociar Acuerdos

⁴⁷ Explicación del Praesidium de la Convención relativa a la Explicación relativa al artículo 28 (Derecho de negociación y de acción colectiva): Este artículo se basa en el art. 6 de la Carta Social Europea revisada de 1996, así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el art. 11 del CEDH. En lo referente a los niveles adecuados en los que puede tener lugar la negociación colectiva, véanse las explicaciones dadas en relación con el artículo anterior... Explicación relativa al anterior art. 27 (derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa): Este artículo figura en la Carta Social Europea revisada (art. 21) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 17 y 18). Se aplica en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por los Derechos nacionales. La referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el Derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea. El acervo de la Unión en este ámbito es importante: artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea...”

⁴⁸ El art. 86.1, párrafo 2º, ET establece que durante la duración -vigencia- del convenio colectivo, los sujetos legitimados conforme a los artículos 87 y 88 ET podrán negociar su revisión, por lo que la ley del ET opta por fomentar un proceso de negociación continua, sin tener que esperar a que termine la vigencia inicialmente pactada del convenio.

⁴⁹ Recuérdese, asimismo, que conforme al art. 41.6 ET, “La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3” ET.

Marcos Interconfederales y Acuerdos monográficos sobre materiales concretas, por el cauce estatutario previsto en el art. 83 ET) y la dimensión obligacional del convenio (art. 82.2 ET, art. 85.1 E; art. 86.3 ET, a propósito de la regulación de la ultraactividad del convenio) se reflejan en la propia regulación legal del Título III del ET. Aparte del proceso de negociación colectiva inherente en los periodos de consulta negociación colectiva que pueden concluir con la formalización de un acuerdo de reestructuración productiva (artículos 40.2º, 41.4º, 44.4º y 9º, 47.1º y 2º, 51, etcétera)⁵⁰. Este tipo de acuerdos de reestructuración ha contribuido, sin duda, a propiciar un dinamismo de la negociación colectiva. Por lo demás, las reformas legislativas desde 1994 en adelante han conducido a instaurar un Derecho flexible del trabajo, que han introducido esas posibilidades de renegociación, revisión, descuelgue e inaplicación, y que también han promovido unas funciones gestionales del convenio y facultades dispositivas respecto de contenidos reguladores de convenios colectivos vigentes atribuidas a los convenios de empresa. Se refuerza la idea del carácter paccionado y la dimensión obligacional del mismo en coherencia con la lógica propia de actuación autorreflexiva de la autonomía colectiva sin cuestionar necesariamente su dimensión normativa, pues el convenio colectivo no deja su función de crear normas y reglas de ordenación de las relaciones laborales; más bien esa dimensión obligacional contribuye a la efectividad del convenio colectivo en su conjunto, como un todo (y reflejaría la idea de que el convenio colectivo no puede dividirse en compartimentos estancos)⁵¹. Todo ello sin incurrir en la ilusión de una pretendida suficiencia de una renovada revalorización del “*laissez faire colectivo*”, como alternativa -ya fracasada en la experiencia de los países de tradición anglosajona-

⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 1997; MUROS POLO, A.: *El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable*, Granada, Universidad de Granada-Tesis Doctoral, 2023. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/83089/100725.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Asimismo, SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; CORREA CARRASCO, M.: “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, en VV. AA: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, A Coruña, Mayo de 2021, Madrid, Ed. MTES, 2021; CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y Acuerdos colectivos de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Trompson/Aranzadi, 1997; FABREGAT MONFORT, F.: “El descuelgue del convenio colectivo como medida de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (Dir.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G., y MARÍN ALONSO, I. (Coords), Granada, Ed. Comares, 2022.

⁵¹ La dimensión obligacional (el que se ha dado en llamar contenido obligacional) hace referencia al conjunto de obligaciones que asumen las partes negociadoras con eficacia jurídica interpartes exclusivamente (sin fuerza de obligar «erga omnes»). Las llamadas cláusulas obligacionales comprenden obligaciones o compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las «Cláusulas de paz», compromisos encaminados a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la constitución de órganos o comisiones «ad hoc» (STS 21.12.1994). El art. 82.2 ET dispone 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. En el convenio colectivo, como un todo, “lo obligacional” y lo “normativo” no son compartimentos estancos, están comunicados pues existen sinergias que los vinculan inexorablemente, aunque en determinados supuestos, como la ultraactividad, pueden disociarse instrumental y cronológicamente (art. 86.3 ET), como también en los periodos de revisión o renegociación (art. 86.1, párrafo 2º, ET y art. 84.3 ET). Estas cláusulas participan de la fuerza vinculante propia del convenio colectivo, aunque limitada a las partes negociadoras que las han concertado. Por consiguiente, su incumplimiento genera un ámbito de responsabilidad civil o patrimonial de la parte perjudicada por el incumplimiento. Por lo demás, pueden utilizarse, en tal caso, las medidas de presión colectiva (huelga y conflicto colectivo). No existe un ámbito de responsabilidad administrativa. Carecen de eficacia prorrogada después de la denuncia del convenio, salvo pacto colectivo en contrario (art. 86.3 ET). Por lo demás, el art. 85.1 ET, no es indiferente a la dimensión obligacional del convenio cuando establece que “Dentro del respeto a las leyes, 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 relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el periodo de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios”.

al necesario papel de la ley no sólo en la garantía indispensable de todos los derechos sociales de “desmercantilización”⁵², sino también en su función garantista y promocional del propio derecho a la negociación colectiva (en el marco del bloque normativo regulador de los derechos colectivos/sindicales).

Y la apertura del sistema español de negociación colectiva hacia un carácter más abierto y dinámico se refleja igualmente, y en todo momento, en la posibilidad de actuación autónoma colectiva al margen del ET, y singularmente -pero no exclusivamente- para negociar convenios colectivos de eficacia limitada (“extraestatutarios”). Es decir, también hay un espacio de libre desenvolvimiento para la autonomía colectiva, incluso al margen del ET como fuente autónoma comunicativa de interlocución y diálogo deliberativo con la posibilidad de llegar a convenios y acuerdos colectivos no insertos en el ordenamiento jurídico estatal (propriadamente se podría hablar de los convenios colectivos extraestatutarios, de eficacia subjetiva limitada, como convenios sindicales “extraestatales”, pero con amparo constitucional ex art. 37.1 CE en relación con los artículos 7 y 28.1 del Texto Constitucional; SSTC 58/1985, 108/1989). Se hace visible que la autonomía colectiva negocial es una realidad preexistente que reconoce y garantiza el art. 37.1 CE y que es capaz de operar más allá de la intervención legislativa de carácter garantista y promocional, que viene exigida por el mandato constitucional ex art. 37.1 ET (“La ley garantizará [...] la fuerza vinculante de los convenios”), pero contando con un cierto margen de opciones de política del Derecho para promoverla y garantizar su ejercicio efectivo y su eficacia jurídica. No obstante, esa garantía legal no tiene por qué impedir o mermar la capacidad creadora y de innovación de los protagonistas titulares del derecho a la negociación colectiva: se acabarán expresando y desarrollando más allá de cualquier encorsetamiento legal al estar en posesión de un derecho de autonomía social (un derecho de libertad colectiva).

Todo esto conduce a la implantación -y asunción por los protagonistas de la negociación colectiva- de un modelo más dinámico de negociación colectiva, no siempre adecuadamente impulsado por el legislador [entre otras cosas porque son pocas las grandes reformas legislativas de la negociación colectiva que han sido prenegociadas con los interlocutores sociales que son sus verdaderos protagonistas; y se han producido intromisiones estatales en el sistema de negociación colectiva a través de típicas normas de Derecho necesario absoluto. Como gran excepción debe destacarse la reforma negociada con los interlocutores cristalizada en el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo]. La cual ha supuesto una modificación significativa -pero no radical- del modelo legal de negociación colectiva, en una dirección superadora de su carácter estático, como ordenación normativa de las relaciones de trabajo para acentuar su carácter dinámico en cuanto instrumento de acción comunicativa entre los interlocutores sociales.

⁵² Para esa conceptualización originaria de los derechos sociales como derechos de “desmercantilización”, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7-46; *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 27 y sigs., y Capítulo II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs.; *Ibid.*, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, Capítulo 4.1 (“Constitución del trabajo y derechos sociales de la ciudadanía”), págs. 39 y sigs.

2. EL IMPACTO DE LAS REFORMAS LABORALES EN EL MODELO LEGAL (SEÑALADAMENTE, RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE). CONTRARREFORMA DE CORRECCIÓN NO DE CAMBIO RADICAL DE MODELO NORMATIVO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En la conformación de estos rasgos del modelo legal de negociación colectiva y de garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (que son la expresión jurídico-formal de los poderes sociales con facultad normativa creadora) hay elementos de continuidad y elementos de renovación. Un hilo conductor desde las reformas de 1994, 1997, 2010, 2011 y 2012 ha sido la dirección flexibilizadora de la negociación colectiva y del modelo estatutario que pivota sobre el convenio colectivo como norma jurídica de eficacia personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. La reforma de 2012, lejos de conllevar -como se afirmaba en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012- una “modernización” de la negociación colectiva (autocalificación técnica pretendidamente aséptica y neutral), supuso un giro autoritario (no necesariamente inconstitucional en todo lo que fue objeto de la reforma legislativa), y generó más problemas y conflictos de los que supuestamente pretendía resolver. Comenzando porque se hizo a contracorriente y rectificando a los propios interlocutores sociales que habían llegado a un acuerdo, lo cual hacía suponer los bloqueos, el aumento de la conflictividad y la judicialización de los conflictos laborales que se iban a producir. Por otra parte, se generó una gran inseguridad sobre el significado y alcance de aspectos nucleares de la reforma. En este extremo quizás el ejemplo más llamativo es el del modelo de regulación de la ultraactividad que en último momento suponía hacer desaparecer la regulación colectiva dejando un vacío gravísimo en la ordenación de las relaciones laborales. Pero, por otra parte, también propició una “devaluación salarial” a través del amplio conjunto de medidas de “intervención dirigista” que fueron adoptadas.

El otro gran paradigma de desestructuración del modelo sindical de negociación colectiva fue el establecimiento del principio de prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa, cuya ordenación se impuso con carácter de norma de derecho necesario absoluto respecto de la autonomía colectiva negocial. Esta medida permitió deliberadamente una devaluación salarial y asimismo una competencia desleal entre las empresas del mismo sector basada en un modelo atomizado de competitividad obtenido por la reducción de costes laborales, disciplinamiento de los trabajadores (este aspecto persuasivo y disuasorio debe ser subrayado) y, por supuesto, la desindicalización, porque en muchos casos esos convenios de empresa no eran negociados por representaciones sindicales (y cuando así lo hacían descubrían que se encontraban en posiciones de desventaja en las relaciones de poder negociador).

Por lo demás, las reformas habían guardado silencio en relación con muchas medidas necesarias para promocionar la negociación colectiva. Y lo que es más grave, las nuevas medidas flexibilizadoras se sumaban a los mecanismos ya establecidos por la reforma de 1994 de debilitamiento de la fuerza conformadora de los convenios colectivos de carácter normativo y eficacia jurídica personal generalizada en todo su ámbito de aplicación (señaladamente acuerdos de empresa de descuelgue e inaplicación de convenios colectivos), bajo el prisma de que estaríamos ante una flexibilidad interna negociada⁵³.

⁵³ El debilitamiento de la fuerza “erga omnes” (eficacia personal generalizada del convenio estatutario) se ha venido produciendo en una cascada o miriada de reformas laborales situadas en esa dirección que ha limitado también las políticas de centralización y de negociación articulada previstas en el art. 83 ET: la reforma de 1994, con su reforma del art. 84 ET, 82 ET, 41 ET y 82 ET, la vuelta de tuerca de la reforma de 2011, con la primacía del convenio de empresa sobre los convenios sectoriales (art. 84.2 ET), y la rectificación parcial o contrarreforma llevada cabo por el RD-ley 32/2021 y otras normas situadas en ese sentido más garantista y de potenciación del protagonismo de la autonomía colectiva negocial.

Aparte de que esto no siempre fue así, muchos de estos acuerdos fueron “concesivos” dada la situación de debilidad de la representación colectiva/sindical de los trabajadores parte de este tipo de negociación colectiva gestional o participativa. Ahora bien, al menos eran Acuerdos ex art. 82.3 ET de reorganización empresarial que tenían una obligada fundamentación causal (causas económicas, técnicas, organizativa y de producción), cuya carga de la prueba incumbe al empleador. A ello se añade que persiste la posibilidad de modificar unilateralmente por el empresario las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios por la vía ya “normalizada” jurídicamente del art. 41 ET (posibilidad permitida originariamente desde la reforma legislativa de 1994).

Se convendrá, como la experiencia lo ha demostrado nítidamente, que la reforma de 2012 supuso un cambio en las relaciones de poder entre los actores sociales, dando una vuelta de tuerca sobre el camino de fortalecimiento de los poderes del empleador; y con ello un *debilitamiento del constitucionalismo de derecho social* en el sistema de relaciones laborales. En otras palabras, se operó lo que realmente se buscaba, a saber: una ruptura de los equilibrios de poder en el mundo del trabajo. Pero también a costa de inseguridades jurídicas y del fomento legal de un modelo de competitividad y de flexibilidad laboral regresiva en cuanto encaminada a la precarización del trabajo y al aumento de la competencia desleal, en detrimento de una competencia y flexibilidad laboral garantista orientada hacia la innovación, la calidad del producto o de los servicios, y a la calidad del empleo (trabajo decente, en la terminología ya instalada de la OIT).

Dando por hecho que era necesario realizar cambios en ese modelo, el Gobierno de coalición antes de la reforma de 2021 proponía un *proyecto avanzado de reforma global* de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Un proyecto no sólo encaminado a revertir la reforma de 2012, sino también a rectificar algunos aspectos negativos del modelo de regulación impuesto por la anterior reforma de 1994. Y no sólo eso, pues no sólo miraba, por así decirlo, al “pasado”, sino hacia el “futuro”, porque desde el año 2012 (y tanto más distante desde el mismo año de la gran reforma flexibilizadora de 1994) se habían producido procesos de cambio especialmente relevantes que afectaban al modelo de regulación laboral y muy señaladamente al papel de la negociación colectiva y a su expresión jurídico-positiva: el convenio colectivo en cuanto norma social pactada sobre condiciones de trabajo y ordenación del sistema de relaciones laborales. Lo cual implicaba que la solución no residía en petrificar el modelo legal vigente, sino en reformarlo.

No sólo se había culminado la tercera revolución industrial, con los procesos de automatización y la crisis del fordismo como modelo de regulación del sistema de relaciones laborales y de interacción entre los tres grandes actores de dicho sistema jurídico e institucional, sino que también se iba abriendo camino a la cuarta revolución 4.0, presidida por la digitalización [inteligencia artificial y robótica] de las relaciones económicas y de las mismas relaciones laborales, sin que el ordenamiento jurídico ofreciera una respuesta completa, sino parcial y dispersa, sobre la incidencia de esa nueva revolución tecnológica-digital operada en las fuerzas productivas, y sobre todo en la esfera del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales genéricos o inespecíficos de las personas que trabajan, fácilmente eludibles y cuestionados ante una “sociedad de la vigilancia” (intensificación de la sociedad del riesgo) y de incremento de los poderes de los empleadores que disponían a placer de las nuevas tecnología digitales sin frenos significativos por parte del ordenamiento jurídico-laboral, siempre con respuestas defensivas y tardías y no ofensivas y de carácter preventivo a través del juego de los principios de responsabilidad y sus manifestaciones en los principios de prevención de riesgos y de precaución (situaciones de incertidumbre).

No cabe ocultar la realidad de que las nuevas tecnologías (ahora las tecnologías digitales) ejercen una cierta fascinación sobre los expertos en Derecho Social; y esto no es necesariamente negativo a condición de que no paralice el modo de pensar y se incurra en los determinismos tecnológicos. En el pasado -todavía reciente- se ha tenido que afrontar la incidencia de una “tercer revolución industrial” (presidida por la etapa de la automatización y de la decadencia de los modos de producción del fordismo) y se ha tenido que dar respuesta a esa incidencia adaptando no sólo el marco proporcionado por la legislación pública, sino también la (auto)ordenación y la dinámica de funcionamiento práctico de los interlocutores sociales en la negociación colectiva y el intercambio sociopolítico que comportan los procesos de concertación social en sus diversas manifestaciones de política del Derecho y de técnica legislativa. Paradigmáticamente, en la lógica de la flexibilidad, se plantea la transición del Estado Social de Derecho a las formas de Estado competitivo o Estado de mercado; mientras tanto, la negociación colectiva se diversifica y tiende a la descentralización hacia la empresa (que tiene que dar respuestas competitivas, pero en la cual preside aún la obsesión de la reducción de los costes sociales). Tanto la legislación pública del Estado Social como los convenios colectivos inciden y corrigen el desarrollo de los mercados. Y los cambios que se operan en los mercados y en las fuerzas productivas (entre las que se encuentran las tecnologías y el capital) exigen esas respuestas autorreflexivas de los tres grandes actores que son protagonistas del sistema de relaciones laborales. El desenvolvimiento de los mercados no está sujeto a variables fijas, sobre ellos pueden incidir los modelos de regulación diseñados por la legislación pública y la autonomía colectiva (y ambas fuentes en coordinación, como acontece con los procesos de intercambio político a través de la concertación social). Estos modelos de regulación no son una variable dependiente de la economía como si esta fuera un factor determinista irresistible y el Derecho sólo sea un pretendido reflejo de esa realidad económica (y de las fuerzas que operan en el mercado como espacio de poder económico), es decir, una simple variable dependiente del orden “espontáneo” del mercado⁵⁴. En el desarrollo histórico inciden todos los protagonistas que detentan los factores base de poder para influir en el sentido de las transformaciones en curso (poderes con fuerza constituyente), mientras tanto se operan cambios en la “cultura jurídica” y en la realidad de la distribución de los poderes de gobierno del sistema de relaciones laborales y la elaboración e interiorización de las nuevas formas de institucionalización de los conflictos y las formas de colaboración, cuyos términos se reformulan con la evolución de los hechos del acontecer histórico. Y en ello operan los diversos canales de producción jurídica, legislación pública y convenios colectivos.

Entre las opciones de política del Derecho, la reforma de 2021 optó, sin embargo, por una reforma parcial, eludiendo una derogación total -o más amplia- de la ordenación legal que instituyó la Ley 3/2012. Esta prudente decisión -cuando se tenía la posibilidad de política del Derecho de llevar a cabo una reforma más incisiva unilateralmente⁵⁵-, se comprende y explica por la opción de política legislativa de primar el dialogo y la concertación social en un momento de crisis generalizada. Pero, además, esa reforma

⁵⁴ Esa concepción del orden espontáneo es la mantenida por HAYEK, F.: *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 4ª ed., 1982; *Ibid.*, *Derecho, Legislación y Libertad*, 3 volúmenes, Madrid, Unión Editorial, 1982-1988; *Ibid.*, *Camino de Servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 1978. Al respecto, WAPSHOTT, N.: *Keynes vs Hayek. El choque que definió la economía moderna*, trad. A. García, Barcelona, Deusto, 2013. Una crítica a esa concepción y a su rechazo a la noción de “justicia social” y sus presupuestos, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., págs. 66 y sigs., destacando que en la filosofía neoliberal de Hayek la misma idea de “justicia social” supone una destrucción del carácter supuestamente espontáneo del mercado, de manera que la “justicia social” entraría en contradicción con la libertad y con la “Constitución del Estado Liberal” (*Ibid.*, pág. 67); *Ibid.*, “Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo. *Jan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (20-21), (2011). <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.2165>.

⁵⁵ Destacar que ciertamente, en fecha reciente, este objetivo más ambicioso se está retomando con la propuesta gubernamental de construir un Nuevo Estatuto de los Trabajadores.

negociada había sido comprometida con la Unión Europea a través del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia. Efectivamente, *el “componente 23” recoge como una de las prioridades la modernización de la negociación colectiva*⁵⁶: Este Componente 23 propone la modernización de marco legal de la negociación colectiva. Como se percibe, visiblemente, en la reforma operada por el RDL 32/2021 se incide en la materialización de algunos de estos objetivos propuestos y aceptados por la Unión Europea. La idea de modernización de la negociación colectiva en el marco de esta última reforma tiene un significado más transaccional entre la justicia social y la racionalización instrumental finalista que subyace a las empresas bajo condiciones capitalistas de organización de la sociedad de mercado⁵⁷, por un lado, y por otro, entre un garantismo legal de heterorregulación de la negociación colectiva (que informó los parámetros del Título III del ET, a la vez que potenció a la institución del sindicato más representativo como eje sobre el que pivota el sistema de negociación colectiva estatutaria⁵⁸) y un garantismo legal flexible de encauzamiento, cobertura y apoyo a los procesos de autorregulación colectiva.

En el Componente C23.R8 (“Modernización de la negociación colectiva”, que expresa en la rúbrica el objetivo global perseguido) se destaca que los convenios colectivos son piezas clave en los sistemas democráticos y también son elementos fundamentales en la configuración de dinámicas empresariales y productivas eficientes. Ello es así porque permiten la adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, ya que aportan seguridad, al disminuir la conflictividad, y también porque posibilitan una competencia entre las empresas que gravita fundamentalmente en la calidad y no en los costes laborales. La eficiencia de la negociación colectiva en el cumplimiento de sus fines requiere que su configuración respete el equilibrio necesario y que se articule de modo proporcionado. Las sucesivas reformas han llevado a una arquitectura de negociación colectiva que no responde a las necesidades actuales, desde el punto de vista de la adaptación a las necesidades de los diferentes sectores y empresas y la vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado a nivel nacional, en un contexto de intenso cambio como consecuencia de la transición ecológica y la digitalización. Por ello, la modernización de la arquitectura de la negociación colectiva constituye una quinta pieza clave del paquete de reformas que serán elevadas al Diálogo Social, abordando aspectos tales como la ultra-actividad de convenios, la relación entre convenios sectoriales y de empresa, y los mecanismos de consulta y negociación en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Además, la modernización de la negociación colectiva deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la

⁵⁶ Componente 23 (reforma 8) del Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia, adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021, y presentado a la Comisión Europea el 30 de abril y aprobado en el Consejo ECOFIN del 13 de julio. Véase Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. DO L 57 de 18.2.2021, págs. 17-75.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo II. “La racionalización del Derecho y su vinculación con la economía y la teoría del Estado”.

⁵⁸ No se olvide que el modelo estatutario deriva del Acuerdo Básico Interconfederal celebrado entre UGT y CEOE, Madrid 10 de julio de 1979, y que fue perfilado en el Proyecto negociado del ET en su primera versión de 1980 (manifestación de legislación negociada); y también en sucesivos acuerdos: así el acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva, celebrado entre UGT y CEOE (AMI, 1980). Los textos se recogen en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Ed. Lex Nova-Thomson-Aranzadi, 1999, págs.165-171, 173-192, respectivamente. Los siguientes acuerdos “fundacionales” se recogen también en la misma obra. La trayectoria seguida por los procesos de diálogo y concertación social en España en el contexto de la Unión Europea, es estudiada en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015, 406 páginas. En particular, respecto a los Pactos Sociales, como forma específica de concertación social, véase MORENO VIDA, M.N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1998.

representatividad de las partes negociadoras, *enriqueciendo sus contenidos* y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos. Así mismo es necesario efectuar reformas para eliminar todos los obstáculos que desde la negociación colectiva impidan la extensión voluntaria de la vida laboral de los trabajadores, aumentando de esta forma la edad efectiva de jubilación⁵⁹. La reforma tiene como objetivo al conjunto de las personas asalariadas y de forma específica a las que tienen sus condiciones laborales reguladas por un convenio colectivo en sus diferentes ámbitos de aplicación. La Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo del último año con datos cerrados, que es 2019, registra 4.359 convenios con efectos económicos en ese ejercicio que dan cobertura a 9,6 millones de personas.

La reforma implica cambios en las normas legales que regulan la negociación colectiva, lo que implica modificar el Real Decreto Legislativo 2/2015, el Estatuto de los Trabajadores, en especial, diversos artículos y disposiciones de su Título III, en el que se hace referencia a la negociación colectiva y los convenios colectivos. Como paso inicial el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en coordinación con los Ministerios de Asuntos Económicos y de Transformación Digital, abordará la negociación de su contenido con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el marco del diálogo social, buscando el mayor nivel de consenso sobre estos cambios normativos que van a mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo en España. El procedimiento de aprobación de la reforma tiene como elemento central la involucración de los grupos con interés en la misma, que en este caso son las empresas y las personas asalariadas. La implicación de las organizaciones que las representan, las organizaciones empresariales y los sindicatos, está en la propia definición de los cambios normativos, porque éstos van a ser abordados en la mesa del Diálogo social tripartito.

En realidad, el marco de la pandemia Covid-19 se había caracterizado por establecer una legislación sociolaboral prenegociada entre el Gobierno y los interlocutores sociales (reformas para mantener el empleo y conservar la empresa, entre ellas los ERTES, el contador a cero en la protección por desempleo, las ayudas a toda clase de empresas y al trabajo autónomo, la legislación sobre el teletrabajo, la protección de la salud, etcétera). Ello permitió proteger a las personas y las empresas y evitó despidos masivos y cierres también masivos. La contribución de los agentes sociales junto con el Gobierno ha sido inmensa⁶⁰.

Ese diálogo -que sólo se vio roto puntualmente con el aumento del salario mínimo interprofesional- se mantuvo con una reforma laboral limitada en su alcance, pero que incidió en algunos aspectos básicos para la negociación colectiva y que permitían recuperar sus espacios de autonomía perdidos por un intervencionismo estatal “dirigista” y excesivamente limitador más que “promocional”. Debe subrayarse la relevancia del diálogo social que supuso que la reforma de 2021 se hiciera a través de una *típica legislación negociada*, lo cual no resulta nada fácil de alcanzar (aunque la pandemia fue

⁵⁹ Según la última estadística de convenios colectivos, en España existen en la actualidad 4359 convenios colectivos en vigor que se distribuyen en 3347 convenios colectivos de empresa y otros 1012 convenios de ámbito superior, bien de grupos de empresa y, sobre todo, convenios sectoriales. A su vez los convenios de sector se distribuyen en convenios de ámbito estatal, autonómico, inter autonómico y provincial. La negociación colectiva establece las condiciones laborales de cientos de miles de empresas y de casi diez millones de personas asalariadas. Es, por lo tanto, una pieza central no solo en nuestro modelo de relaciones laborales sino en la estructura económica y social del país, porque la fijación de los salarios y sus incrementos anuales, o los cambios en la jornada laboral por citar dos ejemplos, tienen una influencia relevante sobre la economía, el empleo y el bienestar del país. En el modelo coexisten muchos ámbitos de negociación y por lo tanto se hace necesario una nueva regulación.

⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P., MORENO VIDA, M.N., VILA TIERNO, F., ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dirs.): *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, 2 Tomos, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2021. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, en *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, 2020, págs. 16-83.

un banco de pruebas para poner en valor la utilidad de reformas laborales previamente consensuadas con los interlocutores sociales). Se convendrá que estas reformas han sido insuficientes pero son de gran envergadura, porque permiten derogar medidas introducidas por la reforma operada por la Ley 3/2012 especialmente lesivas y, por cierto, medidas que se habían mostrado disfuncionales para el buen gobierno de las relaciones laborales y de la gestión de las empresas. La STC 119/2014, de 16 de julio, admitió la constitucionalidad de la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre la premisa de que no hay un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva (artículos 37.1 y 28.1 CE) y que ello se traducirá en que el derecho a la negociación colectiva es de estricta configuración legal, en cuyo marco el legislador ordinario tiene un amplísimo margen de discrecionalidad.

Por ello el RDL 32/2021 pretende que el convenio colectivo no sea el cauce para la introducción de regulaciones “in peius”, si no es a través de procedimientos que atiendan a un justificado motivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Se apuesta por recurrir a los instrumentos típicos de flexibilidad interna para hacer frente a los problemas coyunturales que se plantean en la dinámica de funcionamiento de la empresa. Es el lugar de los acuerdos de empresa (con la posibilidad de decisiones unilaterales, por ejemplo art. 41 ET, o con una decisión arbitral de obligado sometimiento y cumplimiento). El convenio colectivo típico no es el instrumento considerado como más adecuado para resolver estas situaciones coyunturales.

Medidas introducidas por la reforma del RDL 32/2021 que cabe estimar como positivas: ultraactividad (materia disponible para la autonomía colectiva negociada), supresión de la preferencia legal acausal en materia de salarios (evitando la devaluación salarial, pero también el dumping empresarial), determinación del convenio aplicable en las redes empresariales de subcontratación, etcétera. El diálogo y la concertación es obvio que imponía, de suyo, una transacción, unos sacrificios mutuos, que se tenía que traducir en una reforma parcial y más moderada. En este contexto no era aconsejable -aparte del compromiso contraído con las instituciones políticas de la Unión Europea- imponer unilateralmente una reforma más ambiciosa. Era preferible alcanzar una reforma negociada (legislación negociada) en una coyuntura difícil y pensando en que imponerla iba a suponer una mayor crispación y atendiendo a la experiencia tampoco se tendría una efectividad en la práctica por los bloqueos que generarían las organizaciones empresariales y las propias empresas que no se sentirían vinculadas “políticamente” por la falta de consenso sobre la oportunidad de las mismas. En la reforma realizada por el RDL 32/2021 se perciben los equilibrios internos propios de un proceso de negociación colectiva; y a menudo con resultados que no han sido ciertamente satisfactorios como es el caso de la redacción del apartado 6 del art. 42 del ET, generador de enormes problemas interpretativos por su incorrecta técnica de redacción.

Pese a todo, la reforma en sí tiene aspectos muy positivos, y en lo que respecta a la negociación colectiva se recuperan espacios de regulación y equilibrios de poderes entre los agentes sociales que se habían roto con la reforma laboral unilateral de 2012. Pero es, además, una redefinición de institutos jurídicos que garantiza una mayor seguridad jurídica y una menor conflictividad y judicialización [los casos más significativos son los efectos perversos de la ultraactividad a término final indisponible; y la utilización por las empresas multiservicios de los convenios de empresa para reducir los salarios con típicas prácticas de *low cost*. De ahí la oportunidad de hacer prevalecer el convenio de sector en materia salarial sobre los convenios de empresa (reforma de 2021 del art. 84.2 ET). Es en este marco donde se puede plantear mejor una equilibrada flexibilidad salarial interna que garantice un equilibrio entre retribución justa y productividad].

Por último, se debe señalar que la reforma de 2012 había supuesto un giro legislativo hacia un modelo de intervención selectiva y más “autoritaria” en la negociación colectiva⁶¹.

Esta reforma de 2012 (en gran medida la de 2011 ya se situaba en un largo camino hacia la flexibilidad laboral y la intervención dirigista de la negociación colectiva ya iniciada a fondo por la reforma de 1994) es la que se quería revertir o, en el eslogan programático del Gobierno de coalición, “derogar la reforma laboral” de la Ley 3/2012. Ya se indicó que los compromisos adquiridos por el Gobierno de coalición con la Unión Europea eran más selectivos y necesariamente contando con el consenso de los interlocutores. Era, así, evidente que la reforma sólo podía ser parcial y que no podría revertirse íntegramente como inicialmente se proponía en el originario programa gubernamental (tributario de los programas electorales de los partidos políticos que formaron el Gobierno de coalición).

Ya se ha señalado que la reforma llevada a cabo en virtud del RDL 32/2021, de 28 diciembre, no ha sido una reforma que realizara las previsiones de reforma global del Estatuto de los Trabajadores -en algunos aspectos envejecido y otros falta de medidas más innovadoras- planteadas originariamente por el Gobierno de coalición. Recuérdense dos factores de índole sustancialmente política: por un lado, los compromisos asumidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con el compromiso adquirido y condicionante para recibir los fondos “Next Generation”, y por otro, la exigencia de estabilidad política “interna” en la gobernabilidad del país y su inevitable incidencia en el sistema de relaciones laborales. Ambos factores encadenados desaconsejaban la imposición unilateral de una reforma laboral integral que revertiera las medidas más regresivas de la reforma de 2012 y algunas de las que estableciera la gran reforma legislativa de 1994. Por lo demás, la experiencia había demostrado la conflictividad que generaban esas reformas impuestas a los sujetos protagonistas del gobierno inmediato de las relaciones laborales. Todo ello conducía a la necesidad de alcanzar un acuerdo de concertación con los interlocutores sociales. Ese acuerdo no tardó mucho en lograrse: Acuerdo de 23 de diciembre de 2021 para la Reforma Laboral, pactado entre el Gobierno y los interlocutores sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT; y que, significativamente es subrayada como base de la reforma en la Exposición de Motivos del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Se afirma literalmente que: “Los cambios están avalados por el diálogo social. Las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno de la Nación las medidas contenidas en este real decreto-ley, dando así lugar a la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social” (apartado I de la Exposición de Motivos).

Pese a todo, el RDL 32/2021, y normas concordantes, promueven la negociación colectiva de manera transversal: desde los reenvíos en materia de contratación laboral hasta las cruciales reformas introducidas en el Título III del ET: modificación parcial de la regulación de la prevalencia legal de los convenios de empresa sobre los convenios de sector (art. 84.2 ET); el cambio del modelo impuesto de ultraactividad indefinida del convenio (art. 86.4 ET) y, por último, la incorporación de una normativa delimitadora del

⁶¹ Ese dirigismo político se reflejó también en la política de protección social y en particular en la política de pensiones, es decir, una reforma de 2013 situada al margen del Pacto de Toledo y contraria al mismo. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 5 (2014) (Ejemplar dedicado a: La profunda reforma de las pensiones de 2013), págs. 73-107; pero con la reforma de 2012 se produjo una vuelta de tuerca autoritaria profundizando radicalmente en la normativa flexibilizadora llevada a cabo en la reforma de 1994. En este sentido, *Ibid.*, *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996; *Ibid.*, “La constitución social del trabajo y su crisis”. <https://mobiroderic.uv.es/bitstream/handle/10550/46097/27-45.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

convenio aplicable en los procesos de subcontratación empresarial (art. 42.6 ET), que es seguramente la medida técnicamente más defectuosa -por imprecisa- en relación al problema que se pretende resolver⁶².

En todo caso, salvo esa regulación innovadora del art. 42.6 ET (y aun así había una influencia refleja o indirecta en la subcontratación, que se revierte por el RDL 32/2021, derivada de la potenciación del contrato para obra o servicio determinado y por el uso de las Empresas Multiservicios del “descuelgue” o inaplicación a-causal en materia de salarios que permitía la reforma de 2012, como norma de derecho necesario absoluto y como tal indisponible por la autonomía colectiva), las medidas de reforma del RDL 32/2021 tratan de corregir la gran reforma de la Ley 3/2012, una reforma regresiva respecto de la negociación colectiva. De ahí que opera como una contrarreforma que afronta el problema no sólo de una orientación no garantista (que limita la autonomía colectiva más que fomentarla), sino también de una reforma en gran medida fracasada en términos de eficacia social: sencillamente porque, en su conjunto, ha generado más controversias que resuelto el problema práctico para cuya solución estaba pensada.

El que se haya producido una reforma parcial cualitativa, no sólo no afecta al horizonte de una flexibilidad interna garantista y colectivamente negociada, sino que más bien lo refuerza, por los fines que persigue y por un procedimiento legitimador de las decisiones que se adopten en cada momento de la dinámica de la organización productiva dentro de la cual las personas que trabajan en ella no son “recursos” ni “medios” sino partes activas de la misma que están representadas colectiva/sindicalmente. Los conflictos inherentes al mundo del trabajo son institucionalizados y procedimentalizados de manera que se busca alcanzar un acuerdo en todas las materias vinculadas a la flexibilidad interna como alternativa a las formas de flexibilidad externa (señaladamente, el reclamo de los despidos por necesidades de funcionamiento del complejo empresarial o unidad productiva). Por tanto, sí existe un cambio de lógica en la política del Derecho que inspira las reformas operadas en el RD-ley 32/2021, respecto a las reformas más regresivas del RDL 3/2012 (después, convertida en Ley 3/2012), entre otras cosas porque ellas en muchos casos no potencian ni garantizan un modelo de flexibilidad interna *negociada*. En este sentido, en las pocas materias objeto de (re)regulación, se ha transformado, se insiste, la orientación de base en el plano de la política del Derecho del Trabajo.

No obstante, dado el objetivo más limitado del inicialmente previsto en el Programa de Gobierno de coalición de 30 de septiembre de 2019⁶³, esta reforma laboral parcial no ha supuesto la “derogación” (vale decir, la supresión) de gran parte de las reformas inicialmente previstas. Y ello es debido, no a la falta de voluntad política de llevarlas a cabo, sino a la dualidad de los subyacentes factores determinantes de esta reforma realizada en una coyuntura de gobernabilidad ciertamente difícil. Pero tampoco cabría hablar de una renuncia a realizarlas en otro momento, y menos aún sería apropiado afirmar que con esta reforma parcial se ha legitimado todo lo que no ha sido reformado. Esto sería desconocer no sólo la realidad política, sino también la misma legitimidad de cualquier gobierno democrático de proceder a realizar todo un programa de reformas que abocaría -recuérdese- a la construcción jurídica e institucional de un Nuevo Estatuto de los Trabajadores para hacer frente a los desafíos del presente siglo marcado por transformaciones disruptivas en el plano de las fuerzas productivas (las nuevas tecnologías

⁶² MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Ed. Laborum, 2022; VILA TIerno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2022; BALLESTER PASTOR, A.: *La reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

⁶³ <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

digitales; la inteligencia artificial, etcétera) y asimismo en las nuevas estructuras de las empresas y formas de organización del trabajo en el marco de una economía mundializada y en permanente cambio y abocada a crear situaciones de riesgo y de incertidumbre.

De ahí que tanto el legislador como la autonomía colectiva negocial deben atender tanto al principio de prevención (situaciones calculables de riesgo) como al principio de precaución (respecto a las situaciones de incertidumbre, donde es necesario atender a la “probabilidad” de ocurrencia de hechos o acontecimientos). Un instrumento en sí mismo tan flexible como la autonomía colectiva puede contribuir dinámicamente a la exigencia de medidas que hagan frente a las respuestas necesarias y creativas que requieren de continuo la nueva “sociedad del riesgo”, cuyo desenvolvimiento tendrá siempre ámbitos imprevisibles por ser desconocidos o sencillamente incalculables [y no solo hay que vislumbrar, paradigmáticamente, a la prevención de riesgos y calidad ambiental; sino también a esos “riesgos” fabricados por los seres humanos -la sociedad “civilizada”- y que pueden conducir a situaciones que incidan en todo el universo conocido y que influirán, sin la menor duda, en las relaciones laborales y su gobierno a través de la negociación colectiva. Piénsese, en la dificultad de vislumbrar los límites de la inteligencia artificial -y su capacidad de influir en el trabajo- o en las técnicas que pueden transformar la biología del ser humano, etcétera]. Ambos principios deben de estar orientados por el principio matriz de la responsabilidad (el “principio de responsabilidad”) en los procesos de regulación de las relaciones laborales y de las decisiones empresariales (la negociación colectiva es una codeterminación negocial sobre el tratamiento dado a determinadas materias, y se convierte en un instrumento de gestión negociada en la que he denominado “negociación colectiva gestional” o participativa, muy presente en los procesos de reestructuración de las empresas y del sistema de empresas)⁶⁴.

No es baladí hacer notar asimismo que (como ya aconteció con las medidas más regresivas introducidas por las reformas de 1994 y 2012) el proceso legal reformista no sólo formaliza, sino que también construye y conforma la diversificación de los estatutos reguladores de la constitución flexible del trabajo. No se ha limitado ingenuamente a “reflejar” situaciones “naturalistas” realmente existentes. El legislador ha sido un verdadero actor de los cambios producidos en la conformación de los mercados de trabajo y en la transformación de las culturas del trabajo profesional. Se trata de evitar una mayor centralidad y primacía del principio axial de la eficiencia o el rendimiento definido en términos de mercado moderno en lógicas de necesidad y de racionalidad instrumental y de contención del gasto, sobre el principio de protección social, buscando un equilibrio en la racionalidad jurídica entre el principio de eficiencia/rendimiento y el principio de protección y, en relación a ello, un equilibrio de poderes que operan en el sistema de relaciones laborales⁶⁵.

En relación al impacto de la reforma laboral de 2021 se pueden mantener, aparte de lo indicado, varias Tesis:

Tesis 1ª. La reforma laboral de 2021 no ha supuesto un cambio del modelo legal preexistente, sino una “corrección” significativa de su carácter autoritario (y excesivamente heterónomo) y de su lógica de racionalización pro empresarial. Y lo ha hecho a través de la regulación de la ultraactividad; limitación parcial de la preferencia legal del convenio colectivo de empresa como norma de derecho necesario absoluto y medida de

⁶⁴ Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: “Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en comisión consultiva nacional de convenios colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, MTAS, 1999; y, antes, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Constitución del trabajo y su crisis”, en *Pasajes: revista de pensamiento contemporáneo*, núm. 13 (2004), págs. 27-45, espec., págs. 36-38. Disponible en abierto en internet.

flexibilidad interna discrecional y sin alegación de justificado motivo; cobertura del vacío de determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación; introducción de nuevos mecanismos de flexibilidad interna (mecanismo red y de estabilización), limitaciones de las cláusulas convenciones de jubilación forzosa, etcétera.

Tesis 2ª. Las sucesivas reformas laborales anteriores a la de 2021 han ido en la línea de una flexibilización negativa de la negociación colectiva y de “limitación” de la fuerza vinculante de los convenios sectoriales (v.gr. descuelgues a través, ciertamente, de los acuerdos colectivos de empresa en sus distintas tipologías; inaplicaciones preferentes por convenio de empresa sin necesidad de alegación de causas justificativa; modificación unilateral de convenios colectivos “extraestatutarios”; reclamo sistemático de los arbitrajes obligatorios en última instancia; etcétera)⁶⁶. La última reforma -en aquellas materias de las que se ocupó- supone un giro encaminado a devolver a la autonomía colectiva las facultades de autogobierno colectivo.

Tesis 3ª. Persisten en lo principal las medidas introducidas por las reformas del ciclo 1994, 2010, 2011 y 2012 (arbitrajes sin acuerdo de sometimiento de ambas partes en supuestos de bloqueo de las negociaciones; ha quedado intacto el art. 41 ET respecto a la posibilidad de modificar el contenido de los convenios colectivos extraestatutarios, etc.). Sería necesario revertir estas reformas que suponen una ruptura de los equilibrios de poder en las relaciones colectivas/sindicales de trabajo, toda vez que existe un nexo de unión entre todos los instrumentos de acción colectiva: la acción sindical, la negociación colectiva, la huelga y la solución autónoma extrajudicial de los conflictos colectivos laborales.

Tesis 4ª. No es pertinente cambiar la centralidad del modelo de negociación colectiva estatutaria, el cual pivota sobre el eje del convenio estatutario de fuerza normativa y eficacia general o *erga omnes*, que a su vez enlaza y es una proyección cualificada de la institución de la mayor representatividad sindical. Es un modelo que ha venido funcionando con las necesarias adaptaciones a los cambios de las relaciones laborales y del entorno en el que se mueven las empresas. Ha garantizado la homogeneidad de condiciones y ha evitado la competencia desleal a través de un modelo de competitividad y de flexibilidad basado en la reducción de costes del trabajo y en el incremento de los poderes directivos del empleador; cuando no mediante formas de individualización laboral impuesta como resulta paradigmático en el art. 41 ET, con la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos extraestatutarios.

Desde el punto de vista técnico-jurídico el incremento de las medidas flexibilizadoras de disponibilidad colectiva por convenios de empresa, o, en su caso, acuerdos de descuelgue, incide en el alcance o ámbito de aplicación del convenio de sector o de empresa afectado, pero no en su naturaleza jurídica, que continúa siendo de carácter estrictamente normativo. No se produce una verdadera “contractualización” en sentido técnico-jurídico del convenio colectivo estatutario (Título III del ET) dotado de fuerza normativa y eficacia personal generalizada (art. 82.3 ET, y art. 3.3 ET, que hace referencia a “normas laborales pactadas”, 82.4, 86.5, 90, 91, etcétera). *Debe evitarse la confusión entre fuerza normativa y eficacia*

⁶⁶ En lo relativo a la intervención impuesta heterónomamente a las partes sociales en conflictos (sea o no en el marco de un proceso de negociación colectiva) de un tercero con carácter dirimente (arbitraje obligatorio), cabe señalar que el art.10.1 RDLRT en su redacción literal originaria establecía dos tipos de intervención de la autoridad pública para la terminación de la huelga: una primera, que fue declarada inconstitucional por la STC 11/1981 en cuanto facultaba al Gobierno para «acordar mediante laudo de obligado cumplimiento la reanudación de la actividad laboral» lo que sin duda suponía una grave limitación al derecho de huelga. Nótese la diferencia nítida respecto al «nuevo modelo *normalizado* de arbitraje» de carácter obligatorio introducido por las sucesivas reformas laborales ex RD.- Ley 7/2011, RD.-Ley 3/2012, Ley 3/2012 o Ley 1/2014, de 28 de febrero, entre otros, en los artículos 82.3 o 86.3 del ET. Sin embargo, resulta criticable la convalidación constitucional de este último tipo de arbitrajes, de sometimiento obligatorio “normalizado” (superando cualquier exigencia causal de la concurrencia de circunstancias extraordinarias), en la STC 119/2014, f.º 4 y 5. Sobre las condiciones de validez del laudo arbitral ex art. 10.1 RDLRT, véase —dos sentencias— SSTS de 4.4.2014, rco 184/2013 y rco 132/2013).

material (u objetiva) generalizada del convenio colectivo estatutario: sólo respecto de esta última inciden - minorándola o reduciéndola- los acuerdos de descuelgue o inaplicación (art. 82.3 ET) y la materialización del principio de preferencia legal del convenio de empresa ex art.84.2 ET).

Tesis 5ª. Resulta inoperante -se diría que de muy difícil viabilidad en el plano de la política del derecho sindical- hacer pivotar el modelo sobre los convenios de eficacia ordinaria (los existentes en la experiencia jurídica se encuentran en la posición jurídica debilitada de convenios extraestatutarios, paradójicamente sin ser dotados de un estatuto legal regulador, ni convencional cabe añadir, que garantice y proporcione seguridad jurídica a su existencia jurídica en nuestro modelo normativo pluralista de convenios colectivos). Y menos aún pretender que ese cambio de modelo normativo se realice por decisión unilateral del legislador. De operarse ese cambio de modelo normativo debería ser una decisión adoptada por los interlocutores sociales en el diálogo tripartito (concertación social) con el Gobierno, que desembocaría en una nueva legislación negociada sobre la garantía del derecho a la negociación colectiva y la eficacia vinculante de los convenios colectivos.

Ese pretendido cambio de modelo más desregulado y “contractualizado” (teniendo en cuenta la vigente interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de contrato colectivo de trabajo de los convenios de eficacia limitada extraestatutarios) supondría una reestructuración de nuestro sistema de negociación colectiva y por extensión del modelo de representatividad sindical (artículos 6 y 7 LOLS; artículos 87 y 88 del ET).

Tesis 6ª. Al amparo del art. 37 CE encuentran acogida los distintos instrumentos colectivos emanados de la autonomía colectiva negocial, desde el modelo tipo ideal, que es el convenio colectivo, hasta las distintas formas de pactos y acuerdos colectivos. Ahora bien, el modelo legal se ha visto desbordado por dos aspectos fundamentales: 1º. Uno originario, la ausencia de una regulación legal deliberada de los convenios extraestatutarios no regulados en el Título III del ET, sin que haya una regulación legal específica dentro o fuera del sistema normativo del ET. 2º. El desbordamiento de las fuentes de regulación se hace visible en la proliferación de pactos o acuerdos colectivos, dispersos por el mismo ET y otros fuera del mismo (como es el caso de los pactos de fin de huelga), sin que quede claro su régimen jurídico. E incluso el art. 3 ET que enuncia las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo ni siquiera hace referencia a ellos. De este modo, una reforma del marco legal de la negociación colectiva debería incluir y dotar de un régimen jurídico general a los pactos o acuerdos colectivos (al menos los previstos en el mismo ET; aunque, en realidad, esa exigencia es predicable también para otorgar seguridad jurídica a otros acuerdos o pactos colectivos como, por ejemplo, los pactos de fin de huelga). Lo exige el principio de seguridad jurídica y el principio de efectividad de los instrumentos colectivos concernidos.

Tesis 7ª. En cuanto a la legitimación para la negociación colectiva estatutaria se echa en falta una regulación legal más precisa sobre la legitimación en los grupos de empresas y en las redes de subcontratación. Aparte de una delimitación más intensa del deber de negociar en tales supuestos.

Tesis 8ª. Respecto a la estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios, cabe señalar que el principio de preferencia legal de los convenios colectivos de empresa sólo se ha resuelto en parte con la reforma laboral de 2021 (eliminando la materia del salario). Pero la solución más coherente y respetuosa con el principio de autonomía colectiva real es que ésta sea una norma legal dispositiva y no imperativa para

la autonomía colectiva negocial. Sería regresar, en este aspecto, al modelo del R.D-ley 7/2011, de 11 de junio, que formuló la primera redacción del principio de preferencia legal, pero como opción normativa de naturaleza dispositiva. En lo que queda después de la reforma laboral de 2021 es imprescindible suprimir el carácter imperativo legal de dicho principio (que no admite la dispositividad colectiva del convenio de empresa) como prescripción de derecho necesario absoluto. El que persista esa preferencia legal indisponible colectivamente, vulnera el principio de autogobierno colectivo y, peor aún, facilita la precariedad laboral, el dumping social y la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector de actividad que se aparta sin alegación de causa justificada de la regulación del convenio sectorial en importantes materias laborales. Resulta así, por que normalmente estaremos ante inaplicaciones “*in peius*”.

Se insiste: el diseño de la estructura de la negociación colectiva -que enlaza también con las reglas de concurrencia de los convenios colectivos- es una materia que, en términos de conjunto y más allá de una norma legal básica de fomento y reglas de juego mínimas, debe estar atribuida a la autonomía colectiva a través de los acuerdos marcos previstos en el art. 83 ET, o, en su caso, a través de los convenios sectoriales estatales respecto a todos los niveles inferiores de negociación colectiva. La reforma de 2012 -una legislación impuesta, no negociada con los protagonistas de la negociación colectiva- supuso una intromisión legal en el principio de autonomía colectiva negocial. Así se pudo percibir nitidamente respecto al II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para los años 2012, 2013 y 2014, pactado por los interlocutores sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, el 25 de enero de 2012, y, por tanto, anterior a la reforma legislativa de 2012, que no respetó en absoluto lo pactado al amparo del art. 83 ET por los agentes sociales más representativos.

Tesis 9ª. Dentro del principio de autogobierno de la autonomía colectiva ocupa un lugar central la gestión colectiva (preferible a la expresión “administración colectiva”, que tiene una connotación más reglamentista, y en nuestro país, de origen netamente estatista vinculada a la época de los convenios colectivos sindicales del régimen franquista) de la institución del convenio y de la propia negociación colectiva dinámica -que implica una reinterpretación adaptativa de los convenios colectivos durante toda su vigencia- que es su fuente de producción. Un modelo dinámico de negociación colectiva exige, entre otras cosas, un fortalecimiento de las Comisiones paritarias del Convenio Colectivo [artículos 82.3, 85, 3.e) y 91 del ET]. Pero hay que dejar claro que las Comisiones paritarias sólo pueden asumir formalmente funciones de interpretación y aplicación del convenio vigente y no funciones de renegociación del mismo. Aunque, en una perspectiva realista, debe hacerse constar que las fronteras son difusas, y, por tanto, no son fáciles de establecer.

Tesis 10ª. En los casos de inaplicación de convenios (art. 82.3 ET), no parece asumible que el bloqueo de la negociación pueda finalizar con un arbitraje obligatorio, pese al criterio en contrario de la STC de 16 de julio de 2014, que declaró la legitimidad constitucional de esta medida dirigista.

Tesis 11ª. Un recorrido histórico sobre las vicisitudes legislativas de la habilitación legal a la negociación colectiva muestra bien nitidamente la progresiva desnaturalización de los equilibrios establecidos en las cláusulas convencionales de jubilación forzosa (temática reformulada ahora con la rúbrica: “Cláusulas de los convenios colectivos referentes al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”; disposición adicional décima del ET). La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones⁶⁷, otorga una nueva redacción a la Disposición adicional 10ª del ET y todo ello en aras de favorecer la prolongación de la vida activa, tal y como se propugna a nivel

⁶⁷ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

comunitario. Esta reforma se enmarca en un contexto pandémico y de déficit económico y, todo ello, a causa del incremento en el gasto de pensiones, al tiempo que se minoran las cotizaciones sociales y las presiones demográficas. Ello determina que las orientaciones de la nueva reforma laboral de 2021 recuperen aquella prohibición de negociar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa por debajo de los 68 años o más. Por otro lado, la reforma evidencia una tendencia política hacia el fomento de la jubilación activa⁶⁸ al establecer mayores penalizaciones para las jubilaciones anticipadas y promover el llamado envejecimiento activo a través de la jubilación demorada.

La nueva Disposición Adicional 10^a del ET establece una prohibición indirecta que opera a modo de moneda de cambio, pues se configura un despido unilateral por el cumplimiento de una determinada edad, aunque sujeta a una promesa más estricta de contratación. Nuevamente, el equilibrio o juego de intereses entre el derecho del trabajo y el sistema de políticas de empleo hacen su escena en este ámbito. Y es que, a fin de "... preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom*, se hace necesario recuperar el planteamiento consensuado en la reforma de 2011"⁶⁹. La fijación de una edad de jubilación se sitúa en esa tendencia hacia el alargamiento de la edad legal de jubilación pensionable que, ya con el RD de 11 de marzo de 1919, fijaba ese techo en los 65 y que, progresivamente, se ha ido alargando por mor de la Ley 27/2011⁷⁰. Curiosamente, la edad de 68 años se aproxima a aquella otra edad que se fijaba como máxima en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que se situaba a los 69 años⁷¹.

Tesis 12^a. La negociación colectiva (y su cristalización en convenios y acuerdos colectivos) es un instrumento flexible de regulación y ordenación de las relaciones laborales. Por tanto, la negociación colectiva no es extraña en sí misma a la tipología del llamado "derecho flexible" y "reflexivo". En consecuencia, presenta una lógica flexibilizadora inherente a su posición jurídica en el ordenamiento jurídico que ha de ser valorada y potenciada. Ahora bien, para que sus contenidos reguladores sean realmente flexibles y beneficiosos para los empresarios y los trabajadores se han de introducir elementos que permitan hablar de una flexibilidad bilateral, cuya manifestación más elocuente son las formas de flexibilidad negociada (la cual, por definición, es un tipo de flexibilidad bilateral y horizontal). Por ello se han potenciado propuestas en orden a lo que se ha denominado la *flexibilidad laboral ofensiva y bilateral*⁷², entendiéndose que ciertamente habría que potenciar

⁶⁸ "Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación".

⁶⁹ Preámbulo de la Ley 21/2021.

⁷⁰ ESTEVE SEGARRA, A., "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos, Número extraordinario "La reforma Laboral de 2021"*, Vol. 3, 2022, pp. 156-166.

⁷¹ MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ INSUA, B.M.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27 (2022), págs. 45- 71. <https://ojs.ua.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/8202/7098>; TOMÁS JIMENEZ, N., "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), *La Edad de Jubilación*, Granada, Ed. Comares, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L., "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº33 (2001); MONEREO PÉREZ, J.L., "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir): *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Ed. Comares, 2010; *Ibid.*, *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Ed. Atelier, 2022; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., "El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A 10^a ET dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº53, 2019; MALDONADO MOLINA, J.A., "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30 (2022); LÓPEZ INSUA, B.M., "El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada", en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Ed. Comares, 2019.

⁷² Para esta propuesta originaria de modelo de flexibilidad laboral ofensiva y bilateral (negociada) y la distinción técnica entre modelos de flexibilidad laboral ofensiva y flexibilidad laboral defensiva, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *In-*

la flexibilidad laboral colectivamente negociada y establecer una mejora de las medidas de protección social en las transiciones laborales, especialmente ante las rotaciones laborales y en la pérdida del empleo, potenciando sus capacidades y posibilidades de recolocación en empleos de calidad. Este modelo de flexibilidad garantista permitiría alcanzar un equilibrio real y necesario entre las distintas formas de flexibilidad negociada (sin minoración de derechos sociales que deben ser garantizados por la ley y la negociación colectiva) y la garantía de la estabilidad en el empleo (o, más ampliamente, el “trabajo decente”), la calidad del producto, la productividad y la innovación permanente (una de cuyas vertientes es la innovación tecnológica).

Tesis 13^a. La autonomía colectiva ostenta una amplísima libertad de negociar *contenidos sociolaborales* (paradigmáticamente, el art. 85 ET). Aparte de que existen numerosos reenvíos legales a la negociación colectiva recogidos en el ET; tendencia, ésta, que no ha dejado de crecer, no sólo por la colaboración internormativa que viene exigida, sino también por un criterio de “inmediación” y “flexibilidad” que sólo es capaz de proporcionar la negociación colectiva (“principio de proximidad”).

Uno de los ámbitos de *gobierno autónomo* ha sido la materia relativa a los procedimientos autónomos de solución de los conflictos de trabajo. En esta materia -tan poco desarrollada desde el punto de vista legal (en el ámbito internacional tampoco abundan; como excepción la Recomendación OIT, núm. 92 de 1951, sobre conciliación y arbitraje y su posible legitimidad con los derechos de huelga y libertad sindical; y referencias puntuales en otros convenios: Convenio OIT, núm. 154, de 1981, art.5, y Convenio OIT, núm. 151, de 1978, art. 8)- han abundado las cláusulas obligacionales de procedimentalización de los conflictos colectivos, y se cuenta al máximo nivel con el Acuerdo Interconfederal para la solución autónoma de conflictos (ASAC)⁷³ al amparo del art. 83 ET y éste a su vez en el art. 37.2, en relación con el 37.1 y 24.1, de nuestra Constitución jurídica fundamental. No es baladí hacer notar que el art. 37, apartados 1 y 2, CE, se inserta en el Capítulo II del Título I de la Norma Fundamental y goza de la garantía del contenido esencial prevista ex art. 53.1 CE, en relación con el bloque normativo formado por los artículos 10.2, 7, 28, 103 y 93 a 96 de la Constitución, que consagran la garantía multinivel de los derechos fundamentales. Este bloque normativo deja constancia de que estamos ante un derecho de autonomía/autotutela colectiva, que es refractario a los arbitrajes de imposición obligatoria e imperativa. Es así respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (STC 136/2010) y en relación al derecho fundamental a la negociación colectiva (vinculada también con el derecho de huelga), salvo con carácter excepcional (STC 11/1981); señaladamente cuando se genere una dinámica conflictual que determine que se halle en grave peligro el interés general y los derechos constitucionales de los ciudadanos al mantenimiento de los servicios esenciales (*in fine*, art. 28.2 y art. 10.1 RD-ley de 4 de marzo de 1977). Lo que queda claro es que el simple bloqueo de una negociación colectiva no debería determinar, aunque sea en una fase final, la imposición de un arbitraje de sometimiento y eficacia obligatoria para las partes del conflicto laboral.

roducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, espec., págs. 132-135; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., Capítulo IV (“por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una “Europa Social” basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales”, págs. 213- 249.

⁷³ VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (VI ASAC) (Sistema Extrajudicial), suscrito con fecha 26 de noviembre de 2020 de una parte por CCOO y por UGT) y de otra por CEOE y CEPYME y de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.3 en relación con el art.90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI ASAC. BOE, núm. 334, 23 de diciembre de 2020.

Ello no obstante, no se han producido innovaciones radicales respecto a las funciones y su proyección en relación a los contenidos de la negociación colectiva, aunque lentamente esos cambios se van introduciendo, por ejemplo en la negociación de gestión empresarial o en la atención a la regulación convencional del ejercicio de los derechos fundamentales en la negociación colectiva (SSTC 85/1985, 30 de abril, 95/1985, 29 de julio, 217/1991, 14 de noviembre). Se ha avanzado en la expansión de las dimensiones obligacionales y normativas o de regulación de los convenios colectivos (cláusulas de paz; cláusulas de procedimentalización de los poderes empresariales; de sometimiento de los conflictos de intereses y de las controversias jurídicas colectivas a procedimientos autónomos de solución extrajudicial, etcétera). Se echa en falta un enriquecimiento de los contenidos. Es importante hacer notar que en la negociación de gestión empresarial se lleva al espacio de la negociación colectiva materias que tradicionalmente han sido atribuidas a la competencia exclusiva de la dirección de la empresa.

Sobresalen algunas carencias del contenido:

1º. Se carece de una regulación más completa y detallada del impacto de la digitalización de las relaciones laborales y los derechos digitales⁷⁴. Aunque, por supuesto, la negociación colectiva puede entrar en la regulación del ejercicio de los derechos digitales y establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. Así lo prevé explícitamente el art. 91 (“Derechos digitales en la negociación colectiva”) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁷⁵. Con todo, sirven como palancas de apoyo para el contenido de esta materia en la negociación colectiva algunos derechos atribuidos a los representantes de los trabajadores previstos en el apartado d) del art. 64.4 ET (“Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”) y en el apartado 9 del art. 64 ET (“Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos”). Pero teniendo en cuenta también la extensión estrictamente sindical de derechos a los delegados sindicales que no formen parte del Comité de Empresa, conforme a lo previsto en el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (“Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: 1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda[...]”).

2º. Una regulación más modernizada de los sistemas salariales, que los vincule a la dinámica de la empresa. Ello es así tanto en lo que se refiere a los complementos en razón

⁷⁴ Consejo Económico y Social España (2021): La digitalización de la economía. Actualización del informe 3/2017. Informe 01/2021, consultable en: <http://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf>

⁷⁵ Véase el art. 20 (“Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”) del ET, y letra j bis) en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

del trabajo realizado como a los complementos variables en atención al funcionamiento de la empresa.

Ahora bien resultan muy significativas las previsiones del V Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante V AENC), suscrito por las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional CCOO y UGT y las organizaciones más representativas a ese nivel de los empresarios CEOE y CEPYME y con vigencia de tres años (2023-2025)⁷⁶. El Acuerdo tiene una *naturaleza y configuración jurídica de carácter obligacional*, creando obligaciones entre las partes firmantes respecto a los compromisos adquiridos en el mismo y estableciendo pautas a seguir y compromisos entre las partes sociales. En este V AENC no sólo se han regulado materiales salariales (sin perjuicio de que éstas adquieran una especial centralidad en este V AENC) y contractuales, sino que se ha pretendido una dinamización de la negociación colectiva y un enriquecimiento del contenido de los convenios colectivos: incluye la temática de la transición digital y ecológica, y el trabajo a distancia (con la centralidad del teletrabajo) y el redimensionamiento de los programas de formación y derechos digitales como el derecho a la desconexión digital (Capítulo X del V AENC). Pero también cuestiones relativas al *gobierno de la negociación colectiva y las relaciones colectivo/sindicales* entre las partes sociales.

En el Preámbulo del V AENC se indica que el *hilo conductor* del diálogo social bipartito (negociación colectiva) y tripartito (concertación social) y de todos los Acuerdos sociales alcanzados desde la Pandemia -aunque también, en gran medida, los que le han precedido- es buscar desde la negociación colectiva la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como abordar contenidos que contribuyan a atajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Su orientación finalista no es una mera adaptación aséptica a los cambios del entorno de incertidumbre, sino una *respuesta que trata de modelar la realidad cambiante* a través de distintos mecanismos y sirviendo a los objetivos de modernizar los convenios colectivos para enriquecer sus contenidos de tal manera que contribuyan, al propio tiempo, a la mejora de la competitividad y productividad y a mejorar la creación de empleo de calidad. En este sentido interesa tomar en consideración la toma de conciencia de los interlocutores sociales de que una parte muy significativa de las reformas de la negociación colectiva corresponde realizarla a sus propios protagonistas. Paradigmáticamente, la función *autorreguladora* atribuida a los interlocutores sociales en el art. 83 ET resulta muy expresiva de ese cometido que la autonomía colectiva en puridad debe llevar a cabo evitando intromisiones excesivas por parte de la legislación estatal por la misma lógica de la fuente de autogobierno colectivo.

Hay que señalar que estos objetivos pretendidos se han conseguido de manera más eficiente gracias a la *combinación funcional* entre concertación social (proceso de intercambio político jurídico entre el Gobierno y las organizaciones profesionales más representativas) y la negociación colectiva (por definición reflejo de un diálogo social bilateral entre los interlocutores sociales)⁷⁷. Y ese método de diálogo a tres y dos bandas es

⁷⁶ Cfr. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870. Para la perspectiva sindical “desde dentro”, véase VICENTE PERALTA, M.C. y OLMOS MATA, R.: “Una lectura sindical del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva”, en *Revista de Derecho Social*, núm.102 (2023), págs.187-2021.

⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L., Monereo

especialmente adecuado para afrontar ámbitos objetivos macroeconómicos y regulativos que sólo se pueden alcanzar plenamente con la interlocución con el Gobierno del país. Estas sinergias entre negociación colectiva y concertación social son imprescindibles si se desea mantener y enriquecer continuamente el “contrato social” que subyace a la democracia constitucional con Estado Social y democrático de Derecho (reténganse, paradigmáticamente, los artículos 1, 9.2, 10, 35, 37, 38, 40, 53, 103, 128, 129.2 y 131, y, en términos de conjunto, todo el bloque o grupo de normas constitucionales que configuran nuestro modelo de “constitución socio-económica”, puesto que en el constitucionalismo democrático con Estado Social la “constitución social” y la “constitución económica” deben conjugarse de manera interdependiente y garantizando un equilibrio satisfactorio entre la racionalidad social y la racionalidad económica en el marco de una “economía social de mercado” dentro de un capitalismo sometido a las reglas que impone un sistema democrático).

- Se impulsa la procedimentalización de los conflictos de trabajo a través de los sistemas de solución autónoma, en la dirección marcada por el VI ASAC⁷⁸. Se busca, así, un desplazamiento vertical del conflicto desde su exteriorización inmediata hacia un modelo más preventivo y de intervención de los procedimientos de mediación y, llegado el caso, el sometimiento voluntario de ambas partes a un trámite dirimente como es el arbitraje (institucionalización jurídica de los conflictos laborales). Aquí el conflicto es la prosecución del proceso de negociación colectiva por otros medios que buscan (en la dialéctica conflicto-pacto como elementos básicos e inherentes del sistema democrático de relaciones laborales) una composición a través de la codeterminación negocial, de manera que la negociación colectiva aparece como la otra cara del conflicto y supone un intercambio comunicativo y de pretensiones de los actores implicados; se fijan reglas de juego entre los interlocutores sociales, reglas racionalizadoras de los dos distintos niveles de negociación y se establecen “normas de trabajo”⁷⁹. No se indica que la huelga sea la última medida a adoptar, pero sí que antes de adoptar esta legítima medida de acción directa se intente alcanzar acuerdos previos en casos de conflictos colectivos en general y de bloqueos de negociación (incluidos los periodos de negociación gestional normalizada como son los periodos de consulta-negociación colectiva, previstos en artículos como el 41, 40.1, 44, 51, etcétera, del ET) y re-negociación de los convenios colectivos.

Importa hacer notar que no es la primera vez que los interlocutores sociales realzan su “voluntad, como organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal, de afianzar un sistema de relaciones laborales construido y administrado desde la propia autonomía colectiva de los interlocutores sociales”⁸⁰.

- Se apuesta por los derechos del empleo y por el principio de igualdad y no discriminación. Pero también por el modelo normativo de una flexibilidad interna negociada, operante en los distintos niveles organizados de la estructura del sistema de negociación colectiva.

Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015.

⁷⁸ Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). BOE, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

⁷⁹ Idea de la acción colectiva negociadora que está implícita en el art. 4 del Convenio OIT, núm. 98, de 1949.

⁸⁰ Esto lo subrayan literalmente en el Preámbulo del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo. BOE, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

- En la negociación colectiva (y desde el mismo V AENC) se promueven, en efecto, los mecanismos de flexibilidad interna, como herramientas que faciliten la adaptación competitiva de las empresas y la actividad productiva y preserven la estabilidad y calidad del empleo y las condiciones laborales, en un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras. Entre esos instrumentos cabe destacar, por ser una de las novedades centrales de la reciente Reforma Laboral en el ciclo 2020-2023, los criterios compartidos de utilización de los ERTE y del nuevo Mecanismo Red como herramienta de flexibilidad interna que mantenga empleos y empresas frente a medidas más traumáticas.
- En relación con el impacto de las *nuevas tecnologías* se pretende desarrollar en la negociación colectiva todos los elementos que el acuerdo sobre la nueva normativa de trabajo a distancia -o teletrabajo-, alcanzado en el diálogo social tripartito en el año 2020, remite a dicha negociación. Y se hace una novedosa apuesta por establecer pautas compartidas en el desarrollo efectivo del derecho a la desconexión digital desde la autonomía colectiva.
- Se potencia el funcionamiento ágil de los mecanismos participativos y gestionales para afrontar los importantes desafíos que suponen las grandes transformaciones tecnológica, digital y ecológica y las consecuencias disruptivas que tienen en el seno de las empresas y su actividad y, con ello, en el empleo y sus condiciones. Ello debe permitir la transición justa a una realidad que aún no está escrita, a través de la anticipación, la formación continua y la recualificación, y abordar las diferentes brechas para que nadie quede descolgado.

No se olvide, al respecto, que todo ello se enmarca dentro del diálogo social bipartito como *eje del autogobierno de las relaciones laborales*, siendo el ámbito de la negociación colectiva donde encuentra su máxima expresión. De este modo se reivindica el protagonismo de los interlocutores sociales para diseñar el modelo de negociación colectiva, su estructura, objetivos y contenidos correspondientes. Se indica al respecto que la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social. Con esa visión, las Confederaciones profesionales firmantes del V AENC plantean el objetivo fundamental de impulsar la negociación colectiva, fomentando la apertura de nuevas unidades de negociación y la ampliación de las existentes (Capítulo II “De la negociación colectiva”).

Respecto a la negociación colectiva se destacan los siguientes aspectos:

- a) En materia de ordenación de la negociación colectiva domina el criterio indicado de autogobierno y racionalización interna del sistema negocial: 1. La preservación de la vigencia del convenio colectivo y la ordenación del proceso negociador. 2. La necesidad de potenciar las comisiones paritarias y sus funciones, dotándolas de un régimen ágil y flexible de funcionamiento que permita mejorar su eficacia para reforzar la autonomía colectiva. En tal sentido, se recuerda la conveniencia de tener en cuenta el anexo de recomendaciones sobre el funcionamiento de las comisiones paritarias recogido en el VIASAC. Junto a la definición de las funciones que se le atribuyan a la comisión paritaria, se debe establecer un procedimiento de funcionamiento regular para poder resolver con prontitud y efectividad las consultas y/o conflictos que le lleguen desde los centros de trabajo. 3. La potenciación del

papel de los organismos de solución autónoma existentes a nivel estatal y en cada comunidad autónoma, por lo que se llama a las partes negociadoras a impulsar su utilización, teniendo en cuenta además las nuevas funciones incluidas en el VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC) de impulso y promoción de la negociación colectiva, de mediación preventiva de conflictos y de intervención en casos de bloqueo de la negociación colectiva, incluidas las medidas y planes de igualdad. Para ello debieran establecerse en los convenios colectivos compromisos y referencias expresas de utilización de los procedimientos de mediación y/o arbitraje en los conflictos colectivos, incluido el pacto sobre arbitraje especialmente en el supuesto de inaplicación del convenio colectivo y, en su caso, individuales, que puedan suscitarse a nivel sectorial o en el ámbito de las empresas.

- b) El criterio racionalizador y de articulación flexible del sistema de negociación colectiva domina también en la materia relativa a la regulación de la política y del derecho del empleo en el Capítulo III (“Empleo y contratación”). Recordando que el Real Decreto-ley 32/2021, recogió el fruto del intenso proceso de diálogo social tripartito (concertación social a través de la técnica de la legislación negociada con carácter previo al proceso de producción legislativa). Este nuevo marco regulatorio incorpora importantes menciones a la negociación colectiva y un nuevo modelo de contratación laboral en España que invita a los interlocutores sociales a introducir de forma ordenada los significativos cambios que van a afectar a las empresas y a las personas trabajadoras. Se valora que hasta la fecha la Reforma laboral arroja buenos resultados. Para seguir avanzando en esa dirección es necesario contribuir desde los convenios colectivos a fomentar la estabilidad en el empleo y el uso adecuado de las modalidades contractuales, desarrollando las llamadas que la norma hace a la negociación colectiva, especialmente tras dicha reforma.
- c) Contemplado desde la política de empleo (aunque la cuestión incide directamente sobre la materia de Seguridad Social coextensa) se plantea en el V AENC el fomento de la jubilación parcial y flexible, indicando que la jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de las plantillas (Capítulo IV Jubilación parcial y flexible).
- d) La materia sociolaboral de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes es tratada, asimismo, estableciendo que las Organizaciones manifiestan su preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes⁸¹.

⁸¹ En ese sentido, las organizaciones firmantes expresan su deseo de establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras. Ante esta situación, se exhorta a la negociación colectiva a: establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones. Igualmente, las organizaciones firmantes de este Acuerdo consideramos que el aprovechamiento de los recursos de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social contribuye al objetivo de mejorar los tiempos de espera, la atención sanitaria de las personas trabajadoras y la recuperación de su salud, así como a reducir la lista de espera en el Sistema público. Al objeto de cumplir esta finalidad, las Organizaciones signatarias instan a las administraciones con competencias en la materia a desarrollar convenios con dichas Mutuas, encaminados a realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en procesos de IT por contingencias comunes de origen traumatológico. Todo ello se llevará a cabo con respeto de las garantías de intimidad, sigilo, confidencialidad, consentimiento informado y coordinación con el profesional sanitario del Sistema público de salud. Asimismo, instan a que se activen ámbitos tripartitos nacionales y autonómicos para: analizar la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el seguimiento de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Estudiar el impacto que la respuesta del Sistema Nacional de Salud, en cada uno de los ámbitos, tiene en los procesos de IT. Establecer líneas de actuación dirigidas a proteger la salud de las personas trabajadoras y así reducir el número de procesos y su duración, incluido el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones (Capítulo VII Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes) (Capítulo VII Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes).

- e) En materia de previsión social complementaria (vinculada a las prestaciones sociales a las que complementa, mejorándolas)⁸², se pretende fomentarla partiendo de una valoración positiva sobre los Sistemas de Previsión Social Complementaria, entendiendo que es conveniente abordar el desarrollo de los mismos en el marco de la negociación colectiva. Por ello, plantean fomentar en los convenios colectivos los Planes de Pensiones de Empleo, en su caso, a través de Entidades de Previsión Social Empresarial (EPSE), como medida de ahorro a largo plazo de carácter finalista y de complemento de las pensiones públicas. La relevancia de esta materia en la negociación colectiva es ya extraordinaria, donde la autonomía colectiva tiene un papel constitutivo de los sistemas de previsión privada colectiva, que se despliega en toda su dinámica de funcionamiento.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la habilitación general -intrínsecamente limitada como excepción- a la negociación colectiva en el art. 43.3 LGSS (“Mejoras voluntarias”), conforme al cual se establece, en primer lugar, que “la modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el art. 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”. En segundo lugar, subrayando su carácter excepcional para el acotamiento del espacio vital de regulación en la materia de acción complementaria por la negociación colectiva: “sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”⁸³. Es la estricta función complementaria de la acción protectora de la Seguridad Social el terreno propio donde puede entrar el espacio regulador de la autonomía privada colectiva (ello es coherente con el art. 41 CE). En el caso de la previsión privada complementaria instrumentada a través de los planes y fondos de pensiones, véase el RD-Legislativo 2/2002, de 29 de noviembre, y RD 304/2004, 20 de febrero, Reglamento de Planes y Fondo de Pensiones. Los convenios colectivos son el instrumento más importante de implantación de los planes de pensiones. Papel que es tanto más realzado, si cabe, en Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre⁸⁴. Hay que tener en cuenta que ésta es una legislación típica de promoción pública, con la atribución de un papel muy destacado a la negociación colectiva como fuente *dinámica y flexible* de implantación fundamental de estos instrumentos de previsión colectiva. Por esta vía asumen funciones vinculadas a la orientación de la política de inversiones de los fondos de pensiones.

- f) En lo relativo a la formación y cualificación profesional, las organizaciones firmantes consideran que es fundamental la adaptación permanente de las plantillas a las nuevas realidades a las que se enfrenta el mundo del trabajo, tanto en los procesos productivos como organizativos. Para ello son imprescindibles

⁸² Aunque contempladas desde la lógica de la masa salarial (o retribución en sentido amplio). Capítulo VI (Retribución), apartado 4.

⁸³ Véase los artículos 238 y siguientes de la LGSS.

⁸⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; *Ibid.*, *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997; MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo*, Murcia, Ed. Laborum, 2022; MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes de pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2008; *Ibid.*, *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2021; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

los planes de formación permanente que, con las necesarias actualizaciones, capaciten a las trabajadoras y trabajadores para responder a esas nuevas realidades, marcadas, entre otras, por la transición digital y ecológica y el envejecimiento de la población trabajadora (Capítulo V Formación y cualificación profesional).

- g) La materia retributiva continúa siendo, por razones obvias, un elemento central de los contenidos de la negociación colectiva. Al respecto, se pretende racionalizar la estructura de la negociación colectiva en el tratamiento de esta importante materia; y establecer unos criterios precisos sobre la determinación de los incrementos salariales⁸⁵.
- h) La materia de la Seguridad y Salud en el Trabajo es una de las más relevantes en la negociación colectiva, donde hay continuos llamamientos a la negociación colectiva en la normativa comunitaria (Directiva-Marco) y en su trasposición en nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Las Organizaciones firmantes han recogido en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 los nuevos retos y objetivos de la seguridad y salud en el trabajo⁸⁶.
- i) La apuesta por los mecanismos de adaptación internos es nítida al indicarse que son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla, por ello los convenios

⁸⁵ "En el actual contexto económico, las Organizaciones firmantes del presente AENC declaramos la intención de llevar a cabo, durante su vigencia, una política salarial que contribuya de manera simultánea a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas españolas. Para lograrlo, coincidimos en que un avance en el crecimiento de los salarios, donde la realidad económica de los sectores y/o empresas lo permita, contribuirá a aumentar el poder adquisitivo de las personas trabajadoras y a seguir mejorando nuestra competitividad y con ello a preservar y crear empleo. 1. Estructura salarial Los convenios colectivos deberán promover la racionalización de las estructuras salariales, integrando los principios de transparencia retributiva y de igual retribución por trabajos de igual valor. Con tal fin, sería deseable ordenar y simplificar los complementos salariales teniendo en cuenta la perspectiva de género. Las tablas salariales deberán ser coherentes con la clasificación profesional establecida en el convenio. Asimismo, los sistemas de retribución variable deberán estar fijados con claridad, contar con criterios objetivos y ser neutros desde una perspectiva de género. Además, deberá establecerse su peso en el conjunto de la retribución. Igualmente, se podrán tener en cuenta fórmulas de retribución flexible. 2. Criterios para la determinación de los incrementos salariales Los salarios negociados en los próximos años deberían incrementarse de acuerdo con las siguientes directrices: [...]". Tratando también de las materias de actualización de precios durante la vigencia de los contratos públicos y el impulso a la previsión social complementaria antes aquí aludida (Capítulo VI Retribución).

⁸⁶ En desarrollo de la misma, consideran que la negociación colectiva es la vía idónea para adaptar las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo a las características de cada sector o de la organización empresarial y de sus plantillas. Por ello, los convenios colectivos debieran: promover protocolos y guías de acogida en la empresa para la mejora de la sensibilización y generación de cultura preventiva. Establecer medidas concretas para que las empresas, con la participación de la representación legal de los trabajadores o, en su caso, con las personas trabajadoras, desarrollen un plan integral enfocado al fomento de la cultura preventiva y a la reducción de la siniestralidad laboral. Incluir la perspectiva de género en la gestión de la prevención en la empresa. Contemplar la discapacidad en la gestión de la prevención. Impulsar el desarrollo de medios y procedimientos para la adaptación de puestos de trabajo. Promover la atención al envejecimiento y sus implicaciones en el desarrollo de la actividad laboral, implementando los contenidos del Acuerdo Marco Autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional, adoptado por los interlocutores sociales europeos, Business Europe, UEAPME, CEEP y CES, el 8 de marzo de 2017. Avanzar en la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo a distancia. Avanzar en la gestión preventiva de los riesgos psicosociales, impulsando programas de prevención del estrés laboral. Elaborar y hacer seguimiento de protocolos de gestión de los conflictos psicosociales asociados a la violencia y/o el acoso en el trabajo, incluyendo el ciberacoso, mobbing y la violencia a través de los medios digitales. Desarrollar la formación en prevención de riesgos laborales, incluyendo la de las personas trabajadoras designadas y la representación de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales, adaptando sus contenidos y duración a la realidad de las personas trabajadoras y empresas, y, en el caso de los trabajadores y trabajadoras, fijando medios para su acreditación. Incluir programas de formación e información sobre los riesgos del uso de las nuevas tecnologías del trabajo y las medidas preventivas a adoptar frente a los mismos, además de criterios de buenas prácticas respecto a la digitalización. Incluir medios y medidas de coordinación de actividades empresariales, simples, eficaces y eficientes, acordes con el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su desarrollo a través del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en los que participen la representación de las personas trabajadoras. Potenciar el desarrollo de la vigilancia de la salud colectiva. Desarrollar protocolos y guías para la mejora de la gestión de la reincorporación de las personas trabajadoras después de bajas de larga duración. Abordar las adiciones y desarrollar planes de prevención e intervención en las mismas. Establecer instrumentos para, en el marco de la prevención de riesgos laborales, identificarlas y afrontarlas. Priorizar la acción preventiva sobre los factores que generan determinados riesgos frente al mero establecimiento de pluses de toxicidad, penosidad, peligrosidad e insalubridad. (Capítulo VIII Seguridad y salud en el trabajo).

deberían disponer de la *flexibilidad laboral interna* como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras (Capítulo IX Instrumentos de flexibilidad interna).

Esta problemática es definitoria de un *modelo de negociación colectiva que apuesta por un modelo de competitividad por la innovación, la calidad del producto y la calidad del empleo. En definitiva, por el “trabajo decente” o digno*, que comporta el rechazo del modelo de competitividad basado en la reducción de costes del trabajo (directos e indirectos), en la flexibilidad externa y en la precarización laboral. De ahí que se reivindique a la negociación colectiva y sus expresiones formales -el convenio y el acuerdo colectivo- como instrumentos fundamentales de gestión de la flexibilidad interna. No obstante, sería necesario reforzar los sistemas de garantías laborales respecto el ejercicio de los poderes empresariales en relación al establecimiento de medidas de flexibilidad interna negociada, evitando los mecanismos de imposición directa o los sistemas de sometimiento a arbitrajes obligatorios.

- j) Se profundiza en los principios de igualdad y no discriminación (Capítulo XII Igualdad entre mujeres y hombres), en los derechos de las personas con discapacidad (Capítulo XIII Discapacidad), reconocimiento de la diversidad y de los derechos de las personas LGTBI (Capítulo XIV Diversidad. LGTBI) y en la lucha contra la violencia sexual y de género (Capítulo XV Violencia sexual y de género).
- k) La materia relativa a los derechos digitales, nuevas formas de trabajo y transformación digital y ecológica tiene un papel especialmente relevante e innovador en el V AENC. Así:
 - El teletrabajo como forma de organización del trabajo se encuentra regulado en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), implementando el acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social tripartito. (Capítulo X Teletrabajo).
 - El derecho a la desconexión digital es la limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica para garantizar el tiempo de descanso, festivos y vacaciones de las personas trabajadoras. Este derecho contribuye a la salud, especialmente en lo que concierne al estrés tecnológico, mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo, y a la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando otras medidas reguladas en esta materia. (Capítulo XI Desconexión digital).
 - Pero el marco de referencia estratégico es el proceso estructural de transición tecnológica, digital y ecológica (Capítulo XVI Transición tecnológica, digital y ecológica), que incide tanto en un enfoque de los derechos como en el tratamiento de las diversas formas de flexibilidad interna. La introducción de nuevas tecnologías en la organización del trabajo es una inversión estratégica básica para el futuro de las empresas y para el incremento de su productividad y competitividad. La implantación de las tecnologías digitales aporta claros beneficios tanto para las empresas como para las personas trabajadoras en la medida en que supone nuevas oportunidades de trabajo, aumento de la productividad, nuevas formas de organizar el trabajo, así como la mejora de la calidad de los servicios y productos, si bien, al mismo tiempo, comporta retos como consecuencia de su impacto en las condiciones de trabajo. Con el objetivo

de favorecer una transición justa, inclusiva y beneficiosa para todas las partes, es fundamental que los convenios colectivos sectoriales y de empresa incorporen medidas para hacer frente a estos retos, en línea con lo recogido en el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización⁸⁷ y en este AENC, adaptándose estas medidas a las realidades de cada sector, actividad y empresa y anticipándose a sus impactos en los centros de trabajo.

- En desarrollo de dicho Acuerdo Marco, firmado por los interlocutores sociales europeos, las partes firmantes del V AENC consideran que los convenios colectivos de sector y de empresa *deben promover e impulsar la transformación digital* en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos y se estima oportuno que establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa. Asimismo, se impulsará desde la negociación colectiva una política de igualdad de oportunidades para asegurar que la tecnología digital resulte beneficiosa para todas las personas trabajadoras, superando la brecha por edad. Igualmente, se fomentarán medidas de acción positiva para *evitar la brecha digital entre mujeres y hombres*, particularmente en competencias avanzadas, garantizando los procesos de formación necesarios para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo como consecuencia de las transformaciones digitales de la empresa, con los criterios que las normas laborales establecen.
- Entre las materias prioritarias en relación a la digitalización que se deben desarrollar a través de la negociación colectiva se encuentra la asunción práctica del *Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización*. Las organizaciones firmantes de este Acuerdo consideran prioritario adecuar a cada ámbito negocial el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, asumiendo el compromiso compartido entre los interlocutores sociales intersectoriales europeos para hacer frente al desafío común de la transformación digital en el mundo laboral. En esa adecuación a su marco negocial, los convenios colectivos deberían: Fomentar la colaboración entre empresas, personas trabajadoras y sus representantes para abordar temas como las competencias, la organización del trabajo y las condiciones laborales. Impulsar la inversión en competencias digitales y en su actualización. Promover un enfoque orientado a las personas, en particular, sobre su formación y capacitación, las modalidades de conexión y desconexión, el uso de sistemas de inteligencia artificial seguros y transparentes, así como la protección de la privacidad y la dignidad de las personas trabajadoras.
- Inteligencia Artificial (IA) y garantía del principio de control humano y derecho a la información sobre los algoritmos. La IA de manera progresiva tendrá un impacto significativo en el mundo laboral y, si no se hace un uso correcto y transparente, podría llevar a adoptar decisiones sesgadas o discriminatorias relativas a las relaciones laborales. En línea con lo previsto en el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, el despliegue de sistemas de IA en las empresas deberá seguir el principio de control humano respecto a la IA y ser seguro y transparente. Las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras información transparente y entendible sobre los procesos que se basen en ella en

⁸⁷ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=5665>

los procedimientos de recursos humanos (contratación, evaluación, promoción y despido) y garantizarán que no existen prejuicios ni discriminaciones. En el ámbito del diálogo social tripartito español se acordó, en el Real Decreto-Ley 9/2021 de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incorporar una letra d) en el artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores relativa al derecho a la información sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. La negociación colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores. El despliegue de sistemas de IA en las administraciones públicas debe seguir igualmente el principio de control humano y ser seguro y transparente. En base a lo anterior, las Confederaciones firmantes del Acuerdo instan al Gobierno para que facilite a los interlocutores sociales, a través de los órganos de participación institucional, la información suficiente que garantice la transparencia digital y algorítmica, en especial de aquellas fórmulas que configuran los aplicativos vinculados a las relaciones laborales y a la protección social.

- Por otra parte, la transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, junto con la digitalización, pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. De hecho, puede suceder que surjan nuevas ocupaciones al tiempo que otras desaparecen o se transforman. Estas transiciones, que están interrelacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente, deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales. En este marco, es imprescindible identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para la consecución de dicho objetivo, resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático. Asimismo, para garantizar la reducción de emisiones y la eficiencia de las medidas que en su caso de apliquen, tanto en beneficio de las empresas como de las personas trabajadoras, se impulsarán planes de movilidad sostenible, fomentando el transporte colectivo por áreas geográficas, polígonos industriales o espacios de gran concentración de personas trabajadoras.

No es baladí subrayar la relevancia que en la perspectiva de política del derecho tiene la autonomía colectiva en ese “marco” europeo en que se inserta este Acuerdo y en particular el Acuerdo marco europeo sobre digitalización (suscrito al amparo del art. 155 TFUE, sobre dialógico social bilateral y acuerdos colectivos celebrados a nivel europeo)⁸⁸.

⁸⁸ Para una valoración de conjunto, BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, VV.AA.: *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Baz Rodríguez (Dir.) Wolters Kluwer, 2021; SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización. el necesario protago-

Quizás se echa en falta una mayor atención al proceso de integración europea, dada la comunitarización de la mayoría de las cuestiones centrales de los sistemas de relaciones laborales en los países europeos. No sólo en la exigencia de más legislación social europea, sino también de más y mejor autodeterminación colectiva de los agentes sociales. Al respecto hay que tener en cuenta que por causa de la internacionalización de la economía y el creciente aumento de las presiones competitivas, la negociación colectiva se está desarrollando en nuevas direcciones y ámbitos. En este contexto, el creciente número de empresas transnacionales (que tienden a establecer formas de autorregulación jurídica que inciden en la incorporación de las nuevas tecnologías y su afectación al trabajo en las organizaciones productivas en una dialéctica entre concentración-descentralización, especialmente a través de la vía de la subcontratación empresarial) ha incorporado nuevos actores y diversas estrategias para la acción colectiva, tanto para los trabajadores como para los empresarios.

Ante este proceso de internacionalización, la negociación colectiva transnacional puede ser una respuesta a estos nuevos desafíos. Debe avanzarse por los propios interlocutores -con políticas de fomento de las instancias políticas de la Unión Europea, pero también de la Organización Internacional del Trabajo- en esa dimensión transnacional adquirida a través de la negociación colectiva organizada a escala europea. Ello implica un fortalecimiento del sindicalismo (pero también de las organizaciones profesionales de los empresarios) para la acción transnacional e impulsar acuerdos colectivos en las relaciones laborales en espacios que van más allá de las fronteras estatales. Si no se adopta esta perspectiva de más largo alcance -sin necesidad de esperar a las políticas de fomento de las instituciones internacionales, por otra parte deseables por las insuficiencias intrínsecas de un pretendido *laissez-faire colectivo* autosuficiente- podemos encontrarnos ante un escenario de debilitamiento progresivo de la negociación colectiva y del ámbito de cobertura de los convenios colectivos. Y tras ello el declive del poder sindical sin la heteronomía estatal garantista y de fomento; intervencionismo público que *impone* el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (paradigmáticamente, artículos 1, 9.2, 10, 28, 37, 53, entre otras disposiciones de nuestra Constitución).

Probablemente la autonomía colectiva -como poder bilateral de regulación y de gobernabilidad- ha de formular sus propios códigos de conducta y establecer mecanismos adecuados para llevarlos a la práctica sincronizando la acción internacional y las acciones a escala estatal y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Hay que buscar una realización del principio de correspondencia nivel de negociación-estructuras de los poderes decisionales de las grandes empresas transnacionales. Ya se sabe que las relaciones colectivas/sindicales son relaciones de poder operantes en el mundo de las relaciones económicas y de las políticas de gobierno de la economía. Clásicamente se advirtió, tras una larga experiencia, que el conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad moderna y, por ello, a las relaciones laborales. Pero también que “existe, sin embargo, un interés compartido entre empresarios y trabajadores: el de que sus necesarios e inevitables conflictos sean regulados periódicamente mediante procedimientos razonablemente preestablecidos; procedimientos que no excluyen el recurso extremo a cualquiera de los resortes por medio de los que cada una de las partes contendientes tiene que afirmar

nismo de la norma pactada”, en *Temas Laborales*, núm.158/2021, págs. 213-244. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EIAcuerdoMarcoEuropeoSobreDigitalizacionElNecesari- 8088956.pdf; ROCHA SÁNCHEZ, F., “El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización”, Cuadernos de relaciones laborales, Vol. 40, Núm. 2 (2022), págs.367-385; ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva”, *Trabajo y derecho*, núm. 83 (2021).

su poder en caso necesario...Por lo demás, postular una comunidad de intereses como substrato de las relaciones laborales es pura utopía”⁸⁹.

En cualquier caso, estas regulaciones son de la máxima relevancia. Bien es cierto que todavía son insuficientes para hacer frente al fenómeno de la transformación digital, sobre todo si se atiende a su magnitud e impacto a todos los niveles. El impacto real que los vertiginosos avances en el ámbito de la Inteligencia Artificial y Bigdata incorporados a los sistemas productivos están teniendo ya en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a la protección de sus datos personales y a su intimidad. Por ello mismo, es necesario elaborar una lectura integradora de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, que sea necesariamente respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda incontrolada y sin atención a principios y valores del incremento de la competitividad y beneficio empresarial⁹⁰.

Y es que el “capitalismo de la vigilancia” incrementa la penetración de los poderes del mercado sobre las personas: los poderes de los empresarios que utilizan las tecnologías como instrumentos de dominio y no sólo como posibles -necesarios- instrumentos al servicio de la innovación, la productividad y la calidad del empleo. Se ha podido señalar, al respecto, que el capitalismo de la vigilancia supone una ruptura respecto de la anterior trayectoria histórica del capitalismo de mercado en tres sentidos fundamentales: a) enfatiza su derecho a la libertad absoluta y al conocimiento sin trabas de los datos y vida de las personas; b) abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas; c) el fantasma de la vida en la colmena delata un proyecto social colectivista de mercado sustentado por una inferencia radical y por su expresión material en el “Gran Otro”. Ello supone que no se está ante una fase más del capitalismo, sino ante un cambio de paradigma de organización de la sociedad del mercado y de la organización de las empresas y de los sistemas de relaciones laborales⁹¹. El riesgo es que se antepongan las nuevas tecnologías digitales invasivas en la lógica del mercado (que es la lógica también de los algoritmos tal y como son utilizados) haciendo prevalecer la racionalidad del mercado a las bases de la democracia dentro y fuera de las organizaciones productivas. La lucha competitiva entre “capitalistas de la vigilancia” puede conducir a una búsqueda compulsiva de la totalidad (en la información y en el conocimiento de las personas al servicio de modelos predictivos y conductuales) al margen de los derechos y valores fundamentales que deben presidir un sistema democrático de relaciones laborales. En una lógica de dominio y acumulación del poder en continuo aumento. Ese poder de vigilancia y control instrumental puede facilitar la expropiación práctica de los derechos fundamentales a través de una nueva arquitectura global de modificación conductual prefigurada predictivamente a través de lautilización de los datos y las fórmulas algorítmicas. Este uso perverso de la inteligencia artificial expresa el potencial *lado oscuro* de la presente “4^o-5^a Revolución industrial” basada en la utilización de las tecnologías digitales como palancas de poder en las relaciones laborales.

Con todo, en la tensión dialéctica centralización-descentralización del sistema de negociación colectiva (cuestión condicionada por la autorregulación colectiva y la

⁸⁹ KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, “In Memoriam” por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs. 45-65, en particular pág. 64.

⁹⁰ MOLINA HERMOSILLA, O.: “Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (6), (2023) pp. 89-117. <https://doi.org/10.24310/rejlls.vi6.16225>; GÓMEZ SALADO, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021; TODOLÍ SIGNES, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2023.

⁹¹ Puede consultarse, ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., pp. 657 y sigs.

heterorregulación pública) es innegable una *tendencia hacia la “empresarización”* de las relaciones industriales, con el mayor peso de los convenios y acuerdos colectivos de empresa, con una pluralización de los instrumentos colectivos y ciertas dificultades de control sindical de los mismos para llevar a cabo una *descentralización controlada por la propia autonomía colectiva al máximo nivel* (Acuerdos Marco y Convenios Colectivos Sectoriales). Un marco institucional que a menudo ha sido condicionado por un intervencionismo dirigista del legislador. De ahí la centralidad de la negociación colectiva de empresa en el Derecho del Trabajo contemporáneo. En el sistema del ET se ha pasado de la relativa marginalidad de los convenios de empresa a la prioridad aplicativa (art. 84.2 ET). También hay que subrayar un aspecto positivo consistente en que en los convenios de empresa se ha optado por la preferencia del canal sindical de representación. Por su parte, los acuerdos de empresa encuentran su fortuna y su expansión a través del “descuelgue” (art. 82.2 ET), pero entre los instrumentos de “empresarización” destacan también los acuerdos normalizados de reestructuración y ajuste empresarial (artículos 40, 41, 44, 51, etcétera, del ET), con una tendencia hacia el acrecentamiento de su papel en el sistema de negociación colectiva. Esta orientación descentralizadora por la vía de los convenios y acuerdos de empresa ha sido no sólo promocionada por la heteronomía estatal, sino incluso impuesta (el caso más expresivo es el del art. 84.2 ET⁹², con una regla de preferencia legal indisponible por la autonomía colectiva, conduciendo hacia una forma de descentralización forzada desde este punto de vista). El reclamo de cobertura de vacíos de representación a través de “comisiones ad hoc” es problemático y se ha prestado a una desindicalización operativa en la práctica.

Ello supone un cambio de paradigma en el modelo de estructura negociadora que es impulsado bajo el prisma de una nueva “gobernanza” sobre el sistema de negociación colectiva. La nueva “gobernanza” económica europea ha servido de catalizador respecto de las tendencias comunes apreciadas hacia la descentralización negocial, bajo la égida del Derecho de la competencia y de la presión que ejerce la potenciación de la competitividad de la empresa flexible y la opción liberalizadora defendida e impulsada por las autoridades políticas de la Unión Europea. Esta realidad inducida -no espontáneamente surgida- produce una mutación en las fuentes del Derecho del Trabajo que plantea el riesgo de una ruptura de los equilibrios de poder que antes venían siendo garantizados por una intervención legislativa garantista y por los grandes Acuerdos Marco Interconfederales y Convenios colectivos sectoriales. Con este enfoque no solo se pierde en homogeneidad de condiciones de trabajo en el sector, sino también se pierde en poder sindical (en sus factores base de poder negociador en posición de “potencia” y (des)equilibrio con la contraparte empresarial). En los convenios de empresa y en los acuerdos de empresa las partes sociales priorizan el contexto productivo organizacional de la empresa con el efecto de atomización de la negociación colectiva y la difuminación y distanciamiento de intereses colectivos más generales de sector o de carácter más general. Domina en la negociación colectiva también el sesgo de ser parte del derecho de la producción, en cuyo marco el interés colectivo es confinado en atención a las particularidades económicas, técnicas y organizativas de cada empresa singularmente considerada. La lógica de “empresarización” puede acabar en un incremento de los poderes reales del empleador favorecido por una negociación colectiva “concesiva”⁹³ de proximidad (hacia las necesidades e intereses de la organización productiva), a la par que

⁹² Véase GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La inaplicación del convenio colectivo. Principales elementos conflictivos de su régimen jurídico”, Segunda Ponencia de las *40 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Granada, CARL, 2023. Ponencia en la que se contiene un análisis detenido de las cuestiones más problemáticas que se plantean en los supuestos de inaplicación del convenio colectivo.

⁹³ Porque suele imperar la lógica de la necesidad propia de la organización productiva y su posición competitiva en el mercado.

un detrimento de la negociación sectorial, con el consiguiente alejamiento de los fines transformadores más amplios perseguibles por las grandes organizaciones sindicales y su papel como sujetos sociopolíticos. El efecto expulsivo del fenómeno sindical puede ser consumado en beneficio de una liberalización mayor de los mercados de trabajo.

3. NUEVOS DESAFÍOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA” DE CARÁCTER PROMOCIONAL Y RACIONALIZADOR: LA PAULATINA REDEFINICIÓN DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA

Ya se ha destacado que la negociación colectiva tiene un papel central en el sistema de relaciones laborales: es fuente de regulación autónoma de los conflictos laborales y de la organización del trabajo en las empresas; es un instrumento que refleja el pluralismo social y jurídico y la ordenación de los poderes de las organizaciones sindicales y empresariales, en la búsqueda de un siempre inestable equilibrio. La Constitución y la normativa internacional reguladora de este derecho social fundamental de libertad colectiva/sindical consagran es centralidad, a la par que la adscripción del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en el contenido esencial de la libertad sindical (bloque constitucional sindical formado por los artículos 7, 28, 37.1, 103 de la norma fundamental, etcétera).

Lejos de aquellos que auguraban un declive sindical inexorable y de la negociación colectiva como instrumento de gobernabilidad del sistema de relaciones laborales y de regulación de las condiciones de trabajo, se puede constatar que los espacios de la autodeterminación colectiva se han enriquecido en sus contenidos, aunque también se han producido orientaciones de política del Derecho presididas por un intervencionismo selectivo y más autoritario⁹⁴.

- El modelo legal de negociación colectiva tiene su eje vertebrador en el Título III del ET, que centra el derecho social fundamental de libertad de negociación colectiva en la posición de preeminencia de la figura de la mayor representatividad sindical y en los convenios colectivos de eficacia normativa y personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. Ahora bien este modelo legal no ha permanecido inalterado en el tiempo, pues ha sufrido numerosas reformas, de entre las que cabe destacar las de 1994 y 2012, aunque han sido también relevantes la de 2010 y la de 2011. La reforma de 2021, supuso un giro importante respecto de la creciente intervención pública calificable como dirigismo autoritario en la autonomía colectiva. No pudo alterar completamente el modelo normativo vigente ni neutralizar las consecuencias más negativas (“perversas”) de las reformas de 1994 y 2012, pero ha tenido la virtualidad de ser

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en *Temas Laborales*, núm. 120 (2013), págs. 439-482. <file:///C:/Users/Jmonereo/Downloads/Dialnet-NuevosContenidosDeLaNegociacionColectivaYLimitesLe-4507898.pdf>. El enriquecimiento expansivo de los contenidos de la negociación colectiva y su plasmación en las dimensiones obligacionales y normativas de los convenios colectivos se venía apreciándose desde los inicios del siglo veintiuno. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L., y MORENO VIDA, M.N.: “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”, en *temas laborales*, núm. 76 (2004), págs. 255-285. [file:///C:/Users/Jmonereo/Downloads/Dialnet-LaNegociacionColectivaEmpresarialAnteLasExigencias-1060632%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Jmonereo/Downloads/Dialnet-LaNegociacionColectivaEmpresarialAnteLasExigencias-1060632%20(5).pdf); MORENO VIDA, M. N.: “Los contenidos de la negociación colectiva”, Ponencia en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, SOTO RIOJA, S. (Coord.), Sevilla, CARL, 2009. AMAADACHOU KADDUR, F.: *El contenido del convenio colectivo. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2017.

una reforma negociada que ha introducido en materia de negociación colectiva reformasestructurales significativas.

Por lo demás, y en una perspectiva más amplia, la negociación colectiva contribuye a resolver de manera autónoma a través de esa institucionalización jurídica los conflictos existentes entre los derechos sociales integrados en la ciudadanía democrática y el valor del mercado. Su resultado jurídico-formal, el convenio colectivo (formalización del acuerdo de la autonomía colectiva), cristaliza ese planteamiento básico del conflicto regulado en la democracia social contemporánea. Estamos ante una manifestación cualificada del proceso de «juridificación» del conflicto sociolaboral; y en parte, también por ello mismo, ante la integración de los conflictos de trabajo en la dinámica político institucional del sistema establecido.

- Entre los modelos estáticos y los modelos dinámicos de negociación colectiva, actualmente no se puede afirmar que nuestro modelo pueda ser calificado sin más como modelo estático, puesto que la propia regulación legal ha venido propiciando mecanismos para una negociación dinámica del convenio colectivo en la dirección de flexibilizar el modelo normativo de convenio estatutario configurado en el Título III del ET. No sólo habría que señalar las cláusulas de descuelgue e inaplicación de convenios colectivos, sino también la posibilidad de negociar un convenio colectivo en cualquier momento de la vigencia de un convenio colectivo.

Paradigmáticamente, al amparo del art. 86.1 ET, “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión”. Este precepto se inserta dentro de un modelo de negociación colectiva dinámica y flexible e impide, de suyo, calificar nuestro modelo normativo de negociación colectiva como un modelo de negociación estática. Pero a mayor abundancia cabe tomar en consideración, adicionalmente, los elementos normativos siguientes.

Cabe hacer referencia a la potenciación del convenio de empresa, a pesar de la crítica -aquí compartida- al principio de preferencia legal indisponible por la negociación colectiva en virtud del art. 84.2 ET⁹⁵, conforme al cual: “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior” en un conjunto importante de materias (que la reforma de 2021 ha recortado suprimiendo la materia salarial). Hay que tener en cuenta que esta preferencia legal estaba ya vigente desde la reforma de 2011, pero se configuraba en esa reforma como una norma dispositiva para la autonomía colectiva al máximo nivel. Ya se estaba produciendo una tendencia, al menos moderada, hacia una mayor atención a las exigencias de adaptación de las empresas a un entorno cambiante, sin poder hablarse de “empresarización” de la negociación colectiva, entre otras cosas porque en nuestra negociación colectiva siguen teniendo una importancia crucial los convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, la mayor centralidad de la negociación colectiva empresarial (en sus distintas manifestaciones: convenios colectivos y acuerdos colectivos) no tiene que suponer un detrimento de los Acuerdos Marco y de los convenios de sector, a riesgo de una excesiva y perniciosa atomización de la negociación colectiva⁹⁶. Ello perjudicaría no sólo a los trabajadores, sino también al

⁹⁵ La crítica ineludible viene de la configuración de una norma de derecho necesario absoluta en una materia propia de la negociación colectiva. Se indica que “Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado” (art. 84.2, último párrafo). Véase la D.T. 6ª RD-ley 32/2021.

⁹⁶ No está de más recordar que el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva, de 28 de abril de 1997,

tiempo a las propias empresas pues “sin reglas” en el sector se favorece la competencia desleal a través de la reducción de los costes directos e indirectos del trabajo. La idea de establecer una articulación negocial y “reglas de juego” (legales y negociales) en el sector de actividad es un bien que -al ser consensuadas- puede crear un interés compartido en procedimientos y ciertos contenidos homogeneizadores para todas las empresas del sector de actividad de que se trate. Por ello, debe apostarse por una negociación articulada y de carácter flexible que no favorezca una negociación colectiva “salvaje” completamente descentralizada y centrada exclusivamente en la lógica de los intereses de cada empresa en sí. Y por supuesto por no hablar de las consecuencias de la pérdida de poder de las organizaciones profesionales sobre el gobierno del sistema de relaciones laborales en su conjunto.

Por último, en el marco de la concurrencia de convenios colectivos, se establece que “Salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a los dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación” (art. 84.3 ET). Se trata, pues, de una norma legal dispositiva para la autonomía colectiva.

- Existe, pues, una visible tendencia (en el modelo legal y convencional) a favorecer un modelo de negociación dinámica y flexible atenta a la transformación de las empresas y a las formas de organización del trabajo. Y, por tanto, a resolver también las posibles tendencias conflictivas que esas mutaciones puedan crear, porque el conflicto en las relaciones laborales -recuérdese- es consustancial a las relaciones de trabajo, que en sí son siempre relaciones de poder de conformación de un orden. Lo que se tiende también es a buscar formas de institucionalizar los conflictos y de llevar a cabo políticas de negociación, donde cada vez adquiere más importancia en los procesos de reestructuración la flexibilidad interna negociada (descuelgues de condiciones de convenios de ámbito superior; modificación sustancial de las condiciones de trabajo; los nuevos mecanismos suspensivos, el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, las negociaciones sobre la incorporación de las nuevas tecnologías en la empresa y su incidencia en la organización del trabajo, etcétera)⁹⁷, pero también llegado el caso la flexibilidad externa negociada, cuando se aprecie que las decisiones más traumáticas son ineludibles y puede atenuarse su incidencia o buscar alternativas como puede ser la recolocación de los trabajadores en empresas del mismo grupo (prevista genéricamente en el art. 51.2 ET).

En esa negociación dinámica, interviene la negociación colectiva de empresa en sus manifestaciones como convenio de empresa y como acuerdos colectivos de empresa, cuya

reguló la estructura de la negociación colectiva para evitar la dispersión en gran medida propiciada por la reforma de 1994, diseñando un modelo de estructura cuyo eje pivota sobre el convenio colectivo sectorial estatal (y que, por tanto, es objeto de promoción), y abriendo espacios a los niveles inferiores a través de formas flexibles de negociación colectiva articulada. La idea era impedir la descentralización “salvaje” o simplemente descontrolada por llevarse a cabo desde abajo sin control desde arriba.

⁹⁷ Puede consultarse el análisis completo y exhaustivo en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords), Granada, Ed. Comares, 2022, 937 páginas; MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIERNO, F, MARCO ESPÓSITO Y PERAN QUE-SADA, S. (Dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Ortega Lozano, P.G. y J.L. Ruiz Santamaría (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2021, 1152 páginas.

relevancia en el sistema de negociación colectiva ha ido creciendo exponencialmente, pudiéndose hablar de “normalización” jurídica y de utilización ordinaria en la experiencia jurídica negociadora. Hace tiempo que dejaron de ser instrumentos excepcionales (si alguna vez realmente lo fueron), como puede apreciarse en las negociaciones en el marco de los procesos de reestructuración empresarial (despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa y los planes sociales; modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la posibilidad de acuerdos; el aludido Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización del empleo, etcétera). El que el principio de preferencia del convenio colectivo de empresa pueda hacerse valer sin alegación de causa alguna y sin configurarse como una norma que se someta a una racionalización en un ámbito superior, *parece no encajar adecuadamente* en un modelo de negociación colectiva que apueste verdaderamente por el convenio colectivo de empresa como instrumento de flexibilidad interna realmente articulada y negociada *con garantía de poder de negociación entre las partes negociadoras del convenio colectivo* y puede derivar en esadesnaturalización de un modelo excesivamente descentralizado y atomizado de empresas en un mismo sector. Afortunadamente la reforma laboral de 2021 ha impedido que el salario forme parte de las materias que podrían ser inaplicables por un convenio colectivo de empresa sin acreditar ningún justificado motivo. Tan sólo subyacen las razones de pura conveniencia empresarial. Esto es una suerte de forma de estructuración y concurrencia convencional *sin sometimiento a reglas causales y sin garantía de un auténtico control sindical*. Y se ha de insistir en el hecho y dato normativo de que el nivel de empresa puede tener un lugar central sin necesidad de desestructurar los mecanismos de gestión colectiva de la estructura y de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos.

Lo que es preciso evitar es que se produzca -por los distintos cauces hoy legalmente disponibles- una desaplicación y pérdida de eficacia jurídica (más o menos intensa; más o menos generalizada) de los convenios colectivos sectoriales en virtud del juego de los convenios y acuerdos colectivos de empresa. De ser así más que de flexibilidad laboral interna negociada tendríamos el resultado de una precarización de las relaciones laborales y una apertura a la praxis del *dumping social y empresarial* (traducible también en términos jurídicos como “competencia desleal” entre las empresas de un mismo sector; dando lugar a un modelo de competitividad nociva basado en la reducción de los costes del trabajo directos e indirectos). Este proceso de diferenciación y fragmentación conduciría a una ruptura de las solidaridades y de las tutelas colectivas/sindicales y a una disgregación y disciplina de los trabajadores mediante una diferenciación de estatutos reguladores y protectores del trabajo; es decir, a un vaciamiento de las solidaridades del trabajo en los equilibrios inestables entre igualdad y diferencias justificadas. El riesgo estriba en la ruptura del modelo constitucional garantista de Derecho Social del Trabajo, que sería paralela a la tendencia a devaluar los derechos constitucionales a través de procesos legislativos y prácticas interpretativas “*deconstituyentes*”, que puedan suponer una mutación constitucional y sin necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional a través de los procedimientos establecidos expresamente en la propia Constitución como norma fundamental y base del ordenamiento jurídico general. Con ello se produce no una mera transformación del Derecho del Trabajo (de mera “adaptación” y respuesta coyuntural a los cambios del entorno), sino un cambio de paradigma, es decir, una metamorfosis del Derecho del Trabajo que entra en contraposición con el Derecho Social del Trabajo Garantista construido por el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho; un nuevo modelo de Derecho del Trabajo que tiende a someter los derechos y libertades fundamentales de la persona que trabaja a la pura lógica del mercado (que constituye un espacio de actuación de los grandes poderes económicos autorregulados más allá de las reglas de juego establecidas en los ordenamientos estatales y en las

propias del Derecho Internacional), remercantilizando los derechos sociales y debilitando la efectividad de los derechos genéricos o inespecíficos del trabajador como ciudadano en el sistema de relaciones laborales. Si este cambio de paradigma se consolida, ello representaría la ruptura del compromiso del constitucionalismo democrático social entre capital y trabajo⁹⁸.

- Aunque se ha avanzado, nuestro sistema de negociación colectiva no ha logrado plasmar la potencialidad de sus funciones en los contenidos, enriqueciendo sus contenidos. Actualmente se tiene que avanzar más en materias como las relativas a las nuevas tecnologías y en los derechos sindicales. También en lo que concierne a los distintos aspectos de la “negociación colectiva gestional” o participativa. En cualquier caso, actualmente no se puede hablar de “pobreza” de contenidos de la negociación colectiva atendiendo a la pluralización de los contenidos que se han venido produciendo señaladamente en las dos últimas décadas⁹⁹.

Los cambios estructurales plantean a la negociación colectiva el 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 mutaciones en curso. Los factores determinantes de los cambios son de índole diversa, y entre ellos destaca actualmente un replanteamiento del intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales. Las reformas del “ciclo largo” 1994-2012 materializan opciones de política del Derecho estatal que reflejan un giro hacia un modelo de intervención selectiva y más “autoritaria” en la negociación colectiva. La reforma de 2021 ha supuesto una revisión parcial en la línea contraria de operar un “giro social” y un reforzamiento de los “espacios” de la autodeterminación colectiva.

Precisamente la tendencia actual se residencia en agotar sus potencialidades regulativas dentro de los márgenes disponibles en nuestro ordenamiento jurídico. Y es así tanto en materias clásicas (paradigmáticamente, la posibilidad de tratamientos colectivos de la huelga en un sentido sincrónico a lo que se ha hecho respecto a la regulación de los procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos) como en materias más novedosas en la época actual, como es el caso de las referencias en el mismo V AENC a la necesidad de regular convencionalmente los derechos digitales fundamentales, lo que viene propiciado por la misma regulación estatutaria ex art. 20bis ET, y las remisiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales. El art. 91 hace referencia al tratamiento de los derechos digitales en la negociación colectiva, indicando que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos

⁹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 1917, espec., págs.29 y sigs.,137 y sigs., y 2013 y sigs.

⁹⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI” Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, espec., págs. 95-96; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, MTAS, 1999; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España*, MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 77 a 131; SALA FRANCO, T.: “La revisión del modelo legal de negociación colectiva” en MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dirs.), y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/ Aranzadi, 2013, págs. 133 a 160; *Ibid.*, “La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales”, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 385-445.

digitales en el ámbito laboral (la regulación sustantiva básica se encuentra en los artículos 87, 89, 90 y 91, y en el referido art. 20bis ET).

- La necesidad de fortalecer los Acuerdos Marco Interconfederales ex art. 83 del ET y el reforzamiento de los convenios colectivos de sector en una lógica de mínima homogenización de la organización del trabajo y de las condiciones de trabajo, justas y equitativas. Pero también para evitar las distorsiones que está generando el doble e interrelacionado *dumping social* y empresarial sobre todo por la reforma laboral llevada a cabo por la Ley 3/2012, aunque también por problemas que se vienen arrastrando por una cierta petrificación y acomodación y estancamiento de la regulación tradicional de ciertas materias.
- En cuanto a la estructura de la negociación colectiva, se puede decir que, entre modelos centralizados y modelos descentralizados, nuestro país ha mantenido una evolución hacia una mayor descentralización negocial hacia la empresa. Resultando cuestionados los convenios colectivos sectoriales de carácter provincial -que actúa como un nivel intermedio-, que tienen un peso importante en nuestro sistema de negociación colectiva. Aunque los Acuerdos Marco han sido relevantes para marcar las líneas de negociación colectiva a los distintos niveles inferiores descentralizados. En muchos aspectos se ha carecido de una auténtica negociación colectiva articulada siguiendo el diseño “fuerte” posible al amparo del art. 83 ET. El diseño de la estructura refleja también las estructuras de poder dentro de las propias organizaciones mayormente representativas y no resulta fácil una unificación del poder (ni seguramente sea deseable). Paradigma de estos problemas es la presencia estelar de los convenios de ámbito provincial.
- La recuperación del espacio vital propio de la autonomía colectiva negocial en la determinación de la estructura de la negociación, suprimiendo el principio legal de preferencia del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial o supraempresarial. Y ha de respetarse que sean los Acuerdos Marcos Interconfederales o los propios convenios sectoriales -llegado al caso- los que determinen la vigencia de ámbitos intermedios de negociación -señaladamente los convenios sectoriales de ámbito provincial-. La descentralización de la negociación colectiva es una opción de los agentes sociales y no debe ser una imposición de la normativa estatal dirigida en este espacio vital.

La reforma de 2012 ha permitido la recuperación del espacio vital de autorregulación negocial de la ultraactividad de los convenios colectivos. El modelo precedente (tributario de la Ley 3/2012) de regulación de la ultraactividad no sólo suponía una ruptura de los equilibrios de poder, sino también una posible deriva hacia la precariedad laboral (la jurisprudencia ha tratado de resolver el problema -como ha podido, pero en gran medida “en falso”, porque nuestro sistema no admite la adquisición de condiciones más beneficiosas al amparo del convenio colectivo; art. 82 del ET- a través de la interiorización contractual de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos que hayan perdido su vigencia formal por la aplicación del plazo máximo de ultraactividad). La recuperación del modelo de regulación de la ultraactividad anterior a la reforma de la Ley 3/2012 no tiene que suponer la petrificación u obsolescencia de las condiciones de trabajo. Se podrán reconducir fácilmente los bloqueos de negociación colectiva a los procedimientos de solución autónoma extrajudicial previstos.

- Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título IV sobre la negociación colectiva y los convenios colectivos/sindicales de eficacia limitada. No deja de resultar un tanto paradójico que se regulen al detalle los convenios colectivos de eficacia jurídica

«*erga omnes*» y, por tanto, de carácter extraordinario; y se deje sin una regulación legal específica los convenios colectivos sindicales ordinarios inherentes a la libertad y al pluralismo sindical (artículos 7, 28 y 37.1 CE).

- Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título V del ET sobre solución autónoma extrajudicial de los conflictos colectivos, aunque habría que tener sumo cuidado con la conexión ineludible de esta materia con el Derecho fundamental de Huelga que encuentra una regulación absolutamente insatisfactoria en el obsoleto RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo (en realidad, dada la íntima vinculación existente entre la dinámica del derecho a la negociación colectiva y el derecho fundamental de huelga lo más coherente sería promulgar una Ley Orgánica reguladora de este último derecho fundamental, donde se pondrían de manifiesto esas sinergias entre ambos derechos constitucionales de libertad; cfr. artículos 28.2 y 81 de Constitución). Pero, al menos tendría la virtualidad de establecer una regulación coherente y una revisión en profundidad de intromisiones legales de dudosa constitucionalidad (con todo el respeto que merece la posición mayoritaria de nuestro Tribunal Constitucional), como los arbitrajes obligatorios impuestos a lo largo del sistema del Estatuto de los Trabajadores (en sus tres títulos actuales). Lo ideal, desde luego, es que se aprobase una Ley Orgánica garantizadora del derecho de huelga como derecho fundamental ex art. 28.2 CE, atendiendo a la doctrina constitucional sobre la materia y al estándar multinivel que garantiza este derecho social fundamental. Aunque, ciertamente, los tiempos no están para abordar esta cuestión esencial (el “tiempo de los derechos” depende también del estado de la cultura y de la ideología jurídica imperante en una determinada coyuntura), porque la huelga autentifica el sistema de relaciones laborales como sistema de equilibrios de poder entre los actores sociales que ostentan los factores base de poder. La regulación por Ley Orgánica (art. 81 CE) es tanto más imperiosa respecto de la huelga en servicios esenciales.
 - Lo más pertinente es elaborar un Nuevo Estatuto de los Trabajadores en el medio/largo plazo en el marco de un “Código de Trabajo” en aras de la seguridad jurídica y de la visibilidad de la lógica interna del sistema de relaciones laborales. Se trataría de estructurarlo, extensivamente, con base a la Disposición Adicional 8ª del vigente ET¹⁰⁰.
 - Al legislador le corresponde llevar a cabo una labor promocional y de racionalización del sistema de negociación colectiva, como se infiere del art. 37.1 CE.
- 1º. Le corresponde llevar a cabo una revisión en profundidad del Título III del ET: repensar una sindicalización más completa del ejercicio del derecho a la negociación colectiva en la regulación de desarrollo del art. 37.1 CE. De manera que este derecho sólo pueda ser ejercitado exclusivamente por las representaciones sindicales, como es la regla general de los países europeos comparables.
- 2º. Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título IV del ET sobre solución extrajudicial de los conflictos colectivos, aunque habría que tener sumo cuidado con la conexión ineludible de esta materia con el Derecho fundamental de Huelga que encuentra una regulación absolutamente insatisfactoria en el obsoleto RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

¹⁰⁰ Véase la propuesta fundada y desarrollada en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI” Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después* (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, espec., págs. 96-102.

- 3º. Le corresponde revisar el art. 3 ET, que ha sido desbordado por la regulación del propio ET. Señaladamente, tiene hacer referencia al lugar dentro de las “fuentes reguladoras” de los convenios de eficacia limitada (teniendo en cuenta la propuesta precedente de crear un nuevo Título IV que los regule legalmente clarificando su naturaleza y eficacia jurídica).

Asimismo, se tiene que establecer un encuadramiento coherente en el art. 3 ET de los Acuerdos de Empresa como fuentes convencionales clarificando su naturaleza jurídica y su régimen jurídico (y partiendo de su enlace en el art. 37.1 CE). Se ha producido un desbordamiento de las fuentes convencionales dispersas en el sistema normativo del ET.

- 4º. Le corresponde revisar igualmente varias medidas dispersas en todo el sistema del ET:

- a) Revisar el modelo vigente de “comisiones representativas ad hoc” para la interlocución en la negociación colectiva de empresa¹⁰¹ encaminada a establecer medidas de reorganización productiva y de ajuste empresarial (artículos 41.4, 47, 51 y 82.3 del ET), y sustituirlas por imperativo legal por un modelo estrictamente sindical, aunque esta normativa estatal podría ser supletoria para la autonomía colectiva expresada en los acuerdos marco (art. 83.1 ET) o en los mismos convenios sectoriales. Un modelo que garantice un poder de representación real y no meramente formal, porque los acuerdos adoptados por estas comisiones creadas “ad hoc” elegidas por los propios trabajadores ocultan la realidad de que el que impone la nueva regulación es el poder unilateral del empleador (los trabajadores designados o elegidos son actores débiles frente el poder unilateral del empleador; y son verdaderos representantes legales unitarios). El modelo legal se presta, así, a controversias (por ejemplo, STS de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014; STS 706/2019, de 10 de octubre, que contempla el caso singular de la problemática validez jurídica de un acuerdo realizado con la totalidad de la plantilla de personal sin la creación de una comisión representativa “ad hoc”; STS 746/2019, de 30 de octubre). Las comisiones “ad hoc” no son siempre una representación colectiva, sino una suerte de delegación plural sin garantías de solvencia cuando su composición no está sindicalizada. Que esa sindicalización es posible lo pone de manifiesto la creación de comisiones de composición de carácter sindical respecto a la negociación de planes de igualdad conforme al RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y aquí no hay ninguna supuesta “libertad de opción” de los trabajadores concernidos; o, dicho de otro modo: no hay plenas garantías de ello.

¹⁰¹ Ciertamente, el art. 41.4 ET dispone que “En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente [de ordinario en asamblea de trabajadores] o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”. Este derecho de opción resulta problemático comenzado por la inexistencia real de una libertad de opción con conocimiento de causa y capacidad negociadora real de los trabajadores delegados elegidos. Debería establecerse legalmente que en tales casos estaría legitimados para negociar sólo los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa que, además, estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Esta sería una solución más garantista.

Las comisiones “*ad hoc*” falsean el acuerdo de reorganización productiva y la misma lógica de una flexibilidad interna negociada realmente por instancias colectivas en equilibrio de poder negociador.

Por lo demás, ya existen experiencias legislativas que han prescindido de ellas como es el caso de la regulación de los ERTES Covid-19 (art. 23.1 RDL 8/2020) y en la regulación legislativa de los planes de igualdad (RD 901/2020, de 13 de octubre).

Dicho esto, no se puede dudar de la existencia de un problema práctico en la interlocución de la parte social en las empresas de reducido tamaño, pero hay que garantizar una representación real y no ficticia. Se insiste, la mejor opción, llegado el caso, es apostar por una comisión “*ad hoc*” sindical más representativa (es decir, una comisión “*ad hoc*” sindicalizada plenamente) y evitar la solución menos garantista de que sea una comisión “*ad hoc*” elegida o designada por la plantilla de la empresa (normalmente en asamblea de trabajadores).

- b) Precisar el modelo de determinación del convenio aplicable en la subcontratación ex art. 42.6 ET en el marco de una reforma más integral de esta disposición y normas concordantes. Probablemente, como se ha indicado antes, la regulación más coherente es aplicar a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio aplicable a la empresa principal.
- c) Establecer una regulación específica para los convenios de grupos de empresas y para las redes de empresa (no exclusivamente limitada, como se sabe, a las redes de empresas de subcontratación empresarial). Se trata de articular una política de apoyo y de carácter promocional de la negociación colectiva en los grupos de empresas y en las empresas-red, especialmente en los supuestos de subcontratación empresarial como instrumento de descentralización productiva o funcional.
- d) Modificar el art. 84.2 ET en lo que se refiere al principio de preferencia legal absoluta de los convenios colectivos de empresa; principio de preferencia legal indisponible a través de la vía de los acuerdos marco previstos en el art. 83 ET. La normativa ya existente de carácter causal en los descuelgues tiene una lógica interna de descentralización basada en la flexibilidad interna negociada (art. 82.3 ET), no en una flexibilidad interna cuyo régimen jurídico se impone a la autonomía colectiva negocial privándola de sus facultades de diseño de la estructura descentralizada del sistema de negociación colectiva y del establecimiento de procedimientos ágiles de flexibilidad. En otras palabras, debe ser la propia autonomía colectiva negocial al máximo nivel de los acuerdos marco o, mejor aún en estos casos, el propio convenio colectivo sectorial el que establezca la posibilidad de vías de flexibilidad y de preferencia en la coexistencia de distintos convenios dentro del mismo sector. Es volver al modelo que se estableció en la reforma de 2011. La reforma del RD 32/2021 se quedó corta -aun siendo de gran importancia en sí misma- en esta importante materia para evitar el detrimento del autogobierno colectivo/sindical y el declive de la fuerza normativamente vinculante del convenio colectivo sin alegación de motivo justificado alguno. En suma, la estrategia flexibilizadora debe ser competencia de la autonomía colectiva, y no derivada de un modelo que pivota en la decisión unilateral e intervencionista de un legislador que la imponga anteponiendo sus propias opciones de política del Derecho.
- e) Debería reflexionarse sobre la modificación del art. 41.5 ET, que admite la modificación sustancial unilateral por parte del empresario de la regulación

de condiciones de trabajo de carácter colectivo (incluidas las de los convenios colectivos extraestatutarios) si no se ha alcanzado un acuerdo en la Comisión negociadora: “La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas *sin acuerdo* y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación”. Contra las decisiones empresariales se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución (artículos 153 a 162 LRJS). Debería plantearse una solución distinta: sometimiento a procedimientos autónomos extrajudiciales: mediación obligatoria y posible arbitraje de sometimiento voluntario o libre por ambas partes¹⁰².

Hay que tener en cuenta que el Comité de Derechos Sociales de la Carta Social Europea ha declarado en relación al art. 6 de la CSE (“Derecho de negociación colectiva”) que la situación jurídica de España no es conforme con el art. 5, párrafo 2º, de la CSE por el motivo de que la legislación española permite a los empleadores de forma unilateral inaplicar las condiciones de trabajo y empleo establecidas en los convenios colectivos por el cauce jurídico del art. 41 ET.

La propuesta de *lege ferenda* es que de no conseguirse un acuerdo colectivo o una decisión arbitral no se podría llevar a cabo una modificación de condiciones de trabajo. Es aplicar la misma solución ya prevista también para los convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa y personal generalizada en todo su ámbito de aplicación, a saber: “La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3” ET. Para los cuales se exige que haya un acuerdo colectivo de descuelgue o inaplicación (art. 82.3 ET) y en ningún caso el empleador puede proceder a su modificación unilateral (como sí acontece en el caso de los convenios extraestatutarios que por definición suelen ser los de eficacia ordinaria y *carácter sindical en cuanto firmados por los sindicatos pactantes*). Ante el fracaso de todo acuerdo se prevé otra solución distinta (que no deja de ser problemática en sí misma), pero ya partiendo lógicamente de que no cabe el descuelgue unilateral del empleador respecto de las materias enunciadas en el art. 82.3 ET. En efecto, se establece que “Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, *cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos*. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en

¹⁰² El art. 41.4 ET ya contempla la posibilidad de un sometimiento libre a un procedimiento de mediación o arbitraje, pero admitiendo en caso de fracaso la decisión unilateral modificativa del empleador. En efecto, se establece que “el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”. El problema práctico que se plantea es que los convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada gozan de la garantía constitucional de su eficacia directa y su fuerza jurídica inderogable singularmente por parte de sus destinatarios. Admitir la modificación unilateral por parte del empleador desnaturaliza lo que forma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ex art. 53.1 CE (en relación con el bloque constitucional de apertura al sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales formado por los artículos 10.2, 28, 37.1, y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamentales), a cuyo tenor: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91” (art. 82.3 ET). Solución problemática porque se trata de un arbitraje obligatorio donde al menos una de las partes no ha prestado el consentimiento libre para proceder a esta vía de solución heterónoma del conflicto colectivo planteado, por un lado, y por otro, porque estamos hablando de un arbitraje dictado por organismos institucionales públicos en los que están presentes representaciones gubernamentales. Lo que podría entenderse como un supuesto de “laudo arbitral obligatorio”, respecto al que el Tribunal Constitucional en 1981 había declarado su inconstitucionalidad a propósito del llamado “procedimiento (administrativo) de solución de conflictos colectivos”. De este modo se pasaría de un aceptable descuelgue convencional a un descuelgue de sometimiento arbitral obligatorio. Este criterio de solución último escapa a los mecanismos propios de flexibilidad interna negociada, siendo más bien interna impuesta unilateralmente por una instancia arbitral de sometimiento no libre o voluntario para ambas partes afectadas por el conflicto colectivo. Y aunque estamos antes una lista cerrada de materias, prácticamente están todas las más importantes, incluyendo el “sistema de remuneración y cuantía salarial” (art. 82.3.d) ET).

- f) Supresión de cualquier forma de arbitraje de sometimiento obligatorio para las partes afectadas por el conflicto en un proceso de negociación colectiva; sea por una instancia arbitral privada, o por un órgano administrativo (caso de la CCNCC u órgano equiparable de las comunidades autónomas). Es una materia cuya competencia le correspondería a los Acuerdos Interprofesionales.

La intervención de la legislación estatal en materia de negociación colectiva debe ser de carácter eminentemente promocional o de fomento, sin invadir los espacios vitales propios de autorregulación de la autonomía colectiva. Cabe decir que las reformas no negociadas con los interlocutores sociales (incluida también la materia de las reformas de las pensiones públicas) acabaron por establecer un *modelo de intervención dirigista* de orientación autoritaria del sistema de la negociación colectiva. Un “Sistema” que no le pertenece al intervencionismo estatal, que, sin embargo, si ha de garantizar ese derecho y sus productos jurídicos (art. 37 CE). Función promocional y garante; la cual impide que la negociación colectiva sea un instrumento de intervención al servicio de las políticas estatales o al servicio instrumental unilateral de las exigencias de funcionamiento de las empresas. La Constitución reconoce a la autonomía colectiva de las organizaciones profesionales en el mundo del trabajo como fuente originaria que encuentra su base propia y específica en el art. 37.1 CE, con todas sus consecuencias legítimas dentro de un modelo realmente democrático de relaciones laborales; y sin que ello tenga que suponer una suerte de *laissez faire* colectivo que en sí mismo sería incompatible -en el otro extremo de la balanza- con un Estado Social de Derecho, que ha de ser garante de la efectividad de la negociación colectiva y su coexistencia -dentro del sistema de límites constitucionales- con otros derechos constitucionales, sean o no de carácter estrictamente fundamental.

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
**AUTONOMÍA COLECTIVA Y REESTRUCTURACIÓN SECTORIAL EN LA
TRANSICIÓN ECOLÓGICA**

ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. TRANSICIÓN ECOLÓGICA, TRANSICIÓN ENERGÉTICA Y TRANSICIÓN JUSTA
2. REESTRUCTURACIÓN JURÍDICO-LABORAL Y AUTONOMÍA COLECTIVA
3. REESTRUCTURACIÓN SECTORIAL A TRAVÉS DEL MECANISMO RED
4. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA REESTRUCTURACIÓN DESCARBONIZADORA

1. TRANSICIÓN ECOLÓGICA, TRANSICIÓN ENERGÉTICA Y TRANSICIÓN JUSTA

Aunque es tradicional la necesaria adaptación de la empresa a las alteraciones de todo tipo que experimenta el mercado, en ocasiones la adaptación obligada ha afectado de forma directa al modelo productivo que, a su vez, no ha dejado de tener externalidades, cuyo nivel está superando límites muy alarmantes -en un sentido negativo-. Precisamente es una de las grandes características de este siglo XXI la preocupación -creciente- por la afectación del modelo productivo, no sólo en la sociedad, sino en la biosfera y en todo el ecosistema del planeta. Y también, de forma recíproca, el desequilibrio que experimenta la ecosfera, el llamado “cambio climático”, exige -debería exigir realmente- cambios radicales en el modelo productivo. Esto coloca a las empresas, una vez más -pero con especial apremio-, ante las clásicas necesidades de reestructuración; y ello como consecuencia de que los mercados se ven alcanzados por la amenaza de una verdadera reconversión -grave y novedosa-, que se propugna (desde instancias internacionales, europeas y nacionales) como única solución posible de sostenibilidad (es decir, de supervivencia): la necesaria transición. Podríamos denominar transición ecológica a la campaña que, desde diversas instancias (desde lo global a lo local) pretende aunar esfuerzos para luchar contra los efectos adversos del cambio climático¹. La Unión Europea ha optado por liderar este empeño, aspirando a convertirse en el primer continente neutro desde el punto de vista de emisión de gases que dañen a la atmósfera, de acuerdo con la estrategia recogida en el Pacto Verde Europeo², previsto para ser trasladado a legislación europea³ y nacional. En este sentido, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, quizá debería haberse llamado “Ley de Transición Ecológica y Energética”, puesto que la transición mencionada en segundo lugar constituye una parte de la primera; y, de hecho, la ley no regula el cambio climático, sino -en su lugar- las medidas de adaptación o de lucha contra el mismo, es decir, la estrategia de transición ecológica en general, aunque se refiere en realidad a los tres tipos de transición: ecológica, energética y justa⁴. Acerca de ellas aquí nos interesa analizar el papel de la autonomía colectiva en el proceso de adaptación de la empresa a la transición sectorial del entorno; es decir, el mecanismo de la reestructuración.

¹ Vid. Chacartegui Jávega, C., «La gobernanza colectiva para una transición eco-laboral justa: el papel de la negociación colectiva», en Miñarro Yanini, M. (Ed.), *Cambio climático y Derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Ed. Universidad de Jaén, 2021, pp. 97-123; Rivas Vallejo, P., «El tratamiento del ambiente natural en el marco de las relaciones laborales», en Barrios Baudor, G.L. (Dir.), *Ambiente natural, empresa y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 597-690; Álvarez Cuesta, H., «La lucha contra la crisis climática en la Ley de cambio climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 10(1), 2022, pp. 315-333.

² La I Conclusión del Consejo Europeo de 12 de diciembre de 2019 (EUCO 29/19), titulada “Cambio Climático”, afirma en su punto 3 que “el Consejo Europeo toma nota de la Comunicación de la Comisión sobre el Pacto Verde Europeo y pide al Consejo que impulse los trabajos en la materia de conformidad con el punto 1” (esto es, “el objetivo de alcanzar una UE climáticamente neutra de aquí a 2050”).

³ El Reglamento (UE) 2021/1119, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999, establece un marco para lograr la neutralidad climática en la Unión Europea de aquí a 2050, además del objetivo vinculante de neutralidad climática en la UE de aquí a 2050 (y emisiones negativas a partir de entonces) y una reducción del 55% para 2030 (entre otras medidas).

⁴ En su art. 1, que define el objeto de la ley, se incluyen estos tres tipos de transición, por el mismo orden: “Esta ley tiene por objeto asegurar el cumplimiento, por parte de España, de los objetivos del Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015, firmado por España el 22 de abril de 2016 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 2 de febrero de 2017 [transición ecológica]; facilitar la descarbonización de la economía española, su transición a un modelo circular, de modo que se garantice el uso racional y solidario de los recursos [transición energética]; y promover la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades [transición justa]”. De los nueve títulos que tiene la ley, los cuatro primeros están dedicados a la transición energética; el quinto, a la transición ecológica; el sexto, a la transición justa; y los tres últimos, conjuntamente a las transiciones ecológica y energética.

2. REESTRUCTURACIÓN JURÍDICO-LABORAL Y AUTONOMÍA COLECTIVA

Ya desde el final del siglo XX -y en lo que ha transcurrido de este casi cuarto de siglo XXI- se ha ido instalando en el sistema económico el fenómeno del cambio con rasgos verdaderamente estructurales, por ser una característica permanente que, además, como consecuencia lógica, directa y automática, da lugar a operaciones de reestructuración en las empresas. Este fenómeno, en primer lugar, obliga a las empresas a adquirir modelos flexibles de organización -como resultado de un ambiente de incertidumbre en los mercados-; lo que, en segundo lugar, afecta a la definición e identificación de los objetivos e intereses -plurales- de las empresas a nivel interno⁵.

Así, en primer lugar, a pesar de que la empresa es considerada una pieza predominante de la economía de mercado, se ve constantemente obligada a adaptar su organización, de manera abierta y dinámica, a los cambios del entorno, inseguro e impredecible; sufriendo siempre, como respuesta, continuas reorganizaciones, que reducen y desfiguran la solidez y la fisonomía de las estructuras empresariales tradicionales; hasta tal punto que la empresa ha llegado a convertirse en un elemento más de la coyuntura económica, siendo ésta su nota “estructural” más característica. Ante lo cual -para que ello no resulte engañoso- hay que aclarar que los cambios en el modelo organizativo empresarial, orientados de forma cada vez más continua a la reestructuración y al saneamiento, hacen a la llamada “empresa flexible” perder su estructuralidad, debido a transformaciones verdaderamente cualitativas. Aunque no deja de ser -ciertamente- una unidad organizativa económica, queda integrada -sin embargo- en una red difusa, produciéndose una mutación en sus reglas de funcionamiento, que quedan a merced de la continua adaptación a las necesidades del mercado y que reducen y difuminan las posiciones jurídicas individuales y colectivas de los trabajadores.

En segundo lugar, como se ha anticipado, la necesidad permanente de adaptación al entorno supone que la empresa deba estar en un continuo proceso de redefinición interna, lo que a su vez afecta a sus objetivos, que se ven muy mediatizados por el fin principal de adaptación. Esta obligada adaptación no sólo eclipsa los objetivos posibles y diversos que sean propios de la empresa concreta y particular, con composición plural de intereses, sino que ocupa todo el espacio funcional. El poder de decisión y control de la empresa sobre sí misma, sus fines y métodos, está continuamente mediatizado por la respuesta a las variaciones externas de un mar de imprevisión; un medio externo que se caracteriza por su incertidumbre y su inestabilidad, debido a la dinámica de cambios, que son cada vez más acelerados. Así pues, el objetivo de adaptación viene exigido por la necesidad de estar en condiciones de obtener un éxito económico; para lo que, además, se exige un aprendizaje continuo (en la dinámica adaptativa) y una necesaria anticipación. Lo que, a nivel interno se traduce en una opción por la descentralización y un control flexible de sus elementos y procesos, gracias al mantenimiento del mayor grado de flexibilidad productiva y laboral.

Por consiguiente, parece no haber lugar para otro objetivo distinto al de la mera flexibilidad, reorganización, redefinición. La empresa se constituye en un permanente gestor del cambio, reestructuración y saneamiento de ella misma. Existiendo muchas veces falta de claridad o transparencia, puesto que la reestructuración de las empresas es un fenómeno continuo y de gran complejidad, cuyas características y contornos no sólo

⁵ Monereo Pérez, J.L., *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2006, pp. 5-10. Esta obra, de referencia acerca de la reestructuración empresarial en general, analiza en profundidad (en las pp. indicadas), similares afectaciones de la empresa, producidas de forma automática por la dinámica de cambios externos.

son de difícil diferenciación, sino que es también complicado advertir su inicio, desarrollo y alcance, ya que distintos procesos de corta, media o larga duración pueden solaparse.

Lo cierto es que, como concreción del modelo del Derecho Flexible del Trabajo, se lleva a cabo una derivación de los riesgos empresariales a las plantillas y un sometimiento del factor trabajo a las necesidades de la empresa flexible, las cuales aparecen catalogadas como independientes de la voluntad de los hombres. Al mismo tiempo aumenta el margen de discrecionalidad decisoria empresarial y, consiguientemente, el grado de subordinación y disciplina de los trabajadores; todo ello enmarcado en una tendencia de desequilibrio del poder colectivo de los trabajadores ante las exigencias de la economía general⁶; aunque es también posible que, ante la necesidad de reestructuración, surja -si se dan las condiciones- un compromiso responsable de todos los partícipes en la empresa -conforme a un modelo “ofensivo” de compromiso activo- para apostar por la calidad, la formación y la innovación como tratamiento preventivo de las crisis, “sin que la mejora y la competitividad y de la rentabilidad del trabajo suponga socavar las bases de la identidad colectiva y, en definitiva, tampoco del poder sindical”⁷. Lo cual nos lleva a la idea de penetración del principio de participación democrática en el interior de las empresas -para influir en la adopción de decisiones empresariales- a través de procedimientos institucionalizados⁸ que, como es sabido, obedecen a diversos grados de intensidad, según el modelo legal de referencia -desde los derechos de información y consulta hasta la cogestión-⁹. Pero, en referencia a la negociación colectiva, no sólo hay que atender al plano institucional normativo -aun siendo éste de la mayor importancia-. La propia legislación europea apela también al plano de la interacción real de los agentes implicados. Así, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, dispone lo siguiente en su artículo 1.3: “En la definición o aplicación de las modalidades de información y de consulta, el empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con *espíritu de cooperación* en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”. El mencionado “espíritu de cooperación” al que la Directiva aspira, va más allá de lo que la norma puede exigir, ya que está en otro plano: el de la interacción recíproca libre. Aceptando la dificultad de conseguirlo, la Directiva se limita a invocarlo. Pero de esa mención se trasluce que no se persigue una participación funcional, es decir, orientada a las exigencias de funcionamiento de la empresa. En realidad, tanto en el plano institucional normativo como en el de la interacción recíproca -en referencia, ambos, a la autonomía colectiva ante los supuestos de reestructuración- hay que considerar la orientación a los principios de justicia social. Dicha orientación no existe, por ejemplo, en los intentos de implicación de los trabajadores en los objetivos empresariales, según la propuesta de interiorizarlos como objetivos comunes en una gestión gerencial que se corresponde

⁶ *Ib.*, p. 4.

⁷ *Ib.*, pp. 173 y 174 (página a la que corresponde el texto entrecomillado).

⁸ *Vid.* González Ortega, S., «La participación de los trabajadores en la empresa como expresión de democracia social», Cuadernos de Derecho Público, n.º 25, 2005, pp. 107-130.

⁹ Pueden consultarse, a nivel general (aunque con aplicación directa a los supuestos de reestructuración): la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, que fija normas mínimas de procedimiento; y la Directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (estableciendo nuevos derechos -como el de información previa sobre el calendario de trabajo- para todos los trabajadores en todas las formas de trabajo, incluidas las atípicas y nuevas, como el trabajo para plataformas en línea). Y a nivel más específico, para supuestos de despidos colectivos y traspaso: Directiva 75/129/CEE del Consejo relativa a los despidos colectivos, modificada por las Directivas 92/56/CEE y 98/59/CE del Consejo, por la que se exige que, en caso de despidos masivos, los empresarios establezcan negociaciones con los trabajadores; y Directiva 2001/23/CE del Consejo relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, por la que se estipula que los trabajadores deben ser informados de las razones del traspaso y de sus consecuencias.

con la llamada “cultura organizativa” o “cultura de empresa”¹⁰. Es precisamente la cultura compartida -la conciencia colectiva de justicia- el plano o ámbito al que pueden estar orientados -o no- tanto los aspectos normativos como los de la interacción real. Es importante la cultura de partida que, aunque promueva la participación, o incluso el consenso -sin mayor especificación-, puede responder a una orientación funcional. Una consideración de justicia social debe apuntar, en cambio, a lo supra-funcional, es decir, atender a las necesidades, a nivel personal y de grupo, en las negociaciones de crisis, lo que no se excluye la atención a los objetivos de la empresa. El mencionado artículo 1.3 de la Directiva 2002/14/CE es una muestra de esta cultura jurídica supra-funcional de la participación y la negociación, en la medida en que especifica cuál es la orientación del aludido “espíritu de cooperación” entre empresario y representante de los trabajadores: el “cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”¹¹.

La mencionada Directiva parte, pues, de una noción de empresa pluralista. Y, en este sentido, interesa también considerar la importancia que, en la cultura jurídica de partida, tiene la propia noción de reestructuración, lo que está vinculado al papel, en la misma, de la autonomía colectiva. La negociación que, por sí misma, corresponde al plano de la interacción real -un plano propio y característico del Derecho del Trabajo vivo-, se mueve en el terreno de lo fáctico y de lo factible; en una combinación de libertad y condicionantes, entre los cuales hay que contar las posibilidades y procedimientos legales establecidos. De ahí la conveniencia de identificar qué dinámicas de participación, qué papel negociador colectivo y sindical, en atención a cada uno de los encauzamientos legales, corresponde a un proceso de reestructuración desde el punto de vista jurídico-laboral.

Podemos en este sentido afirmar que no existe una noción clara y legalmente acotada de reestructuración. En todo caso, no se puede acotar de forma tan restringida como para hacerla coincidir con los despidos colectivos o con la flexibilidad externa. Antes al contrario, existe apoyatura legal -en el Derecho europeo¹² y en nuestro ordenamiento jurídico español¹³- para una orientación más favorable a la flexibilidad interna. Si

¹⁰ Monereo Pérez, J.L., Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral, *op. cit.*, pp. 186-187.

¹¹ De forma más amplia, como muestra de esta cultura de partida, puede mencionarse el texto de los considerandos 7 a 11, en los que se han destacado menciones indicativas expresas en cursiva: (7) Es necesario *reforzar el diálogo social y fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos, (...), promover la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa y fortalecer la competitividad de ésta.* (8) En particular, es necesario *promover y reforzar la información y la consulta sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa*, así como, (...), sobre las *eventuales medidas preventivas previstas*, sobre todo en lo referente a *formación y la cualificación de los trabajadores, con el fin de contrarrestar estos efectos negativos o sus consecuencias, y de aumentar las posibilidades de empleo y de adaptación de los trabajadores* que pudieran resultar afectados. (9) La información y la consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación (...). (10) La Comunidad ha definido y está aplicando una estrategia para el empleo basada en los conceptos de “anticipación”, “prevención” y “empleabilidad”, (...), que pueden influir positivamente en el empleo, mediante la intensificación del diálogo social a fin de facilitar un cambio compatible con la salvaguardia del objetivo prioritario del empleo. (11) El desarrollo del mercado interior debe hacerse de manera armoniosa preservando los valores esenciales en los que se basan nuestras sociedades y garantizando que todos los ciudadanos se beneficien del desarrollo económico”.

¹² Así, p.e., el art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, establece que «las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos».

¹³ Véase en nuestro Derecho interno la combinación entre los arts.40, 41, 47, 47bis, 51, 52 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como esa misma preferencia por la flexibilidad interna en el R.D. 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento conjunto para procedimientos de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada, así como el Real Decreto 608/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. El V Acuerdo Nacional para el Empleo y la Negociación Colectiva (Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, BOE 31 de mayo) se expresa así en el primer párrafo de su Capítulo IX (dedicado a los “Instrumentos de Flexibilidad Interna”): “Las Confederaciones signatarias de este AENC consideramos que los mecanismos de adaptación internos son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla, por ello los convenios deberían disponer de la flexibilidad interna como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio

partimos, pues, de una concepción jurídico-laboral amplia de la reestructuración, como ya hace tiempo viene defendiendo el Profesor Monereo, convenimos en que engloba las vicisitudes contractuales, modificativas (tanto objetivas como subjetivas), suspensivas y extintivas por causas de funcionamiento de la empresa¹⁴. Por lo tanto, son muchos los supuestos legales que ofrecen un encauzamiento de la reestructuración mediante la dinámica de la autonomía colectiva.

Como nos centramos en la reestructuración sectorial, motivada por la necesaria transición ecológica, para indagar cuál es -en la misma- el papel de la autonomía colectiva, analizaremos en primer lugar un procedimiento legal pensado claramente para la reestructuración interna por motivos de carácter sectorial (a través del mecanismo RED). Y, en segundo lugar, la llamada vía de “transición justa”, prevista para los casos de reconversión energética, en los que opera en general la reestructuración externa. Adelantemos que en el primero de los procedimientos está legalmente prevista una actuación específica de interlocución colectiva (a través de la dinámica de consulta), mientras que en el segundo caso la actuación prevista de la autonomía colectiva es de carácter inespecífico.

3. REESTRUCTURACIÓN SECTORIAL A TRAVÉS DEL MECANISMO RED

3.1. Representación institucional y participación en la activación y seguimiento del mecanismo

El mecanismo RED, en su modalidad sectorial, ha sido considerado por los agentes sociales una vía idónea para la transición ecológica¹⁵. El fuerte apoyo por parte del Estado, que se materializa en la financiación de ayudas a trabajadores y a empresas a través de un Fondo específico, se traduce, entre otras cosas, en el control por parte del Gobierno de su practicabilidad, ya que depende del Consejo de Ministros activarlo.

Respecto a dicha activación se ha previsto legalmente un papel significativo para los agentes sociales, como expresión de la función de representación de intereses y de la participación institucional. Participación referida a un proceso público y al más alto nivel, de cuya activación dependen las eventuales solicitudes -y su autorizaciones- por parte de las empresas, de reducir la jornada o de suspender temporalmente los contratos de trabajo. En otras medidas legales de flexibilidad no existe un proceso público exterior a la dinámica empresarial y previo a la solicitud de medidas por parte de la empresa; aunque sí puede señalarse la necesaria constatación por parte de la autoridad laboral de la situación de fuerza mayor (si bien en tiempo posterior a la solicitud empresarial de reducción de jornada, de suspensión o de extinción de contratos, *ex arts.* 47.5, 47.6 y 51.7 ET). El Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, regulado en el artículo 47bis del Estatuto de los Trabajadores, se inspira en los expedientes ERTE de la crisis sanitaria por COVID¹⁶,

entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras¹⁷.

¹⁴ *Ib.*, p. 10. Incluso «las funciones económico-jurídicas de las reestructuraciones son más amplias y concierren a un complejo de normas de mayor extensión», mencionando, p.e., transformación de sociedades, fusión y otras formas de transmisión, externalización ETT, descentralización productiva y funcional, subcontratación, etc. (pp. 11-12).

¹⁵ Esto afirma, sobre el mecanismo RED, CC.OO., «El mecanismo RED en la transición ecológica», *Salut i Teball. Boletín informativo de salud laboral y medio ambiente*, marzo 2022, nº 25, p. 1: «Una receta eficazmente probada durante la crisis pandémica, por lo que podría ser un instrumento en la transición justa en el empleo como consecuencia del impacto del cambio climático, en materia de adaptación a modelos que permitan compatibilizar la actividad productiva con las necesidades ecológicas» (disponible en <https://www.pv.ccoo.es/77969384f22d284ca-22260663f876ae5000053.pdf>; acceso 1-11-2023).

¹⁶ Así se declara en el Preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, cuyo art. rimero. Siete

apoyados en una decisión gubernativa previa a los mismos que significó la constatación *ex ante* de la situación de fuerza mayor (*factum principis*): el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del Estado de Alarma (como quedó corroborado por el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, primera de las normas referidas a los ERTes de la pandemia)¹⁷. Así, el mencionado artículo 47bis actual atribuye una participación muy importante y directa a los agentes sociales en cuanto a la activación del Mecanismo RED, a pesar de que la decisión está atribuida en exclusiva al Consejo de Ministros. Concretamente se establecen legalmente las tres siguientes previsiones de participación institucional¹⁸:

- *Posibilidad de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal de solicitar la convocatoria de la Comisión Tripartita del Mecanismo RED.*- Así lo establece el párrafo segundo del artículo 47bis.2, que indica que la convocatoria de dicha Comisión se hará “a los Ministerios referidos” (es decir, los Ministerios de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que son los que se mencionan en el párrafo primero). El Real Decreto 6008/2023, de 11 de julio, por el que se desarrolla el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, es el que regula la Comisión Tripartita, aclarando en este sentido (art. 4.4) que la misma se reunirá, o bien por convocatoria del Ministerio de Trabajo y Economía Social, o bien porque “lo soliciten conjuntamente las organizaciones empresariales y sindicales” (añadiendo el requisito de actuar conjuntamente, cuando del texto legal parece desprenderse la posibilidad de que las organizaciones sindicales o patronales puedan plantear la solicitud de forma separada); el mismo precepto reglamentario simplifica el trámite de la solicitud, al indicar que se habrá de dirigir a la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social (en lugar de a los tres ministerios a los que se refiere el art. 47bis.2 ET)¹⁹.
- *Necesidad de ser informadas las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal con carácter previo a la elevación al Consejo de Ministros de la solicitud de activación del Mecanismo RED.*- Este derecho a la

introdujo el actual art. 47bis ET. En referencia al “Establecimiento de un mecanismo de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y apoyo a la transición” a firma: «La experiencia de los últimos meses, a raíz de la crisis sanitaria y económica derivada de la COVID-19, ha mostrado la importancia y la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores».

¹⁷ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; su art. 22.1 (modificado por el por el apartado dos de la disposición final octava del R.D.-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo) declara: «Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma (...) tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

¹⁸ Vid. Martín Hernández, M. L. y Sastre Ibarreche, R., «Un “nuevo” espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente», *Revista de Derecho Social*, nº 16, 2000, pp. 59-92; Chacartegui Jávega, C., «La gobernanza colectiva para una transición eco-laboral justa: el papel de la negociación colectiva», *op. cit.*, pp. 97-123.

¹⁹ La Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, que es la destinataria de la solicitud conjunta de las organizaciones sociales sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, ostenta la Presidencia de la Comisión Tripartita. Hay que hacer notar que en dicha Comisión, definida como “órgano colegiado interministerial” y adscrita al Ministerio de Trabajo y Economía Social, aunque se integra también al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (a través de su Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones, que ostenta la vicepresidencia), no se incluye al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que es uno de los que menciona el art. 47bis.2 ET como destinatarios de la solicitud para la convocatoria de la Comisión (art. 4 R.D. 608/2023). Se entiende que baste dirigir la solicitud a quien, como Presidente, ha de convocarla. No obstante, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital tiene atribuido en el texto legal un papel protagónico en la propuesta de activación del Mecanismo (aun no estando representado en la Comisión Tripartita), propuesta que (según el mismo 46.bis.2 ET) ha de elevarse al Gobierno por los tres ministerios de forma conjunta “previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”. La mención, por tanto, del art. 4.1 R.D. 608/2023, que establece la elevación de la propuesta de activación al Consejo de Ministros directamente por parte de la Comisión Tripartita, parece incoherente. Ambas redacciones (legal y reglamentaria) sí coinciden en que, una vez pedida la convocatoria de la Comisión por parte de los agentes sociales, ésta deberá reunirse en el plazo de quince días.

información aparece reforzado, no sólo por la redacción del texto legal, que lo considera “imprescindible” y advierte de que ha de respetarse “en todo caso” (párr 3º del art. 47bis.2 ET), sino porque el artículo 2.2 del Real Decreto 608/2023 reitera la obligación de ofrecer dicha información (sobre la activación por parte del Gobierno del Mecanismo RED) «sin perjuicio de lo indicado en el artículo 4». Teniendo en cuenta que dicho artículo -como se explica a continuación- establece la participación de representantes de dichas organizaciones como vocales de la Comisión Tripartita, se entiende que hay un interés en blindar ese derecho de información (ya que en todo caso las organizaciones sindicales y empresariales van a estar informadas de la decisión de la Comisión de elevar al Consejo de Ministros la propuesta de activación del Mecanismo RED)²⁰.

- *Participación de los agentes sociales en la Comisión Tripartita.*- Hay que deducir que es por esto por lo que se llama “tripartita”: no porque coordine tres ministerios (como podría deducirse erróneamente del texto legal, ya que el párr. segundo del art. 47bis.2 ET induce a confusión, porque en la misma frase, tras mencionar a los tres ministerios, alude a la Comisión Tripartita), sino porque los cuatro vocales que forman parte de la misma son designados a propuesta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal²¹. De ahí el apelativo “tripartito”, tradicional en el ámbito laboral -nacional e internacional- para órganos de composición administrativa, sindical y empresarial, sucediendo además que el artículo 4 del Real Decreto 608/2023, que regula la Comisión Tripartita, no incluye en su composición representantes de tres ministerios, sino sólo de dos: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (cuya Secretaría de Estado de Seguridad Social y Pensiones ostenta la vicepresidencia) y Ministerio de Trabajo y Economía Social (al cual está adscrita la Comisión, ostentando la presidencia su Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social). La participación de vocales designados a propuesta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas adquiere la mayor importancia, no sólo por la intervención directa en la decisión de elevar al Consejo de Ministros la propuesta de activación del Mecanismo, en combinación con el derecho reforzado a recibir información al respecto -según se acaba de decir-, sino también por la intervención en funciones de seguimiento.

En efecto, la participación de los agentes sociales más representativos en la Comisión Tripartita les permite desarrollar un papel a largo plazo, que va más allá de la activación del Mecanismo de Estabilización, ya que el Real Decreto 608/2023 asigna a la Comisión el cometido de «servir de instrumento participativo y de seguimiento del funcionamiento del Mecanismo RED sectorial» (art. 4.1), añadiendo la función de analizar la existencia de los cambios a los que se refiere el artículo 47bis.1.) del Estatuto de los Trabajadores, que alude a la posibilidad de que en determinados sectores productivos se constaten

²⁰ El Acuerdo por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje, publicado mediante Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo (BOE 1 de abril) declara en el penúltimo párrafo de su preámbulo que el derecho a ser informadas las organizaciones sindicales y empresariales más representativas ha tenido cumplimiento mediante la celebración de la reunión de la Comisión Tripartita (celebrada el 17 de febrero de 2022). Y en el último párrafo se expresa que la propuesta de activación ha sido elevada al Consejo de Ministros por parte de los tres ministerios mencionados en el art. 47bis.2 ET (por tanto, a diferencia de lo establecido en el art. 4 R.D. 608/2023, no ha sido la Comisión Tripartita quien ha elevado dicha propuesta de activación; se aclara, en este primer supuesto de activación del Mecanismo RED, la opción prevalente de elevación de propuesta en los términos que se definen legalmente, respecto de lo cual se aparta la redacción reglamentaria).

²¹ Así se establece en el párrafo primero del art. 4.2.c) R.D. 608/2023, siendo más aclarador incluso el segundo párrafo: «Las personas titulares de las vocalías serán nombradas y cesadas por la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social a propuesta de la respectiva organización empresarial o sindical».

cambios que sean permanentes y que generen «necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras». Ese análisis (en el seno de la Comisión Tripartita) es lo que puede dar pie, según el caso, a elevar la propuesta de activación del Mecanismo RED. Pero, además de esa función de seguimiento de la evolución productiva, el mencionado Real Decreto 608/2023 también asigna en su artículo 30 a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal -con mención muy similar a la empleada para la Comisión Tripartita- las cuatro vocalías de la Comisión Social de Seguimiento del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

De forma añadida hay que mencionar que la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre emplaza al Gobierno y a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para reunirse, «transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo al que se refiere el artículo 47 bis, en su modalidad sectorial» (lo que ha tenido lugar, para el sector de agencias de viaje, el 31 de marzo de 2022²²), a fin de: 1) estudiar «las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED» y 2) analizar, en consecuencia, «la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro». Esta previsión legal, que no trae causa de preceptos normativos que prevean una participación institucional específica de los agentes sociales, sino que se ha de remitir a la legitimación que los mismos tienen atribuida constitucionalmente (arts. 7, 9, 23, 37, 129 y 131 C.E.), en la medida en que corresponde a un ámbito más general, nos permite volver la vista a las necesidades de transición ecológica y energética. Lo cierto es que, aunque el Mecanismo RED puede ser activado en su modalidad sectorial para la recualificación y estabilización por razones de transición ecológica, su regulación legal y reglamentaria no contiene indicaciones que conecten con la Estrategia de Transición Justa (Componente 10 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia). A lo sumo podemos reparar en las fuentes posibles de financiación del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, que se mencionan en el artículo 26 del Real Decreto 608/2023; su apartado d) alude a los “instrumentos de financiación de la Unión Europea”²³: una posible referencia común, poco explícita, con los programas de transición justa vinculados a la reestructuración energética. El otro elemento común -de no poco valor- está constituido por las propuestas sindicales, que vienen reclamando una atención unificadora. Es interesante esta declaración escrita acerca del Mecanismo RED, con anterioridad a su reglamentación: «este mecanismo ha de ir acompañado de medidas, inversiones y planificación en la configuración territorial de los convenios de transición justa. La afectación de los mismos, derivado de los efectos del cambio climático, necesita un mayor desarrollo. Para ello, será clave la coordinación tripartita en el ámbito autonómico en el diagnóstico, en las medidas a adoptar y en la ejecución de estas. En definitiva, un instrumento alineado con la voluntad de las partes en priorizar el mantenimiento del empleo, que pretende anticipar futuras crisis y plantear políticas de reconversión en esa transición. Pendientes de su desarrollo, puede ser un primer paso para una transición ecológica cada vez más demandada. La pregunta que surge es ¿estamos aún a tiempo?»²⁴. Al respecto, es preciso aludir también al V Acuerdo para el

²² Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se activa el Mecanismo RED para agencias de viaje.

²³ «(...) es decir, los Fondos Next Generation UE» (Miñarro Yanini, M., «Las pretendidas “transiciones gemelas” ecológica y digital: en particular su impacto en el empleo y los procedimientos de adaptación», Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, nº 156, 2023, p. 92).

²⁴ CC.OO., *Salut i Treball*, op. cit., p. 1.

Empleo y la Negociación Colectiva (VAENC)²⁵, cuyo texto aborda de forma separada los “Instrumentos de flexibilidad interna”, a lo que se dedica el Capítulo IX y la “Transición tecnológica, digital y ecológica” en el Capítulo XVI; aunque justo a continuación de la referencia que se hace a la modalidad sectorial del Mecanismo Red (ap. 4 del Cap. IX) se advierte de la necesidad de tener en cuenta «la repercusión en los territorios de los procesos de reestructuración de las empresas, por su incidencia en la sociedad, la economía y el empleo». Se trata de una mención genérica en la que podemos entender invocados implícitamente los procesos de transición justa -a los que luego se aludirá-, que hacen entrar en el contexto de la flexibilidad externa²⁶; pudiendo añadirse también que el VAENC expresa muy claramente su preferencia por las medidas de flexibilidad interna (e incluso, en el mismo ap. 4, declara que los convenios deberían priorizar la reducción de jornada frente a la suspensión de contratos).

3.2. El período de consultas de la modalidad sectorial del mecanismo RED

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, cuyo artículo primero.siete ha introducido en el Estatuto de los Trabajadores -mediante el nuevo art. 47.bis- el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, ha previsto para dicho mecanismo un cauce legal específico para consultas entre representantes de los trabajadores y la empresa que se basa en el período de consultas del artículo 47 (y el resto de supuestos legales de flexibilidad interna), pero estableciendo sobre el mismo especificaciones que lo convierten en una vía legal que legitima, encauza y potencia de forma característica la autonomía colectiva en atención a las necesidades cíclicas o sectoriales de flexibilidad y estabilización en el empleo al que atiende el nuevo precepto legal²⁷. Existen dos principales notas diferenciales del proceso negociador que tiene lugar a nivel de empresa para la adopción de las medidas de flexibilidad (suspensión temporal del contrato y reducción, también temporal, de la jornada), que se comentan a continuación. No sin antes aludir a la influencia, sobre el procedimiento intra-empresarial, del proceso externo de ámbito supraempresarial (el Mecanismo RED, comentado en el apartado anterior): al margen del papel de los agentes sociales en la activación y desarrollo de dicho Mecanismo -que ciertamente podría ofrecer una cobertura exterior de diálogo social, pero quedando siempre distanciada- nos referimos a su configuración legal que, en la medida en que establece la activación por parte del Gobierno como condición de operatividad, limita la posibilidad temporal de ejercicio, a lo que se une la existencia de un plazo máximo (un año en la modalidad cíclica y posibilidad de dos prórrogas de seis meses en la modalidad sectorial, que en total permitan llegar hasta dos años, *ex art. 47bis.1 ET*). Es decir, que el establecimiento -mediante el RD-ley 32/2021- de un mecanismo de flexibilidad y estabilización con vocación de convertir en permanente la experiencia de los ERTES

²⁵ Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 31 de mayo).

²⁶ Los convenios de transición justa, que se abordan en el apartado 4.2, como consecuencia de la Estrategia de Transición Justa, atienden, ciertamente, a situaciones de cierre (de minas de carbón, de centrales termoeléctricas), por lo que el supuesto considerado es claramente de flexibilidad externa, a diferencia del Mecanismo RED, que es un procedimiento de flexibilidad interna. Pero es también cierto que el motivo de activación de la modalidad sectorial, en la medida en que esté vinculado a la transición ecológica o energética (u otras razones similares de cambios estructurales en el sector productivo) pueden llegar a ser claramente insuficientes, dando paso a reestructuraciones que exijan extinciones de contratos; es decir, una situación de antesala de los procesos de transición justa, con los que debería existir una conexión prevista legalmente.

²⁷ Muy interesante, por los distintos matices relacionados con las medidas en general de flexibilidad interna, AA.VV., Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M.A. (dirs.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista*, Comares, Granada, 2022; también Fernández Ramírez, M., «Anatomía jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo», *IUS-Labor*, nº 2, 2022, pp. 55-93; Mercader Uguina, J. y De la Puebla Pinilla, A., «Flexibilidad interna frente a las crisis en la empresa. El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos en el artículo 47 ET y Mecanismo RED», en VVAA, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 149-234.

temporales por la crisis sanitaria²⁸ ha sido posible con esas dos limitaciones temporales: inicial, por la condición de contar con un Mecanismo RED que haya sido activado gubernamentalmente; y final, por la condición temporal que opera el plazo máximo.

La primera de las notas diferenciadoras de este período de consultas es el papel atribuido a otros agentes, distintos de los sujetos negociadores: la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo. Como es sabido, los llamados legalmente “períodos de consulta” (arts. 40, 41, 47 y 51 ET) no han sido considerados tradicionalmente supuestos propios de negociación colectiva, sino ejemplos de negociación *sui generis* o de participación de la autonomía colectiva en las decisiones empresariales²⁹. Según el Convenio número 154 de la OIT, sobre la negociación colectiva³⁰ sí han de considerarse supuestos de negociación colectiva, aunque según una categoría distinta a la que tiene como fin “fijar las condiciones de trabajo y empleo”; correspondiendo en su lugar a la segunda clasificación contenida en el artículo 2 del mencionado Convenio, cuya finalidad es la de “regular las relaciones entre empresarios y trabajadores”³¹. En realidad las consultas, aunque sí deben ser consideradas manifestaciones de la negociación colectiva con función gestional³², están referidas a decisiones que corresponden al empresario por ser inherentes a su potestad organizativa, que se someten durante un período temporal corto a la negociación con los representantes de los trabajadores. Así sucede, por ejemplo, con el procedimiento de consultas para adoptar la decisión de suspender temporalmente los contratos o reducir la jornada laboral si se dan las causas para un ERTE, según el artículo 47 ET. Como en el resto de supuestos legales previstos para los períodos de consultas, el empresario quedará libre para adoptar su decisión una vez transcurrido dicho plazo. Sin embargo, no es ése el mismo tratamiento legal previsto para las consultas previstas en el mecanismo RED, debido al papel atribuido a la autoridad laboral en caso de que el período de consultas acabe sin acuerdo. El hecho de que en ese caso la empresa no pueda llevar a cabo su decisión final con libertad, sino que necesite de la autorización administrativa por parte de la autoridad laboral (art. 47bis.4 ET y art. 15.1 R.D. 608/2023), contribuye a que el período de consultas se parezca más a un verdadero proceso de negociación, al existir mayor equilibrio entre las partes, que pueden perseguir con mayor confianza un acuerdo común, sin que una de ellas se pueda guardar la opción de hacer valer su voluntad una vez finalizadas las consultas. Además, «La autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes. La autoridad laboral dará traslado a ambas partes de los escritos que contengan dichas advertencias o recomendaciones, aun cuando

²⁸ Así se expresa el Preámbulo del R.D. 608/2023 en referencia a los compromisos adquiridos por España incluidos en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: «Entre dichos compromisos, se hallaba la reforma 6, orientada al establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo, que dotase de una mayor flexibilidad interna a las empresas en aquellas situaciones que lo requiriesen, ya afecten de forma puntual a empresas individuales, a sectores productivos o al conjunto de la economía. Para ello, se partió de la experiencia adquirida a la hora de hacer frente a la crisis originada por la COVID-19, de forma que el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, consolidó aquellos mecanismos utilizados para paliar la misma, adaptándolos e integrándolos con carácter permanente en la legislación laboral».

²⁹ Martín Valverde, A., *Derecho del Trabajo y Mercado de Trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 136-137.

³⁰ Convenio núm. 154, de Fomento de la Negociación Colectiva, adoptado por la OIT el 19 de junio de 1981; Instrumento de ratificación por España hecho público el 31 de octubre de 1985 (BOE 9 de noviembre), con entrada en vigor para España el 11 de septiembre de 1986.

³¹ Art. 2 del Convenio 154 OIT: «A los efectos del presente Convenio, la expresión “negociación colectiva” comprende 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, o

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».

³² Monereo Pérez, J.L.: “El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, MTAS, Madrid, 1999, pp. 91-246 (espec. pp. 116 ss.).

se dirijan a una de ellas en particular. Del mismo modo, dichos escritos serán remitidos a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para su conocimiento»³³. Y también la actuación de la Inspección de Trabajo contribuye a dar más equilibrio a la negociación, ya que su preceptivo informe se ha configurado como decisivo para la toma de decisión por parte de la autoridad laboral en caso de no existir acuerdo³⁴, fortaleciéndose así la objetividad e imparcialidad (con el concurso del criterio de Inspección y autoridad laboral), de manera que las dos partes negociadoras pueden albergar similares expectativas para el caso de no conseguir un resultado acordado.

La otra nota diferenciadora que interesa comentar es una especificidad del período de consultas para la modalidad sectorial: el plan de recualificación. Tanto el artículo 47bis ET como, especialmente, el Real Decreto 608/2023, atribuyen gran importancia al plan de recualificación, siendo así que el período de consultas ha de apuntar, en gran parte, a lograr (como elemento esencial del mismo) un acuerdo de recualificación, tal como corresponde al hecho de que la activación del Mecanismo RED en esta modalidad responde a un escenario de crisis importante en el sector productivo de que se trate³⁵. Las exigencias contenidas en la regulación reglamentaria al respecto se comienzan refiriendo a la documentación requerida para la comunicación formal de apertura del período de consultas, que ha de incluir expresamente el plan de recualificación (art. 6.3.e) y, por tanto, es un documento a incorporar también en la solicitud a la autoridad laboral (art. 7.2.b), debiendo la Inspección de Trabajo no sólo constatar en su informe el cumplimiento adecuado de esa aportación documental (art. 10.2), sino que también está obligada a pronunciarse sobre su contenido (art. 10.3), lo que tiene su importancia aun en la ausencia de acuerdo entre las partes; de hecho, en caso de desacuerdo, la autorización administrativa por parte de la autoridad laboral «sólo procederá cuando la comunicación final se ajuste al contenido mínimo y condiciones esenciales» (art. 15.2). Es también en tal sentido como se menciona como parte del “contenido mínimo y condiciones esenciales del acuerdo”, tal como regula el artículo 11 del Real Decreto, única referencia normativa que concreta que el plan de recualificación «podrá incorporar entre sus contenidos las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» (art. 11.2.d). De hecho, dicha disposición adicional, establecida también por el Real Decreto-ley 32/2021 (al igual que el propio art. 47bis ET) está dedicada, según su propia denominación, a las “Acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 47 y 47 bis”. Dicha formación tiene como objetivo previsto la mejora de las competencias profesionales y de la empleabilidad, especificándose que se han de priorizar las necesidades reales de las empresas y los trabajadores, «incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa»³⁶. Añádase que el ANEC ha declarado que también los convenios colectivos en

³³ Art. 9.4 R.D. 608/2023, que añade lo siguiente en el segundo párrafo: «La representación de las personas trabajadoras podrá dirigir en cualquier fase del procedimiento observaciones a la autoridad laboral sobre las cuestiones que estime oportunas. La autoridad laboral, a la vista de las mismas, podrá actuar conforme a lo indicado en el párrafo anterior».

³⁴ «El informe deberá pronunciarse sobre la concurrencia en la empresa de la situación temporal, cíclica o sectorial, descrita en el correspondiente acuerdo de activación del Mecanismo RED según lo acreditado en la documentación aportada, así como el cumplimiento por parte de la empresa de cualesquiera otros requisitos previstos por dicho acuerdo» (art. 10.3 R.D. 608/2023).

³⁵ Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P., «Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones concordantes)», *Temas Laborales*, nº 161, 2022, pp. 305-334 (espec. p. 28).

³⁶ Especifica la disp. adic. 25 ET, en su párrafo tercero que dichas acciones formativas «se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada».

general deberían prever contenidos formativos para ser desarrollados en caso de activación del Mecanismo RED, extendiendo la necesidad de prever medidas de apoyo a la formación y recualificación también a los supuestos de ERTE (Cap. IX, ap. 4).

4. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA REESTRUCTURACIÓN DESCARBONIZADORA

4.1. Participación sindical en la suscripción y en el seguimiento de los convenios de transición justa

La Estrategia de Transición Justa³⁷ establece, como herramienta principal para su implementación, los convenios de transición justa³⁸, cuyo objeto, según el artículo 28 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, es «fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones». En el apartado segundo del mismo precepto se concretan los sujetos que pueden suscribir dichos convenios (todos ellos entidades públicas): Ministerio de Trabajo y Economía Social, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, además de otras Administraciones Públicas, entre las que se destacan las Entidades locales de áreas geográficas afectadas directamente por la transición descarbonizadora. Los agentes sociales no son sujetos suscriptores de los convenios de transición justa, atribuyéndoseles una participación en segundo plano que, a la vez, se ve reducida por ser mencionados dentro de un conjunto de entidades, respecto de los cuales dice la ley, en general que “podrán participar”: empresas, organizaciones empresariales y sindicales, universidades, centros educativos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales de carácter ambiental, así como otras entidades que puedan estar interesadas o resultar afectadas. No obstante, y a pesar de tener asignada esta participación tan poco relevante, los sindicatos más representativos a nivel estatal han desarrollado una labor concreta al respecto, haciendo llegar -de forma pública o directamente a las instituciones correspondientes- sus aportaciones, que reflejan reflexiones, propuestas y compromisos a adquirir respecto al proceso general de transición ecológica y energética³⁹, funcionando también como agentes muy activos en el proceso participativo de cada uno de los convenios de transición justa⁴⁰. Posiblemente haya que

³⁷ El Gobierno de España aprobó el 22-9-2019 el Marco Estratégico de Energía y Clima, estructurado en tres pilares: el que en ese momento era anteproyecto de Ley de Cambio Climático (convertido después en la Ley 7/2021, de 20 de mayo), la Estrategia de Transición Justa y el por entonces borrador del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de marzo de 2021). La Estrategia de Transición Justa puede consultarse en: https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/Convenios_transicion_justa/common/Estrategia_Transicion_Justa_Def.PDF.

³⁸ Vid. Escribano Gutiérrez, J., «Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales», en Chacartegui Jávega, C. (Coord.), Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 119-148; Chacartegui Jávega, C., «La gobernanza colectiva para una transición eco-laboral justa: el papel de la negociación colectiva», *op. cit.*, pp. 97-123; Miñarro Yanini, M., «El papel del derecho para garantizar una transición ecológica socialmente justa», en Miñarro Yanini, M. (ed.), Cambio climático y Derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva, Editorial Universidad de Jaén, 2021, pp. 7-13; Álvarez Cuesta, H., «La lucha contra el cambio climático y en aras de una transición justa: doble objetivo para unas competencias representativas multinivel», Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n.º 469, pp. 89-120.

³⁹ Vid. en este sentido el documento *Diálogo social y negociación colectiva en el nuevo escenario de la transición ecológica*, editado por la Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, disponible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/monografico_008_negociacion_colectiva_0.pdf; también el documento de UGT-FITAG *Marco de actuación para la minería del carbón y comarcas mineras*, disponible en: <https://www.ugt-fica.org/images/Convenios/mineria/marcomineriadelcarbon.pdf>; y el documento *Observaciones de CCOO al borrador de la Estrategia de Transición Justa*, disponible en: <https://www.ccoo.es/4d47eb6ce45fef6d38351da65db4593b000001.pdf>.

⁴⁰ Existen actualmente 15 convenios de transición justa, que afectan territorialmente a ocho Comunidades Autónomas: en Andalucía, CTJ de Puente Nuevo-Valle del Guadiato (Córdoba), CTJ de Carboneras (Almería) y CTJ de Los Barrios (Cádiz); en Aragón, CTJ de Aragón (Teruel y Zaragoza); en Asturias, CTJ de Suroccidente, CTJ de Valle

relacionar el bajo perfil asignado a los agentes sociales en cuanto a la configuración de los convenios de transición justa con el hecho de que el Componente 10 (Estrategia de Transición Justa) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia no contiene referencias al diálogo social ni intervención alguna de los agentes sociales.

Sí existen, en cambio, indicaciones legales más precisas en cuanto a la participación institucional en el seguimiento⁴¹. Puede mencionarse en este sentido, en primer lugar, el artículo 12 del Real Decreto 179/2021, de 23 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto para la Transición Justa, asigna cuatro de las diez vocalías del Consejo Asesor del Instituto a los agentes sociales: dos, para organizaciones empresariales más representativas y otras dos para sindicatos más representativos⁴². En segundo lugar puede mencionarse la participación de los agentes sociales (menos relevante, porque dicha participación corresponde a otras muchas organizaciones y público en general) en lo que el artículo 39 de la Ley 7/2021 (en referencia a planes, programas, estrategias, y disposiciones de carácter general sobre cambio climático y transición energética) llama «canales de comunicación, información y difusión». Pueden en este sentido mencionarse el Consejo Asesor de Medio Ambiente (art. 19.3 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente) y, con una representación casi totalmente diluida en un grupo de ciudadanos en general, la Asamblea Ciudadana para el Clima (arts. 1 y 2 de la Orden TED/1086/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece la composición, organización y funcionamiento de la Asamblea Ciudadana para el Clima).

La Estrategia de Transición Justa contempla también, al margen de los convenios del mismo nombre, un “Plan de Acción Urgente para Comarcas de Carbón y Centrales en Cierre 2019-2021”, declarando expresamente que el punto de partida de este Plan es el Acuerdo Marco para una Transición Justa de la Minería del Carbón y Desarrollo Sostenible de las Comarcas Mineras para el Periodo 2019-2027, acuerdo tripartito firmado el 24 de octubre de 2018, por el Gobierno, los sindicatos Comisiones Obreras, Unión General de los Trabajadores y Unión Sindical Obrera, y la Federación Nacional de Empresarios de Minas de Carbón (Carbunion). El motivo por el que se atribuye un papel decidido al diálogo social en este ámbito, a diferencia de lo que se ha previsto para los convenios de transición justa es que en el propio Acuerdo Marco mencionado (que es anterior a la aprobación de la Estrategia de Transición Justa⁴³) ya se alude a «un Plan de Acción Urgente en Transición Justa para comarcas mineras afectadas por cierre de instalaciones de minería a consensuar con las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los actores sociales» (cap. 7); es decir, se trata de una dinámica ya existente con antelación, que había conocido distintos Planes de reestructuración y modernización de la minería del carbón desde 1990⁴⁴, en los

del Nalón y CTJ de Valle del Caudal-Aboño; en Castilla-La Mancha, CTJ de Zorita (Guadalajara y Cuenca); en Castilla y León, CTJ de Bierzo-Laciana (León), CTJ de Montaña Central Leonesa-La Robla (León) y CTJ de Guardo-Velilla (Palencia); en Castilla y León y País Vasco, CTJ de Garoña (Burgos, Álava); en Galicia, CTJ de Meirama (A Coruña) y CTJ de As Pontes (A Coruña, Lugo); y en Baleares, CTJ de Alcudia (Mallorca). Información disponible en: https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Convenios_transicion_justa/Convenios.aspx.

⁴¹ Vid. Martín Hernández, M. L. y Sastre Ibarreche, R., «Un “nuevo” espacio para la acción sindical: la defensa del medio ambiente», *op. cit.*, pp. 59-92; Álvarez Cuesta, H., «El diálogo social y la negociación colectiva como herramientas para lograr una transición digital justa», Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales, n.º 42, 2019, pp. 13-49.

⁴² «El Consejo Asesor es el órgano colegiado de asesoramiento en la implementación de las políticas de transición justa y de la actividad del Instituto para la Transición Justa» (art. 12.1 del R.D. 179/2021).

⁴³ El Acuerdo Marco es de 24-10-2018, mientras que la Estrategia de Transición Justa fue aprobada el 22-2-2019.

⁴⁴ Plan de Reordenación del Sector del Carbón 1990-1993; Plan de Modernización, Racionalización, Reestructuración y Reducción de Actividad de la Industria del Carbón de 1994-1997; Plan 1998-2005 de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras; el Plan Nacional de Reserva Estratégica de Carbón 2006-2012 y Nuevo Modelo de Desarrollo Integral y Sostenible de las Comarcas Mineras; y el Marco de Actuación para la Minería del carbón y las comarcas mineras en el periodo 2013-2018.

que ya era habitual el diálogo social tripartito. Así sucedió, por ejemplo, con el antecedente inmediato del Acuerdo Marco de 2018, concertado cinco años antes⁴⁵.

4.2. Concertación y negociación colectiva

Tanto la Estrategia de Transición Justa como la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, son compatibles con una actuación efectiva de la autonomía colectiva, si bien no existen cauces legales específicos establecidos para la misma. A diferencia de lo que sucede con el Mecanismo RED, para el cual el artículo 47bis del Estatuto de los Trabajadores sí establece un cauce legal propio, legitimador y garantizador de la actuación negociadora, en este caso existe una carencia que ha de juzgarse importante: no sólo en referencia al sector de la minería del carbón, sino porque necesidades similares de transición energética se plantean en sectores relacionados, como la industria automovilística o la electro-intensiva. Ante la falta de regulación específica operan las vías generales o inespecíficas de diálogo social: la concertación social y la negociación colectiva en sí misma (dos instrumentos, por lo demás, muy adecuados para las necesidades de la transición ecológica)⁴⁶.

Como se ha dicho en el apartado anterior, el diálogo social tripartito ya antes de la Estrategia de Transición Justa constituía una práctica en cuanto al sector de la minería del carbón. Pero, además, la concertación social en materia de reconversión industrial forma parte de nuestra cultura jurídico-laboral⁴⁷. Ya la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, aparte de permitir a las organizaciones empresariales y sindicales solicitar la declaración de reconversión para un determinado sector (art. 1), a semejanza de lo que sucede con la activación del Mecanismo RED, exigía (art.3.1) a la Administración negociar el plan de reconversión con los agentes sociales; e incluso, ante la inexistencia de acuerdo al respecto, se contemplaba la posible aprobación sólo si resultara imprescindible para los intereses de la economía nacional (art. 3.2). En realidad, además del Acuerdo Marco arriba mencionado, de 24 de octubre de 2018, ha existido otro ejemplo de concertación posterior a la aprobación de la Estrategia de Transición Justa: el Acuerdo por una transición energética justa para centrales térmicas en cierre, de 17 de abril de 2020. Se trata de un pacto referido a un sector, pero con un gran protagonismo del ámbito empresarial, debido a la situación oligopólica en el ramo de las empresas propietarias de dichas centrales térmicas. Son signatarios del Acuerdo, por parte de la Administración, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Ministerios de Trabajo y Economía Social; por la parte sindical, UGT (FICA) y CCOO (Industria); y, junto a ellos, cuatro empresas: Endesa, Iberdrola, Naturgy y EDP⁴⁸.

Acerca de la negociación colectiva relacionada con este proceso de transición justa, en la medida en que las empresas han asumido en el mencionado Acuerdo tripartito obligaciones

⁴⁵ Marco de Actuación para la Minería del Carbón y las comarcas mineras en el período 2013-2018 (Acuerdo firmado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, FITAG-UGT, Federación de Industria de CCOO, Federación de Industria de USO y CARBUNION, con fecha 1 de octubre de 2013).

⁴⁶ Casas Baamonde, M.E., «Estado social y nueva concertación social y económica», en AA.VV. (Coords.: Aragón Reyes, M., Valadés Ríos, D. y Tudela Aranda, J.) *Derecho Constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 489-527 (espec. p. 524).

⁴⁷ Vid. Fernández Castro, J., «Una aproximación sociológica a la reconversión industrial», *Papeles de Economía Española*, nº22, 1985, p. 403-424. Con apoyo también en el Convenio 150 OIT: «Todo miembro que ratifique el presente Convenio deberá establecer procedimientos apropiados a las condiciones nacionales para garantizar dentro del sistema de administración del trabajo, la consulta, la cooperación y la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, o -cuando fuere apropiado- los representantes de los empleadores y de los trabajadores» (art. 5.1 del Convenio núm.150, sobre Administración del Trabajo: cometido, funciones y organización, aprobado por la OIT el 26 de junio de 1978; Instrumento de ratificación por parte de España publicado el 1 de diciembre de 1982, BOE de 10 de diciembre; entrada en vigor para España el 3 de marzo de 1983).

⁴⁸ Endesa, Iberdrola y Naturgy ratificaron el Acuerdo el 17 de abril de 2020, mientras que EDP lo hizo el 24 de marzo de 2021 (<https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Acuerdo-por-una-Transici%C3%B3n-Energ%C3%A9tica-Justa-para-las-centrales-%C3%A9rmicas-en-cierre.aspx>).

concretas⁴⁹, existen algunos convenios y pactos en su propio ámbito empresarial que suponen un reflejo de tales obligaciones, especialmente en lo relativo a planes de recolocación, sea de personal propio, sea incluso de trabajadores de empresas auxiliares. Así, por ejemplo, entre los pactos sobre materias concretas se pueden citar el Acuerdo sobre el Procedimiento de Gestión de Recolocaciones de Excedentes de Generación Térmica, de 9 de julio de 2020, firmado entre la Dirección de Endesa y las secciones sindicales estatales de UGT, CCOO y SIE y, vinculado a la misma situación empresarial y firmado previamente por los mismos sujetos, el Acuerdo Voluntario de Extinción o Suspensión de los contratos de trabajo (AVS), de 23 de enero de 2020⁵⁰; de ambos acuerdos se desprende además la aplicación de eventuales periodos de consultas sobre propuestas de actuaciones concretas⁵¹. Y, por otro lado, es lógico que en el propio convenio colectivo empresarial (en estos casos, del grupo empresarial) se recojan previsiones acordadas acerca de las medidas de recualificación y de los compromisos de recolocación que, por la importante afectación de la transición energética, suelen estar presentes de un año para otro (después de todo, intervienen los mismos sujetos negociadores en dichos pactos y convenios). Así sucede, por ejemplo en los convenios colectivos vigentes de los grupos empresariales Iberdrola (arts. 20, 23, 30 y disp. final 1^a)⁵² y Naturgy (art. 28)⁵³. De hecho, el VAENC, partiendo de la premisa de que la autonomía colectiva se ejerce a través de la negociación colectiva -como su espacio natural-, afirma que ésta es «el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas» (cap. II) e insiste tanto en la «necesidad de facilitar la recualificación profesional que permita transitar desde sectores con excedente de personal hacia aquéllos con dificultades para encontrar personas con el perfil profesional» (cap. III.2) como en la de abordar de forma conjunta las transiciones ecológica, tecnológica y digital, la descarbonización energética y la economía circular, por considerar que están interrelacionadas y se refuerzan mutuamente⁵⁴, proponiendo afrontarlas «de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva» (cap. XVI.4)⁵⁵. Estas indicaciones nos pueden sugerir una última opinión acerca de la ausencia -comentada- de un cauce legal específico para la negociación en los supuestos de transición descarbonizadora, a diferencia de lo que sucede en el caso del Mecanismo RED: tal vez, más importante que una tramitación específica, sea conseguir atender de forma efectiva

⁴⁹ Las obligaciones asumidas en el Acuerdo (cap. 2) por parte de las empresas propietarias de centrales energéticas en cierre se concretan en: planes de recolocación del personal propio, planes de atención prioritaria a trabajadores de empresas auxiliares, propuesta de nuevas inversiones, apoyo en la búsqueda proactiva de otros inversores, participación en la elaboración de los convenios de transición y colaboración y apoyo para la formación profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores. Acuerdo disponible en (acceso 2-11-2023): <https://www.transicionjusta.gob.es/Documents/common/acuerdoporunatransicionenergeticajustaparacentralestermicascierrees.pdf>.

⁵⁰ Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo adaptado del Grupo Endesa (BOE 17 de junio).

⁵¹ *Vid.*, p.e., Acta de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de Gestión de Recolocaciones de Excedentes de Generación Térmica, disponible en: <https://ccoendesa.com/sites/default/files/2020-07/ACTA%20COMISION%20SEGUIMIENTO%20RECOLOCACIONES%203%20JULIO%202020.pdf> (acceso 2-11-2023).

⁵² Resolución de 18 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 2 de marzo). Las previsiones del convenio se refieren a: garantías del puesto de trabajo (art. 20), compromiso de empleo (art. 23), cobertura de vacantes (art. 30) y garantías de empleo en casos de reestructuración (disp. final 1^a).

⁵³ Resolución de 6 de febrero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo del Grupo Naturgy (BOE 24 febrero). El art. 28 es el que establece la cláusula de garantía y estabilidad en el empleo.

⁵⁴ Puede, por el contrario, considerarse que la transición ecológica y la digital no se refuerzan mutuamente: «por muy gemelas que se consideren desde las instituciones, documentos oficiales y normas, lo cierto es que no se está produciendo un reforzamiento mutuo entre ambas -al menos no como efecto preponderante- pues, actualmente, la dimensión digital se está desarrollando al margen de la verde, sin tomarla como referente y sin tenerla como condicionante» (Miñarro Yanini, M., «Las pretendidas “transiciones gemelas” ecológica y digital: en particular su impacto en el empleo y los procedimientos de adaptación», op. cit., p. 94).

⁵⁵ «En este marco, es imprescindible identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para la consecución de dicho objetivo, resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático» (texto del último párrafo del cap. XVI.4, dedicado a la transición ecológica).

y adecuada las necesidades específicas. De una forma u otra se requeriría un seguimiento de todas las situaciones que afecten a personas concretas en transición profesional y que hayan sido abordadas a través de medidas de flexibilidad interna o externa, a través del diálogo tripartito, de acuerdos puntuales o de convenios colectivos ordinarios. Habría que coordinar la complejidad del proceso de reestructuración, viéndolo como una unidad, en la medida en que afecte a los trabajadores de forma tan continuada como exigen las situaciones de transición ecológica y energética.

PONENCIA GENERAL TERCERA
LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO.
PRINCIPALES ELEMENTOS CONFLICTIVOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
*Catedrático de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad de Huelva

SUMARIO:

1. EL DESCUELGUE: SU FINALIDAD COMO INSTRUMENTO JURÍDICO
2. EL DESCUELGUE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO CON OBJETIVOS COMPARTIDOS
3. DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS EN QUE ACTÚA EL DESCUELGUE
4. EXIGENCIA CAUSAL EN EL DESCUELGUE

1. EL DESCUELGUE: SU FINALIDAD COMO INSTRUMENTO JURÍDICO

La inaplicación del convenio colectivo es una institución jurídica que persigue diferentes objetivos. De entrada, es evidente que el descuelgue tiene un importante papel en la deriva flexibilizadora del ordenamiento laboral¹, siendo un mecanismo cuya utilidad práctica es evitar la aplicación de un convenio que puede tener negativas repercusiones para la empresa, al imponer una serie de condiciones que podrían hacer peligrar el futuro de la misma; condiciones que, lógicamente, serán sustituidas por otras más favorables a la empresa. Estamos, por tanto, ante un instrumento destinado a hacer frente a la realidad económica de la empresa, mejorando su capacidad de adaptación, un mecanismo de flexibilidad interna, pues se permite la maleabilidad de las condiciones de trabajo (de ciertas condiciones) frente a las exigencias productivas de las empresas², favoreciendo la necesidad adaptación de la empresa a las circunstancias productivas, especialmente cuando atraviesa una situación de crisis; entendiéndose, además, por adaptación la reducción de condiciones de trabajo³.

Ahora bien, es un instrumento de flexibilidad unidireccional⁴, pues se regula exclusivamente en beneficio de las necesidades empresariales y, consecuentemente, en perjuicio de las condiciones disfrutadas por los trabajadores. Supone, por tanto, una reducción de derechos de los trabajadores regulados por el convenio que se inaplica. Por lo tanto, funciona sólo en una dirección, de manera que los trabajadores no tienen a su disposición un mecanismo similar para intentar modificar, de manera ascendente, las condiciones de trabajo en los casos en que las circunstancias económicas impliquen una pérdida de valor de las condiciones de trabajo. Más aun, como es bien sabido, una vez fijadas las condiciones en el convenio colectivo, si los trabajadores pretenden una alteración de las mismas, encontrarán que si acuden a la huelga, estaremos ante una actuación ilícita (art. 11.c) del RD-Ley 17/1977); lo que supone un evidente desequilibrio entre ambas partes de la relación laboral⁵.

Debemos tener en cuenta que aun cuando estemos ante un mecanismo de flexibilidad interna, no debemos olvidar que el descuelgue tiene también una función reguladora: normalmente reparamos en el efecto de inaplicar ciertas condiciones de trabajo, pero junto a ello es imprescindible la regulación de nuevas condiciones que sustituyan a las que se suspende su aplicación.

De otro lado, en la mayoría de los casos se pretende sustituir ciertas condiciones de un convenio de sector por condiciones a nivel de empresa (el autodescuelgue es un fenómeno bastante limitado); por lo tanto, el descuelgue tiene también una finalidad descentralizadora de la negociación colectiva⁶.

¹ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 123 (2016), página 157; SAEZ LARA, C.: “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales* nº 140 (2017), páginas 313 y 314.

² LOPEZ AHUMADA, J.E.: “Las cláusulas de inaplicación salarial dirigidas a la adaptación y negociación de los salarios en la empresa: el ajuste flexible de los salarios a debate”, *Relaciones Laborales* nº 6 de 2014, página 43.

³ Tal como señala la STSJ de Andalucía de 24 de octubre de 2013, AS\2013\3017, que al analizar el objetivo de este instrumento, afirma es “fomentar o favorecer la flexibilidad interna en las empresas, para tratar de adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y de la producción fortaleciendo la posición empresarial de cara a afrontar los cambios en época de crisis, socioeconómica y laboral (...)”.

⁴ FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad «interna», *Relaciones Laborales* nº 11 de 2011, página 449; este mismo autor en “Los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo”, en AA. VV., *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2013, página 852.

⁵ En este sentido, FERÍA BASILIO, I.R.: “La intangibilidad del convenio colectivo tras la reforma laboral 2010-2013”, *Relaciones Laborales* nº 6 de 2013, página 63.

⁶ CALVO GALLEGO, J.: “El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva”, *Temas Laborales* nº 120 (2013), página 148; también LOPEZ AHUMADA, J.E.: “Las cláusulas de inaplicación (...)”, op. cit., página 51.

2. EL DESCUELGO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO CON OBJETIVOS COMPARTIDOS

El descuelgo coincide con otros instrumentos en cuanto a las diferentes finalidades que persiguen. Son finalidades u objetivos compartidos con otros instrumentos diferentes que ha dispuesto el legislador. Por ejemplo, el art. 86.1 ET en su segundo párrafo plantea la posibilidad de que los sujetos con legitimación para negociar, formar la comisión negociadora y aprobar un convenio, puedan revisar un convenio colectivo antes de que este sea sustituido por otro diferente. Es decir, en vez de acudir al descuelgo, es posible aplicar las reglas generales sobre negociación de un convenio colectivo para revisarlo, o lo que es igual, modificarlo. Debemos tener en cuenta que al exigirse el acuerdo de los sujetos legitimados para acudir a la revisión, no estamos ante una excepción a la regla general del art. 89.1 ET sobre el derecho a negarse a negociar por tratarse de un convenio vigente⁷. La revisión presenta, no obstante, sutiles diferencias en cuanto al objetivo perseguido, pues también tiene un evidente carácter dinamizador de la negociación colectiva, facilitando que la negociación no se cierre con el acuerdo por el que se aprueba el convenio y permite que los sujetos que tengan legitimación, en cada momento, puedan modificar el contenido del convenio⁸; además, no es un supuesto dirigido a facilitar que el ámbito de empresa puede tener cierta autonomía reguladora respecto del ámbito de sector, pues se trata de revisar en el mismo nivel del convenio (una “autorevisión”, si se le permite la expresión).

Otra institución jurídica que asume funciones paralelas al descuelgo es la prioridad aplicativa del convenio de empresa⁹. De hecho, puede apreciarse en ambos una coincidencia de funciones prácticamente plena, así como una enorme similitud en el ámbito material de ambas figuras; todo ello, por supuesto, con independencia de las evidentes diferencias procedimentales que son también bastante evidentes. Podemos, por tanto, señalar que ambas pretenden facilitar a las empresas que puedan regular ciertas condiciones de trabajo y adaptarse mejor a sus concretas circunstancias, favoreciendo así la flexibilidad interna. Son dos mecanismos que persiguen el mismo objetivo, si bien a través de dos procedimientos diferentes, que implican a la negociación colectiva; de hecho, tal como ha afirmado la doctrina laboral, el resultado de la prioridad aplicativa del convenio de empresa puede generar un efectivo descuelgo de condiciones de trabajo¹⁰.

No obstante, desde mi punto de vista el descuelgo se concibe como un instrumento para dar solución a situaciones coyunturales, por lo que es rechazable su uso como instrumento que persigue una finalidad estructural, competir con otras empresas del sector por la vía de reducir el coste de la mano de obra¹¹. El descuelgo es una institución pensada para actuar ante una situación de crisis, ante circunstancias que no son las ordinarias; de ahí la exigencia de una justa causa. Es una respuesta concreta a una situación de carácter patológico que requiere de solución; es decir, el acuerdo no pretende generar un nuevo espacio de negociación, no supone separarse drásticamente del convenio superior, sino una desvinculación temporal del ámbito del que se produce el descuelgo¹². Por su

⁷ MERINO SEGOVIA, A.: “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social* n° 57 (2012), página 262.

⁸ FERIA BASILIO, I.R.: Op. cit., página 55.

⁹ En este sentido SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 314.

¹⁰ CRUZ VILLALON, J.: “El descuelgo de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social* n° 57 (2012), página 237.

¹¹ LOPEZ AHUMADA, J.E.: “La apuesta por la solución negociada en los procesos de inaplicación salarial: luces y sombras derivados de las reformas laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 167 (2014), página 65; NAVARRO NIETO, F.: “El régimen de inaplicación y modificación del convenios colectivos”, *Temas Laborales* n° 120 (2013), página 238.

¹² ROLDAN MARTINEZ, A.: “El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios”, en AA.VV., coordinados por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012, página 278.

parte, creo que es evidente que la prioridad aplicativa del convenio de empresa se ha utilizado realmente con esta finalidad estructural de reducir el coste de la mano de obra con el objetivo de mejorar la competitividad de las empresas. La prueba lo tenemos en la reforma introducida por el RD-Ley 32/2021 en este ámbito, que ha supuesto eliminar de la prioridad aplicativa del convenio de empresa la materia salarial.

Además de la conexión entre estas dos instituciones, resalta la relación con otro mecanismo jurídico con el que se comparte tanto finalidad como procedimiento. Me refiero a la modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (MSCT). Así, el art. 82.3 ET se remite al art. 41.4 ET; de hecho, en buena medida, si comparamos ambas instituciones, podemos decir que el descuelgue es la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio¹³. Ciertamente las diferencias entre ambas instituciones son claras¹⁴, pero hay múltiples conflictos por la utilización del empresario de la MSCT cuando en realidad se trata de modificar condiciones reguladas por convenio colectivo estatutario y contempladas en el art. 82.3 ET. Tal como señala la jurisprudencia, el empresario debe acudir a la MSCT “cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”¹⁵, a lo debemos añadir nosotros, que así será, si se trata de una alteración de un aspecto fundamental de las mismas; de lo contrario bastaría acudir al poder de dirección ordinario de la empresa. Pero el empresario debe acudir a la inaplicación cuando se trata de “la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos”¹⁶; y ello aun cuando se trate de alteraciones mínimas y no esenciales¹⁷. Por lo tanto, la diferencia esencial entre uno y otro instrumento reside en el tipo de condición que pretende modificarse, de manera que las fijadas por convenio colectivo estatutario (y que estén en el listado del art. 82.3 ET) han de tramitarse por el procedimiento de descuelgue¹⁸. La consecuencia de tramitar como MSCT lo que debería llevarse al descuelgue, no puede ser sino la nulidad de dicha MSCT¹⁹. Debe tenerse en cuenta que debido a la similitud entre una y otra institución, no han faltado intentos de trasladar a situaciones de inaplicación del convenio, el derecho a la extinción indemnizada que se regula en el art. 41 ET para los afectados por una MSCT; sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que en los casos de descuelgue no existe derecho del trabajador a la extinción indemnizada que se regula en dicho precepto, basándose tanto en que no hay una total identidad entre ambos mecanismos de modificación de condiciones, como en el carácter meramente temporal de la inaplicación²⁰.

Cabe, no obstante, la posibilidad de que el propio convenio colectivo, tras establecer una regulación básica de cierta condición, se remita a la autonomía individual o pactos colectivos, para que sean ellos los que perfilen de manera adecuada el disfrute de dichas

¹³ En este sentido me manifestaba en GORELLI HERNANDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, Comares, Granada 2013, página 27.

¹⁴ Sobre tales diferencias vid. MARTINEZ MORENO, C.: “Impugnación de medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo y de inaplicación de convenios”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 4 de 2016, páginas 333 y ss.

¹⁵ Sobre la “sustancialidad” de la modificación, vid. la SS de 25 de noviembre de 2015, RJ\2015\5805.

¹⁶ STS de 8 de junio de 2021, RJ\2021\3254.

¹⁷ STS de 29 de junio de 2017, RJ\2017\3363.

¹⁸ Vid. en este sentido las SSTS de 30 de junio de 2016, RJ\2016\3939; de 15 de julio de 2015, RJ\2015\6381; la SAN de 3 de abril de 2017, AS\2017\560; o las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2022, JUR\2022\363586; Andalucía de 21 de marzo de 2019, AS\2019\113; Galicia de 6 de octubre de 2015, AS\2015\1926; Cataluña de 22 de julio de 2015, AS\2015\1798; Madrid de 15 de septiembre de 2014, AS\2014\2902; Madrid de 8 de julio de 2014, AS\2014\2770.

¹⁹ STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2015, JUR\2015\119505.

²⁰ Vid. SSTSJ de Navarra de 21 de abril de 2016, AS\2016\1052; Baleares de 26 de febrero de 2015, AS\2015\904; Canarias de 25 de mayo de 2015, JUR\2015\250724. Sin embargo, la STSJ de Andalucía, de 3 de junio de 2015, AS\2015\1669 se muestra favorable a la rescisión indemnizada del contrato en caso de inaplicación de convenio colectivo.

condiciones o la cuantificación de las mismas. En este caso, si podría tener un espacio de juego la MSCT. Un buen ejemplo es la regulación de tiempo de trabajo flexible, que puede permitir a la empresa ciertas alteraciones dentro del marco de lo establecido por el propio convenio y que, por lo tanto, no supondrían alteración del mismo sino, en su caso, una MSCT²¹. Otro ejemplo sería el convenio que establece y define cierto concepto salarial, pero se remite a la autonomía individual para fijar su cuantía²². No obstante, insisto en que ha de actuarse con cierta prudencia en estos casos. Así, debemos recordar la jurisprudencia sobre centros comerciales que, en base al convenio, disponían de importantes facultades en materia de distribución de jornada. Tras aprobarse una regulación legal que permitía la apertura de centros comerciales en domingos y festivos, tales empresas pretendieron a través de MSCT alterar el número de días de trabajo en domingo de la plantilla, considerando la jurisprudencia que en estos casos se actuaba más allá de lo que permitía el convenio en materia de distribución de jornada, por lo que debería haberse acudido al procedimiento de inaplicación²³. También es admisible tramitar al mismo tiempo un descuelgue y una MSCT; siempre y cuando, obviamente, se cumplan los requisitos de ambos procedimientos y el descuelgue se apruebe por los sujetos legitimados para ello²⁴. De igual manera, es posible tramitar un descuelgue dentro del marco de un ERE²⁵ o de un ERTE²⁶.

3. DELIMITACIÓN DE LOS ÁMBITOS EN QUE ACTÚA EL DESCUELGUE

3.1 Convenios afectados por la inaplicación y ámbito del acuerdo de inaplicación

A tenor de la regulación, es posible tanto proceder a la inaplicación de un convenio colectivo de sector como del propio convenio colectivo de empresa. La principal duda que se plantea es la de si resulta posible la inaplicación de un convenio de ámbito inferior a la empresa. Desde mi punto de vista, a la luz del carácter extraordinario de este mecanismo, la interpretación del precepto no debería ser extensiva, por lo que no sería admisible el descuelgue respecto de convenios de ámbito inferior a la empresa²⁷. Por otra parte, a la hora de configurar la causa económica, el marco de referencia de la misma, según el art. 82.3 ET en su tercer párrafo, son “los resultados económicos de la empresa”; lo que justifica que el ámbito del descuelgue no pueda ser inferior a la empresa.

Además de lo anterior, la inaplicación se produce mediante el acuerdo “entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo”. Ello conduce a estimar que estamos ante un acuerdo a nivel de empresa; estaríamos ante uno de esos acuerdos de empresa recogidos por el ordenamiento laboral y que están dirigidos a flexibilizar la negociación colectiva. Por lo tanto, el ámbito del

²¹ En este sentido la STS de 5 de mayo de 2015, RJ\2015\4466, relativa a la regulación en convenio de mecanismos de control de programas de producción que se establecen por la dirección de la empresa en cada momento y de control de tiempos de trabajo.

²² STS de 15 de julio de 2015, RJ\2015\6381.

²³ Vid. SSTs de 5 de noviembre de 2013, RJ\2014\1212; 11 de diciembre de 2013, RJ\2014\1837 y 13 de marzo de 2014, RJ\2014\1908.

²⁴ SSTSJ de Andalucía de 2 de marzo de 2017, JUR\2017\174505; de Madrid de 29 de enero de 2014, JUR\2014\40356.

²⁵ De hecho, el art. 8.1 e) del RD 1483/2012, señala entre las medidas de acompañamiento, la posibilidad de la “inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁶ Sobre la concurrencia con un ERTE ETOP, vid. la SAN de 12 de enero de 2022, AS\2022\435, que reitera los argumentos de la SAN de 30 de julio de 2020, proc. 130/2021.

²⁷ En contra, ALARCON CASTELLANOS, M.M. y ROLDAN MARTINEZ, A.: Op. cit., página 65; también SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 331.

acuerdo de descuelgue es la empresa; lo que excluye la posibilidad de aceptar descuelgues de ámbitos inferiores (centro de trabajo)²⁸.

3.2. ¿Inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo, o también las pactadas a través de otras vías?

El art. 82.3 ET es bastante claro al afirmar que se trata de inaplicar “las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable”. Ahora bien, ¿es posible aplicar la regulación del descuelgue a otros instrumentos reguladores de condiciones de trabajo?

De entrada, debemos afirmar que el descuelgue no es la vía diseñada por el legislador para modificar un convenio extraestatutario. En estos casos ha de acudir a la MSCT, no el descuelgue. En este sentido el art. 41.2 ET incluye en las MSCT a las alteraciones de “acuerdos o pactos colectivos”²⁹. Es evidente que el convenio al que se refiere el art. 82.3 ET es el estatutario; no en vano el art. 82.3 comienza regulando la eficacia erga omnes de esta modalidad de convenio, cuestión que se exceptúa a través del mecanismo de descuelgue; más aún, este propio precepto comienza haciendo referencia a los convenios “regulados por esta ley”³⁰. De otro lado, con absoluta claridad afirma el art. 41.6 ET que la modificación de convenios estatutarios se ha de realizar a través del art. 83.2 ET. Ahora bien, ello no impide que las partes puedan pactar que para la modificación del convenio extraestatutario se acuda a trámites y procedimiento más exigentes que los previstos por el art. 41 ET; al fin y al cabo se trataría de establecer una mayor protección frente a la MSCT.

Pero, ¿qué ocurre con otros acuerdos que se regulan en el ET y que tienen la misma eficacia del convenio colectivo estatutario?, ¿cuál sería la vía de inaplicación y modificación en estos casos? De entrada una puntualización: no resulta de aplicación el procedimiento del art. 82.3 ET si estamos ante productos de la negociación colectiva que no regulan condiciones de trabajo. Por ejemplo, los acuerdos interprofesionales que se limitan a regular la estructura de la negociación colectiva o los conflictos de concurrencia, pero que no fijan en concreto condiciones de trabajo, no serían susceptibles de descuelgue, pues con su aplicación no estaríamos cumpliendo con el objetivo o finalidad que se persigue con el art. 82.3 ET. Otro ejemplo serían los acuerdos de adhesión o extensión del art. 92 ET, pues en estos casos no se regulan condiciones de trabajo; lo que sí podría inaplicarse es el convenio objeto de adhesión o extensión.

Pero a partir de ahí, estimo que aquellos otros instrumentos derivados de la negociación colectiva, que gozan de eficacia normativa y que regulan condiciones de trabajo incluidas en el art. 82.3 ET, pueden ser objeto de inaplicación a través del art. 82.3 ET, pese a que se refiera sólo al “convenio colectivo”³¹. De esta manera, los acuerdos de empresa podrían ser objeto de descuelgue, siempre que tengan esa eficacia normativa (vid. arts. 22, 24, 29, etc.), igualmente los acuerdos sobre materias concretas del art. 83.3 ET, o las revisiones de convenio ex art. 86.1 ET; los acuerdos o convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico del art. 83.2 ET, los acuerdos parciales de modificación

²⁸ Sobre la cuestión pueden consultarse la opinión de FERNADEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue (...)”, op. cit., página 461; también GORELLI HERNANDEZ, J.: “El descuelgue del convenio colectivo estatutario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 34 (2013), página 313.

²⁹ Vid. las SSTSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2013, AS/2014/1146; 2 de octubre de 2013, JUR/2013/357438.

³⁰ En este mismo sentido de afirmar que el procedimiento de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo extraestatutario es la MSCT, vid. ALARCON CASTELLANOS, M.M. y ROLDAN MARTINEZ, A.: “El «descuelgue» y el concepto de convenio colectivo aplicable” *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 176 (2015), página 43; GORELLI HERNANDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa* (...), op. cit., página 45; SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 321.

³¹ Vid. ALARCON CASTELLANOS, M.M. y ROLDAN MARTINEZ, A.: Op. cit., página 41; SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 321.

de contenidos prorrogados que pueden celebrarse durante la ultraactividad del convenio colectivo (art. 83.3 ET), los acuerdos que ponen fin a una huelga (art. 24 RDLRT), o los acuerdos obtenidos durante procedimientos de mediación (art. 91.2 ET)³². Incluye también los laudos dictados ex art. 91 ET, pues si bien no son manifestación directa de la negociación colectiva, regulan condiciones de trabajo que podrían ser susceptibles de descuelgue y podemos entender que son manifestación indirecta de la negociación colectiva al requerir del compromiso arbitral de las partes legitimadas para negociar un convenio colectivo estatutario³³.

Un supuesto interesante sería el propio acuerdo de descuelgue: a través del mismo se acuerda, no solo inaplicar el convenio, sino sustituir ciertas condiciones de trabajo del mismo por otras diferentes, adquiriendo eficacia normativa (no otra eficacia puede tener un instrumento que altera un convenio dotado de eficacia normativa), entiendo que puede ser objeto, a su vez, de descuelgue ex art. 82.3 ET. Ello elude, impide, que pueda acudirse a la MSCT pactadas en dicho acuerdo de inaplicación o descuelgue, pues lo contrario equivaldría a admitir una vía que por este procedimiento estaría realmente modificando condiciones pactadas en convenio estatutario a través de la voluntad unilateral del empresario³⁴; lo que con su agudeza habitual, OJEDA AVILES denominó, hace ya algún tiempo, como “barrenado de convenios”³⁵.

La posibilidad de inaplicar un previo acuerdo de descuelgue no debe confundirse con la posibilidad de descuelgues sucesivos; es decir, una situación en la que adoptado un acuerdo de descuelgue y estando vigente el mismo, se procede nuevamente a tramitar un nuevo descuelgue. En el caso de la inaplicación del acuerdo de descuelgue, se modifican condiciones fijadas en el propio acuerdo, mientras que en el supuesto de sucesivos acuerdos de inaplicación, podrían estar referidos a distintas condiciones, sin que tenga que suponer una alteración del primer acuerdo de descuelgue. En última instancia, en ambos casos sería necesario que deban producirse nuevas causas o una evidente agravación de la causa esgrimida, para estimarlos conformes a derecho³⁶; de lo contrario, estaríamos ante una situación fraudulenta, al tratarse de idéntica causa al descuelgue inicial. Otra cuestión es que rechazado un descuelgue, se pretenda volver a plantear un nuevo procedimiento de inaplicación por el empresario; es decir, un descuelgue reiterativo. En estos casos es evidente que si la empresa pretende utilizar los mismos argumentos, lo más seguro es el fracaso del nuevo intento, e incluso, si finalmente se resuelve favorablemente a la empresa, estaríamos casi con total seguridad ante un supuesto de mala fe, pues tal como señaló el TS, “No puede haber buena fe si lo que se hace es replantear una negociación que ya había finalizado; será necesario que se estuviera planteando un problema nuevo en términos absolutos (materia) o relativos (agravamiento)”³⁷.

Para terminar, una última cuestión: a tenor de la literalidad del precepto analizado, estamos ante la inaplicación del convenio colectivo “aplicable”. ¿Cuándo es aplicable un convenio? Desde luego, si se trata de un convenio estatutario, es necesario que entre

³² Vid. sobre estos la STS de 2 de febrero de 2016, RJ\2016\1601.

³³ Podemos encontrar una interpretación flexible y ampliadora de los instrumentos que podrían ser objeto de descuelgue en la SAN de 31 de octubre de 2014, AS\2014\2831.

³⁴ De igual opinión ALARCON CASTELLANOS, M.M. y ROLDAN MARTINEZ, A.: Op. cit., página 52.

³⁵ OJEDA AVILES, A.: “«Barrenado» de convenios y contenido esencial del derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Wolters Kluwer, Madrid 1995, páginas 199 y ss. Sobre esta situación podemos ver las SSTSJ de Madrid de 30 de mayo de 2014, AS\2014\2271 y 28 de marzo de 2014, AS\2014\1346.

³⁶ En este sentido las STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2014, AS\2014\1346. Desde otro punto de vista, se deniega la existencia de causa cuando tras una MSCT se acude a un descuelgue, sin que hayan variado sustancialmente las circunstancias de la modificación; así la STSJ de Andalucía de 11 de diciembre de 2014, JUR\2015\53237.

³⁷ STS de 15 de septiembre de 2015, RJ\2015\4734, que desestima el recurso de casación presentado frente a la SAN de 9 de diciembre de 2013, AS\2013\3298.

en vigor y que sea publicado en el BOE. No obstante, hay algún ejemplo de descuelgue “cautelar” o “preventivo”; es decir, tramitado con anterioridad a la entrada en vigor del convenio que se pretende inaplicar en el futuro³⁸. Ahora bien, en los casos de autodescuelgue es tremendamente cuestionable la existencia de causa cuando se inicia el procedimiento de inaplicación poco tiempo después de la aprobación del convenio, pues difícilmente habrán cambiado las circunstancias de las que pueda concluirse la existencia de una causa suficiente³⁹. En todo caso, durante toda la vigencia del convenio es posible la inaplicación, sea la vigencia inicialmente pactada, la vigencia prorrogada o la vigencia ultraactiva, pues durante dichos períodos el convenio sigue siendo aplicable⁴⁰.

3.3. Contenido o ámbito material de la inaplicación: condiciones en las que es posible el descuelgue

El punto de partida en estos casos es admitir que estamos ante una de las principales limitaciones que podemos encontrar en el régimen jurídico del descuelgue: el art. 82.3 ET admite la posibilidad de inaplicar condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario, pero única y exclusivamente respecto de aquellas condiciones expresamente señaladas en dicho precepto.

A tenor de la propia literalidad del precepto, debe entenderse que estamos ante una lista cerrada y no meramente ejemplificativa, lo que supone una limitación a la capacidad de inaplicar condiciones del convenio de sector, sin que sea posible la sustitución del convenio en su totalidad, sino solo en ciertos aspectos. Sin embargo, no debemos perder de vista que estamos ante el conjunto de condiciones básicas de cualquier convenio colectivo. Se trata, sin lugar a dudas de las condiciones más relevantes; por lo que, desde el punto de vista cualitativo, es evidente la importancia de estas condiciones.

Siendo un listado cerrado no es factible la inaplicación de condiciones distintas de las señaladas por el art. 82.3 ET; tampoco en caso de que se haya pactado esta cuestión en el propio convenio colectivo. Ello no supone la imposibilidad de modificar esas otras condiciones, pues existen otros instrumentos jurídicos que coinciden con la finalidad flexibilizadora y de adaptación de condiciones del descuelgue. Así, la revisión del convenio ex art. 86.1 ET, que no está sujeto a limitaciones en cuanto a las condiciones que puedan ser objeto de revisión; o puede acudir al art. 84.2 ET, si bien en este caso también existe una limitación material.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha admitido en ciertos casos una interpretación flexible del contenido del listado en cuestión; si bien hay que estar a cada concreta condición para determinar, si conforme a la literalidad del art. 82.3 ET es factible dicha interpretación extensiva como veremos a continuación.

Dadas las características de este trabajo, no podemos realizar un desarrollo exhaustivo del análisis de este conjunto de condiciones en las que se admite la inaplicación, por lo que nos limitaremos a realizar unos mínimos apuntes. Así, podemos señalar que de las diferentes condiciones en las que es viable el descuelgue, destaca sobre todo la materia salarial. Es, sin lugar a dudas, la que está presente en la inmensa mayoría de supuestos de descuelgue⁴¹. De otro lado, la materia salarial (sistema de remuneración y cuantía salarial), es una cuestión que afecta a diferentes aspectos del régimen salarial, siendo una de esas materias en las que es posible una interpretación amplia o extensiva; de esta manera,

³⁸ Vid. por ejemplo la STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2013, JUR\2013\367609.

³⁹ STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2016, AS\2016\1514.

⁴⁰ Las SSTs de 26 de junio de 2018, RJ\2018\3753; y de 23 de diciembre de 2015, RJ\2015\6215 se refieren a un supuesto de descuelgue de convenios en situación de ultraactividad.

⁴¹ Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “El descuelgue como mecanismo de flexibilidad interna en la negociación colectiva”, en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, pendiente de publicación.

se incluirían aquí cuestiones como reducciones de salario, inaplicación de incrementos de salarios, congelaciones de cuantías salariales, reducciones de pagas extraordinarias, supresión de pagas de beneficios, etc.⁴². No obstante, la jurisprudencia ha rechazado una interpretación extensiva por la que a través del descuelgue, mediante la referencia legal a sistema de remuneración y cuantía salarial, pueda fijarse un aplazamiento de la fecha del pago del salario; estimando que la percepción puntual de la remuneración no tiene encaje en el art. 82.3 ET, siendo un derecho básico del trabajador, reconocido en el art. 4.2 f) ET⁴³. De otro lado, de la propia literalidad del precepto se evidencia que no puede alcanzarse el descuelgue a cuantías económicas que no tienen naturaleza salarial: esa posibilidad de realizar una interpretación extensiva de las condiciones objeto de descuelgue no es de recibo ante una literalidad tan clara del precepto. Es por ello que no resulta admisible la inaplicación de cuantías extrasalariales⁴⁴.

Por similares motivos, no parece que sea admisible la alteración de la regulación convencional en materia de clasificación profesional, pues ello no se incluye dentro del descuelgue en materia de funciones cuando exceden de los límites propios de la movilidad funcional regulada en el art. 39 ET⁴⁵. De igual manera, podemos señalar a la promoción profesional como otra de las materias en las que no es posible acudir al descuelgue, la no estar incluida en el art. 82.3 ET⁴⁶.

Otra de las condiciones objeto de descuelgue es el tiempo de trabajo. En este punto el legislador ha sido especialmente generoso con las condiciones objeto de descuelgue, pues señala expresamente a la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos. Ello ha conducido a admitir la interpretación extensiva en estos casos, pudiendo afectar el descuelgue a condiciones no señaladas expresamente en el art. 82.3 ET, como sería el caso de las vacaciones⁴⁷.

De otro lado, destaca entre todas las condiciones, la relativa a las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social, cuestión de especial relevancia económica para las empresas. A diferencia de las otras condiciones de trabajo, puede afectar a sujetos que ya han cesado su relación laboral con la empresa⁴⁸. Al respecto, debemos tener en cuenta que en muchas ocasiones las mejoras implican el aseguramiento de las obligaciones empresariales con terceros; consecuentemente, ello va a restar buena parte de eficacia a un posible descuelgue de este tipo de condiciones. De otro lado, los compromisos de pensiones estarán externalizados, lo que va a impedir la afectación de los extrabajadores que las disfrutaban⁴⁹.

⁴² Sobre esta cuestión vid. MENDOZA NAVAS, N.: “Los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo al amparo de las decisiones de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos”, *Revista de Derecho Social* nº 74 (2016), página 74.

⁴³ STS de 11 de junio de 2019, RJ\2019\2986; SAN de 7 de abril de 2017, AS\2017\382.

⁴⁴ SAN de 9 de junio de 2015, JUR\2015\157995, sobre dietas.

⁴⁵ GORELLI HERNANDEZ, J.: “El descuelgue del convenio colectivo estatutario”, op. cit., páginas 327 y 328; de igual modo, MENDOZA NAVAS, N.: Op. cit., página 76. Puede verse la STSJ de Valencia de 8 de febrero de 2022, AS\2022\789.

⁴⁶ STSJ de Madrid de 30 de enero de 2019, AS\2019\1177.

⁴⁷ En este sentido la STS de 13 de enero de 2021, RJ\2021\364: “Y entre las materias que deben considerarse dentro de las previsiones del art. 82.3 ET, ninguna duda cabe que ha de incluirse el régimen de disfrute de las vacaciones, pues como decimos en la STS de 27 de mayo de 2013, rec. 90/2012, se trata de una cuestión que afecta al régimen horario y de distribución del tiempo de trabajo, y aunque literalmente no se haga referencia expresa a ello en el art. 82.3 ET, está implícita en los apartados relativos a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo (...)”. De igual manera la STSJ de 27 de mayo de 2013, RJ\2013\5712.

⁴⁸ FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo”, en AA.VV., *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplina 2013, página 862.

⁴⁹ GORELLI HERNANDEZ, J.: “El descuelgue del convenio colectivo estatutario”, op. cit., página 329; HERNANDEZ BEJARANO, M.: “El eventual impacto de la reforma laboral y la modificación de convenios sobre las mejoras voluntarias, especialmente los complementos por pensiones”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 4 de 2016, página 355.

Por último, debe tenerse en cuenta que el art. 82.3 ET establece en su párrafo 6º, que el acuerdo de inaplicación no puede dar lugar al incumplimiento de obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de la discriminación por razón de género o las que estén previstas en el plan de igualdad. Ello supone que, incluso cuando estemos ante una de las condiciones expresamente señaladas por el art. 82.3 ET, no será posible su inaplicación si ello implica un incumplimiento de tales obligaciones en materia de no discriminación⁵⁰.

3.4 . Efectos sobre el convenio inaplicado y eficacia temporal de la inaplicación

El descuelgue supone una suspensión temporal de la aplicación de ciertas condiciones del mismo⁵¹. Es decir, el convenio de sector afectado no queda inactivado, ni anulado; sino que se mantiene su eficacia, aplicándose en su totalidad en el resto de empresas incluidas en su ámbito de aplicación. En cuanto a la empresa afectada por el descuelgue, también se aplicará dicho convenio, si bien se suspenden las condiciones objeto de inaplicación, que son sustituidas, manteniéndose la aplicación del resto del contenido del convenio; siendo posible, dependiendo de los efectos temporales del descuelgue, que las condiciones suspendidas vuelvan a ser aplicables. En el caso de autodescuelgue, la situación es la misma que en el supuesto anterior: habrá ciertas condiciones que se suspendan, siendo sustituidas por otras nuevas, de manera que la empresa contará con una duplicidad de regulaciones aplicables: el acuerdo de descuelgue para esas condiciones y su propio convenio colectivo para el resto de condiciones.

En cuanto a los efectos temporales del descuelgue, debemos tener en cuenta la propia literalidad del art. 82.3 ET: el párrafo sexto de dicho precepto establece que el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo, “y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa”. Por lo tanto, el precepto regula simplemente una duración máxima⁵²: el descuelgue podrá producir efectos, siendo aplicables las nuevas condiciones, como máximo hasta el momento en que resulte de aplicación un nuevo convenio colectivo en la empresa. Ello supone que se puede establecer un plazo de efectos idéntico al máximo legal, o bien fijar un plazo de duración inferior. En consecuencia, no puede prorrogarse el acuerdo de descuelgue más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio en la empresa⁵³, no siendo admisible la decisión unilateral del empresario⁵⁴. No obstante, es posible que el nuevo convenio mantenga de alguna manera la inaplicación, pues las partes pueden llegar a un acuerdo sobre dicha cuestión⁵⁵. En cuanto al momento en el que la inaplicación deba producir efectos, lógicamente se producirán a partir del acuerdo o a partir de la decisión o del laudo arbitral⁵⁶. En conclusión, se pretende, por tanto, configurar al acuerdo de descuelgue como un instrumento de carácter transitorio y coyuntural⁵⁷.

Respecto de esta regulación se nos plantean ciertas dudas. En primer lugar, la literalidad legal que acabamos de mencionar se refiere al acuerdo alcanzado durante

⁵⁰ En este sentido SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 326.

⁵¹ LOPEZ LOPEZ, J.: Op. cit., página 29.

⁵² STS de 26 de junio de 2018, RJ\2018\3753; STSJ de Madrid de 30 de enero de 2019, AS\2019\1177.

⁵³ STS de 26 de junio de 2018, RJ 2018\3753; también la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2019, AS\2019\1177.

⁵⁴ STSJ de Andalucía de 6 de abril de 2017, AS 2017\1202.

⁵⁵ Vid. en este sentido la STS de 10 de julio de 2019, RJ 2019\3290.

⁵⁶ En contra, en el caso de laudos arbitrales o decisión de la CCNCC u órgano que la sustituye a nivel autonómico, NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., páginas 273 y 274.

⁵⁷ De esta misma opinión LAHERA FORTEZA, J.: “El descuelgue salarial”, en AA.VV., dirigidos por F. Valdés Dal-Re y E. González-Posada Martínez, *La reforma laboral de 2010*, Editorial Reus, Madrid 2011, página 371; o ROLDAN MARTINEZ, A.: El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios”, en AA.VV., coordinados por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012, página 263.

el procedimiento; pero, ¿qué ocurre si finalmente debe acudir a un procedimiento de solución de discrepancias, o se acude a la CCNCC? Al respecto, los arts. 22 y 24 del RD 1362/2012 señalan de manera expresa que tanto la Comisión como el árbitro “se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”.

De otro lado, la regulación legal se refiere al plazo máximo señalando que podrán prolongarse los efectos del descuelgue hasta que resulte de aplicación en la empresa un nuevo convenio colectivo. Ahora bien, ¿y si se aprueba un convenio de nivel inferior a la empresa -franja o de centro de trabajo-? ¿Sería posible el cese de efectos del descuelgue en dicho ámbito inferior a la empresa -no así para el resto de la empresa-? Es una cuestión interesante sobre la que no he encontrado manifestación alguna. Ahora bien, dado que he desestimado un descuelgue de ámbito inferior, parece que no sería admisible, por coherencia con dicha opinión, admitir un cese de efectos para sólo ciertos colectivos: si debemos tener en cuenta la proyección de la causa sobre toda la empresa, no debe ser viable este planteamiento; que, además, es contrario a la literalidad del precepto.

También puede plantearse la duda de qué ocurre cuando nada se acuerde sobre el plazo de aplicación del descuelgue. ¿Puede en estos casos acudir como regla supletoria al máximo permitido por la regulación legal -hasta que resulte aplicable el nuevo convenio-? Por el contrario, dado que estamos ante una exigencia legal, ¿debe estimarse nulo el acuerdo? Me inclino por la primera de las respuestas.

Cuestión interesante es si resulta posible la eficacia retroactiva del descuelgue. La respuesta es negativa, pues estaríamos afectando a derechos ya devengados de los trabajadores. Puede afirmarse que la opinión, tanto jurisprudencial⁵⁸, como doctrinal⁵⁹, es verdaderamente unánime en este punto. No obstante, en algún caso se ha admitido por la jurisprudencia menor la posibilidad de retroactividad del acuerdo de descuelgue, cuando el convenio colectivo se publica sólo unos meses antes de su fecha prevista de extinción, con amplios efectos retroactivos en materia salarial, siempre y cuando el acuerdo de descuelgue se hubiese firmado antes del abono de tales salarios regulados en convenio con efectos retroactivos, pues en caso contrario ya se habrían devengado e ingresado en el patrimonio del trabajador (en definitiva, lo que se acuerda es inaplicar la retroactividad del convenio)⁶⁰.

Debe tenerse en cuenta que el descuelgue es un instrumento causal; es decir, uno de los requisitos legales para que haya un descuelgue es la existencia de una causa que lo permita. La cuestión ahora es la de si es posible que una vez aprobado un descuelgue, cese su eficacia antes del momento pactado como consecuencia de la desaparición de la causa que lo justifica. Ciertamente, este planteamiento es lógico y confirmaría el carácter causal de la inaplicación. Sin embargo, podemos encontrar alguna manifestación jurisprudencial en la que se rechaza el cese de efectos por desaparición de la causa que

⁵⁸ Así, afirmaba la STS de 11 de junio de 2019, RJ\2019\2986, reiterando los argumentos de la STSJ de 7 de julio de 2015, rec. 206/2014, que “«la inaplicación del convenio aplicable no puede tener efectos retroactivos, porque regula las condiciones del trabajo que se va a realizar en el futuro, pero no los derechos ya nacidos y consumados por pertenecer al patrimonio del trabajador» y ello porque el convenio colectivo es de forzosa aplicación mientras no se acuerde su parcial inaplicación, así como que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo en él acordado sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda”. En idéntica dirección las SSTS de 16 de septiembre de 2015, RJ\2015\4530; 23 de diciembre de 2015, rec. 28/201513 de octubre de 2015, rec. 222/2014; 15 de septiembre de 2015, rec. 218/2014; 7 de julio de 2015, RJ\2015\3245; 6 de mayo de 2015, RJ\2015\2411. También la SAN de 7 de abril de 2017, AS\2017\382, o las SSTSJ de Canarias de 23 de julio de 2019, AS\2019\2156; Canarias de 21 de junio de 2016, AS\2016\1667; Galicia de 29 de abril de 2016, JUR\2016\120513.

⁵⁹ Vid. ALARCON CASTELLANOS, M.M. y ROLDAN MARTINEZ, A.: Op. cit., página 60; MENDOZA NAVAS, N.: Op. cit., página 79; SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 344; FERNANDEZ BERNAT, J.A.: “Sobre la irretroactividad del descuelgue. Comentario a la STSJ de 7 de julio de 2015”. *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 7 de 2015, páginas 785 y ss.

⁶⁰ SSTSJ de Andalucía de 24 de octubre de 2013, AS\2013\3017; 27 de febrero de 2014, AS\2014\1055; 30 de abril de 2014, JUR\2014\175223; 10 de julio de 2014, AS\2014\2164.

genera el descuelgue⁶¹. En todo caso, consideramos que siempre será posible pactar el descuelgue especificando, no sólo, una fecha máxima, sino condicionando los efectos del mismo a la desaparición de la causa cuando se produce previamente a dicha fecha.

A tenor de lo que hemos visto, el descuelgue es un instrumento de carácter temporal, que no puede extender sus efectos más allá del momento en que se haya fijado el fin de eficacia del mismo y como máximo hasta que resulte aplicable en la empresa el nuevo convenio. Cabe la posibilidad, en su caso, de negociar una nueva inaplicación, o de acordar una prórroga si la eficacia temporal del descuelgue es inferior a la duración del convenio; pero, lógicamente ello exige el cumplimiento de los trámites procedimentales y causales del art. 82.3 ET; no cabe, por tanto, una prórroga unilateral del descuelgue⁶². Incluso cabe la posibilidad de incorporar al nuevo convenio las condiciones acordadas en el descuelgue⁶³. Pero si no se produce uno de estos fenómenos, es evidente que a partir del momento en que el descuelgue pierde eficacia por cumplirse la fecha de su término, resultarán de aplicación las condiciones que se sustituyeron⁶⁴, o las que se hayan pactado en el nuevo convenio.

4. EXIGENCIA CAUSAL EN EL DESCUELGUE

Junto con los límites materiales al descuelgue y los procedimentales (a los que nos referiremos posteriormente), el ordenamiento establece una exigencia causal: para que pueda producirse la inaplicación del convenio, es necesario que existan “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. El propio art. 82.3 ET establece qué ha de entenderse por las mismas, existiendo una conexión entre dichas causas y las del despido colectivo.

Dadas las conexiones con el despido colectivo, la doctrina ha estimado que existe una graduación entre las diferentes medidas que puede tomar un empresario ante una situación de crisis empresarial; de manera que el despido colectivo debería estar reservado ante las situaciones más graves, mientras que el descuelgue debería ser utilizado ante una situación de menor entidad⁶⁵. Sin embargo, la regulación de ambos instrumentos no establece priorización alguna de las diferentes medidas.

Dado el tipo de trabajo que desarrollamos en esta ponencia y las limitaciones espaciales, no vamos a centrarnos en el análisis del significado de cada una de las diferentes causas que, desde mi punto de vista, realmente se resumen en una sola: en la causa económica. El resto de causas no son sino una expresión diferente, una forma de ser o de manifestarse, de la causa económica; no en vano, en todas esas otras causas se genera una excedencia de personal, que de mantenerse no generaría sino un innecesario incremento de costes laborales que lastraría a la empresa, lo que determina la necesidad de amortizar los puestos de trabajo afectados. Vamos a centrarnos, por el contrario, en determinados aspectos criticables o conflictivos en relación a la exigencia causal.

De otro lado, una cuestión interesante es el marco en el que haya de producirse la causa. Desde mi punto de vista la existencia de causa económica ha de constatarse en función de la situación global de la empresa, de manera que no puede realizarse un análisis parcial de la realidad económica, circunscrito a un ámbito menor o limitado de la empresa. No en vano, al configurar esta causa, el legislador se refiere a “los resultados

⁶¹ STSJ de Extremadura de 30 de mayo de 2017, RJ\2017\1005.

⁶² STSJ de Andalucía de 6 de abril de 2017, AS\2017\1202.

⁶³ STS de 10 de julio de 2019, RJ\2019\3290; STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2019, JUR\2019\235855.

⁶⁴ SSTSJ de Canarias de 30 de junio 2015, AS\2016\286; 20 de noviembre de 2015, JUR\2016\46341.

⁶⁵ LOPEZ AHUMADA, J.E.: “La apuesta (...)”, op. cit., página 64.

económicos de la empresa”. Por razones similares, creo que en la causa productiva, debe estarse a la situación global o general de la empresa, no siendo admisible valorar la causa sólo en relación a un ámbito concreto de la empresa donde puedan producirse alteraciones de la demanda. Sin embargo, creo que el planteamiento de análisis debe cambiar en las causas técnicas u organizativas, siendo perfectamente admisible que la valoración de la causa se realice sólo en función del ámbito de la empresa donde se hayan introducido las alteraciones técnicas u organizativas⁶⁶.

Cuestión esencial que debemos subrayar es la laxitud o flexibilidad de la configuración legal de las causas justificadoras del descuelgue; estamos ante una causalidad “débil”⁶⁷: se admite que puede producirse el descuelgue por una “situación económica negativa”, sin graduar en modo alguno qué incidencia deba tener; se admite el descuelgue preventivo por pérdidas previstas o futuras⁶⁸, de manera que pueda acudir a la inaplicación, no ya por una situación de crisis de la empresa, sino simplemente para que la empresa funcione mejor o gane más. La única perspectiva admisible en la empresa es el incremento de ingresos; no existe un mecanismo que permita introducir una cuantificación de las pérdidas que facilite así determinar la entidad de la causa alegada por la empresa. Todo ello facilita de una manera evidente la existencia de una causa justificadora del descuelgue, permitiendo su uso como instrumento de gestión empresarial. No estamos, desde luego, ante un descuelgue por crisis, ni existe ningún tipo de vinculación o de exigencia con el uso del descuelgue como instrumento que deba garantizar el mantenimiento del empleo en la empresa. Probablemente esta simplicidad causal sea un buen ejemplo de la flexibilidad unidireccional a la que aludíamos al comienzo de este trabajo⁶⁹. Además de lo anterior, debemos tener en cuenta que si se produce un acuerdo, se presumirá la existencia de causa de descuelgue; ciertamente es una presunción que admite la prueba en contra, pero es evidente que facilita considerar la existencia de causa justificadora⁷⁰.

La jurisprudencia ha reaccionado frente a esta flexibilidad causal estimando necesario para la validez del descuelgue, que no sólo debe existir una de las causas reguladas legalmente; sino que, además, es necesario una conexión funcional entre dicha causa y la inaplicación pretendida, de manera que dicha medida sea adecuada, razonable; exigiendo la proporcionalidad entre la situación de la empresa y la medida que de inaplicación que se adopta⁷¹. De este modo, el descuelgue como medida acordada debe tener una cierta relación funcional o adecuación con la superación de la situación económica negativa o la causa alegada. Es necesario, por tanto, que se formule un “juicio de razonabilidad”⁷² a la hora de estimar lícito el descuelgue. En definitiva, el empresario debe acreditar, en términos de razonabilidad, que es una decisión adecuada para conseguir superar las dificultades de la empresa⁷³.

⁶⁶ NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 248.

⁶⁷ FERIA BASILIO, I.R.: Op. cit., página 60; GORELLI HERNANDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa* (...), op. cit., páginas 49 y ss.; GUERRERO VIZUETE, E.: “El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 33 (2013), página 110.

⁶⁸ FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Los acuerdos de inaplicación (...)”, op. cit., página 863.

⁶⁹ GUERRERO VIZUETE, E.: Op. cit., página 109.

⁷⁰ LOPEZ LOPEZ, J.: “Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): una interpretación acorde con el modelo constitucional”, *Relaciones Laborales* nº 4 de 2014, página 27.

⁷¹ STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2015, AS/2015/819.

⁷² En este sentido FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial (...)”, op. cit., página 39; de igual manera LOPEZ AHUMADA, E.: “La apuesta (...)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 167 (2014), página 72; NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 247; SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 329.

⁷³ Tal como, por ejemplo se ha señalado también para los despidos colectivos; así RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.: “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, en AA.VV., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Pamplona 1997, páginas 235 y ss.

Lo anterior conduce, necesariamente, a admitir el control sobre la causa de descuelgue por parte de la CCNCC (o el mecanismo autonómico que la sustituye), o del árbitro⁷⁴. De igual manera, ese control causal también lo realizará el órgano judicial ante el que pueda impugnarse la decisión⁷⁵ (téngase en cuenta que si hay acuerdo sobre descuelgue, el órgano judicial decidirá sobre dicho acuerdo, mientras que si no hay acuerdo el control del juez recae sobre la decisión de la CCNCC o sobre el laudo arbitral). De esta manera, para estimar, o no, la existencia de causa (por el órgano de la administración, el árbitro o el órgano judicial), es necesario un juicio de razonabilidad, que implica los siguientes pasos: 1) estimar la existencia de la causa tipificada legalmente; 2) determinar si la medida de descuelgue adoptada es adecuada; 3) estimar si la medida de descuelgue adoptada es razonable en términos de proporcionalidad entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores, debiendo rechazarse la inaplicación por ausencia de causa cuando, pese a la existencia de una causa tipificada, dicho juicio de razonabilidad determina la ausencia de adecuación y/o proporcionalidad⁷⁶. En este sentido, los arts. 22 y 24 del RD 1362/2012.

5. PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO

El tercero de los límites esenciales al descuelgue es la tramitación de un procedimiento regulado entre el art. 82.3 apartados 5º a 8º y el art. 41.4 ET. Dicho procedimiento tiene diferentes pasos y vamos a centrarnos en aquellas cuestiones más relevantes. En todo caso, la existencia de un procedimiento supone negar validez a cualquier descuelgue en el que se haya prescindido totalmente del mismo (un descuelgue unilateral por parte del empresario), de alguno de sus elementos esenciales, o en el que se haya impuesto la inaplicación como punto de partida, desarrollándose, a continuación el procedimiento⁷⁷. También podemos encontrar situaciones en las que la empresa procede a una inaplicación del convenio por la vía de acuerdos individuales con todos los trabajadores, lo que, además de suponer una vulneración de la regulación sobre descuelgue, implica una violación de la libertad sindical⁷⁸. En todo caso, tal como advierte la jurisprudencia, “no toda infracción de lo establecido literalmente en la ley implica la nulidad del acto o acuerdo, sino que debe analizarse en cada caso y salvo disposición expresa del legislador, cuál debe ser la consecuencia de la infracción teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el juego del principio de proporcionalidad”⁷⁹.

En cuanto a los aspectos esenciales de este procedimiento, en primer lugar, se desarrollará un período de consultas en los términos del art. 41.4 ET, que podrá terminar, o no, en un acuerdo. Si no hay acuerdo, se acudirá (si alguna de las partes lo reclama) a la comisión paritaria del convenio. En tercer lugar, si la comisión paritaria no resuelve la discrepancia o no se ha acudido a la misma, se debe recurrir a los procedimientos de solución de discrepancias que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales. Por último, si siguen existiendo tales discrepancias, se acudirá a la CCNCC o ante el órgano autonómico que en ese ámbito geográfico asuma sus funciones.

⁷⁴ Vid. SSAN de 2 de noviembre de 2012, AS\2013\5 y 28 de enero de 2013, AS\2013\1071.

⁷⁵ MENDOZA NAVAS, N.: Op. cit., página 77.

⁷⁶ SSTs de 27 de enero de 2014, RJ\2014\793; 26 de marzo de 2014, RJ\2014\2778; STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2016, AS\2016\1514.

⁷⁷ Vid. STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2015, AS\2016\292. En este caso, además, se aceptó el abono de una indemnización por daños y perjuicios a los afectados. También las SSTSJ de Andalucía de 31 de marzo de 2015, AS\2015\1055 27 de febrero de 2014, AS\2014\1007.

⁷⁸ SAN de 15 de febrero de 2018, AS\2018\672.

⁷⁹ SAN de 25 de septiembre de 2013, JUR 2013\312035.

5.1. El período de consultas: la comisión “ad hoc” como sujeto legitimado

En puridad, el período de consultas es el procedimiento de descuelgue, los otros pasos que hemos descrito son mecanismos para resolver una situación en la que el procedimiento de descuelgue no termine en un acuerdo entre las partes.

El período de consultas supone un procedimiento de negociación colectiva entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Por lo tanto, es necesario reconocer la relevancia de la autonomía colectiva como principal instrumento para resolver las situaciones de inaplicación del convenio colectivo, por lo que podemos afirmar que el descuelgue es un mecanismo preferentemente negociado.

El art. 82.3 ET no regula realmente el procedimiento de consultas, sino que se remite al procedimiento establecido por el art. 41.4 ET en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo (segundo párrafo del art. 82.3 ET). A tenor de esta última regulación, este procedimiento tiene una duración legal máxima de 15 días y debe versar sobre las causas del descuelgue, así como la posibilidad de evitar o reducir sus efectos o atenuar las consecuencias. Las partes deben negociar de buena fe, siendo una obligación propia de los procedimientos de negociación colectiva, y el objetivo de la negociación es alcanzar un acuerdo. Para alcanzar dicho acuerdo se requiere del voto favorable de la mayoría de la representación legal de los trabajadores o de los miembros de la comisión que representan a los trabajadores, siempre que, a su vez, representen a la mayoría de los trabajadores afectados.

Es, por tanto, necesario constituir una comisión negociadora en la que esté integrada la representación de los trabajadores. En el art. 41.4 ET se deja claro la necesidad de que cumpla el principio de correlación entre la representación y el ámbito de la inaplicación⁸⁰; si bien existe una excepción: el supuesto de descuelgue en que están afectados varios centros de trabajo, unos con representación y otro sin ella; pudiendo en estos casos integrar la comisión negociadora sólo por la representación legal de los centros que cuentan con ella. Dicha constitución debe ser previa al inicio del procedimiento de consultas, por lo que el empresario debe comunicar a los representantes de los trabajadores o a los propios trabajadores, su intención de iniciar el procedimiento de descuelgue. Una vez realizada la comunicación, los trabajadores disponen de siete o quince días (dependiendo de la existencia o no de representación legal de los trabajadores) para constituir la comisión (que será única, aun cuando se afecten diversos centros de trabajo, y que tendrá un máximo de 13 miembros por cada una de las partes). A partir de ese momento podrá iniciarse el período de consultas y el procedimiento de negociación basado en la buena fe, exigencia que resulta trascendental, pues ante ausencia de la misma, el posible descuelgue será nulo, ya se haya alcanzado por acuerdo o a través de un instrumento de solución de las discrepancias, incluyendo al arbitraje a través de la CCNCC⁸¹.

Con toda seguridad, el aspecto más polémico de esta regulación es la determinación de los sujetos que van a negociar por parte de los trabajadores (y aquí hay una nueva remisión del art. 82.3 ET al art. 41.4 ET); más concretamente me refiero a la situación de inexistencia de órgano de representación de los trabajadores: ciertamente la inexistencia de representación de los trabajadores en la empresa podría suponer el bloqueo del descuelgue por falta de contraparte frente al empresario. Pero, como sabemos, el legislador ha resuelto la cuestión por la vía de crear una comisión “ad hoc” que negociará en representación de los trabajadores.

⁸⁰ Vid. sobre esta cuestión NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., páginas 251 y ss.

⁸¹ Vid. SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 341.

A tenor de lo dispuesto por el art. 41.4 ET, si el centro de trabajo no cuenta con representación de trabajadores, los propios trabajadores podrán optar entre atribuir la representación a los efectos de negociar durante el procedimiento de consultas, a una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa y elegidos democráticamente, o una comisión designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa que, además, estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En ambos casos la comisión estará compuesta por un máximo de tres miembros. La práctica evidencia que en la mayoría de los casos se opta por la primera de las vías; es decir, por una comisión integrada por trabajadores de la empresa. A partir de ahí las críticas se han vertido sobre todo en tres direcciones. En primer lugar, por el hecho de que es un órgano que podría sufrir mucho más fácilmente las presiones del empresario, siendo posible un cierto grado de manipulación en contra de los intereses de los trabajadores. En segundo lugar, que esta comisión “ad hoc” no tiene la consideración de verdadero órgano de representación de los trabajadores, por lo que no gozaría de los mecanismos de protección frente al empresario que los verdaderos órganos de representación legal de los trabajadores. Ello haría que estos trabajadores fuesen más susceptibles de sufrir represalias por parte de la empresa. En tercer lugar, por el hecho de que una simple comisión, que no tiene consideración de órgano de representación, careciendo de verdadera legitimación para negociar un convenio, puede, sin embargo, modificar lo dispuesto por un convenio colectivo, negociado y aprobado por sujetos a los que el ordenamiento ha exigido una especial capacidad de representación. Este último planteamiento tiene, además, una consecuencia derivada: que se estaría cuestionando la eficacia normativa del convenio colectivo como fuente del derecho⁸². Por todos estos motivos hubiese sido más conveniente que el legislador hubiese eliminado esta opción entre dos comisiones alternativas y hubiese mantenido sólo la comisión de carácter sindical⁸³.

Ante esta situación cabrían dos alternativas para encajar, más o menos armoniosamente (en ningún caso la armonía será plena), esta pieza dentro del puzzle de la regulación sobre negociación colectiva de nuestro ordenamiento. De un lado, entender que estamos ante un órgano de representación, pues se ha producido una elección a través de un sistema democrático y en la que pueden intervenir todos los trabajadores. En este caso caben dos interpretaciones diferentes: o bien la comisión de trabajadores actúa delegadamente de la asamblea de trabajadores donde han sido elegidos; con lo cual estaríamos ante una especie de portavoces de la asamblea; siendo, por tanto, ella el verdadero órgano de representación (lo cual, bajo mi punto de vista no sería correcto, pues si fuesen meros portavoces, debería ser la asamblea la que aprobase el acuerdo); o bien estimar que ese procedimiento democrático genera un verdadero órgano de representación (aquí el problema es que el ordenamiento no los reconoce como tales y no extiende, por ejemplo, los mecanismos de garantía o las prerrogativas propias de un órgano de representación; incluso el propio art. 41.4 ET prevé que en caso de comisiones que representen a varios centros, sea posible que los centros sin representación estén representados por la representación legal de los centros que cuenten con ella, prescindiendo, por tanto, de representación “ad hoc”). La segunda alternativa sería estimar que la comisión “ad hoc” no es un órgano de representación, pues no es necesario, dado que una cosa es la legitimación para negociar un convenio, donde se exige esa especial carga representativa a los sujetos negociadores; pero la inaplicación es una cuestión diferente a la negociación del convenio; pudiendo, por tanto, acudir a una comisión “ad hoc”, para ante un supuesto excepcional como

⁸² Sobre todas estas críticas, vid. FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue (...)”, op. cit., páginas 463 y 464; GORELLI HERNANDEZ, J.: “El descuelgue del convenio colectivo (...)”, op. cit., páginas 336 y 337; GUERRERO VIZUETE, E.: Op. cit., páginas 116 y 117; LOPEZ AHUMADA, J.E.: “La apuesta (...)”, op. cit., páginas 83 y 84; SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 333.

⁸³ En este sentido FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue (...)”, op. cit., página 463.

el descuelgue, que requiere de causa, disfruta de una eficacia meramente temporal, y sólo produce una suspensión de ciertas condiciones pactadas en convenio. Ciertamente, negociar un convenio e inaplicarlo no son actos idénticos, pero no debemos olvidar que también en el descuelgue, además de inaplicar condiciones, se deben aprobar condiciones de trabajo que sustituyan a las mismas.

Probablemente lo más adecuado sea estimar que la comisión tiene la especial carga representativa que se exige para fijar condiciones de trabajo como consecuencia de una designación en la que ha podido participar toda la plantilla de la empresa, de manera que esa representación de la plantilla se traslada a los elegidos para negociar; todo ello con independencia de que se reconozca o no la condición de órgano de representación.

5.2. El acuerdo alcanzado durante el procedimiento de consultas

Una segunda cuestión relevante dentro del procedimiento de consultas es la consecución del acuerdo. Dicho acuerdo es el resultado de un proceso de negociación basado en la buena fe. Esa obligación de negociar de buena fe no impone a las partes la consecución del acuerdo, pero es evidente que en gran medida, el acuerdo será consecuencia de esta exigencia. En cuanto al contenido de la obligación de negociar de buena fe, son aplicables los mismos parámetros propios de la negociación colectiva, o del período de consultas de un despido colectivo o una MSCT de carácter colectivo⁸⁴. De esta manera, la buena fe se ha de medir dentro del marco de cuál es el objetivo del período de consultas: que se intente alcanzar un acuerdo, gracias a un verdadero intercambio de información que permita una verdadera discusión en base a contrapropuestas. Así, se ha considerado nulo el descuelgue en el que, pese alcanzarse el acuerdo con la representación de los trabajadores, no “hubo negociación alguna entre las partes ni suministro de información adecuada por la empresa que pudiera definir alguna contrapropuesta (...) se evidencia grave inobservancia del procedimiento legalmente establecido para la inaplicación del Convenio Colectivo”⁸⁵. Otra situación en la que difícilmente puede aceptarse que haya existido buena fe es aquella en la que la empresa decide la inaplicación de condiciones para, a continuación, o simultáneamente, iniciar la negociación en período de consultas⁸⁶. No puede estimarse, sin embargo, como contrario a la buena fe que existiendo un verdadero proceso de negociación, este haya durado poco tiempo por haberse alcanzado rápidamente el acuerdo⁸⁷. El ordenamiento no establece un número mínimo de reuniones, ni un contenido concreto de las mismas. Lo esenciales es que haya una intención de negociar para intentar llegar a un acuerdo, para lo que resulta esencial que los representantes puedan conocer, gracias a la información facilitada por la empresa, la concreta situación y puedan así participar en la toma de una decisión, aportando propuestas o planteando el rechazo a la pretensión empresarial; pero, en todo caso, el proceso debe permitir el debate de todas aquellas cuestiones que pueden ser objeto de modificación⁸⁸.

Para la validez del acuerdo es necesario que los firmantes del mismo cumplan con la exigencia de legitimación para negociar, requiriéndose, respetar el principio de correlación entre representación y ámbito de aplicación⁸⁹. De igual manera, se requiere

⁸⁴ Vid. SSTs de 16 de diciembre de 2014, RJ/2014/6778; 15 de septiembre de 2015, RJ/2015/4734; 19 de abril de 2016, RJ/2016/2401.

⁸⁵ STSJ de Canarias de 21 de junio de 2016, AS/2016/1667.

⁸⁶ STSJ de Asturias de 31 de marzo de 2015, AS/2015/1055.

⁸⁷ Así la STSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 2018, AS/2019/1504, supuesto en el que se llega al acuerdo el primer día del procedimiento de consultas.

⁸⁸ STSJ de Castilla y León de 25 de septiembre de 2013, AS/2013/2975.

⁸⁹ Sobre la válida constitución de la comisión negociadora, vid. la STS de 16 de noviembre de 2015, RJ/2015/6256.

unas mayorías de aprobación que resultan ser esenciales. De esta manera, el acuerdo no podrá tener validez alguna si se incumplen tales cuestiones, de manera que la falta de legitimación determina la nulidad del acuerdo; así como no alcanzar las mayorías de aprobación por parte de la representación de los trabajadores invalidará por nulidad dicho acuerdo⁹⁰.

Desde mi punto de vista, estos acuerdos tienen la misma eficacia de un convenio colectivo (no confundir eficacia de convenio, con naturaleza jurídica de convenio), por tanto, eficacia normativa y general⁹¹. No dejaría de ser anómalo que un acuerdo de empresa, de eficacia contractual, pueda, no sólo inaplicar un convenio de eficacia normativa; sino, además, regular condiciones que suplen a las inaplicadas y que tendrán aplicación a todos los trabajadores afectados⁹². Admitir lo contrario, la eficacia meramente contractual del acuerdo, supondría facilitar la aplicación a las nuevas condiciones fruto del acuerdo, el procedimiento de MSCT y, por tanto, la posibilidad de una regulación de condiciones meramente unilateral por parte del empresario, en contra de lo establecido por el convenio colectivo; posibilidad que ya hemos rechazado en este mismo trabajo. La gran duda que se plantea en cuanto a la eficacia jurídica de estos acuerdos es, si dicha eficacia se predica también de los casos en que han sido negociados por una comisión “ad hoc” de trabajadores.

En cuanto al contenido, ya hemos señalado la necesidad de que el acuerdo determine con exactitud las nuevas condiciones y especifique la duración de sus efectos. Además, el acuerdo no puede suponer el incumplimiento de las obligaciones del convenio en materia de eliminación de discriminaciones por razón de género o las que se hayan previsto en el plan de igualdad aplicable a la empresa. Además, ha de tenerse en cuenta que el acuerdo no puede utilizarse para evitar la ejecución de sentencias previas que reconocen determinados derechos a los trabajadores⁹³. Resalta que no se haya establecido como contenido obligatorio del acuerdo referencia alguna a la recuperación de las condiciones de trabajo suspendidas, en función de la desaparición de la causa que determina el descuelgue. Sobre esta cuestión ya hemos señalado que la exigencia de causalidad no supone la desactivación del descuelgue por desaparición de la causa, sino que los efectos del mismo se mantienen hasta la fecha fijada por las partes o la máxima legal. No obstante, es posible incluir en el acuerdo de descuelgue esta cuestión, creando comisiones de seguimiento que constaten la desaparición de la causa y, consecuentemente, la reactivación de las condiciones suspendidas, así como la inclusión de procedimientos de revisión del acuerdo para el caso en que las causas que lo motivaron desaparezcan o se modifiquen⁹⁴. También puede pactarse esta cuestión, no ya en el acuerdo, sino en el convenio objeto de inaplicación⁹⁵.

Pero el aspecto más relevante del acuerdo de descuelgue es que conseguido éste, se presumirá la existencia de causa. De entrada, ¿estamos ante una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*? Al respecto la doctrina laboral es unánime al considerar que estamos ante una presunción *iuris tantum*, que admite, por lo tanto, la prueba en contra⁹⁶. De otro lado, debemos tener en cuenta que la existencia de causa no supone, por sí, la validez de

⁹⁰ Sobre este último supuesto, puede verse la STS de 14 de mayo de 2014, RJ\2014\3863.

⁹¹ NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 260.

⁹² De esta opinión GORELLI HERNANDEZ, J.: *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Civitas, Madrid 1999, páginas 130 y ss.; también LOPEZ AHUMADA, J.E.: “La apuesta (...)”, op. cit., página 96.

⁹³ STSJ de Valencia de 22 de junio de 2017, AS\2017\1756.

⁹⁴ CC de Laboratorios Ordesa, SL (BOP de Barcelona de 7 de mayo de 2019), art. 89.

⁹⁵ Sobre la posibilidad de favorecer la convergencia con las anteriores condiciones, vid. NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 261. Entre la negociación colectiva, puede verse el CC de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019), art. 28.

⁹⁶ GUERRERO VIZUETE, E.: Op. cit., página 114.

la inaplicación, pues tal como ya hemos tenido ocasión de señalar, se requiere, además, que exista una adecuación entre la causa y la medida de descuelgue que se pretende imponer a los trabajadores. Esto hace que nos planteemos si la presunción alcanza, no sólo a la causa en sí, sino también a la relación de adecuación entre la causa y la medida de inaplicación de las condiciones. La cuestión es especialmente importante, pues existiendo acuerdo y presumiéndose la concurrencia de causa, el acuerdo sólo puede ser impugnado por existencia de fraude, dolo, coacción o abuso. Desde mi punto de vista, la presunción alcanzaría realmente sólo a la existencia de causa, pues como vamos a ver tanto doctrina, como jurisprudencia han estimado que las causas de impugnación deben entenderse de manera amplia o flexible, lo que deja perfectamente espacio a considerar que una impugnación por abuso, por ejemplo, instrumentalice una reclamación por la falta de adecuación de la medida acordada. En todo caso, de no entenderse así, debemos señalar que siempre cabría la impugnación indirecta del acuerdo; es decir, de la decisión empresarial por la que se aplica el acuerdo al trabajador.

Para terminar, el acuerdo debe ser notificado a la comisión paritaria del convenio. La jurisprudencia se ha manifestado en contra de estimar que la ausencia de notificación sea un vicio esencial del que derive la nulidad del acuerdo y del descuelgue⁹⁷. También debe comunicarse a la autoridad laboral, a los solos efectos de depósito; por tanto, no estamos ante una exigencia sustancial, sino meramente formal, cuyo incumplimiento no tiene consecuencias negativas para el acuerdo⁹⁸.

5.3. Ausencia de acuerdo: vías de solución de las discrepancias

Analizamos ahora las alternativas previstas por el legislador para resolver las situaciones de discrepancia; es decir, qué vías pueden tomarse cuando hay ausencia de acuerdo. Se regulan, así, diversos mecanismos que actúan sucesivamente como vías subsidiarias a la falta de acuerdo. Ello es manifestación del interés del legislador por evitar que la inaplicación sea inviable por ausencia de voluntad o acuerdo de una de las partes (la representación de los trabajadores). Se pretende evitar que haya un bloqueo efectivo en la negociación de la inaplicación; lo que favorece la posición del empresario y condiciona la posición negociadora de los trabajadores.

5.3.1. El papel de la comisión paritaria

A tenor del art. 82.3 ET, caso de no conseguirse el acuerdo durante el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada.

Resalta la inadecuada terminología utilizada por el legislador, pues se refiere a la “comisión del convenio”, cuando en realidad pretende señalar a la comisión paritaria del mismo. Por otra parte, estamos ante un trámite que no tiene carácter obligatorio, al contrario, es un trámite potestativo: de un lado, se señala expresamente que ante la falta de acuerdo “cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia” a la comisión. Es decir, la literalidad indica claramente que esta posibilidad es meramente voluntaria. Pero, además, el propio párrafo 7º del art. 82.3 ET, añade a continuación, que “Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión (...)”, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito

⁹⁷ SAN de 25 de septiembre de 2013, JUR 2013\312035; SSTSJ de Andalucía de 18 de diciembre de 2020, AS\2021\976; País vasco de 16 de enero de 2018, AS\2018\1750.

⁹⁸ Sobre la ausencia merma de la eficacia del acuerdo por falta de comunicación a la autoridad laboral, vid. las SSTSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2019, AS\2019\1516; Canarias de 9 de octubre de 2019, AS\2020\426.

estatal o autonómico, previstos en el artículo 83⁹⁹. Por lo tanto, es evidente el carácter meramente voluntario de esta posibilidad⁹⁹. De esta manera, si no se alcanza un acuerdo, cualquiera de las partes (lo lógico es que sea el empresario), podrá acudir al siguiente sistema de solución de discrepancias.

La comisión paritaria dispone de un plazo de siete días para “pronunciarse”. Al utilizarse dicho término parece que la función de la comisión no tiene que ser la de intentar resolver las discrepancias que impiden el acuerdo, sino una función de informar sobre la pretensión empresarial de inaplicar el convenio. Sin embargo, desde mi punto de vista, dado que el apartado 7º del art. 82.3 ET comienza señalando expresamente que “En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión (...)”, estimo que la actuación más adecuada de la comisión, teniendo en cuenta la finalidad de la norma, es la de resolver las discrepancias. Ahora bien, como hemos señalado, no se impone por la regulación legal que las partes deban acudir a la comisión paritaria, lo que debe ser tenido en cuenta a los efectos de determinar cuál deba ser la función de dicho órgano.

Probablemente lo más adecuado sea admitir que el legislador ha utilizado una redacción ambigua para permitir que sean las partes las que determinen cuál es el efectivo papel de la comisión paritaria; de ahí, por ejemplo, que no se regule expresamente cuál sea la eficacia de lo acordado por la comisión paritaria y el carácter voluntario de esta posibilidad. Ello sería coherente con lo dispuesto por el art. 85.3 e) ET, que incluye dentro del contenido mínimo del convenio, la designación de la comisión paritaria para “para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas”. De esta manera, la negociación colectiva puede atribuir a la comisión tanto la función de actuar como mecanismo de solución de las discrepancias, pudiendo pactarse, incluso, su obligatoriedad¹⁰⁰; pero también la función de informar o pronunciarse sobre la causa o el procedimiento desarrollado hasta ese momento, estableciendo también su carácter obligatorio e introduciendo, así, un nuevo trámite procedimental.

Si se actúa como mecanismo de solución de discrepancias estamos ante verdadera negociación, si bien se sustituye a la negociación directa entre empresa y trabajadores¹⁰¹. Desde este punto de vista, debemos tener en cuenta que al ser una función negociadora (es evidente, pues se trata de establecer nuevas condiciones de trabajo), el convenio no puede excluir de la comisión a ningún sujeto legitimado para negociar¹⁰².

Ciertamente, no parece que pueda tener mucha utilidad esta posibilidad en caso de autodescuelgue, pues probablemente serán los mismos sujetos que actuaron el procedimiento de consultas, quienes integren también la comisión paritaria. Por el contrario, si puede tener mejores resultados acudir a la comisión paritaria del convenio cuando se trata de la inaplicación de un convenio de sector, pues los sujetos negociadores serán totalmente diferentes.

La norma legal establece un plazo máximo de 7 días para el pronunciamiento de la comisión paritaria. No obstante, no entendemos contrario a la regulación legal que el convenio colectivo establezca un plazo superior y, desde luego, si la comisión tiene

⁹⁹ En este mismo sentido la STS de 29 de septiembre de 2020, RJ/2020\3906. Sobre la cuestión vid. MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues”, *Temas Laborales* nº 154 (2020), página 267; SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 350.

¹⁰⁰ NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 263. De hecho, debemos tener en cuenta que el art. 11.2 del VI Acuerdo sobre solución Autónoma de Conflictos Laborales (BOE de 23 de diciembre de 2020), establece que será preceptiva la intervención previa de la comisión paritaria, si así se ha pactado en el convenio colectivo y, en todo caso, cuando cualquiera de las partes lo solicite.

¹⁰¹ LOPEZ AHUMADA, J.E.: Op. cit., página 91.

¹⁰² En este sentido GUERRERO VIZUETE, E.: Op. cit., página 122.

funciones de solución de discrepancias y logra un acuerdo, el hecho de superarse los 7 días no supone, en modo alguno, la nulidad del mismo.

5.3.2. *Desbloqueo de la inaplicación a través de los procedimientos regulados en acuerdo interprofesional*

Siguiendo con el sistema de remedios sucesivos y supletorios, establece el art. 82.3 ET que, no conseguido acuerdo a través del procedimiento de consultas y habiendo fracasado el trámite ante la comisión paritaria, o si no se ha acudido a la misma, “las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos (...)”. Por lo tanto, fracasado o no utilizada la posibilidad de acudir a la comisión paritaria, el ordenamiento ofrece una segunda posibilidad para lograr una respuesta definitiva a la inaplicación.

Una primera cuestión que debemos plantearnos es la de si la comisión paritaria actúa y llega a la conclusión de la inexistencia de causa para el descuelgue, ¿puede la empresa acudir a los procedimientos de solución previstos por los acuerdos interprofesionales para alcanzar su objetivo de inaplicar las condiciones de trabajo? Desde mi punto de vista, esta posibilidad no es aceptable, pues tal como señala la literalidad del precepto, podrá acudirse a esta vía de solución de discrepancias ante la falta de acuerdo en la comisión paritaria. Por lo tanto, dicho acuerdo en la comisión paritaria veda seguir con el procedimiento de descuelgue¹⁰³.

A tenor del art. 82.3 ET, las partes “deberán” recurrir a los procedimientos de solución establecidos por los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos del art. 83 ET. Parecería que estamos ante un trámite obligatorio; sin embargo, no es así. En primer lugar, los acuerdos interprofesionales pueden haber regulado o no esta cuestión; es decir, es un trámite obligatorio¹⁰⁴; pero siempre y cuando se haya reglado en el acuerdo interprofesional tales mecanismos de solución de discrepancias¹⁰⁵. De otro lado, es posible que el empresario que ha iniciado el procedimiento, tras no alcanzarse un acuerdo decida desistir de la inaplicación de condiciones u opte por otras medidas diferentes. No debemos entender, consecuentemente, la obligatoriedad en el sentido de que haya una automaticidad en el discurrir entre la comisión paritaria y las medidas pactadas en acuerdos interprofesionales. La obligatoriedad sólo puede entenderse en el sentido de que si no se consigue el acuerdo, el empresario que pretende el descuelgue, deberá acudir a estas medidas si quiere seguir adelante para conseguir la inaplicación del convenio. Ello supone dos efectos obligatorios: en primer lugar, que el empresario no puede evitar este paso y saltar directamente a la CCNCC (siempre y cuando exista un acuerdo interprofesional aplicable que regule esta cuestión). En segundo lugar, que se impone a la representación de los trabajadores estos sistemas de solución de discrepancias; es decir, que no se requiere su aceptación para la aplicación de los mismos. Este segundo efecto es el que, a mi juicio, busca el legislador al señalar que las partes deberán recurrir a los procedimientos de solución de discrepancias, lo cual encaja con lo dispuesto por el art. 85.3 c) ET sobre contenido mínimo del convenio.

A tenor de esta regulación, caben realmente distintas posibilidades. En primer lugar, que no haya acuerdo interprofesional aplicable; o bien que existiendo éste, no regule procedimiento alguno de solución (esta primera posibilidad se ve refrendada de manera

¹⁰³ En este sentido, podemos ver la STS de 28 de abril de 2016, RJ2305\2016. Doctrinalmente, podemos encontrar la misma opinión en SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 350.

¹⁰⁴ MENDOZA NAVAS, N.: Op. cit., página 70.

¹⁰⁵ NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 265.

indirecta por el hecho de que el propio art. 82.3 ET en su párrafo 8º prevea que si no se consigue acuerdo por esta vía, o “no fueran aplicables los procedimientos” de solución de discrepancias regulados en el art. 82.3 ET, podrá acudirse a la CCNCC); situación en la que el empresario podrá acudir a la CCNCC u órgano que la sustituya a nivel de CCAA. En segundo lugar, que existiendo el procedimiento, tras aplicarse, no se logra acuerdo alguno; en cuyo caso también queda expedita la vía de solución de la CCNCC. Por último, que existiendo el procedimiento, se aplica y se consigue un acuerdo o un laudo arbitral, ya sea favorable o desfavorable al descuelgue, finalizando el procedimiento de descuelgue.

Los acuerdos interprofesionales pueden implementar, como es conocido, dos tipos esenciales de medidas de solución de discrepancias: la mediación y el arbitraje. La mediación supone un sistema de negociación asistida¹⁰⁶. Si se consigue el acuerdo, será de aplicación lo analizado en materia de contenido, duración, exigencias formales, eficacia¹⁰⁷, así como al análisis posterior sobre la impugnación de estos acuerdos. El acuerdo puede ser favorable a la pretensión del descuelgue (más o menos limitado respecto de la propuesta inicial de la empresa); pero también es posible alcanzar un acuerdo negativo, que rechace la existencia de causa para el descuelgue y que ponga fin a la pretensión empresarial, adoptando o sin adoptar otras medidas alternativas.

La otra posibilidad es un laudo arbitral que resuelva la cuestión. Dicho laudo implica una solución vinculante para ambas partes y requiere de un compromiso arbitral previo (entre los sujetos que están legitimados para llegar al acuerdo en periodo de consultas¹⁰⁸). Se trata de una vía de solución del descuelgue externa a la negociación entre las partes, pues será un tercero ajeno a ellas quien determine la solución a la pretensión de inaplicar el convenio colectivo; solución que tiene carácter vinculante. El laudo arbitral puede estimar la pretensión empresarial (en cuyo caso fijará las nuevas condiciones y determinará la duración de la inaplicación), o bien rechazarla. En ambos casos el procedimiento de descuelgue habrá llegado a su fin, restando, en su caso, la posibilidad de impugnar el laudo. En cuanto a la eficacia del laudo, es idéntica a la del acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas (art. 82.3 ET).

La experiencia muestra que el sistema preferente en nuestro sistema de relaciones laborales es la mediación, ocupando el arbitraje una posición bastante más discreta. De hecho, el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales establece en sus arts. 9 y 13.6 a obligatoriedad de la mediación cuando lo solicite de las partes legitimadas; por el contrario, su art. 20 establece el carácter voluntario del arbitraje con carácter general, requiriéndose la manifestación expresa de voluntad de ambas partes de someterse al laudo arbitral.

5.3.3. *La intervención final de la CCNCC u órgano sustitutorio en las CCAA*

Para terminar con los mecanismos sucesivos y supletorios¹⁰⁹, si no se consigue acuerdo con los mecanismos regulados en los acuerdos interprofesionales, o no resultan aplicables, cualquiera de las partes (lo lógico es que sea el empresario), podrá someter la discrepancia para una solución definitiva ante la CCNCC o el órgano correspondiente

¹⁰⁶ GORELLI HERNANDEZ, J.: “Procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral: la anarquía española”, en AA.VV., dirigidos por M.P. Fuiano y A. Olivieri, *Alternative labour dispute resolutions*, Cacucci Editore, Bari, Italia 2020, página 503.

¹⁰⁷ Sobre esta cuestión, expresamente manifiesta el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales en su art. 18.2 que el acuerdo conseguido en mediación, siempre que se cumplan los requisitos de legitimación, “tendrá la misma eficacia que lo pactado en el periodo de consultas”.

¹⁰⁸ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La negociación colectiva de empresa (...)*, op. cit., página 116.

¹⁰⁹ MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: Op. cit., página 269. Sobre el carácter supletorio o subsidiario, recordemos las SSTC 119/2014 y 8/2015; reiterada sobre esta cuestión por la STS de 15 de septiembre de 2015, RJ2015/4734; también la STSJ de Madrid de 13 de julio de 2020, AS/2020/2534.

a nivel de Comunidad Autónoma (dependiendo de la distribución geográfica de la empresa). Ello implica que es necesario cubrir las distintas etapas o pasos que hemos analizado anteriormente; más aún, en especial es necesario haber cumplido con el período de consultas, que es de negociación y que se ve afectado por la obligación de negociar de buena fe; de manera que la ausencia de negociación puede suponer el rechazo de la CCNCC a la pretensión y, en su caso, si se entra a resolver, la nulidad de su actuación¹¹⁰. De igual manera, si ya existe un acuerdo (favorable o desfavorable) alcanzado por alguna de las vías previas de solución de discrepancias, es evidente que ello cierra la puerta a la posibilidad de acudir a la CCNCC¹¹¹.

No debemos olvidar las importantes reservas sobre la constitucionalidad que se manifestaron por la doctrina laboral (fuera por suponer una lesión de la eficacia del convenio, por suponer un arbitraje obligatorio contrario al derecho a la negociación colectiva, o incluso por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues siendo un arbitraje obligatorio, se limita la impugnación a las vías del art. 91 ET, precepto que claramente está pensado para arbitraje voluntario)¹¹²; si bien, como sabemos, tal cuestión fue resuelta por el TC (SSTC 119/2014 y 8/2015), estimando su constitucionalidad.

En realidad, el art. 82.3 ET establece dos posibilidades: la solución final podrá ser adoptada en el seno de estos órganos, o bien se designará un árbitro imparcial. Sea por una vía u otra, deberá resolverse en un plazo no superior a 25 días a contar desde el momento en que se somete la cuestión ante dichos órganos. La norma legal se desarrolla por el RD 1362/2012, cuyos arts. 16 y ss. regulan las facultades decisorias de la CCNCC en esta materia (dada la existencia de diferentes órganos a nivel autonómico, vamos a centrarnos exclusivamente en el de carácter estatal).

Una primera cuestión a tener en cuenta es que la literalidad del precepto señala que cualquiera de las partes “podrá someter la solución de la misma a la CCNCC”. Surge de nuevo el problema de si estamos ante un trámite potestativo u obligatorio. De hecho, es posible encontrar alguna resolución judicial favorable a entender que tiene carácter potestativo, dado la literalidad; admitiéndose que una vez agotado los trámites ante las instancias de solución de discrepancias previstas por el acuerdo interprofesional, el empresario podría actuar unilateralmente y proceder al descuelgue¹¹³. Esta interpretación me parece totalmente rechazable, pues conduciría a una alteración de lo pactado en el convenio por voluntad unilateral del empresario. Entiendo que es un mecanismo potestativo, pero que resulta obligatorio si se desea continuar con el procedimiento de descuelgue ante la falta de acuerdo y fracaso de los mecanismos de solución de discrepancias. De otro lado, pese a ser un mecanismo arbitral, se impone a la contraparte, pues no se requiere compromiso arbitral.

Estamos ante un mecanismo supletorio y definitivo, otorgando una solución a la pretensión de descuelgue formulada por el empresario, pues sólo actúa en defecto de los procedimientos de solución previamente analizados y cierra la cuestión. Por tanto, estamos ante una respuesta final heterónoma. Solo funciona a instancia de parte, pues son los implicados los únicos que pueden instar su actuación (vid. el art. 18 del RD 1362/2012

¹¹⁰ STS de 15 de septiembre de 2015, RJ/4734/2015 y SAN de 9 de diciembre de 2013, AS/3298/2013.

¹¹¹ STS de 28 de abril de 2016, RJ/2016/2146.

¹¹² Pueden verse en este sentido FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Los acuerdos de inaplicación (...)”, op. cit., páginas 870 y 871; GORELLI HERNANDEZ, J.: “El arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo”, en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, CARL, Sevilla 2014, páginas 230 y ss.; LOPEZ AHUMADA, J.E.: “La apuesta (...)”, op. cit., página 96; LOPEZ LOPEZ, J.: Op. cit., páginas 30 y 31; MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: Op. cit., páginas 276 y 277; NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 267.

¹¹³ STSJ de Andalucía de 11 de diciembre de 2014, JUR/2015/53237.

sobre sujetos legitimados, entre los que incluye a la comisión “ad hoc”¹¹⁴), siendo suficiente que sólo una de ellas inste la actuación arbitral, sin necesidad de compromiso arbitral alguno. Es evidente que una solución de estas características implica una amenaza a la posición negociadora de la representación de los trabajadores¹¹⁵, y supone un importante instrumento de presión para impulsar el acuerdo de descuelgue¹¹⁶.

A tenor de lo expuesto, podemos señalar que estamos ante un sistema de arbitraje obligatorio y público¹¹⁷. Sin embargo, hemos indicado que existen dos procedimientos diferentes: un arbitraje, reconocido como tal por el propio ordenamiento, y una actuación decisoria por parte de la CCNCC, en su propio seno (en principio, la opción corresponde a las partes, salvo que no haya acuerdo, vid. art. 16.3 RD 1362/2012). El RD 1362/2012 refleja esta duplicidad, de manera que los arts. 21 y 22 se refieren al procedimiento mediante decisión, y los arts. 23 y 24 al arbitraje. ¿Supone la capacidad decisoria de la CCNCC que no estamos ante un arbitraje? La respuesta es negativa, la actuación decisoria de la CCNCC en su seno no es más que una decisión arbitral, si bien en este caso no hay un único árbitro, sino una pluralidad de integrantes de la Comisión (que es tripartita)¹¹⁸. En cuanto al carácter obligatorio del arbitraje, sin duda el aspecto más polémico de esta regulación, es evidente que no habrá voluntariedad si el arbitraje puede imponerse por sólo una de las partes y no se exige acuerdo arbitral. De otro lado, el carácter público tampoco es cuestionable, pues al margen de la composición tripartita, es evidente que estamos ante un organismo de carácter público, adscrito al Ministerio de Trabajo ex Disp. Adic. 9ª ET¹¹⁹.

Se utilice uno u otro procedimiento, es necesario en ambos casos que se den dos pasos diferentes a la hora de resolver la discrepancia¹²⁰: en primer lugar, debe resolverse si existe o no la causa para la inaplicación; en segundo lugar, debe pronunciarse sobre el cambio de condiciones pactadas en el convenio. En cuanto a la exigencia de causa, es evidente que supone un elemento necesario para el descuelgue, razón por la que debe resolverse sobre la misma como paso previo (vid. arts. 22.2 y 24.2 del RD 1362/2012). Caso de no estimarse la causa se declarará su inexistencia y se rechazará la pretensión de inaplicar las condiciones pactadas en el convenio colectivo (arts. 22.2 y 24.3 RD 1362/2012). Si, por el contrario, se estima la existencia de causa, debe procederse al segundo paso, a la fijación de las nuevas condiciones; para ello “valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados” (arts. 22.3 y 24.4 del RD 1362/2012). Lo anterior supone que aun cuando concurren las causas, no cabe aceptar la propuesta empresarial de manera mecánica, sino que debe valorarse la adecuación de la medida y sus efectos. Justamente por ello, la decisión o el laudo podrán aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o determinar la inaplicación de las condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. En definitiva, debe examinarse si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la

¹¹⁴ Vid. sobre esta cuestión, QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 123 (2016), páginas 171 y 172.

¹¹⁵ CALVO GALLEGU, F.J.: Op. cit., página 150.

¹¹⁶ GUERRERO VIZUETE, E.: Op. cit., página 123.

¹¹⁷ CAIROS BARRETO, D.M.: La articulación y concurrencia de convenios colectivos, Bomarzo, Albacete 2012, página 80; también CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social* nº 57 (2012), página 239; FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Los acuerdos de inaplicación (...)”, op. cit., páginas 867 y 868; SAEZ LARA, C.: Op. cit., páginas 352 y 353.

¹¹⁸ MONEREO PEREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: Op. cit., páginas 270 y 271.

¹¹⁹ Sobre el carácter público vid. ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en AA.VV., coordinados por R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Ediciones Cinca, Madrid 2012, página 49.

¹²⁰ Puede verse un estudio detallado del procedimiento en QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: Op. cit., páginas 172 y ss.

causa debidamente acreditada y la medida propuesta¹²¹. Debemos tener en cuenta que si se estima la existencia de causa, es discutible que pueda rechazarse totalmente la pretensión empresarial como consecuencia de estimar la inexistencia de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre causa y medida propuesta, pues el rechazo total equivaldría a estimar la inexistencia de causa, cuando el paso previo ha sido admitir dicha existencia. Por lo tanto, debería aceptarse la inaplicación, pero con diferente intensidad a la propuesta por la empresa¹²².

A tenor de lo expuesto, se constata que la actuación arbitral tiene una doble naturaleza: de un lado se resuelve una cuestión jurídica (si hay causa o no); pero, de otro lado, se entra a resolver un conflicto de intereses, dado que se establecerán otras nuevas condiciones de trabajo. Por lo tanto, hay un elemento de arbitraje en derecho y otro de arbitraje en equidad.

Además, la decisión de la CCNCC o el Laudo, deben pronunciarse también sobre todas aquellas cuestiones que hayan generado discrepancias durante el proceso de consultas, especialmente sobre el cumplimiento o no del procedimiento regulado por el art. 41.4 ET; en especial, si se ha negociado o no de buena fe¹²³. Hay, por tanto, un control de las fases previas del procedimiento¹²⁴. También forma parte de este control analizar si lo solicitado ante la CCNCC es coincidente con lo solicitado por el empresario durante el período de consultas, pues de no ser así estaríamos en una situación en la que se han negociado cuestiones diferentes a las que se llevan ante la CCNCC, incumpliendo así el deber de negociar de buena fe¹²⁵.

La decisión de la Comisión o el laudo arbitral también deben pronunciarse sobre la duración de la inaplicación de las condiciones de trabajo, siendo obligatorio especificar esta cuestión. Al respecto, podrá atenderse el plazo solicitado por el empresario, o bien fijar una duración alternativa. En cuanto al momento en que produce efectos la decisión o el Laudo, parece que habrá que estar a la fecha de la decisión o del Laudo¹²⁶.

La decisión o el laudo son vinculantes para las partes, siendo ejecutivos, si bien cabe la posibilidad de recurrirlos. A tenor del propio art. 82.3 ET, la eficacia de la decisión o del Laudo será la misma que el acuerdo obtenido en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y causas reguladas por el art. 91 ET, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

6. IMPUGNACIÓN DEL DESCUELGUE. EL CONTROL JURISDICCIONAL

En cuanto a la posibilidad de impugnación del descuelgue, es necesario diferenciar si estamos ante una oposición al propio acuerdo, o bien a los medios de solución de las discrepancias que han conducido a la inaplicación del convenio.

En caso de impugnar el acuerdo debemos recordar la presunción de existencia de la causa, generada por el propio acuerdo. Dicha presunción implica una limitación legal a los motivos de impugnación del acuerdo, pues sólo podrá plantearse por fraude, dolo, abuso

¹²¹ Así la SAN de 7 de abril de 2017, AS/2017/382.

¹²² En este sentido la STS de 11 de junio de 2019, RJ/2019/2986.

¹²³ STS de 15 de septiembre de 2015, RJ/2015/4734. MENDOZA NAVAS, N.: Op. cit., páginas 64 y SS; NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 274.

¹²⁴ Hay opiniones que estiman favorablemente este control en caso de ejercicio de las facultades decisorias por la CCNCC, pero lo rechazan en caso de laudo arbitral; así SAEZ LARA, C.: Op. cit., páginas 362 y 363.

¹²⁵ STS de 15 de julio de 2015, RJ/2015/4768.

¹²⁶ Sobre la cuestión, vid. NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 273.

o coacción¹²⁷. Sin embargo, la jurisprudencia ha ampliado la posibilidad de impugnación por dos vías distintas. En primer lugar, en base a una interpretación amplia de qué haya de entenderse por tales causas de impugnación¹²⁸, lo que permite un control de fondo de las causas y la razonabilidad de la medida en relación con la causa alegada¹²⁹. En realidad, desde este punto de vista, los vicios en la consecución del acuerdo (dolo, abuso, fraude o coacción) no serían sino un supuesto de negociación de mala fe, pues se ha generado una distorsión para crear confusión en la voluntad de los negociadores¹³⁰. De otro lado, se estima necesario distinguir entre dos situaciones: en primer lugar, la impugnación en base a vicios que han determinado como resultado el propio acuerdo, en cuyo caso sólo será posible alegar el dolo, fraude, abuso o coacción. De otro lado, la impugnación de la validez del contenido del acuerdo; es decir, de las medidas adoptadas en el mismo (la inaplicación y la sustitución por nuevas condiciones), su legalidad, la congruencia de la medida adoptada y su intensidad respecto de la causa esgrimida, o la duración de la misma, que no estaría sometida a limitación¹³¹. De otro lado, al margen de la impugnación por dolo, fraude, abuso o coacciones, siempre será posible la impugnación del acuerdo por vicios acaecidos en el procedimiento de consultas: desde la legitimación de las partes, las mayorías exigidas, la falta de buena fe, etc.¹³².

En estos casos, al tratarse de la impugnación del propio acuerdo al que se ha llegado tras un proceso de negociación colectiva, los sujetos legitimados deben ser colectivos y la vía procesal oportuna es la de impugnación de convenios colectivos¹³³, planteándose dudas sobre la posibilidad de que terceros lesionados puedan impugnar en base a dicha lesividad¹³⁴. La pretensión será la nulidad del acuerdo o de su contenido.

También cabe la impugnación indirecta del acuerdo por trabajador individual. En este caso, lo que se impugna es la aplicación del resultado del acuerdo al trabajador. La vía procesal es el procedimiento ordinario, ya que no existe previsión legal alguna sobre este supuesto¹³⁵; siendo de aplicación el plazo de prescripción anual, computable desde el conocimiento del acuerdo por el trabajador¹³⁶. Lógicamente, en la impugnación individual no puede pretenderse la nulidad o ineficacia general del acuerdo, sino la no aplicación del acuerdo al demandante¹³⁷.

¹²⁷ La STSJ de Asturias de 28 de marzo de 2014, AS\2014\954 rechazó la existencia de coacciones por realizar despidos la empresa y comprometerse a la vuelta a la mesa negociadora de un nuevo convenio, sólo tras alcanzarse un acuerdo de descuelgue.

¹²⁸ Podemos ver, en este sentido, la STS de 8 de junio de 2021, RJ\2021\3254, que analiza un supuesto de fraude por falta de entrega de documentación; si bien la sentencia considera que no existe, pues la impugnante no demostró la relevancia de dicha documentación para el supuesto concreto. En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2014, AS\2014\971. También la SAN de 25 de septiembre de 2014, AS\2014\2803, que considera la existencia de fraude por la pretensión de inaplicar diez convenios provinciales a través de un único procedimiento, resaltando, además, las enormes dificultades de un procedimiento de estas características.

¹²⁹ LOPEZ AHUMADA, J.E.: “La apuesta (...)”, op. cit., página 67; MARTINEZ MORENO, C.: Op. cit., página 339.

¹³⁰ Vid. la STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2014, AS\2014\3241.

¹³¹ En este sentido resulta trascendental la STS de 7 de julio de 2015, RJ\2015\3245, que al referirse a lo establecido por el art. 82.3 ET sobre la presunción y la limitación de los motivos de impugnación, señala que “Esta disposición nos indica que la ley distingue entre la validez del «acuerdo» por vicios «en su conclusión» y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en él se acuerda, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causa que justifican las modificaciones que en él se concertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o rebatir la validez de las modificaciones acordadas así como la de pedir una interpretación de las mismas que se ajuste a lo dispuesto en la Ley”. En el mismo sentido las SSTSJ de Valencia de 8 de febrero de 2022, AS\2022\789; Cataluña de 19 de septiembre de 2017, AS\2017\2086 País Vasco de 12 de diciembre de 2017, JUR\2018\33119.

¹³² SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 346; MARTINEZ MORENO, C.: Op. cit., página 339.

¹³³ FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Los acuerdos de inaplicación (...)”, op. cit., página 876; MARTINEZ MORENO, C.: Op. cit., páginas 339 y 340.

¹³⁴ NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 276.

¹³⁵ Así la STSJ de 3 de junio de 2015, AS\2015\1669.

¹³⁶ STS de 16 de septiembre de 2015, RJ\2015\4530. De igual manera la STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2017, AS\2017\2086.

¹³⁷ STSJ de Canarias de 10 de febrero de 2017, AS\2017\737.

De otro lado, entendemos que en el caso de acuerdos obtenidos a través de una mediación (si se acudió a los procedimientos de solución de discrepancias establecidos por acuerdo interprofesional), estamos ante un acuerdo entre las partes (la mediación, recordemos, es un sistema de negociación asistida). Por lo tanto, su impugnación y las vías procesales son las mismas que ya hemos señalado.

En cuanto a la impugnación de las decisiones de la CCNCC y de los laudos (ya se hayan producido a través de la CCNCC o a través de los acuerdos interprofesionales a los que haya de acudir como paso previo), ya hemos señalado que tienen la misma eficacia que los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo son recurribles judicialmente conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos por el art. 91 ET (art. 82.3 ET, párrafos 7º y 8º). Este precepto establece que la vía de impugnación será la prevista para los convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS); por lo tanto, cabe la impugnación por ilegalidad o lesividad para terceros (art. 165 LRJS)¹³⁸. No obstante, en este último caso, debemos señalar las dudas que se han planteado por algún sector doctrinal¹³⁹. En el caso de laudos arbitrales el art. 91 ET establece, no obstante, una limitación, pues se reduce el control judicial a los vicios formales de la actuación arbitral o por causa “*ultra vires*”¹⁴⁰.

Respecto de esta limitación debemos tener en cuenta que la regulación del art. 91 ET está pensada para la impugnación de laudos como procedimiento voluntario de solución de discrepancias. Sin embargo, como hemos visto, el art. 82.3 ET establece que el arbitraje a través de la CCNCC tiene carácter obligatorio para la parte discrepante y no se requiere compromiso arbitral. Es por ello que el TC hubo de hacer una reinterpretación de la remisión que el art. 82.3 realiza al art. 91 ET, pues un control restringido de un arbitraje obligatorio supondría una barrera para poder acceder a la tutela judicial efectiva; en definitiva, una violación de este derecho fundamental. De esta manera, las STC 119/2014 y 8/2015 han interpretado que en estos casos se admite también el control judicial de fondo cuando se trata de los aspectos jurídicos del laudo (si existe justa causa o no para el descuelgue, y si se ha respetado el procedimiento desarrollado en base a la buena fe), con lo que se estima salvaguardado el derecho a la tutela judicial. En este ámbito tendríamos un control judicial pleno; trasladándose este planteamiento también en la jurisprudencia ordinaria¹⁴¹. No ocurre lo mismo respecto de la solución de los conflictos de intereses resueltos por el laudo (la fijación de las nuevas condiciones de trabajo).

Para terminar, téngase en cuenta que también en los descuelgues adoptados en virtud de laudo, será posible la reclamación individual del trabajador o impugnación indirecta, a través del procedimiento ordinario¹⁴².

¹³⁸ Vid. MARTINEZ MORENO, C.: Op. cit., página 342; SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 366. Vid. STS de 11 de junio de 2019, RJ/2019/2986.

¹³⁹ NAVARRO NIETO, F.: Op. cit., página 279.

¹⁴⁰ Vid., por ejemplo, la STS de 23 de septiembre de 2015, RJ/2015/5512, que rechaza como motivo de impugnación la falta de fundamentación del laudo, estimando que no debe confundirse el desacuerdo con el laudo con la falta de fundamentación del mismo.

¹⁴¹ En este sentido, partiendo de la jurisprudencia constitucional, se estima por la STS de 15 de julio de 2015, RJ/2015/4768, que “no cabe sino afirmar que el control de los órganos judiciales competentes del orden social de la jurisdicción no es equiparable de modo literal al de los laudos arbitrales. La remisión que el art. 82.3 ET hace al art. 91 ET precisa de matices y debe ser integrada con la interpretación constitucional dada en las sentencias que venimos mencionando (...)”. De esta manera, el juego conjunto de los arts. en cuestión conduce a “dos supuestos también diferenciados en el propio art. 91 ET, cuales son la impugnación del acuerdo y del laudo arbitral, siendo que únicamente respecto de la impugnación del laudo se establecen reglas específicas delimitadoras de la cognición de la jurisdicción (...) El arbitraje implica una solución extrajudicial del conflicto voluntariamente buscada por las partes de común acuerdo. La decisión de la CCNCC, en cambio, no supone la exclusión de la jurisdicción y, por ello, la revisión judicial en salvaguarda del derecho a la tutela puede tener esos contornos más amplios que se desprenden de la interpretación del art. 91 ET que venimos haciendo”. En el mismo sentido del control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la CCNCC u órgano equivalente en las CCAA, la STS de 15 de septiembre de 2015, RJ/2015/4734, o la STSJ de Madrid de 13 de julio de 2020, AS/2020/2534.

¹⁴² FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Los acuerdos de inaplicación (...)”, op. cit., página 876.

7. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES EN LAS AAPP

También debemos referirnos a la inaplicación de condiciones en las Administraciones Públicas, pues existe una interesante especialidad que explica la nula aplicación del descuelgue en dicho ámbito. Ciertamente lo dispuesto por el art. 82.3 ET resulta de aplicación al personal laboral al servicio de las AAPP, y para llegar a esta conclusión basta acudir al art. 7 EBEP que regula cuál es la normativa aplicable a este persona. Por el contrario, es evidente que el personal funcionario no resulta afectado por la regulación laboral, por lo que no es factible extender lo previsto por el art. 82.3 ET a este colectivo.

Sin embargo, el art. 82.3 ET apenas ha tenido aplicación en dicho ámbito laboral, encontramos que no ha tenido uso; y hay razones que justifican esa falta de aplicación. En primer lugar, normalmente la inaplicación supone que hay un convenio de sector, del que una empresa quiere evitar su aplicación; situación que difícilmente es trasladable a las AAPP. De otro lado, el procedimiento previsto legalmente no tiene un adecuado encaje en las AAPP, pues supone acudir a mecanismos de solución de discrepancias, ya sean previstos por acuerdos interprofesionales o a través de la CCNCC. Por último, las causas están pensadas para actuar en el marco de empresas privadas y son difícilmente trasladables a las AAPP¹⁴³.

Ahora bien, el hecho de que el descuelgue tenga un difícil encaje en la situación de las AAPP no significa que éstas carezcan de vías específicas para evitar la aplicación de un convenio que les sea aplicable; al contrario, en el ámbito de la función pública existen mecanismos alternativos que permiten evitar la aplicación de un convenio. Concretamente podemos señalar cómo existen dos vías diferentes para obviar la aplicación de un convenio colectivo.

En primer lugar, contamos con la legislación presupuestaria. Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado pueden afectar a la regulación básica de condiciones de trabajo y tienen un efecto general, trasladándose a los presupuestos del resto de Administraciones. Ello supone la fijación de ciertas condiciones de trabajo, como por ejemplo los salarios o tiempo de trabajo, de manera que en una situación de crisis puede procederse a una reducción del salario o el incremento de la jornada afectando a lo dispuesto por los convenios colectivos. La afectación de los convenios por esta regulación legal se basa en el principio de jerarquía normativa, tal como ha venido señalado la jurisprudencia sobre esta posibilidad limitadora de lo pactado en convenio¹⁴⁴. Ello supone que la regulación de rango legal deberá ser respetada por lo dispuesto en los convenios colectivos. De esta manera, surte un efecto inmediato sobre los convenios, que si establecían un salario superior, dejarán de aplicarse, pasando a estar regulada su cuantía por la norma legal. Obsérvese que, al tratarse de una regulación de carácter legal, emanada del Parlamento, esta puede evitar que los interlocutores sociales tengan que intervenir en la concreción de las nuevas condiciones de trabajo, o que se establezca un procedimiento en el que ellos puedan participar¹⁴⁵.

Además de lo anterior, debemos tener en cuenta que el EBEP contiene una vía específica y propia para inaplicar condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo: el art. 32.2 EBEP, a tenor de la cual se garantiza el cumplimiento de los convenios

¹⁴³ Sobre esta cuestión vid. CRUZ VILLALON, J.: “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales* nº 117 (2012), páginas 40 y 41; también FERRADANS CARAMES, C.: “El descuelgue en los convenios colectivos de las Administraciones Públicas”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 173, páginas 130 y 131.

¹⁴⁴ Vid. la STS de 15 de diciembre de 2015, RJ\2016\166; o las SSTSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018, AS\2018\1624; Canarias de 23 de noviembre de 2015, JUR\2016\92604.

¹⁴⁵ Vid. la STSJ de Baleares de 20 de mayo de 2020, AS\2020\2185.

colectivos “salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público (...) En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación”. Se establece así un mecanismo unilateral de modificación de las condiciones de trabajo¹⁴⁶. Tal como ha señalado alguna sentencia, se trata de “un expediente específico de «descuelgue» unilateral, no sometido a los mecanismos generales, condicionado, eso sí, a la concurrencia de circunstancias excepcionales (...), para adoptar las medidas que afectan a la efectividad de un convenio colectivo, en los términos del art. 32 del EBEP, no es necesario que la Administración acuda a otros cauces específicos, bastando con su propia decisión, emitida de manera regular”¹⁴⁷.

Esta regulación no es sino una traslación al personal laboral de lo previsto en el EBEP originario (Ley 7/2007) para el personal funcionario, actual art. 38.10 EBEP¹⁴⁸. Concretamente la aplicación al personal laboral de esta regla se produce a través del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio; es decir en plena crisis económica de la década pasada. La Ley 31/2022, de 23 de diciembre, ha suprimido la referencia a considerar como causa grave de interés público que “las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. En estos casos se estimaba casi de manera automática que se estaba en una causa grave de interés público¹⁴⁹; por lo que la supresión de esta literalidad no supone sino ampliar el margen de interpretación de cuándo se estima la existencia de dicha causa grave, pues no dudo que en el futuro se seguirán considerando las situaciones contenidas en la literalidad suprimida como causa grave de interés público, a lo que podrían sumarse otras situaciones diferentes que no estaban contempladas antes por la norma.

En todo caso, es evidente que estamos ante una posibilidad excepcional, por lo tanto, no parece que pueda ser utilizado ante avatares ordinarios que sufran las AAPP. Dicha excepcionalidad aleja esta vía de inaplicación del descuelgue del art. 82.3 ET, que depende de circunstancias mucho más simples. La excepcionalidad se evidencia en la propia redacción del art. 32.2 EBEP, pues de un lado se hace alusión expresa a la misma y al configurar la causa que permite acudir a este precepto se señala que debe ser una causa grave que, además, afecte al interés público. Esta excepcionalidad implica que debe realizarse una interpretación restrictiva de esta posibilidad¹⁵⁰.

Tal como acabamos de señalar, estamos ante una institución causal que se define por genera una “alteración sustancial” de las circunstancias económicas. Es evidente la relevancia que debe caracterizar a dicha situación económica; pero, al mismo tiempo, hay una cierta indefinición de la misma, lo cual se ve incrementado por la supresión del último párrafo del precepto a través de la Ley 31/2022, a la que ya nos hemos referido. En todo caso, al exigirse causa, no es factible una actuación meramente discrecional de la Administración, siendo necesario la motivación de la medida y pudiendo ser controlada judicialmente.

¹⁴⁶ SSTSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2017, AS\2017\1987; Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2017, AS\2017\521; Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2017, JUR\2017\65613.

¹⁴⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 2017, AS\2017\1987.

¹⁴⁸ STSJ de Canarias de 5 de mayo de 2015, AS\2016\154.

¹⁴⁹ Vid. así las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2017, AS\2017\521; Asturias de 12 de julio de 2016, AS\2016\1488.

¹⁵⁰ FERRADANS CARAMES, C.: Op. cit., páginas 126 y 127.

De otro lado, lo que se prevé es la suspensión o modificación. Puede haber, por tanto, dos tipos de medidas. En primer lugar, suspender la regulación de una condición que no requiere sustitución por otra regulación inferior; es decir, la supresión temporal de la misma. En segundo lugar, la modificación de una condición que se sustituye por otra inferior. En todo caso, se trata de una actuación temporal y pretende limitarse a una intervención mínima, pues sólo debe producirse una alteración en el grado estrictamente necesario para salvaguardar el interés público. Estas medidas no pueden tener efectos retroactivos, pues sólo puede tener efectos de proyección futura por afectar a derechos ya devengados¹⁵¹.

Desde el punto de vista procedimental, resalta que la representación de los trabajadores sólo tiene derecho a ser informada de las causas de la suspensión o modificación, sin que se especifique si dicha información deba ser previa o posterior a que se produzca dicha suspensión o modificación. El hecho de que sólo exista ese derecho de información es coherente con el carácter unilateral de la suspensión o modificación¹⁵².

Para terminar, una aclaración: si la Administración opta por la vía presupuestaria no será necesario acudir ni a lo dispuesto por el art. 32.2 EBEP, ni al art. 82.3 ET¹⁵³.

8. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL DESCUELQUE. EN ESPECIAL LA FIJACIÓN DE LÍMITES Y EL PROCEDIMIENTO

Debemos preguntarnos si la propia negociación colectiva pueda regular aspectos o cuestiones de la inaplicación, de manera que sea fuente del régimen jurídico del descuelgue.

En la doctrina laboral existe una postura claramente reacia en la doctrina laboral a admitir un papel verdaderamente relevante de la negociación colectiva en esta materia¹⁵⁴. Desde mi punto de vista deberíamos ser más optimistas sobre esta cuestión, siendo más favorables al papel del convenio colectivo como instrumento regulador del descuelgue¹⁵⁵. De entrada, es evidente que el régimen jurídico de la inaplicación no resulta imperativo en su totalidad, por lo que es posible que la negociación colectiva tenga un papel en la regulación del descuelgue. De otro lado, el hecho de que la regulación legal sea de derecho necesario, no significa que la negociación colectiva no pueda mejorar los aspectos que considera adecuados para una mejor protección de los trabajadores afectados¹⁵⁶. En todo caso, sería necesario diferenciar qué aspectos pueden considerarse de derecho necesario absoluto y qué otros son de derecho necesario relativo y, por tanto, susceptibles de negociación colectiva. De otro lado, hay un dato a favor de esta posición más optimista, pues la realidad evidencia que la negociación colectiva regula cuestiones relativas a la inaplicación del propio convenio. Por lo tanto, el fenómeno existe y no puede negarse.

¹⁵¹ STS de 26 de octubre de 2015, RJ/2015/5443.

¹⁵² Así la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de febrero de 2017, AS/2017/115.

¹⁵³ Así la STS de 15 de diciembre de 2015, RJ/2016/166.

¹⁵⁴ En este sentido puede verse a CRUZ VILLALON, J.: "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", *Revista de Derecho Social* nº 37 (2012), páginas 245 y 246. FABREGAT MONFORT, G.: "El descuelgue del convenio como media de flexibilidad interna", en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, J. Gorelli Hernández y M.A. Almendros González, *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, Comares, Granada 2022, página 328. También SANGUINETI RAYMOND, W.: "Límites convencionales a los acuerdos de descuelgue o inaplicación", en AA.VV., *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2013, páginas 895 y ss.

¹⁵⁵ En el mismo sentido SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 335.

¹⁵⁶ STSJ de Navarra de 26 de junio de 2015, AS/2015/2374.

8.1. Regulación de límites a la posibilidad de la inaplicación del convenio colectivo

De entre las posibles intervenciones de la negociación colectiva en la regulación del descuelgue, resalta la introducción de límites a la capacidad empresarial. Es aquí donde podemos encontrar mayores reparos a la hora de admitir que el convenio colectivo regule la inaplicación del convenio colectivo, pues lo que se está planteando es que el propio convenio colectivo objeto de un posible descuelgue, impida el uso de una medida de flexibilidad legalmente regulada.

Es evidente que la norma legal tiene aspectos claramente imperativos y, consecuentemente, no pueden verse alterados por la negociación colectiva; no en vano la intención del legislador es facilitar que pueda producirse la inaplicación del convenio, en contra de las posibilidades de bloqueo de la negociación del acuerdo de inaplicación de la regulación precedente. Ahora bien, el art. 82.3 ET no prohíbe, ni expresa, ni tácitamente, que el convenio colectivo regule el descuelgue, siendo esta una cuestión que, incluso los autores que estiman la imposibilidad de establecer límites convencionales al descuelgue, reconocen¹⁵⁷. Por lo tanto, es una posibilidad admisible: de la propia complejidad de la norma legal puede deducirse que es básicamente imperativa, pero no se prohíbe de manera expresa la posibilidad de negociar sobre aspectos no imperativos.

Ahora bien, la cuestión reside en estimar si la inaplicación regulada por el art. 82.3 ET puede ser impedida por el propio convenio susceptible de descuelgue; o dicho de otro modo, si el mismo convenio puede evitar su inaplicación en contra de la medida de flexibilidad prevista por el legislador.

Entiendo que es perfectamente posible que un convenio de empresa pueda prohibir su inaplicación: en este caso es el propio empresario quien al negociar renuncia expresamente en el convenio a un posible y futuro descuelgue del mismo. Ello encaja perfectamente con una renuncia de derecho del empresario, que es admisible en nuestro ordenamiento. Pero en el caso de un descuelgue ordinario (inaplicar el convenio superior por acuerdo de empresa), es evidente que estamos ante una situación más compleja, pues se trata de la imposición a los empresarios individuales, por parte del convenio de sector, de una renuncia al ejercicio de una posibilidad legalmente reconocida¹⁵⁸.

Debemos considerar que es el propio legislador ha conferido al empresario individual la posibilidad de instar el descuelgue; por lo tanto, la cuestión no es si el convenio puede establecer imposiciones para los empresarios individuales, sino si el convenio puede, por sí, inactivar la previsión legal de la inaplicación. Pues bien, al respecto debemos tener en cuenta que la actual regulación, a diferencia de la preexistente al proceso de reformas del ET de inicios de la década anterior (2010-2012)¹⁵⁹, no otorga a los convenios de sector la posibilidad de que regulen las condiciones y procedimientos de inaplicación. Si antes señalábamos que la regulación legal no prohíbe a la negociación ser fuente de regulación del descuelgue, tampoco la regulación legal prevé la inactivación de la regulación legal a través del propio convenio colectivo, habiéndose producido un giro copernicano en la regulación.

En consecuencia con lo anterior, aun teniendo una posición favorable a reconocer un papel importante a la negociación colectiva en la regulación del descuelgue, estimo que no es posible que el propio convenio que puede ser objeto de descuelgue pueda

¹⁵⁷ Así se reconoce por quienes parten de una posición menos favorable a admitir el papel de la negociación colectiva en este ámbito; así, SANGUINETI RAYMOND, W.: Op. cit., página 884.

¹⁵⁸ Podemos encontrar también esta distinción en ALARCON CASTELLANOS, M.M. y ROLDAN MARTINEZ, A.: "EL «descuelgue» y el concepto de convenio colectivo aplicable", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 176 (2015), páginas 68 y 69.

¹⁵⁹ Me refiero al ET en su versión RD Legislativo 1/1995.

prohibir su inaplicación, pues iría en contra de la regulación legal que habilita esta vía de flexibilidad interna. Ahora bien, es necesario puntualizar que esta afirmación se realiza exclusivamente en relación al descuelgue de un convenio de sector; no así en el caso del autodescuelgue, pues en estos casos la posibilidad de negociar límites o prohibiciones es perfectamente viable.

Dicho lo anterior, y estimando que no es factible prohibir la inaplicación, si estimo posible que, dado que la negociación colectiva es fuente del derecho, es un derecho fundamental y expresión de la libertad sindical, tiene como objetivo es la regulación de las relaciones laborales en la empresa, así como las condiciones de trabajo; puede, por tanto, intervenir en la regulación de aquellas otras cuestiones relativas al descuelgue, siempre que no se trate de normas legales de derecho necesario absoluto o imperativo. Ello incluye la posibilidad de establecer controles y limitaciones no impeditivas a la inaplicación. Por ejemplo, es perfectamente posible pactar en el propio convenio plazos máximos de inaplicación de duración inferior a la prevista como máxima por el art. 82.3 ET¹⁶⁰.

Por lo tanto, hay que analizar cada concreto supuesto para determinar si la regulación convencional es o no contraria a la legal. Así, podemos detectar convenios que establecen un límite “fuerte” en forma de prohibición del descuelgue, impidiendo así que pueda acudir a la inaplicación de las condiciones reguladas en el convenio¹⁶¹. Entiendo que, de acuerdo con lo afirmado *supra*, estaríamos ante una regulación contraria a la legalidad y, por tanto, nula. De otro lado, ante este tipo de cláusulas habría que plantearse otra cuestión: aunque fuera aceptable una regulación de este tipo (lo expreso en términos meramente dialécticos), cabe preguntarse si un pacto de prohibición del descuelgue, establecido por convenio colectivo, podría ser susceptible, a su vez, de inaplicación; es decir, si dicha cláusula pudiera verse afectada por lo dispuesto en el art. 82.3 ET, abriendo así la puerta a la inaplicación de la prohibición de descuelgue y, consecuentemente, permitiendo el efectivo descuelgue.

Como variación respecto de estos convenios, podemos encontrar algunos que, en íntima conexión con los anteriores, prohíben que pueda acudir a lo dispuesto por el art. 82.3 ET, “salvo acuerdo con la representación legal de los trabajadores”; excluyendo además la posibilidad del arbitraje obligatorio expresamente¹⁶².

En otros casos, si bien se admite la posibilidad de que el empresario pueda acudir al procedimiento de descuelgue, se establece que ante la falta de acuerdo entre las partes, ya sea durante el período de consultas o bien durante la aplicación del procedimiento de solución extrajudicial de conflictos, sólo será posible acudir a la CCNCC o al mecanismo sustitutorio de carácter autonómico, por acuerdo entre ambas partes¹⁶³. Se reitera así la

¹⁶⁰ STSJ de Asturias de 31 de marzo de 2015, AS\2015\1055 y especialmente la STSJ de Cantabria de 27 de mayo de 2015, JUR\2015\159901.

¹⁶¹ Tal como señalan algunos convenios, normalmente del País Vasco, “La empresa no podrá en ningún caso acogerse a la inaplicación del presente Convenios, mediante el procedimiento al que se refiere el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores debiendo en su caso renegociar el mismo antes de su vencimiento, para lograr otro, o la posibilidad de revisarlo que prevé el artículo 86.1 del Estatuto de los Trabajadores”. En este sentido podemos citar a los CC de Cementos Lemona, SA (BOP de Vizcaya de 8 de noviembre de 2022), art. 5; CC de Urkunde, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 20 de septiembre de 2022), art. 15; CC de Galvanizados Izurza, S.A. (BOP de Vizcaya de 28 de julio de 2022), art. 2; CC de Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A. (BOP de Álava de 21 de julio de 2021), art. 6; CC de Lottu Steel, S.L. (BOP de Vizcaya de 23 de junio de 2022), art. 2; CC de Sistemas Valla Leniz, S.L.U. (BOP de Guipúzcoa de 31 de mayo de 2022), Disposición adicional 2ª; CC de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa (BOE de 22 de julio de 2019), art. 38; CC de DHL Supply Chain,SL (BO del Territorio Histórico de Álava de 25 de junio de 2018), inaplicación/descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en el presente convenio.

¹⁶² Vid. CC de Gestamp Vizcaya, S.A. (BOP de Vizcaya de 31 de marzo de 2021), art. 5; CC de Agua de Insa-lus, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 27 de julio de 2022), art. 23.

¹⁶³ Vid. el CC para el sector de la industria y comercio del vino de Álava (BOP de Álava de 14 de abril de 2021), art 40; también el CC de Gamesa Energy Transmission, SAU (GET Guipúzcoa) (BOP de Guipúzcoa de 1 de

idea de que el descuelgue sólo será posible si existe un acuerdo entre las partes, sin que una de ellas, la empresa, pueda imponer el descuelgue a la otra.

La nulidad de este tipo de regulación va a depender de si consideramos que la actuación de la CCNCC o mecanismo alternativo resulta ser o no un aspecto estructural de la regulación del descuelgue; y lo más adecuado, desde mi punto de vista, es estimar que sí lo es, pues el objetivo de este tipo de solución es, justamente, evitar el bloqueo a la pretensión de descuelgue.

También podemos encontrar algunas normas engañosas, pues realmente no generan límite alguno a la posibilidad del descuelgue tal como está regulado legalmente. Así, hay algún convenio que declara que no es posible el descuelgue de manera automática, sino que sólo será viable previa consulta, información y negociación con la representación de los trabajadores¹⁶⁴. De igual manera, algún convenio establece la imposibilidad de la inaplicación, excepto si existe acuerdo con la representación legal de los trabajadores; si bien en caso de discrepancias, se acudiría a los mecanismos de conciliación y mediación del acuerdo interprofesional, pudiendo aplicarse un arbitraje si ambas partes están de acuerdo¹⁶⁵. En realidad, en todos estos casos no estamos sino ante una forma indirecta de aplicar la lógica que emana de la regulación legal.

Otro ámbito donde introducir límites a la capacidad empresarial de acudir al descuelgue es en las causas habilitadoras del mismo; es decir, introducir en el convenio colectivo restricciones al uso de alguna de las causas (económicas, técnicas, organizativas o productivas), o bien regular de manera más restringida que el art. 82.3 ET alguna o las diferentes causas. Desde mi punto de vista, eliminar alguna causa de las legalmente establecidas, no sería viable por contrariar la legalidad vigente¹⁶⁶. Otra cuestión sería establecer criterios interpretativos sobre cuándo se entienden producidas las mismas; posibilidad que entendemos es perfectamente viable para la negociación colectiva¹⁶⁷.

También podemos plantear la posibilidad de una regulación que limite el contenido material del descuelgue. Como hemos visto, el art. 82.3 ET establece una lista cerrada de materias a las que podría alcanzar la inaplicación. El convenio colectivo podría reducir aún más dicho elenco. La cuestión nos parece muy dudosa, pues estamos ante una cuestión estructural de la regulación legal del descuelgue; de ahí que este tipo de limitación deba ser considerada nula¹⁶⁸. En todo caso, no es habitual esta cuestión en la negociación colectiva, que se limita a reiterar la regulación legal¹⁶⁹, o bien se remiten a la regulación legal sin añadir nada nuevo¹⁷⁰. Ciertamente hay convenios que sólo se

diciembre de 2022), Disposición Adicional 1ª, CC de Roxal Medicina España, S.A. (BOP de Vizcaya de 22 de julio de 2022), art. 21; CC de Limpieza de Edificios y Locales de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 19 de noviembre de 2018), art. 72.

¹⁶⁴ CC de Gamesa Energy Transmission, SAU (GET Guipúzcoa) (BOP de Guipúzcoa de 1 de diciembre de 2022), Disposición Adicional 1ª.

¹⁶⁵ CC de Busturialdea Lea Artibal Bus, SA (BOP de Vizcaya de 24 de diciembre de 2019), art. 6.

¹⁶⁶ En idéntico sentido SANGUINETI RAYMOND, W.: Op. cit., página 895.

¹⁶⁷ Sobre esta cuestión, vid. SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 335. Como ejemplo, podemos señalar al CC de Detallistas de Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022), art. 7, que al regular la causa económica, señala que se acredita cuando existan déficits o pérdidas mantenidas durante dos ejercicios contables anteriores a la fecha de solicitud del descuelgue; regulándose, además, el procedimiento de valoración de la situación económica de la empresa.

¹⁶⁸ SANGUINETI RAYMOND, W.: Op. cit., página 892.

¹⁶⁹ CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39; CC provincial de la Industria de la Alimentación (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019), art. 46.

¹⁷⁰ En este sentido puede acudirse a los CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7; CC Transitarios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21; CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28; CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE de 6 de mayo de 2022), art. 40; CC de Clínica Mompía, SAU (BO de Cantabria de 3 de febrero de

refieren expresamente a alguna de ellas¹⁷¹, lo que podría interpretarse como un intento de limitar la capacidad empresarial de inaplicar el convenio colectivo. Sin embargo, en otros casos parece que estamos más ante un olvido al enumerar las condiciones que puedan ser inaplicadas y alteradas¹⁷². En otros casos, ocurre justamente lo contrario: se incluyen materias no previstas por la regulación legal¹⁷³, lo que es contrario a la regulación legal y, consecuentemente, nulo.

Desde la perspectiva de la regulación colectiva de la inaplicación, encontramos una situación que es bastante interesante: convenios colectivos que regulan sólo el descuelgue salarial¹⁷⁴; lo que puede explicarse en función de que estos convenios regulaban, inicialmente, la figura preexistente del descuelgue salarial, habiéndose mantenido pese a las posteriores reformas legales. En realidad estos convenios no pretenden limitar el descuelgue, sino que no abordan el resto de materias en que es posible la inaplicación.

8.2. Procedimiento de descuelgue y negociación colectiva

Regular el procedimiento de inaplicación no atenta, a mi juicio, contra la regulación legal del procedimiento de descuelgue, siendo una de las posibilidades que entran dentro de la propia capacidad de la negociación colectiva. No obstante, si debemos reconocer que esta es una conclusión de carácter general, pues hay cuestiones que tienen un evidente carácter imperativo y están fuera de la capacidad de la negociación colectiva, como, por ejemplo, el funcionamiento interno de la CCNCC o del órgano autonómico que la sustituye. Por lo tanto, los aspectos esenciales del procedimiento deben ser respetados por los negociadores, que podrán centrarse en aspectos no esenciales del procedimiento o bien añadir nuevos requisitos al procedimiento¹⁷⁵. Como consecuencia directa de esta última posibilidad, las partes, pero especialmente el promotor del descuelgue, que es el empresario, deberán respetar los trámites pactados en el convenio colectivo¹⁷⁶, pudiendo anularse los acuerdos de descuelgue cuando se han alcanzado sin respetar cuestiones procedimentales establecidas por la negociación colectiva, tal como ha reconocido la jurisprudencia¹⁷⁷. En todo caso, lo habitual es encontrar regulaciones convencionales

2020), art. 43; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39; CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019), Disp. Adic. 5ª.

¹⁷¹ CC de CAF, SA (BOP de Zaragoza de 24 de octubre de 2014), art. 56.

¹⁷² Así, el CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7, no se refiere al sistema de rendimiento.

¹⁷³ Por ejemplo, en el caso del CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7, se incluye entre las materias que pueden ser susceptibles de inaplicación la “garantía salarial”. Para determinar si esta inclusión es, o no, conforme a la regulación legal, debemos tener en cuenta cuál es el contenido de dicha materia. En el caso concreto, probablemente habría que concluir que no supone un exceso respecto de la regulación legal, pues se trata de una materia incluida dentro del sistema de remuneración y cuantía salarial.

¹⁷⁴ Entre la negociación colectiva más reciente pueden verse, como meros ejemplos, el CC de Urkunde, S.A. (BOP de Guipúzcoa de 20 de septiembre de 2022) art. 15; CC de Detallistas de Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022), art. 7; CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC del sector de lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (BOP de 17 de marzo de 2020), art. 60; CC estatal para establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021), art. 25; CC del sector de oficinas y despachos de la provincia de Valencia (BOP de 20 de diciembre de 2019), art. 61; CC del Comercio Mayorista de Alimentación de la provincia de Alicante (BOP de 28 de junio de 2019), art. 11; CC provincial de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27; CC provincial de la Industria de la Alimentación (BOP de Almería de 5 de noviembre de 2019), art. 46; CC de la Unión General de Trabajadores (BOE de 2 de octubre de 2019), art. 28; CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10.

¹⁷⁵ FABREGAT MONFORT, G.: Op. cit., página 328.

¹⁷⁶ SAEZ LARA, C.: “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales* nº 140 (2017), página 334.

¹⁷⁷ Vid., por ejemplo, las SSTSJ de Andalucía de 6 de septiembre de 2018, AS\2019\723; Andalucía de 28 de septiembre de 2017, AS 2017\1784; Navarra de 26 de junio de 2015, AS 2015\2374.

que son idénticas a la legal¹⁷⁸, o de similar factura a la establecida por el legislador¹⁷⁹. La jurisprudencia ha admitido ciertas alteraciones en el procedimiento de descuelgue, especialmente en relación con el papel de la comisión paritaria; así, se admite como una norma perfectamente coherente con la regulación legal, que el convenio establezca la obligatoriedad de emisión de informe por parte de la comisión paritaria, sobre la justificación de la aplicación de la medida de descuelgue¹⁸⁰; o la necesidad de que tras el acuerdo, éste deba remitirse a la comisión paritaria del convenio para que se pronuncie¹⁸¹; o incluso se admite que en caso de descuelgue salarial, deba presentarse la cuestión ante la comisión paritaria y que esta deba decidir de manera unánime para que sea factible la inaplicación salarial¹⁸².

También podemos encontrar que la negociación colectiva otorga a esta comisión el papel de órgano de recepción de la pretensión empresarial de proceder al descuelgue, de manera que el procedimiento de inaplicación deba comenzar, necesariamente, por la comunicación (en algún caso se llega a señalar que se trata de una solicitud) a la comisión paritaria de la intención de inaplicar el convenio; concretando en algún caso el contenido de la comunicación empresarial, que lógicamente hará referencia a las causas o motivos que justificarían esta medida¹⁸³; pudiendo encontrar alguna sentencia que admite esta regulación¹⁸⁴. Algunos convenios establecen que acudir a la comisión paritaria es una condición obligatoria como paso procedimental, lo que invalidaría una inaplicación por la ausencia de este paso procedimental de carácter esencial¹⁸⁵. También se establecen reglas sobre el funcionamiento de la comisión paritaria, generando diferentes peculiaridades¹⁸⁶,

¹⁷⁸ Vid. como ejemplos de este planteamiento el CC de Fomento Valencia Medio Ambiente, S.L. (BOP de Valencia de 7 de noviembre de 2022), art. 8; CC de Fluidmecánica Sur, S.L. (BOE de 17 de enero de 2022), art. 54; CC de la Industrias Almadraberías de la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz de 7 de febrero de 2022), cláusula adicional 8ª; CC de Safety Kleen España, S.A. (BOE de 27 de septiembre de 2021), art. 80; CC de Comercio Mayorista de Alimentación de la provincia de Alicante (BOP de Alicante de 28 de junio de 2019), art. 11; CC de Pastelería, confitería, bollería, repostería y platos precocinados de Ourense (BOP de Ourense de 14 de marzo de 2019), art. 31.

¹⁷⁹ Vid. el CC de Pirotecnia Zaragoza, S.A. (BOP de Zaragoza de 9 de abril de 2022), art. 36; CC de la empresa Salinera Española, S.A. (BO de Murcia de 30 de marzo de 2022), art. 44; CC del sector de la madera de la Comunidad de Madrid (BO de Madrid de 12 de noviembre de 2021), art. 50; CC de la Sociedad Cooperativa RadioTaxi Santander y Cantabria (BO de Cantabria de 9 de diciembre de 2021), art. 4; CC de Smile Point, S.L. (BO de Navarra de 4 de mayo de 2021), Disp. Adic. única; CC del sector de aserrio, fabricación de envases y paletas de madera (BO de Murcia de 24 de junio de 2020), art. 31; CC del sector de mármoles y piedras de Pontevedra (BOP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2020), art. 13; CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 26 de noviembre de 2020), art. 81; CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019); CC de Oficinas y Despachos de la provincia de Valencia (BOP de Valencia de 20 de diciembre de 2019), art. 61; CC de provincial de Cuchillería y afines (BOP de Albacete de 28 de agosto de 2019), art. 15; CC de Limpieza de Edificios y Locales de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 19 de noviembre de 2018), art. 72.

¹⁸⁰ SSTSJ de Navarra de 16 de enero de 2017, JUR/2017/43520; Navarra de 26 de marzo de 2015, JUR/2015/198391; Andalucía de 27 de febrero, AS/2014/1007.

¹⁸¹ STSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 2017, AS/2017/1784.

¹⁸² STSJ de Andalucía de 6 de septiembre de 2018, AS/2019/723.

¹⁸³ CC de Roxall Medicina España, S.A. (BOP de Vizcaya de 22 de julio de 2022), art. 21; CC de Nevaluz Sevilla, SL (BOP de Sevilla de 26 de noviembre de 2022), art. 7; CC Transitarios de Madrid (BO de la Comunidad de Madrid de 8 de noviembre de 2022), art. 21; CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28; CC Estaciones de Servicio de Guipúzcoa (BOP de Guipúzcoa de 27 de septiembre de 2022), art. 39. El CC de Seda Outspan Iberia, SL (BOP de Palencia, de 27 de noviembre de 2020), Anexo VII (en este caso se refiere al inicio del procedimiento a través de solicitud, si bien no al Comité Paritario, sino al Comité Intercentros); CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 2ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39.

¹⁸⁴ STSJ de Galicia de 29 de abril de 2016, JUR/2016/120513.

¹⁸⁵ CC provincial de cuchillería y afines de Albacete (BOP Albacete de 28 de agosto de 2019), art. 15. Entre la doctrina puede verse a SAEZ LARA, C.: Op. cit., página 335.

¹⁸⁶ Así, el CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019), que regula aspectos tales como la actuación de la comisión por solicitarlo cualquiera de las partes, que deberá comunicarse por escrito la convocatoria, con un orden del día, las reglas sobre válida constitución de la comisión por exigir unas determinadas mayoría o la necesidad de voto favorable por mayoría absoluta de cada una de las dos representaciones. Por su parte, el CC de provincial de oficinas y despachos de Valencia (BOP de Valencia de 20 de diciembre de 2019) art. 61, se refiere al registro de las actuaciones en caso de acuerdo, el archivo de las mismas o la posibilidad de solicitar informe de auditores

pudiendo encontrar convenios en los que la regulación sobre la actuación de la comisión paritaria es bastante detallada¹⁸⁷. Una cuestión que suele regularse es el plazo para tomar su decisión. Legalmente se establece el plazo de siete días a computar desde que la discrepancia haya sido planteada; es decir, desde su comunicación a dicha comisión. Sin embargo, no es extraño encontrar que dicho plazo se incrementa por parte de la negociación colectiva¹⁸⁸.

En algún caso, la negociación colectiva decide otorgar un papel más relevante a la comisión, regula incluso la posibilidad de una comisión de seguimiento del acuerdo que se haya podido alcanzar en materia de descuelgue¹⁸⁹. Se trata de un mecanismo de control que podrá comprobar si se mantienen las circunstancias que han dado lugar al descuelgue, o que puede vigilar el proceso de retorno a la regulación convencional inaplicada.

Junto con la comisión paritaria, otra cuestión que suele reflejarse en la negociación colectiva es la relativa a la necesidad de aportar la documentación necesaria que justifica la inaplicación a la representación de los trabajadores, así como a la comisión paritaria o al órgano de conciliación/medicación establecido por los acuerdos interprofesionales. En ocasiones se hace referencia a esta cuestión de una manera bastante general¹⁹⁰, mientras que en otros casos la regulación convencional es más precisa, señalando de manera concreta el conjunto de documentación que ha de aportarse por parte de la empresa¹⁹¹.

o censores jurados de cuentas, cuyos gastos serán abonados por la empresa, siendo vinculantes para la comisión paritaria tales informes. También señalando la posibilidad de que la comisión paritaria pueda acudir a auditores o censores jurados de cuentas, el CC estatal de establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021), art. 25.

¹⁸⁷ Así el CC estatal de establecimientos financieros de crédito (BOE de 15 de octubre de 2021), art. 25; CC del Sector de Exhibición Cinematográfica de la Comunidad de Madrid (BO de Madrid de 19 de septiembre de 2020), art. 51.

¹⁸⁸ CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46, que establece el plazo de 10 días; o el CC del sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y bebidas de todo tipo de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO de Cantabria de 5 de octubre de 2022), art. 28, que lo fija en 15 días; por su parte el CC de Lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (BOP de Sevilla de 17 de marzo de 2020), art. 60, que establece un plazo de 15 días para la actuación de la comisión paritaria; CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019) o el CC provincial de Alicante de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27, que establece el plazo de un mes (no obstante, en estos dos casos debe tenerse en cuenta la contradicción interna del precepto que regula esta cuestión, pues su último párrafo vuelve a referirse a la comisión paritaria, repitiendo milimétricamente la regulación legal y se refiere a los siete días). Otro supuesto sería el CC de Hyperión Materials & Technologies Spain, SL (BOP de Barcelona de 7 de julio de 2020), art. 10, que para los supuestos de “carácter ordinario” establece un plazo de actuación de la Comisión Paritaria de 30 días (una ampliación del plazo legal), pero respecto de los supuestos de “carácter extraordinario”, establece un plazo de 5 días laborales; CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10.

¹⁸⁹ CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 26 de noviembre de 2020), art. 81.

¹⁹⁰ CC del Sector de la Madera de la Comunidad de Madrid (BO de Madrid de 12 de noviembre de 2021), art. 50; CC sector de aserrio, fabricación de envases y paletas de madera (BO de Murcia de 24 de junio de 2020), art. 31; CC estatal de centros y servicios veterinarios (BOE de 14 de agosto de 2020), art. 102; CC de Seda Outspan Iberia, SL (BOP de Palencia, de 27 de noviembre de 2020), Anexo VII; CC estatal del sector de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019); CC provincial de Alicante de Supermercados, autoservicios y detallistas de alimentación en general (BOP de Alicante de 4 de febrero de 2019), art. 27.

¹⁹¹ Así el CC de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (BOP de Vizcaya de 17 de noviembre de 2022), art. 46; CC de la Empresa Factorías Industriales de Regalices de España, S.L. (BOP de Zaragoza de 15 de noviembre de 2022), art. 9; CC de Detallistas de Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios (BOP de Cádiz de 19 de septiembre de 2022), art. 7; CC estatal de empresas de seguridad (BOE de 26 de noviembre de 2020), art. 81; CC del sector de Mármoles y Piedras de Pontevedra (BOP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2020), art. 13; CC de Lavanderías industriales de uso no doméstico de Sevilla (BOP de Sevilla de 17 de marzo de 2020), art. 60; CC estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2020), Disp. Adic. 3ª; CC de gestorías administrativas (BOE de 5 de diciembre de 2019), art. 39; CC de la empresa Dependencia en Extremadura, SL (Diario Oficial de Extremadura de 30 de mayo de 2019), art. 41; CC del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BO de Canarias de 13 de mayo de 2019), art. 10; CC de Laboratorios Ordesa, SL (BOP de Barcelona de 7 de mayo de 2019), art. 89.

**PONENCIAS GENERALES DEL TERCER PANEL:
LA CONFLICTIVIDAD LABORAL**

PONENCIA GENERAL PRIMERA:
**LAS MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO EN EL NUEVO ENTORNO
ECONÓMICO Y SOCIAL**

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

Catedrático de Universidad

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Proyecto PID2022-141201OB-comiI00

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: TODO CAMBIA... MENOS LA REGULACIÓN
2. ACCIÓN COLECTIVA Y SU “NUEVA” PERSPECTIVA POR LOS AGENTES SOCIALES: ALGUNOS DATOS
3. LA INCORPORACIÓN A LA UNIÓN EUROPEA Y SU “COORDINACIÓN” CON LAS LIBERTADES ECONÓMICAS
4. DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DERECHOS DE ACCIÓN COLECTIVA
5. LA HUELGA COMO VEHÍCULO DE EXTERNALIZACIÓN DE OTROS CONFLICTOS SOCIALES

1. INTRODUCCIÓN: TODO CAMBIA... MENOS LA REGULACIÓN

Cualquier reflexión general sobre la situación actual en España de las medidas de conflicto colectivo, y entre ellas, obviamente, del derecho de huelga, tiene que partir de un dato que no por conocido, resulta menos sorprendente: el hecho de que transcurridos ya cerca de cuarenta y cinco años desde la entrada de en vigor de nuestra Constitución, la huelga siga siendo -y desgraciadamente, parece que seguirá siéndolo- uno de los pocos, o prácticamente el único de los derechos fundamentales -interpretados estos en su acepción más estricta y limitada- que sigue careciendo de un desarrollo orgánico¹. A pesar de algunos intentos y diversas propuestas en este ámbito, la regulación de este derecho sigue sustentándose básicamente sobre una norma preconstitucional, percibida en su momento como un marco meramente transitorio, y que, tampoco debe olvidarse, abordaba la regulación de este derecho desde una perspectiva tan restrictiva y arcaica² que tuvo que ser objeto de una extensa “adecuación” constitucional por una sentencia que, aun siendo fundamental, tiene también -no debe olvidarse- más de cuarenta años.

Esta anomalía normativa resulta por sí misma ciertamente grave y disfuncional³. Pero aún lo es más si recordamos las profundísimas alteraciones que han sufrido todos y cada uno de los elementos de nuestro sistema de relaciones laborales, en especial durante estos últimos treinta años. Anclada en el tiempo, y ante la indiferencia o incapacidad del legislador, esta normativa habría visto así pasar, aparentemente impertérrita, cambios profundísimos en los sujetos, en la ideología y en el contexto que caracteriza nuestro modelo de relaciones laborales; un modelo que no solo habría transitado de un esquema corporativo y autoritario a un modelo pluralista y democrático, sino que, además, se habría debido enfrentar a toda una nueva revolución industrial con su correlativo impacto en las estructuras de las empresas, en la forma de trabajar y, consiguientemente, en el modo de desarrollar la actividad sindical.

Por todo ello, la primera conclusión y, a la vez, el punto de partida de toda esta reflexión resulta evidente y, al mismo tiempo, llamativo: durante estos últimos cuarenta y cinco años todo habría cambiado en nuestro sistema de relaciones laborales, menos, paradójicamente, el marco legal de las principales medidas de conflicto colectivo y, destacadamente, de la huelga.

La consecuencia, como decimos, es que una legislación inicialmente desfasada y extraordinariamente restrictiva, que situaba originalmente el ámbito natural del conflicto en cada centro de trabajo, que obviaba como titulares de este derecho a las organizaciones sindicales -pendientes, recuérdese, de la aún no aprobada Ley de Asociaciones Sindicales- y que partía, por señalar solo algunos rasgos, de unas formas de ejercicio y de unas finalidades lícitas ciertamente limitadas -propias, todas ellas, de un modelo difícilmente

¹ Véase, en este mismo sentido, TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, 2018, p. 25. De “última ley constitucional pendiente” habla, por ejemplo, DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Insuficiencias de la actual regulación jurisprudencial del derecho de huelga”, en AAVV, *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p. 17.

² Sobre las carencias de aquella regulación y su parentesco con el anterior Decreto-ley de 1975, ya alertaba, por ejemplo, DURÁN LÓPEZ, F., “La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal”, en *Revista de Política Social*, 1977, n. 115, en especial, p. 79.

³ De problema crónico, por ejemplo, hablaba, hace ya casi catorce años, CASAS BAAMONDE, M.E. “25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”, en *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 23/24, Año XXVI, Tomo 2, (LA LEY 15178/2010). Más recientemente, y de forma aún muy gráfica, TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit. p. 25 se refiere a esta situación como “la mayor anomalía regulatoria del ordenamiento laboral español”. De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha señalado expresamente los “múltiples problemas” que “la falta en la actualidad de dicha ley lógicamente plantea” -STC 123/1990, de 2 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990, ECLI:ES:TC:1990:123) o STC 191/2006, de 19 de junio, (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006, ECLI:ES:TC:2006:191)-. En esta misma línea, DE LOS COBOS ORIHUEL, F. “Insuficiencias...”, cit., p. 18.

admisible en el nuevo marco establecido por nuestra Constitución-, se habría convertido en la base sobre la que nuestra jurisprudencia habría tenido que realizar un meritorio y continuo proceso de “actualización” y de adaptación de la misma, no solo a un nuevo modelo de Estado y de relaciones laborales, sino también a fenómenos o nuevas realidades que aquella norma, obviamente, ni tan siquiera podía prever⁴.

Piénsese, por señalar solo algunos ejemplos, en el impacto sobre la huelga y en general sobre las distintas medidas de conflicto colectivo de las nuevas formas de organización empresarial, en las que los procesos de descentralización y reorganización empresarial deslocalizan en muchas ocasiones al empresario formal de aquella entidad que posee realmente el poder sobre las cuestiones en conflicto; en las que la propia producción puede trasladarse de una a otra localización dentro del grupo o de la red de forma casi instantánea; en las que el simple algoritmo permite trasladar carga de trabajo de una a otra empresa subcontratista, con independencia de la causa que justifica la inactividad en una de ellas; o en las que la progresiva incorporación a la actividad laboral de las nuevas tecnologías plantea si y hasta qué grado pueden usarse estos mismos medios tecnológicos para reducir o minimizar la acción colectiva por parte del empleador. Y todo ello sin olvidar las dificultades que para este mismo marco normativo tradicional plantea la aparición de nuevas formas de articulación del trabajo productivo en las que la dependencia pasa de ser un dato jurídico a ser ahora solo una cuestión económica; en la que la actividad puede desarrollarse básicamente a distancia, sin relación física entre los compañeros; en la que colectivos hasta ahora más o menos homogéneos como los autónomos se fraccionan en realidades enormemente diversas, o, por señalar solo un último ejemplo, en la que la empresa pretende ser tan solo un mecanismo de intermediación entre consumidores y “partners” o “proveedores” bajo el paraguas de un, en muchas ocasiones, oscuro algoritmo.

Pues bien, si a todo ello unimos los problemas generados por la integración europea y la coordinación de este derecho con las tradicionales libertades económicas comunitarias, o recordamos aquellos supuestos en los que la huelga se convierte en un vehículo de expresión y reclamación social de colectivos o grupos sociales postergados o desfavorecidos que desbordan el campo laboral o incluso la articulación exclusivamente sindical, tendremos, en definitiva, un marco tan complejo y abigarrado que inevitablemente ha convertido esta materia en un auténtico semillero de problemas, no solo para nuestros distintos tribunales, sino también para otros órganos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el propio Comité Europeo de Derechos Sociales.

En definitiva, en este marco tan complejo y abigarrado, el presente trabajo tan solo persigue señalar -repito, dado su carácter de presentación del resto de intervenciones- algunas de estas nuevas realidades para concluir planteando la necesidad, quizás, de apoyar una visión más actualizada de este derecho de huelga y de su contenido esencial; una visión que no focalice este contenido en las facultades “tradicionales” que hicieron reconocible históricamente este derecho, sino en aquellas otras cuya tutela resulta necesaria para la protección del interés que subyace en el fondo de una institución que, tampoco debe olvidarse, no es solo uno de los pilares esenciales de nuestro Estado Social, sino también un instrumento básico para la realización y el goce efectivo de buena parte de los derechos sociales de una cada vez más amplia capa de la población. Pero no adelantemos acontecimientos.

⁴ Sobre este factor como agravante en la visión restrictiva de la huelga véase, por ejemplo, BAYLOS GRAU, A. “Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente”, *Gaceta Sindical*, 2014, núm. 23, p. 286.

2. ACCIÓN COLECTIVA Y SU “NUEVA” PERSPECTIVA POR LOS AGENTES SOCIALES: ALGUNOS DATOS

Por ahora me interesa comenzar señalando cómo uno de los primeros cambios que sin duda aprecia todo investigador que se aproxima a esta realidad se centra en la llamativa alteración de la perspectiva con la que nuestros sindicatos, pero también nuestros propios empresarios, abordan y utilizan en general las medidas de acción colectiva contempladas por el RDLRT: esto es, básicamente la huelga y el cierre patronal.

En este sentido, y por lo que se refiere en primer lugar a las organizaciones sindicales, este cambio debe enmarcarse lógicamente en las conocidas dificultades a las que se enfrenta la acción sindical y el sindicalismo clásico o tradicional ante el nuevo contexto derivado de la crisis económica y de la transformación productiva y digital de nuestras empresas.

Aunque obviamente no es este el tema de mi intervención, no es posible olvidar aquí las dificultades para potenciar la afiliación, la densidad y, por tanto, la presencia sindical de nuestras organizaciones más tradicionales en los nuevos colectivos como los jóvenes, los autónomos económicamente dependientes, las personas de alta cualificación, o en sentido diametralmente opuesto, el cada vez más amplio precariado⁵. Como se ha señalado en múltiples ocasiones, los sindicatos tradicionales europeos no solo están teniendo en general dificultades para que la afiliación evolucione en línea con las tasas de empleo, sino que también están sufriendo un conocido proceso de envejecimiento, en el que la edad media de los afiliados sigue creciendo mientras se reduce la afiliación de los colectivos más jóvenes. Si a todo ello unimos las dificultades para movilizar a segmentos de la población con escasa capacidad de resistencia y los conocidos problemas para alcanzar a nuevos segmentos y sectores productivos, especialmente en empresas, cada vez más frecuentes, de pequeñas dimensiones, y en sectores altamente tecnológicos y de alta cualificación, tendremos un escenario cuanto menos difícil y que ha llevado a algunos investigadores⁶ a plantear escenarios casi lúgubres, que hablan, a mi juicio de forma quizás algo exagerada, o bien de un camino hacia la extinción de las organizaciones sindicales clásicas; de una segmentación y dualización del movimiento sindical, o incluso de una sustitución de este sindicalismo tradicional por otro tipo de movimientos sociales⁷. Por ello, lo que sí resulta evidente es la necesidad (HYMAN) de que nuestros sindicatos actúen como “organizaciones que aprenden”, y que por tanto sean capaces de renovarse y revitalizarse, ajustando sus fines (aún hoy) ciertamente necesarios, a esta nueva realidad social diversificada y a las necesidades de los distintos tipos de ocupados, priorizando aquellos sectores de nueva aparición y utilizando las nuevas tecnológicas para interiorizar y defender las aspiraciones de estos grupos en el nuevo contexto tecnológico y social⁸.

Pues bien, en este nuevo contexto, parece obvio el cambio de perspectiva con el que nuestras principales organizaciones sindicales han abordado la utilización del derecho de huelga.

⁵ Se toma el término de STANDING, G. *El precariado. Una nueva clase social*, Pasado y Presente, 2013.

⁶ Véase, más ampliamente el interesante estudio de VANDAELE, K. *Un futuro sombrío: estudio de la afiliación en Europa desde 2000*, Fundación 1º de mayo, Colección Informes, núm. 143, Madrid, 2019; HYMAN R. (2007) “How can trade unions act strategically?”, *Transfer*, 2007, Vol. 13 (2), p. 193 y sig.

⁷ Baste pensar, en este sentido, en la aparición de nuevos sindicatos o agrupaciones fundamentalmente conformadas profesionalmente y que paradójicamente han tenido una especial relevancia en algunos de los conflictos más mediáticos (*kellys, riders...*) de estos últimos años. Para un desarrollo más amplio de estas ideas nos remitimos al interesante trabajo de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica”, en *Teoría y Derecho*, 2018, núm. 23, p. 74 y sig.

⁸ Se comparten, por tanto, las conclusiones de VANDAELE, K. *Un futuro sombrío...*, cit., p. 39.

En este sentido, es bien conocido, en primer lugar, como en el momento de aprobación del RDLRT, la huelga era percibida como un instrumento de reacción casi automática, inmediata e incluso preventiva ante cualquier conflicto jurídico, o, sobre todo, de intereses suscitado durante aquellos tormentosos años de la transición. Quizás como reacción ante la larga prohibición de este derecho, y desde luego ante la ausencia de cauces o instrumentos aceptados por ambas partes para la composición autónoma de intereses, lo cierto es que en los primeros años de la transición democrática la mayor parte de nuestras organizaciones sindicales asumieron el recurso a la huelga como una vía normal o incluso usual de la acción sindical. Y todo ello, en segundo lugar, en un contexto en el que estos mismos sindicatos -ya fuera directamente, o a través de sus representantes unitarios- reaccionaron frente a las múltiples cortapisas formales que caracterizaron el lento pero progresivo reconocimiento de la huelga durante los últimos estertores del régimen franquista, rechazando vehementemente la implantación de posibles sistemas de solución de conflictos establecidos legal o administrativamente, y reclamando, por tanto, y como decimos, un acceso rápido, fácil y sin mayores cortapisas o limitaciones a este nuevo derecho fundamental.

Pues bien, frente a esta perspectiva, parece evidente que en la actualidad nuestros sindicatos han optado, en primer lugar, por asumir paulatinamente un uso mucho más selectivo de la huelga, en el que, sin olvidar su papel fundamental en la acción sindical, se potencia un uso más reflexivo y pausado de la misma; un uso, como decimos, en el que la huelga aparece en múltiples ocasiones como la última ratio frente a otras herramientas de presión y reivindicación relativamente novedosas y menos costosas como las bajas generalizadas, supuestos de no colaboración o las denuncias ante el público o clientes de la falta de responsabilidad social del empleador⁹ -la batalla de la imagen- y que permiten reducir el coste de la presión colectiva buscando el apoyo de los poderes públicos, en especial ante la escasa capacidad de resistencia de un colectivo cada vez más amplio de precariado¹⁰. Y, todo ello, claro está, en un marco caracterizado, finalmente, por un uso intenso y efectivo de los procedimientos de solución autónoma de conflicto, de cuyo éxito, ya nadie duda en estos momentos.

Las razones de este cambio, al menos en mi opinión, son múltiples y sinérgicas. En primer lugar, el paulatino pero imparable establecimiento de cauces estables de participación, aunque también de progresiva relación y conocimiento entre los agentes sociales -de los que el CARL es sin duda un auténtico paradigma-, con todo lo que ello supone de cauces personales y de vínculos de confianza y comprensión entre las partes; la maduración, en segundo lugar, del sistema y la consiguiente profundización en unas relaciones laborales más participadas, en las que la gestión permanente del convenio se convierte en un instrumento esencial que fragmenta y permite soluciones consensuadas a problemas que ya no se acumulan para ser solventados, todos ellos de forma integrada, en un plazo muy limitado de tiempo. En tercer lugar, la progresiva percepción de los altos costes que para ambas partes, y en especial para los propios trabajadores, conlleva la huelga. O en cuarto y último lugar, un cierto temor sindical -por qué no reconocerlo- a una eficacia más limitada o reducida de la misma ante colectivos cada vez más precarios, y en ocasiones menos solidarios.

Todos estos factores, en definitiva, han ido generando, como decimos, un lento pero evidente cambio de orientación de una parte significativa o incluso mayoritaria de

⁹ Sobre los límites a estas denuncias puede consultarse la interesante STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 172/2017, de 28 febrero (núm. 103/2016, ECLI: ECLI:ES:TS:2017:989) en el que se destaca la necesidad de valorar las posibles expresiones sindicales en el concreto marco del conflicto en el que se exteriorizan.

¹⁰ Sobre la importancia de estos instrumentos en el nuevo contexto véase, por ejemplo, GOERLICH PESET, J.M. "Digitalización y derecho de huelga", en *Temas Laborales*, 2020, núm 155, p. 100-101.

nuestros sindicatos; un cambio de orientación en el que si bien se sigue percibiendo la huelga como un instrumento fundamental de la acción sindical, se tiende a resituar su utilización inmediata o casi automática, potenciando previamente la utilización, incluso obligatoria, de sistemas autónomos de solución conflictos.

Esta nueva perspectiva, que seguramente será analizada en otra ponencia de estas mismas jornadas, es fácilmente constatable analizando, por ejemplo, el establecimiento casi generalizado de cláusulas de mediación obligatoria en los principales sistemas autónomos y extrajudiciales que los agentes sociales han ido construyendo a lo largo de toda la geografía española¹¹. Los viejos mecanismos públicos se han visto así sustituidos por mecanismos autónomos, dando un nuevo sentido a los límites formales para la convocatoria de la huelga, o permitiendo dar una mayor lógica al sistema de fijación de servicios de mantenimiento, al menos tal como fueron diseñados por nuestra jurisprudencia constitucional y, desarrollados más tarde, por la doctrina del orden social.

Y esta nueva realidad no solo se deduce de un mero dato normativo. Esta misma conclusión puede extraerse de las propias estadísticas sobre esta materia. Baste recordar, por ofrecer solo algunos datos, como según las cifras facilitadas por el propio SIMA, la mediación en supuestos de huelga dentro de este sistema habría pasado de suponer un tipo casi marginal de procedimiento, en un entorno de entre el 0 al 3% del total entre 1998 a 2009, a suponer entre un 11 y un 20 % de los expedientes tramitados por el SIMA durante estos últimos años. Y algo similar se aprecia si se analizan otras variables como el número de horas de huelga que finalmente no se habrían producido gracias a estas mismas actuaciones. En este sentido, nos limitaremos a mencionar aquí, por señalar nuevamente solo un ejemplo, como según sus propios datos, en el ámbito andaluz el SERCLA habría evitado, solo en los ocho primeros meses de este año 2023, la “pérdida” -y es llamativo el término utilizado en un órgano colegiado- de cerca un millón ochocientos mil horas de trabajo, estimándose en cerca de 47 millones de horas las recuperadas a lo largo de toda su historia.

Sea como fuese, nos interesaría terminar esta necesariamente breve introducción señalando otra cuestión, a mi juicio también clara, pero en ocasiones olvidada y ligada al otro polo de la relación laboral: esto es, el dato, en mi opinión indiscutible, de la pérdida absoluta de centralidad del cierre patronal como medida de reacción empresarial ante el conflicto¹². En este punto, es indudable que seguramente por simple tradición histórica, tanto el RDLT como incluso la propia Constitución situaron al cierre patronal como la medida de conflicto empresarial por antonomasia, interpretándola como antítesis de la propia huelga y epicentro empresarial de estas acciones.

El problema es que la propia concepción del cierre en la jurisprudencia constitucional, básicamente como mecanismo de mera policía, supuso un grave golpe a la perspectiva

¹¹ Véase, por ejemplo, el artículo 13.6 del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial) publicada por la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo -BOE» núm. 334, de 23 de diciembre de 2020-; artículo 23.4 del Reglamento de Funcionamiento y procedimiento del SERCLA (BOJA n. 77 de 25 de abril de 2016): “Las partes firmantes del Acuerdo Interprofesional, citado en el artículo 1 de este Reglamento, se comprometen a iniciar las actuaciones contenidas en el apartado 1 del presente artículo en todos los casos en que ellos sean convocantes de una huelga” y aún más claramente el art. 13.6 y 19.3 del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). En relación con la generalización de estas exigencias véase, por ejemplo, MORENO VIDA, M.N., “Sobre la mediación extrajudicial previa como presupuesto de validez de la huelga y la ilegalidad de las huelgas novatorias”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2008, núm. 12, páraf. 41/2008 (BIB/2008/2136). Sobre los efectos del incumplimiento de estas obligaciones véase, por ejemplo, SSTSJ de C. Valenciana, núm. 334/2008 de 6 febrero (Recurso de Suplicación núm. 4426/2007, AS 2008/965); STSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1621/2009 de 9 diciembre. (ECLI: ECLI:ES:TSJCL:2009:7520; Recurso de Suplicación núm. 1621/2009).

¹² Véanse en este sentido las acertadas reflexiones de SANGUINETI RAYMOND, W. *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 38 y sig.

histórica o tradicional del mismo, al prohibir los cierres ofensivos o sectoriales. Y esta misma postergación o pérdida de importancia o centralidad se ha ido incrementando con el paso del tiempo, dando lugar a una dinámica empresarial en la que, lejos de plantearse este cierre como medida estrella de la acción colectiva del empleador, se han ido potenciando otras medidas empresariales destinadas, básicamente, a limitar el impacto sobre la producción o sobre el propio servicio por parte de la huelga¹³.

De hecho, basta analizar los propios repertorios de jurisprudencia -reflejo, al fin y al cabo, de lo que ocurre en la realidad- para constatar como los mecanismos de conflicto empresariales han ido girando cada vez más hacia la defensa de la producción y hacia la búsqueda de una minimización de los efectos o incluso de la propia visibilidad social de la huelga¹⁴. Y ello, como decimos, ya sea intentando restar apoyos a la misma mediante, por ejemplo, una singular utilización de la “política de información de la empresa” en el marco de estos conflictos¹⁵, ya sea, desde otra perspectiva, buscando reducir sus efectos, mediante, por ejemplo, una utilización “amplia” de instituciones limitadoras de su participación como los servicios esenciales o los de mantenimiento; o, finalmente, acudiendo al traslado de partes de actividad otras empresas del grupo o de sustitución de huelguistas por medios tecnológicos, reactivando el viejo problema del “esquirolaje” tan desfasadamente regulado en el anacrónico RDLRT¹⁶. Y todo ello, claro está, sin olvidar la posibilidad de que la utilización del *big data* y de sistemas de análisis de la “reputación de los trabajadores” a través, por ejemplo, de sus redes sociales no profesionales, permitan revitalizar las viejas listas negras por el desarrollo de la actividad sindical, ahora blanqueadas por la referencia a un simple algoritmo que en ocasiones pretende funcionar como una “caja negra”¹⁷.

En cualquier caso, y más allá de señalar esta lógica, lo que sí nos interesa resaltar aquí es que, paradójicamente, esta perspectiva de actuación empresarial vuelve o incluso reafirma a la huelga como clave central de todas las medidas de conflicto colectivo. Algo sobre lo que más tarde volveremos cuando analicemos el renacido papel de la huelga como instrumento de exteriorización de conflictos relativos a colectivos que no se identifican tanto como trabajadores, como con grupos sociales aparentemente postergados -mujeres, “pueblos o naciones oprimidas”¹⁸, etc.-. Pero no adelantemos nuevamente acontecimientos.

¹³ Véase, por mencionar solo un ejemplo, GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 28-29. De hecho, no deja de ser llamativo como, de acuerdo con los sucesivos Anuarios de Estadísticas Laborales, desde el año 2014 al 2022 no existe, salvo error u omisión por mi parte, constancia administrativa alguna de la realización de cualquier cierre patronal. En este sentido, y repito, salvo error u omisión por mi parte, el último año en el que sí existen datos fue 2013 con 4 cierres patronales.

¹⁴ Un estudio de estos mecanismos en SALA FRANCO T., LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; SALA FRANCO T., “Los mecanismos empresariales frente a una huelga”, en AAVV., *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p. 35 y sig.

¹⁵ Sobre el tema me remito por brevedad a lo que en su momento señalé en “Las comunicaciones empresariales a la plantilla en situaciones de conflicto”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. 2017, núm. 199. Para una posición y perspectiva distinta LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I. “Valoración jurisprudencial reciente de decisiones empresariales de anuncio y ejecución de medidas extintivas como consecuencia de la huelga”, en AAVV., *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p.55 y sig.

¹⁶ Un ejemplo de utilización conjunta de diversas vías -ius variandi, poderes empresariales y comunicaciones a la plantilla- en la reciente STS (Sala Social, Sección 1ª) núm. 273/2023, de 13 de abril (ECLI:ES:TS:2023; 1610).

¹⁷ Sobre esta posibilidad, nuevamente, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 103.

¹⁸ Véase sobre este singular tipo de huelga la conocida STS (Sala de lo Social) núm 31/2020 de 15 de enero de 2020 (rec. núm. 166/2018, ECLI:ES:TS:2020:202).

3. LA INCORPORACIÓN A LA UNIÓN EUROPEA Y SU “COORDINACIÓN” CON LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

Por ahora, y tras este breve marco general, me interesa retomar el elenco de “nuevas cuestiones” con las que durante estos cuarenta años ha tenido que enfrentarse el régimen jurídico de la huelga, recordando, en primer lugar, los efectos, a mi juicio ciertamente graves, que sobre el derecho de huelga y, en general, sobre los derechos de acción colectiva de trabajadores y sindicatos han tenido, no ya solo el proceso de internacionalización de nuestras empresas, sino también, y sobre todo, el proceso de integración de España en el ámbito de lo que hoy es la Unión Europea.

Centrándonos en esta última cuestión, y dejando a un lado el impacto que sobre los derechos sociales en general han tenido las políticas de “austeridad”, inspiradas desde la Unión Europea en base a unos procedimientos con reducida participación sindical¹⁹, seguramente lo llamativo, al menos a mi juicio, ha sido el impacto de esta integración sobre el propio régimen jurídico de la huelga y, en general, sobre las medidas de acción colectiva.

Este impacto podría parecer en principio sorprendente dado que la Unión carece y ha carecido tradicionalmente de competencias para apoyar y completar la acción de los Estados en relación con los derechos colectivos laborales y, más concretamente, en materia de derecho de huelga y de cierre patronal -hoy art. 153.5 TFUE-. Y, sin embargo, resulta igualmente evidente que esta incapacidad para abordar normativamente tales aspectos no ha significado que estos derechos hayan quedado en el extrarradio de la normativa europea, simplemente reconocidos como principios generales del Derecho de la Unión o como derechos fundamentales de la Carta Comunitaria. Muy al contrario, su posible conexión con otros ámbitos que sí son propios de la Unión europea, como el derecho de la competencia, o, lo que aquí más nos interesa, con las tradicionales libertades sobre las que se construyó el mercado común europeo -en especial con las de prestación de servicios transnacionales y la de establecimiento-, ha dado lugar a una jurisprudencia del Tribunal de Justicia extraordinariamente polémica y cuyos ecos, aunque hoy en gran parte mitigados, ciertamente aún resuenan.

No voy a cansarles aquí analizando en profundidad una jurisprudencia bien conocida y que, como se recordará, focalizó durante los últimos años de la primera década de este siglo un enorme interés doctrinal²⁰. Por ello me limitaré a recordarles cómo, en un marco caracterizado por la ampliación hacia el este en lo político²¹, y por la construcción de un mercado único de servicios en lo económico -recuérdese el texto inicial de la propuesta de Directiva Bolkestein-, el Tribunal de Justicia, partiendo del conocido carácter horizontal de estas libertades económicas, va a considerar, fundamentalmente en los asuntos Viking-

¹⁹ Sobre estos mecanismos y la escasa participación inicial de las organizaciones sindicales véase, por todos, PÉREZ DEL PRADO D., *El impacto social de la gobernanza económica europea*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2021.

²⁰ Sobre el mismo, con amplia información bibliográfica a la que nos remitimos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libre prestación de servicios y Derecho colectivo de trabajo”, y CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias”, ambos en AAVV., *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez* (coord. CABEZA PEREIRO, J., MARTÍNEZ GIRÓN, J), Laborum, Murcia, 2008, p. 19 y sig. y 57 y sig., respectivamente. Igualmente, sobre estos temas RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea” en AAVV., *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa: XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2010, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Vol. 2, págs. 311 y sig.

²¹ Sobre la conexión de todo este debate con la “división” de Europa en dos partes claramente definidas y las ventajas competitivas que esta doctrina parecía pretender blindar, CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 59 y 60.

Line²² y Laval et Partneri²³, ambos de diciembre de 2007²⁴, que las acciones colectivas destinadas a evitar o a limitar el ejercicio transnacional de los derechos de establecimiento o libre prestación de servicios podrían constituir posibles restricciones a los mismos. O, en otras palabras, que las acciones sindicales destinadas a imponer la adhesión a un convenio colectivo del país de destino por encima de lo entonces establecido en la Directiva 96/71, o a evitar el cambio bandera de una embarcación hacia un país con menores estándares sociales, podrían hacer “menos atractivo” el ejercicio de aquellas libertades, limitando la ventaja competitiva que con estas acciones buscaba el empleador. De ahí que el Tribunal de Justicia no vaya a dudar en entrar a valorar la licitud de las mismas, a pesar, como decimos, de la reconocida ausencia de competencia directa de la Unión para su regulación.

En cualquier caso, lo que sin duda generó aún más polémica en relación con ambas resoluciones fue que al realizar este análisis y a pesar de sus aparentes esfuerzos dialécticos -que incluían el destacar la presencia de una finalidad social en la Unión, o el reconocimiento de estos derechos sociales como principios generales del ordenamiento comunitario, plasmados ya en la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales-, el Tribunal no va a seguir -repito, al menos a mi juicio- una senda ni tan siquiera equidistante entre ambos grupos derechos, en un intento de garantizar una concordancia práctica entre los mismos²⁵. Muy al contrario, desde una perspectiva unidireccional, que pretendía asegurar ante todo la eficacia real de las libertades comunitarias -calificadas, estas sí, como “principios fundamentales de la comunidad” -, va a bordar estos derechos sociales de acción colectiva bajo la lógica y los requisitos generales de cualquier otra limitación a estas libertades económicas, olvidando, repito al menos en mi opinión, el carácter fundamental de los mismos y provocando con ello el establecimiento de límites novedosos y ciertamente duros a unos derechos fundamentales que quedarían así, por exigencia de la primacía comunitaria, extraordinariamente limitados, al menos en aquellas ocasiones en las que intentaran tutelar a los trabajadores afectados por el ejercicio transnacional de cualquiera de estas dos libertades²⁶.

Obviamente no voy a entrar aquí a recordar con detalle estas exigencias y requisitos²⁷ que provocaron incluso modificaciones legales en algunos países como Suecia. Lo que

²² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05), *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union*, (ECLI:EU:C:2007:772).

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05), *Laval un Partneri*, (ECLI:EU:C:2007:809).

²⁴ Aunque desde una vertiente algo distinta, estas dos sentencias suelen completarse con la mención a otras dos resoluciones algo más tardías, las Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de junio de 2008 (C-319/06), *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo y (Sala Segunda) de 3 de abril de 2008 (C-346/06), Dirk Ruffert contra Land Niedersachsen*.

²⁵ A diferencia, por cierto, de lo ocurrido en otras resoluciones anteriores en las que las libertades comunitarias entraron en conflicto con otros derechos fundamentales como, por ejemplo, la libertad de manifestación. Véase en este sentido Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003 (C-112/00), *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra Republik Österreich*. Para el Tribunal en este caso sí resultó necesario “ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses”.

²⁶ Se coincide, por tanto, con RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Libre prestación...”, cit. p. 40-41 a quien se remite para un mayor aporte bibliográfico, en especial, pp. 52 y sig. o CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo...”, p. 75 que se refiere expresivamente a un “equilibrio puramente formal, no material”.

²⁷ Básicamente en el caso *Viking* -derecho de establecimiento- se exigía la comprobación de si -finalidad legítima- “los empleos o las condiciones de trabajo de los miembros de ese sindicato que pudieran verse afectados por el cambio de pabellón estaban comprometidos o seriamente amenazados”; en segundo lugar -adecuación y proporcionalidad-, si la medida de conflicto colectivo adoptada por este sindicato era adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no iba más allá de lo necesario para lograrlo lo que obsérvese, y, en tercer lugar, y es aquí donde se aprecia lo singular de esta ponderación, que el sindicato “no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada... y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida”. Como acertadamente señala CABEZA PEREIRO, J. “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 78, -a quien se remite para un análisis crítico de estas exigencias-, de ello se deduce que a ojos del Tribunal “el mero ejercicio del derecho de huelga no constituye una finalidad legítima”.

en cambio sí me interesa destacar es, en primer lugar, las más que serias dudas que esta misma doctrina suscitó en otros organismos internacionales como el Comité Europeo de Derechos Sociales²⁸. En segundo lugar, los posibles problemas que, llegado el caso, podrían volver a plantearse en relación con las competencias del Tribunal de Justicia y de los Tribunales Constitucionales nacionales cuando se aborde la posible imposición de estos límites “europeos” al ejercicio de derechos fundamentales o constitucionales como el de huelga²⁹. Y finalmente, en tercer lugar, el temor a que la admisión por esta misma jurisprudencia de la posible imposición de indemnizaciones en el caso de violaciones de las libertades económicas pudiera añadir, al ya amplio arsenal empresarial, un nuevo instrumento de presión, fuertemente desincentivador de este tipo de conflictos, en un área cada vez más amplia de la actividad económica como es la libre prestación de servicios transnacionales.

La preocupación mostrada a este respecto por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ante los “significativos efectos restrictivos” “que esta doctrina... probablemente tendrá... en el ejercicio de este derecho” y la propia experiencia en casos como el de BALPA³⁰, o IAG y BA contra SEPLA, demuestran los riesgos abiertos por una jurisprudencia que, tras el fracaso de la Propuesta de Reglamento sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios³¹, pareció sostenerse implícitamente por el Tribunal de Justicia, al menos en *Fonship*³².

En este contexto, no creo, si me lo permiten, que el nuevo contenido del art. 1 bis Directiva 96/71 -tal como fue fijado por la Directiva 2018/957 de 28 de julio-, o la regla similar que igualmente contempla el art. 1.2 de la Directiva 2014/67³³ puedan suponer

no es objeto de protección en su propia identidad, al analizarse aquí sus fines a diferencia de los que aconteció, por ejemplo, en relación con otras libertades constitucionales “clásicas”, como ocurrió en el caso *Schmidberger*, citado supra en nota al pie 24.

²⁸ Paradigmática de esta diversidad de posturas es, al menos a mi juicio, la Resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales de 3 de julio de 2013, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contra Suecia, reclamación nº 85/2012, que expresamente señala cómo: “Las normas jurídicas relativas al ejercicio de las libertades económicas establecidas por los Estados partes directamente (derecho interno) o indirectamente (a través de la legislación de la Unión Europea) deben interpretarse de manera que no imponga restricciones desproporcionadas al ejercicio de los derechos de los trabajadores tal como aparecen, no sólo en la Carta, sino también en las leyes nacionales, en la legislación de la Unión Europea y en otros instrumentos normativos internacionales vinculantes. Las normas nacionales y comunitarias que regulan el ejercicio de estas libertades deben interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta la importancia fundamental del derecho de los sindicatos y de sus miembros a esforzarse por proteger y mejorar las condiciones de vida y de empleo de los trabajadores, así como a tratar de garantizar la igualdad de derechos... independientemente de su nacionalidad o por cualquier otro motivo.” Sobre el tema puede consultarse STARGOS, P., “Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social Derecho social Internacional y Comunitario*, 2018, n. 13., p. 153-154.

²⁹ En general, sobre estos riesgos APARICIO TOVAR, J., “Un Pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 79, p. 235. Desde una perspectiva más amplia, sobre estos problemas RRIPOLO CARULLA, S., “Los derechos fundamentales, parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2023, n. 74, p. 24 y sig. En el fondo, lo que se plantea, como acertadamente recuerda CABEZA PEREIRO, J., “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 71, “no debería caber que, a través de la ventana del libre establecimiento o de la libre prestación de servicios, se desvalije el patrimonio de los derechos sociales colectivos”.

³⁰ Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe del Comité de Expertos sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones*, 99ª Reunión, 2010, p 220 y sig.

³¹ COM (2012) 130 final, conocido habitualmente como Monti II por su relación con el Reglamento (CE) nº 2679/98 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998. Una visión crítica del mismo en CASTELLI N., “Derecho de huelga en el espacio europeo y la propuesta de regulación Monti II”, *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 59, p. 159 y ss. Sobre el tema nos remitimos igualmente al estudio de MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. “Derechos colectivos de los trabajadores desplazados: situación de statu quo salvo reforma de los tratados UE” en AAVV., *La lucha contra la precariedad y las reformas en materia de desplazamientos temporales de los trabajadores*, (PÉREZ GUERRERO, M.L. QUINTERO LIMA, M.G directores), 2020, Editorial Laborum, p. 164 y ss.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de julio de 2014 (C-83/13), *Fonship A/S*, (ECLI:EU:C:2014:2053).

³³ Y de acuerdo con las cuales ambas directivas no afectarían en modo alguno “al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de

un cambio en la posición en este punto del Tribunal. Ambas directivas evidentemente no alteran el ejercicio de ese derecho, pero tampoco lo salvaguardan o lo hacen inmune cuando vuelvan a entrar en conflicto con las libertades económicas europeas.

Y de la misma manera, tampoco creo que el actual reconocimiento a la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, actualmente con el mismo valor jurídico que los propios Tratados, garantice al derecho de huelga recogido en el artículo 28 una inmunidad o, al menos, una interpretación más equilibrada cuando su ejercicio entre en conflicto con otras libertades europeas. Y ello ya que, no se olvide, este reconocimiento se hace literalmente “de conformidad con el derecho de la Unión”. De ahí que a pesar de las reglas interpretativas del artículo 52.3 y 4 -interpretación en armonía con las tradiciones nacionales y de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos- sea bastante probable que, en caso de reiterarse este supuesto, el Tribunal de Justicia asuma su doctrina anterior, interpretando este derecho en las condiciones y dentro de los límites que para el ejercicio de los mismos se derivan de los propios Tratados -art. 52.2 CCDFUE-³⁴.

De hecho, esta línea es la que parece haber seguido el Tribunal en una fecha relativamente reciente cuando al hilo de la impugnación húngara a una de las dos Directivas antes mencionadas señaló expresamente que: “aunque esta disposición indica que la Directiva 96/71 modificada «no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión... esta Directiva no tiene como consecuencia en absoluto que el ejercicio de esos derechos no quede sujeto al Derecho de la Unión. Bien al contrario, por cuanto hace referencia a los derechos fundamentales reconocidos a escala de la Unión, esta Directiva establece implícitamente que el ejercicio de los derechos a emprender acciones colectivas de los trabajadores, en el contexto de un desplazamiento de trabajadores sujeto a las disposiciones de la Directiva 96/71 modificada, debe ser apreciado con arreglo al Derecho de la Unión, tal como lo ha interpretado” obsérvese “el Tribunal de Justicia”³⁵.

Por tanto, la aparente mitigación de este debate en el ámbito incluso doctrinal no estaría causada, al menos a mi juicio, por el impacto que sobre el mismo hayan podido tener estas nuevas normas derivadas, o el nuevo valor jurídico otorgado a la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales y, por tanto, a su artículo 28. Ambos elementos se habrían mostrado ineficientes -al menos para el Tribunal y por el momento- para provocar un cambio radical de orientación o de equilibrio en la posible colisión de estos derechos. Por ello parece probable, o al menos esa es mi opinión, que la cierta postergación incluso doctrinal de estas cuestiones se deba más al impacto sobre el control y las exigencias sociales que, tras las reformas normativas desarrolladas al hilo de Pilar Europeo de Derechos Sociales han abordado la materia de desplazamientos transnacionales, que a la incorporación real de un elemento normativo que obligue al Tribunal a analizar la cuestión desde una perspectiva que busque no ya solo una concordancia práctica entre ambos derechos, sino que incluso reconozca el valor del derecho de huelga en la tradición cultural occidental como instrumento básico en la lucha por la igualdad material y el pleno ejercicio de buena parte de los demás derechos sociales.

huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales”; del mismo modo que tampoco afectarían “al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales”.

³⁴ Esta misma era la previsión -al menos a corto plazo- de CABEZA PEREIRO, J., “Huelga, conflicto colectivo...”, cit., p. 74.

³⁵ Sentencia Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de diciembre de 2020, (C-620/18) Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (ECLI:EU:C:2020:1001).

De ahí, y con ello concluyo este primer “tema”, que quizás fuese no solo pertinente, sino incluso necesaria la posible incorporación al Tratado de un Protocolo de Progreso Social - como de hecho, ha propuesto recientemente la Conferencia sobre el Futuro de Europa³⁶- que asegure esta preeminencia de los derechos sociales y, desde luego del de huelga, sobre los simples derechos económicos³⁷. Algo que, por cierto, debe recordarse al hilo las posibles implicaciones que podría tener la propuesta de derogación del Reglamento (CE) 2679/98 del Consejo de 7 de diciembre de 1998 en el marco de la propuesta de un Instrumento de emergencia del mercado único³⁸. Pero sobre ello, me imagino, hablaremos a lo largo del posible debate.

4. DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y DERECHOS DE ACCIÓN COLECTIVA

En cualquier caso, no son solo estos cambios en el contexto europeo los que han impactado con fuerza sobre el marco regulatorio y la aplicación efectiva del derecho de huelga y de las medidas de acción colectiva. Seguramente aún más importante, al menos desde una perspectiva práctica y cuantitativa, es un segundo vector, no estrictamente jurídico, pero que sin duda se encuentra en el epicentro de buen parte de los cambios más importantes que ha experimentado nuestro sistema de relaciones laborales durante estos últimos años; esto es, la progresiva informatización y digitalización del sistema productivo y con él, obviamente, de las relaciones laborales³⁹.

En este sentido, existe un amplio consenso al destacar como esta masiva incorporación al sistema económico, al mundo del trabajo y a la propia estructura y gestión empresarial de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente durante estos últimos años de los algoritmos -la conocida como gestión algorítmica- estaría en la raíz de una gran parte, sino de casi todos los cambios que de una forma acelerada están sufriendo tantos los sujetos como los restantes elementos de nuestro sistema de relaciones laborales. Unos cambios no solo intensos sino también extensos, que abarcan prácticamente a todas y cada una de las facetas del mercado de trabajo, hasta llegar a sostener la existencia de una nueva revolución industrial con todo lo que ello supone de cambio radical en todas y cada una de estas facetas.

Pues bien, como se comprenderá resulta imposible abordar aquí todas las cuestiones que esta evolución plantea. De ahí que por simple brevedad centre mi atención en aquellos aspectos que, al menos a mi juicio, resultan más novedosos o que presentan en la actualidad una mayor dificultad o controversia jurídica en relación con su impacto sobre las medidas de acción colectiva o, más genéricamente, sobre el derecho de huelga y la actividad sindical.

³⁶ Véanse las propuestas 13.5 -“Tomar medidas para garantizar que los derechos sociales se protejan por completo en caso de conflicto con las libertades económicas, incluso mediante la introducción de un protocolo de progreso social en los Tratados- y 14 en el Informe sobre el Resultado Final. Mayo de 2022, p. 189 y sig.

³⁷ Sobre el mismo, por todos, véase el interesante trabajo de GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M. A. “El Protocolo Europeo para el Progreso Social. Vicisitudes y actualidad de una propuesta para fortalecer la dimensión social de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 86, p. 221 y sig.

³⁸ La propuesta de la Comisión de septiembre de 2022 en COM (2022) 459 final. Sobre el tema, muy recientemente, BORETTI, S., “La retórica de los derechos fundamentales sin democracia económica en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social*, 2023, n. 102, p. 18-19.

³⁹ Sobre el tema, por todos, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 93 y sig. Igualmente son de un alto interés las reflexiones de GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos...*, cit., p. 15 y sig., en general, y 25 y sig. en relación específicamente con el conflicto colectivo.

4.1. Derecho de huelga o acción colectiva y empleo(s) autónomo(s)

Pues bien, la primera de estas cuestiones se centra, como fácilmente se comprenderá, en la situación jurídica del autónomo. Y ello ya que en una economía del conocimiento, en la que cada vez se contrata más por el know-how individual que se atesora y no por la mera capacidad de repetir prestaciones simples, ampliamente robotizadas, y en la que el acceso a determinados medios de producción se ha socializado y generalizado, existe una clara presión por normalizar, ampliar, pero también por extender la base subjetiva del trabajo autónomo, con todo lo que ello conlleva de progresiva centralidad, pero también de progresiva fragmentación y diversidad, en el propio concepto de autónomo.

Desde estas premisas, esta focalización en el empleo autónomo y la creciente diversificación del trabajo por cuenta propia han vuelto a poner de actualidad su situación ante las medidas de acción colectiva y, en especial ante la huelga o, si se prefiere, el cese, el boicot o simplemente la interrupción de las prestaciones colectivamente concertada por los sujetos que conforman este colectivo. Y ello, singularmente, cuando esta medida no tenga como finalidad ejercer una presión sobre los trabajadores asalariados a su servicio -en muchas ocasiones prácticamente inexistentes-, sino, muy al contrario, cuando con la misma lo que se pretende es ejercer esta misma presión ya sea ante su o sus escasos clientes o frente al poder público, reclamando mejoras en aspectos comerciales o incluso de régimen fiscal o administrativo. Las conocidas “huelgas” -y el uso del término ya resulta significativo- de taxistas, transportistas o repartidores y distribuidores de prensa serían buena muestra de lo que decimos.

Pues bien, en este punto la visión tradicional, asumida básicamente tanto por el RDLRT como, de forma aún más clara, por la STC 11/81 era clara, tajante e incluso, si se nos permite, inequívoca: los autónomos como colectivo genérico e indiferenciado no serían titulares del derecho de huelga reconocido constitucionalmente al carecer, por su propia definición, de una contraparte dotada de poder de dirección ante la cual ejercerlo⁴⁰. En este sentido, y en palabras del Tribunal Constitucional, la cesación en la actividad de este tipo de personas, siempre que la “actividad empresarial o profesional fuera libre”, se podría realizar sin necesidad de que ninguna norma les concediese derecho alguno. Cuestión distinta, continuaba el TC, eran las hipotéticas consecuencias que podrían generarse ante las previsibles violaciones de la concesión o del concreto régimen jurídico-administrativo del que se tratase. Unas consecuencias estas a las que, nos atreveríamos a añadir nosotros, debieran unirse las posibles sanciones derivadas de conductas que podrían encajar en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia o en los art. 101 y siguientes del TFUE⁴¹.

Obsérvese, por tanto, que, para aquella primera jurisprudencia de nuestro Más Alto Tribunal, este tipo de acciones colectivas por parte de cualquier colectivo de autónomos parecería escapar de toda tutela constitucional, rigiéndose básicamente por su simple marco contractual, público o privado o, todo lo más, como manifestación de su genérica libertad de empresa (art. 38 CE)⁴². El Tribunal ni tan siquiera suscita su posible incorporación entre las medidas de acción colectiva del artículo 37 CE que parecía quedar limitadas al ámbito laboral y no a las dirigidas a tutelar otros intereses que se focalizan en el autónomo, como los aspectos fiscales o administrativos⁴³.

⁴⁰ Esta misma lógica de ausencia de contraparte ante la que ejercer sus funciones subyace también en relación con la regulación contemplada en la Ley Orgánica de Libertad Sindical -STC 98/1985, de 29 de julio, (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985, ECLI:ES:TC:1985:98)-.

⁴¹ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 96.

⁴² Véase RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente dependiente en la actualidad”, *Temas Laborales*, 2022, núm. 164, p. 141.

⁴³ En cambio, postulando su incorporación por esta vía cuando la convocatoria sea realizada, especialmente, por asociaciones profesionales véase el interesante trabajo de BAZ RODRÍGUEZ, J. “La organización y actuación

De hecho, debe destacarse como, al menos en aquel momento, no nos encontraríamos ni tan siquiera ante una auténtica libertad que, por utilizar el esquema seguido en el tratamiento histórico de la huelga, supondría el reconocimiento de un espacio libre de intervención sancionadora pública, aunque sometido a la hipotética responsabilidad “contractual” o inter-partes. Muy al contrario, la consideración de estos sujetos como agentes económicos, excluidos por tanto de la excepción constitucional que supone la autonomía colectiva⁴⁴ -la famosa excepción Albany⁴⁵ en el marco comunitario- conduciría, en la inmensa mayoría de ocasiones a una responsabilidad administrativa, extensiva a sus propias organizaciones que a estos efectos no podrían ampararse en su lícita actividad asociativa⁴⁶.

Pues bien, esta primera línea, como decimos, ha sido la que, al menos hasta el momento, ha parecido seguir mayoritariamente la doctrina científica⁴⁷ y la propia jurisprudencia, al menos de la Sala de lo Contencioso de nuestro Tribunal Supremo⁴⁸. Y ello ya que para esta doctrina y esta jurisprudencia este colectivo estaría excluido sin más del derecho de huelga, rechazando incluso su simple consideración como titulares de una mera libertad de boicot al amparo del art. 37 CE. La ausencia de una regulación específica que reconociera una clara excepción a estas reglas de la competencia y una visión quizás excesivamente monolítica y formal en cuanto a la calificación de la relación jurídica habría llevado a nuestro más alto tribunal a considerar así que el simple boicot planteado o recomendado por una Asociación sindical -en aquel supuesto, de Transportistas Autónomos- para no prestar servicios a una determinada empresa (naviera en aquel caso) “debe considerarse una práctica colusoria prohibida por las normas de competencia y no puede quedar amparada por el derecho de asociación”⁴⁹. Literalmente, y para esta jurisprudencia, tales actuaciones no implicarían:

“el ejercicio de una acción sindical colectiva en defensa de las condiciones laborales de los trabajadores, pues la recomendación, en este caso, no está dirigida a unos trabajadores por cuenta ajena en defensa de sus condiciones laborales, sino a unos trabajadores autónomos, que en cuanto titulares de sus propios medios de producción y actuando en el mercado por cuenta propia son, en principio, competidores entre sí, dirigida a ejercer un boicot a una empresa concreta que podría haber sido potencial cliente de cualquiera de ellos”.

El problema, como ya avanzábamos, es que si bien esta lógica podría parecer absolutamente inatacable en el caso de empresas o de lo que podríamos denominar

colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2011, núm. 149, p. 86.

⁴⁴ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov, (asuntos acumulados (C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428.

⁴⁵ STJ de 21 de septiembre de 1999, Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, asunto C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430.

⁴⁶ Véase sobre esta posibilidad RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente...”, cit., p. 143-144.

⁴⁷ Para una recapitulación de las distintas posiciones doctrinales puede acudir a RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente...”, cit., p. 143 y DESDENTADO BONETE, A., “El traje nuevo del emperador. Sobre la legislación simbólica en el Estatuto del Trabajo autónomo”, *Revista de Derecho Social*, 2008, núm. 44, p. 22-23 quien si bien suscita dudas en relación con el autónomo dependiente concluye con la doctrina mayoritaria rechazando esta posibilidad. En una línea más matizada, aunque rechazando que pueda hablarse de “huelga”, al menos mientras se mantuviese la doctrina del TC, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Revista de Derecho Social*, 2008, núm. 42, p. 28.

⁴⁸ STS núm. 1516/2018 de 19 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3622, RJ 2018/4698). En esta misma línea y sobre el mismo caso véanse igualmente SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 1497/2018, de 10 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3631, RJ 2018/4696) y de 19 de junio 2018 (rec. 3055/2017, RJ 2018, 3718).

⁴⁹ Un amplio estudio de la misma en RUIZ SAURA, J.E., “Huelga y trabajo autónomo económicamente...”, cit., p. 144 y sig.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Vulneración de las normas sobre competencia por parte de una asociación de autónomos que incita al boicot. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de octubre de 2018 (recurso de casación núm. 4389/2017)”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, núm. 1.

autónomos tradicionales -por ejemplo, los que prestan servicios a una multitud de clientes con su propia organización y medios materiales y humanos-, no lo es tanto, o más bien, no lo es en absoluto, si salimos de la zona de certidumbre tradicional y avanzamos en la compleja tipología que hoy presenta el género de autónomos.

No parece necesario detenernos aquí a recordar cómo también en este ámbito se ha producido una profunda transformación y fragmentación de este colectivo, no ya solo en lo social y en lo económico, sino incluso en el plano legal, dando lugar a una extensa variedad de tipos y subtipos netamente diferenciados y frente a los que esta única y uniforme conclusión podría parecer, quizás, algo desfasada o incluso inadecuada a la realidad material que subyace en la misma.

En este sentido, no está de más recordar cómo incluso en el simple plano legal, esta dispersión y diferenciación del antes monolítico autónomo comenzó relativamente pronto en nuestro sistema, cuando la Ley Orgánica de Libertad Sindical otorgó un régimen singular a los trabajadores por cuenta propia que no tuvieran trabajadores a su servicio, al reconocerles el derecho a afiliarse a organizaciones sindicales, aunque no, ciertamente, a constituir organizaciones de este tipo que tuvieran precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares. Y como, más de veinte años después, esta diferenciación se profundizó con la aprobación del Estatuto del Trabajo Autónomo que procedió a subdividir aquel colectivo de autónomos sin empleados, otorgando un régimen singular a aquellos que, entre otros requisitos, dependieran económicamente de un cliente (TRADE). Y todo ello, claro está, por no hablar, en tercer lugar, de los “productores autónomos” que aparentemente acuden a nuevos mercados de servicios articulados a través de unas plataformas digitales que, sin embargo, y al menos en bastantes ocasiones, condicionaban o conformaban de tal forma su prestación que difícilmente cabe no hablar de subordinación, máxime ante el control realizado a los mismos, por mucho que este pretendiera trasladarse a las simples valoraciones de los usuarios⁵⁰.

En cualquier caso, lo que más me interesa destacar ahora es que, a pesar de las dudas de un sector de la doctrina, la posición mayoritaria entre nuestros autores fue que estos reconocimientos legales, en especial los contemplados en el art. 19 LETA no habrían supuesto un cambio sustancial de la posición originariamente sostenida ni por el Tribunal Constitucional ni, como hemos visto, por el propio Tribunal Supremo. A pesar del reconocimiento expreso de un derecho de los autónomos y de sus organizaciones a la “actividad colectiva de defensa de sus intereses”, lo cierto es que el peso de la doctrina constitucional, unida a las diferencias con las propuestas iniciales de las propias organizaciones, y la ausencia de una referencia específica a estas cuestiones entre las causas de suspensión legal de la relación, llevó a interpretar, repetimos, mayoritaria que no monolíticamente, que el carácter no rupturista de la LETA debería reconducir estas actuaciones colectivas a derechos generales como los de manifestación u otros que genéricamente se tienen como ciudadanos, pero no, desde luego, al derecho de huelga, reservado nuevamente para los trabajadores asalariados⁵¹.

Este era y es, en esencia, el marco legal actualmente vigente, Otra cosa es que el mismo y su diversidad no sean sino el tardío y seguramente insuficiente reconocimiento de una evidente segmentación y diversificación social y económica de un colectivo que, a estas alturas de nuevo siglo, difícilmente podía ser considerado como monolítico y

⁵⁰ Recuérdese la tantas veces mencionada STS (Sala de lo Social) núm 805/2020, de 25 de septiembre de 2020 (rec. 4746/2019, - ECLI:ES:TS:2020:2924). Fruto de todo este proceso, como se recordará, fue la incorporación de una presunción de laboralidad para las labores de reparto o distribución de productos de consumo o mercancías articuladas mediante la gestión algorítmica en la DA 23 del ET por la Ley 12/2021 de 28 de septiembre.

⁵¹ En este sentido, por mencionar solo uno, MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Arazandi, 2019, p. 196.

uniforme. Por ello, personalmente creo que seguir manteniendo esta unidad y, sobre todo, aplicar a todo este colectivo reglas únicamente pensadas para una parte cada vez más reducida de los mismos, podría conducir a resultados bien conocidos por el derecho del trabajo, aunque este sea de hace muchos, casi de sus mismos orígenes; situaciones en las que, obsérvese, no ya la ausencia de derechos colectivos, sino incluso la utilización de las leyes sancionadoras de “tutela de la concurrencia individual al mercado” -si me lo permiten, los tipos decimonónicos de coaligación para encarecer “abusivamente” el precio del trabajo, en este caso, autónomo- permitían no ya tanto la negociación real entre oferta y demanda, sino la simple imposición de condiciones por quien detenta poder sobre quien no lo detenta, aunque estos últimos fuesen poseedores de unos medios de producción, cada vez de un menor valor económico, y organizarasen de forma “autónoma” -ante la progresiva cualificación intelectual de las prestaciones- su actividad.

Por todo ello, y en un contexto caracterizado por la progresiva diversidad de poder contractual, ante colectivos y grupos que aun siendo autónomos, carecen realmente de poder negociador, y ante situaciones de desequilibrio contractual en donde el que detenta poder se limita a permitir la mera subsistencia de quien no lo tiene, imponiendo unilateralmente condiciones a personas que sociológicamente cada vez se parecen más a los trabajadores asalariados, considero que la aplicación, sobre todo, de reglas de “tutela de la competencia (individual)” que impidan la conformación y manifestación de un auténtico poder negociador acudiendo al momento colectivo podría parecer no solo desfasada, sino incluso inadecuada en un Estado social o, si se nos permite, ante una economía social de mercado. Ante esta nueva realidad creemos que era y es necesario un cambio de lógica que permita adaptar aquella vieja concepción jurídica a esta nueva realidad social y, recuérdese, también económica⁵².

Pues bien, seguramente es este cambio de perspectiva -anticipado aun parcialmente por alguna sentencia del Tribunal de Justicia⁵³- es el que subyace en la reciente y a mi juicio ciertamente importante Comunicación de la Comisión de 30 de septiembre de 2022 sobre Directrices para “la aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados”⁵⁴.

Es cierto, y podrá señalarse, que este documento se mueve en un plano distinto al del reconocimiento de derechos colectivos, centrado únicamente en el análisis de este tipo de acuerdos desde el derecho de defensa de la competencia y, por tanto, de la posible aplicación o no de su aparato sancionador. Pero obsérvese que, más allá de esta cuestión

⁵² En esta misma línea, creo, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 97 y 95: “la tradicional reserva del derecho de huelga, y de los derechos sindicales en general, a los trabajadores subordinados. La mentada pérdida de nitidez de los confines del contrato de trabajo conduce a la aparición en sus alrededores de trabajadores autónomos de débil posición contractual y, por tanto, con necesidades de tutela colectiva similares a las existentes en el caso de los prestadores de servicios subordinados”. De hecho esta lógica ya era destacada hace veintitrés años por CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M., “El Trabajo autónomo y el Derecho de Trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2000, Tomo I, núm. 7/8 (LA LEY 6071/2002): “La admisibilidad de acciones conflictivas o huelguísticas más allá del trabajo subordinado puede encontrar fundamento en que se dan las mismas razones de subprotección o debilidad económica y desigualdad contractual individual que justifican el uso de la presión por los trabajadores por cuenta ajena a través de la forma de autotutela que es la huelga. Por ello, se aboga por la consideración de la posibilidad del ejercicio de acciones de autotutela de los trabajadores autónomos como una libertad constitucionalmente protegida (SANTONI)”.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411. Sobre los límites de esta a efectos de protección de los autónomos económicamente dependientes, DE STEFANO, DE STEFANO, “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, en *Industrial Law Journal*, 2017 Vol. 46, No. 2, p. 194.

⁵⁴ (2022/C 374/02). Esta iniciativa se puso en marcha en junio de 2020. En enero de 2021 la Comisión realizó una evaluación inicial de impacto y tras consulta pública se elaboró un documento de trabajo ciertamente interesante -SWD (2022) 321 y 322 final- en especial por sus referencias al derecho comparado. Sobre estas Directrices véase el muy interesante y reciente trabajo de BENAVENTE TORRES, I., “La negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas vulnerables”, en *Temas Laborales*, 2023, núm. 168, pág. 447 y sig.

-por lo demás, plenamente comprensible si se recuerda, nuevamente, que la Unión carece de competencias en materia de derecho de asociación, libertad sindical, huelga o cierre patronal-, parece indudable que esta destipificación material en el plano administrativo de determinados acuerdos, integrándolos de facto en la excepción Albany, no solo reduce el aparato sancionador frente a este tipo de comportamientos, sino que también refleja -al acoger, obsérvese, la misma distinción cuatripartita que antes hemos destacado- una serie de factores y realidades sociales que, quizás, debieran hacernos reflexionar sobre los límites de estas actuaciones respecto a determinados colectivos de autónomos.

No podemos detenernos aquí a analizar con detenimiento este extenso y complejo documento. Pero sí recordar al menos como, en primer lugar, la Comisión limita su atención sobre los autónomos que dependiendo de su trabajo personal no tengan empleados a su servicio. Y ello al considerar expresamente que incluso a pesar de su consideración como autónomos, algunas de estas personas “pueden no ser totalmente independientes de su comitente o pueden carecer de poder de negociación suficiente”, especialmente ante la reciente “evolución del mercado laboral”. De hecho, es esta carencia de poder contractual individual -que, eso sí, deberá analizarse en función de las circunstancias, aunque se presumirá, como veremos, en algunos casos⁵⁵-, la que va a llevar a declarar que tanto estos acuerdos sobre las condiciones de trabajo o de empleo⁵⁶, como las posibles actuaciones de coordinación previas, necesarias y proporcionadas para su consecución no estarían incluidas en el art. 101 TFUE, al menos en aquellos casos en los que exista un claro desequilibrio en el poder de negociación y siempre que se cumplan las condiciones y se respeten los ámbitos previstos en la mencionada Comunicación.

Pero es que además, y en la misma senda clasificatoria antes señalada, este mismo documento va a distinguir expresamente dentro de este mismo colectivo de autónomos sin empleados, al “subgrupo” compuesto por los autónomos económicamente dependientes -exigiendo, eso sí, a nivel europeo que dichas personas reciban en promedio al menos del 50% de sus ingresos totales por rendimiento de trabajo de una sola contraparte- para señalar como en estos casos tales “convenios” quedarían directamente excluidos del art. 101 TFUE al considerarse que, en general, estas personas carecerían, por su singular circunstancia, del poder negociador suficiente al que antes hacíamos referencia.

En tercer lugar, esta misma Comunicación va a plantear, aunque sea con una terminología singular, la figura del autónomo que “realizan tareas idénticas o similares “codo con codo” con trabajadores por cuenta ajena. Y ello para señalar que estos sujetos -que en nuestro país seguramente se considerarían falsos autónomos-, podrían no solo negociar convenios excluidos del art. 101 TFUE, sino también ser incluidos en convenios conjuntos con el personal laboral, en una evolución de posible tratamiento conjunto que no deja de recordar lo que finalmente aconteció con funcionarios y laborales en los acuerdos mixtos en el ámbito de las Administraciones Públicas⁵⁷.

Y finalmente, no deja de ser llamativo cómo la propia Comunicación va a dedicar una sección singular al cuarto colectivo antes mencionado; esto es, a los prestadores de servicios físicos a través de plataformas digitales de trabajo que organicen el trabajo

⁵⁵ Cuando las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados negocien o celebren convenios colectivos con una o más contrapartes que representen a todo un sector o industria o cuando se celebre con empresas de más de diez empleados (individual o conjuntamente) o cuyo volumen anual de negocios sea superior a dos millones de euros.

⁵⁶ Literalmente se incluyen convenios sobre cuestiones como “la remuneración, recompensas y primas, el tiempo de trabajo y los modelos de trabajo, las vacaciones, los permisos, los espacios físicos en los que se desarrolla el trabajo, la salud y la seguridad, los seguros y la seguridad social, y las condiciones en las que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados tienen derecho a dejar de prestar sus servicios o en las que la contraparte tiene derecho a dejar de utilizar los servicios de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados”.

⁵⁷ Sobre experiencias previas, tipología de cláusulas y problemas que esta posibilidad plantea véase, BAZ RODRÍGUEZ J., “La organización y actuación colectiva...”, cit., p. 74.

realizado por personas físicas. Pues bien, tras destacar el progresivo reconocimiento a nivel nacional del carácter subordinado de muchos de estos falsos autónomos, ya sea judicialmente o mediante presunciones legales⁵⁸, la Comunicación -claramente conectada con la propuesta de directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en las plataformas digitales- va a concluir señalando cómo tampoco en este caso los acuerdos entre estos sujetos y las plataformas de trabajo digitales entrarían en el ámbito de aplicación del art. 101 TFUE, adelantando la inactividad en este ámbito y sentido de la propia Comisión.

Pues bien, con todas estas premisas y marcos de reflexión, creo que resulta más que razonable retomar de nuevo aquella monolítica doctrina que en un principio mencionábamos para plantearnos si esta división social, pero también legal, entre autónomos no debiera también conducirnos al reconocimiento expreso, al menos para algunos de ellos, no ya solo de ciertas zonas de libertad en su acción colectiva, sino también y dando un paso más allá, de un cierto y deseable derecho a las mismas -llámese boicot, acuerdo de coaligación o, simplemente huelga- con todo lo que ello supondría en el tránsito de la simple destipificación sancionadora a un auténtico derecho a suspender su relación y, por tanto, a excluir las posibles consecuencias contractuales frente a su cliente.

Pues bien, creo que en este ámbito la propia Comunicación de la Comisión, que enlaza además con otras resoluciones de órganos como el Comité Europeo de Derechos Sociales⁵⁹, que implícitamente asume una 'nueva realidad en la que una parte significativa de los autónomos, bordean o caen incluso en la pobreza de la ocupación'⁶⁰, debieran orientarnos hacia una propuesta de regulación que sostuviera en este campo la existencia por un lado, de dos claras zonas de certidumbre, una positiva y otra negativa, a las que se uniría una tercera zona, ciertamente amplia, de relativa incertidumbre y, al menos, de una cierta insatisfacción sobre su actual marco legal. Intentaremos explicarnos.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la zona de certidumbre negativa parece evidente que los autónomos que hemos clasificado como tradicionales, con trabajadores a su cargo o que prestan servicios a múltiples clientes con unos medios de producción de indudable trascendencia económica, carecerían claramente de este derecho de huelga o de simple acción colectiva, al no existir razón alguna para asignarles un régimen jurídico distinto al que reconoció por aquella primera jurisprudencia constitucional o el aplicado posteriormente por el mismo Tribunal Supremo. De ahí que cupiera seguir aplicándoseles, sin mayores trabas o complicaciones, todo el aparato sancionador o represivo propio del derecho de defensa de la competencia y al que antes hicimos referencia.

En cambio, parece igualmente obvio que cuando nos encontremos ante falsos autónomos ya sea por realizar la actividad laboral de manera indistinta con el resto de asalariados, o, por ejemplo, por la imposibilidad de refutar la presunción de laboralidad

⁵⁸ A nivel nacional véase lo señalado supra en la nota núm. 50. En el ámbito comparado pueden consultarse los estudios de HIEBL, C., "Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions (September 5, 2022), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3839603> y "The classification of platform workers in case law: a cross-European comparative analysis", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2020, Tomo 42, N.º 2, p. 465 y sig.

⁵⁹ Sobre la no adecuación a la Carta Social europea de una prohibición del derecho a la negociación colectiva por la normativa de la competencia (irlandesa en aquel caso) véase Comité Europeo de Derechos Sociales, decisión sobre el fondo de 12 de septiembre de 2018, Congreso Irlandés de Sindicatos (ICTU) contra Irlanda, Complaint No.123/2016: "Al establecer el tipo de negociación colectiva protegida por la Carta, no basta con basarse en distinciones entre trabajadores y trabajadores por cuenta propia; el criterio decisivo es más bien si existe un desequilibrio de poder entre quienes proporcionan y contratan mano de obra. Cuando los proveedores de mano de obra no tienen una influencia sustancial sobre el contenido de las condiciones contractuales, se les debe dar la posibilidad de mejorar el desequilibrio de poder mediante la negociación colectiva".

⁶⁰ De hecho, es un dato bien conocido la amplia proporción de autónomos que estadísticamente caen en la pobreza ocupada. Sobre la misma nos remitimos a nuestros estudios previos sobre este concepto y el impacto de las reformas laborales durante la crisis de 2012 en su desarrollo.

de determinados trabajadores en plataformas, la regla debiera y debe ser la correcta calificación de la relación y, por tanto, el pleno reconocimiento del derecho de huelga, más allá de las peculiaridades que la implicación de las nuevas tecnologías pueden tener en el desarrollo de esta medida de acción colectiva -y sobre las que más tarde volveremos⁶¹-.

Finalmente, en la zona intermedia o de incertidumbre se encontrarían aquellos autónomos que, no siendo realmente trabajadores subordinados jurídicamente ni asalariados por cuenta ajena, no tienen trabajadores a su servicio, en especial cuando dependen económicamente de un único cliente, careciendo por tanto de un auténtico poder contractual que garantice efectivamente unas condiciones de trabajo y empleo justas. En estos casos parece claro, en primer lugar, que las posibles negociaciones e incluso las posibles presiones temporales ligadas a dicho proceso no deberían considerarse ya violaciones al derecho a la competencia -como, por cierto, reconoció en su momento alguna resolución de la Audiencia Nacional⁶²- con todo lo que ello supone de reconocer un espacio de libertad antes en absoluto garantizado. No otra solución creo que cabe extraer tanto de la Comunicación de la Comisión antes señalada, cómo, y sobre todo, por una simple aplicación de la propia doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales que, como ya hemos indicado, ha considerado una violación del derecho del art. 6.2 de la Carta una prohibición total de la negociación colectiva para todos los trabajadores autónomos especialmente cuando carezcan de poder contractual.

En cambio, y más allá de esta zona de “libertad” frente al derecho de la competencia, no parece que ninguno de ellos goce actualmente a un derecho legal de huelga o de acción colectiva entendida incisivamente, como potestad para colocar en suspenso las posibles obligaciones de prestaciones de servicio, con la correlativa eliminación de posibles consecuencias negativas derivadas de su inactividad concertada. Como ya avanzamos en su momento, ni el limitado reconocimiento de facultades afiliativas en la LOLS, ni la regulación establecida para el colectivo de los TRADE en la Ley 20/2007 reconocen expresamente este derecho⁶³, del mismo modo que tampoco se contempla

⁶¹ Véase en este sentido la STSJ Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2557/2020 de 16 junio (Recurso de Suplicación núm. 5997/2019, ECLI:ES:TSJCAT:2020:5752) sobre un supuesto de huelga en una plataforma de servicios por “productores” formalmente autónomos, posteriormente declarados como trabajadores subordinados.

⁶² Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de 8 de julio de 2002, (rec. núm. 0393/1999 que en un caso de conflicto entre una distribuidora y vendedoras de prensa confirmó la previa Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de febrero de 1999, expt. 434/98, declarando que: “No podemos afirmar que el cierre que dio origen al presente recurso tendiese objetivamente a restringir falsear o eliminar la libre competencia, pues en realidad, de las circunstancias concurrentes, negociación en curso, reparto de octavillas y fijación de carteles explicando las razones del cierre-, se desprende que la relevancia normativa de la conducta lo es una manifestación de conflicto laboral o sindical -no se olvide la posición de dominio de la actora-, por las discrepancias en el seno de una negociación. Es, objetivamente, un medio de defensa de los propios intereses utilizando medios legales en conflictos laborales -no corresponde ahora el estudio de las circunstancias del empleo de tales medios, pues no es cuestión que afecte a la libre competencia-. No hay pues tendencia objetiva a afectar la libre competencia. Pero tampoco la conducta, por las condiciones en que se produce, es apta para falsear el libre mercado. Efectivamente, un cierre de dos días no reviste aptitud para falsear la libre competencia. Ni tampoco el que se entre en contacto -como afirma la recurrente- con otras distribuidoras, pues esta última es una opción legítima ante, lo que a todas luces, son discrepancias en las relaciones jurídicas y económicas entre la actora y los vendedores de prensa”. De hecho, la resolución impugnada señalaba en este mismo sentido cómo “un acuerdo como el que hoy se trata tiene más parecido con una manifestación sindical, de las que pueden legalmente llevar a cabo los trabajadores de una empresa como medio de manifestar públicamente una protesta, que de un acuerdo entre empresarios apto para perjudicar la competencia que son los que la LDC prohíbe... es asimétrica y muy desequilibrada la relación existente entre el único oferente que hay (la distribuidora) y los numerosos pequeños vendedores que operan en él. En esas circunstancias, es lógico, y no es contrario a la competencia, que esos pequeños vendedores se asocien para poder negociar unas condiciones de la distribución que individualmente les son impuestas”.

⁶³ En este sentido puede consultarse el detenido estudio de ROQUETAS BUJR., “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional, en *Temas Laborales* 2012, núm. 114, p. 17 y 27 y sig. para quien, siguiendo la doctrina que hemos calificado como mayoritaria, al menos inicialmente, “La previsión del art. 19.4 LETA no puede entenderse, en consecuencia, como un soporte general para toda clase de acciones sindicales, ni puede servir para atribuir a los trabajadores autónomos derechos que, como el de huelga, el de negociación colectiva «laboral» o el de implantación de secciones y delegados sindicales, están limitados a los trabajadores asalariados”; cuando el art. 19.2.c) LETA “predica de las asociaciones el derecho a “ejercer la defensa y tutela colectiva de los inte-

como causa de suspensión de estos contratos civiles, mercantiles o administrativos, el ejercicio de estas huelgas o de medidas de presión colectivamente concertadas para la mejora de sus condiciones. Por tanto, y podríamos decir, de *lega data*, ninguno de estos colectivos tendría un auténtico derecho a suspender sus prestaciones como instrumento para presionar a la contraparte, salvo, claro está, que este derecho se contemplara como causa específica de suspensión en el concreto Acuerdo de Interés Profesional que les resultara de aplicación a tales TRADE⁶⁴.

Ante esta tesis, una primera vía sería postular una interpretación amplia del concepto de trabajador del art. 28 CE, especialmente en el caso de los TRADE. Para ello sería necesario resituarse en sus justos términos algunas de las afirmaciones de la jurisprudencia constitucional de 1981, lo que, siendo difícil, tampoco resultaría imposible⁶⁵. Y ello ya que la situación de dependencia económica, la falta de poder negociador individual y su progresiva asimilación social al trabajador asalariado serían argumentos que podrían fomentar una reinterpretación amplia que, dada la eficacia directa y horizontal de este precepto constitucional, podría solventar la tímida aproximación del LETA a los derechos colectivos de estos trabajadores, seguramente motivada por el temor, en aquel momento comprensible, a la normativa de defensa de la competencia.

Sin embargo, tampoco cabe olvidar que una interpretación de este estilo podría suponer la ampliación de este derecho no solo al ámbito de la relación contractual en donde por la disparidad de poder negociador, cobra pleno sentido como han resaltado los documentos y resoluciones europeos antes señalados, sino también a otras facetas administrativas, fiscales o mercantiles, en especial frente a los poderes públicos, en los que este reconocimiento quizás no fuera tan evidente. De ahí que posiblemente la solución más razonable sería reconocer expresamente este derecho en una norma legal, centrando su ámbito de aplicación al marco simplemente contractual; una solución que, al menos a mi juicio, y sin la amenaza de las normas sobre la competencia, no solo sería viable, sino incluso plenamente deseable⁶⁶.

4.2. Digitalización y nuevas formas de desarrollar la acción sindical y de prestar los servicios: sobre el trabajo a distancia y el trabajo a través de plataformas

En cualquier caso, resulta evidente que esta progresiva informatización y digitalización no solo ha dejado su impronta en el empleo autónomo. Este mismo proceso también ha afectado al campo del trabajo asalariado y, con él, obviamente, a los presupuestos, e incluso a la propia forma de desarrollar y plantear la acción sindical y, con ella, a las medidas de conflicto colectivo.

reses profesionales de los trabajadores autónomos”, se está refiriendo a medidas inespecíficas previstas para el conjunto de los ciudadanos, como los derechos de manifestación o petición, etc.”. Esta misma idea en CARCÍA MURCIA J., “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, *Actualidad Laboral*, 2009, Tomo I, n.9, p. 1015 y sig. (LA LEY 11450/2009). En cambio, reconociendo este derecho, además de los citados en páginas anteriores, MARTÍNEZ ABASCAL V.A., “Reflexiones en torno a la regulación del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga”, *Relaciones Laborales*, 2010, Tomo I, núm. 7, (LA LEY 2280/2010).

⁶⁴ Un ejemplo en el art. 55 del Acuerdo de Interés Profesional suscrito por la empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) y publicado por Resolución TRE/4481/2010, de 20 de diciembre -Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 5845 de 25 de marzo de 2011-

⁶⁵ De hecho, así se ha sostenido por un sector de la doctrina, destacando los cambios sociológicos y la singularidad de los TRADE frente al modelo de autónomo contemplado por la jurisprudencia de los años ochenta del TC -TRILLO PÁRRAGA J., “Derechos colectivos del Trabajador económicamente dependiente”, en *Documentación Laboral*, 2009, n. 85, p. 114-115-. En esta misma línea, MARTÍNEZ ABASCAL V.A., “Reflexiones en torno ...”, cit., ha defendido actualmente una interpretación amplia del término trabajador”.

⁶⁶ De hecho, en el plano internacional RAZZOLINI O., “Self-Employed Workers and Collective Action A Necessary Response to Increasing Income Inequality”, *Comparative labor law and policy journal*, 2021, Vol. 42, Nº. 2, p. 307- ha destacado, por ejemplo, como: “there is a general convergence towards the idea that it is not the legal classification of the work relation as an employment contract, but an existing condition of social and economic disparity that justifies collective rights”.

En este sentido, baste pensar en cómo esta nueva revolución tecnológica ha segmentado y diversificado la fuerza de trabajo, dificultando la articulación monolítica del movimiento sindical; como la misma, ha reducido o coadyuvado a disminuir las dimensiones de nuestras empresas, con todas las implicaciones que ello tiene sobre el ejercicio de derechos colectivos y la acción sindical; como ha favorecido una progresiva desigualdad de los propios empleados, generando, junto a grupos de individuos cada vez más poderosos y que disponen de suficiente fuerza para la gestión individual de sus ofertas en el mercado, a otro colectivo aún más amplio de personas con condiciones precarias de vida y de trabajo -el precariado- o de ocupados pobres, lo que dificulta su participación en estas mismas acciones colectivas; o como estas mismas herramientas han facilitado nuevas vías de comunicación o de reorganización productivas que si bien han facilitado la actividad sindical, también han sido y pueden ser utilizadas como instrumentos para fomentar una menor participación en las huelgas o minimizar sus efectos.

En cualquier caso, y más allá de estas y otras cuestiones, en ocasiones más sociológicas o de ciencia política que jurídicas, lo que por ahora me interesa abordar es, en primer lugar, el impacto que ha tenido esta revolución tecnológica sobre algunas de las herramientas utilizadas por los sindicatos para su acción sindical y colectiva, y, en segundo lugar, el nuevo marco normativo para aquellas tipos de prestaciones más afectadas por esta misma y nueva revolución industrial: básicamente los trabajadores a distancia y los productores en plataformas que ofrecen un determinado servicio fundamentalmente personal.

Comenzando por el primero de los puntos, es cierto que a pesar de las múltiples innovaciones tecnológicas a las que estamos asistiendo, en muchos casos la relación interpersonal y el ejercicio de la acción sindical siguen siendo los ya tradicionales, asentados sobre una relación personal física o personal, articulada mediante una comunicación verbal o en papel, y desarrollada en el local físico o mediante el tradicional tablón de corcho, presente en el centro de trabajo. Pero tampoco es menos cierto que en cada vez más estructuras productivas la relación interpersonal ha dejado de ser en gran parte física para convertirse en virtual. De las charlas en torno a la máquina de agua o de café, hemos pasado a los chats, a los grupos de correo, a las listas de distribución, a las aplicaciones de mensajería o, evidentemente, a la comunicación y difusión de información y comunicación sindical y laboral a través de redes sociales. Del viejo tablón físico de corcho y del local físico en el centro de trabajo, con su clásico mobiliario de sillas y mesas, habríamos pasado progresivamente al tablón o al espacio virtual, en un entorno normalmente otorgado por el empresario dentro de las Intranet corporativas, o a través de portales del empleado, B2E o Employee Information Portals (EIP)⁶⁷. Un nuevo espacio, por tanto, fundamental en la planificación y organización de los derechos colectivos.

Pues bien, en este nuevo contexto laboral y, por tanto, de acción sindical, la realidad normativa legal es nuevamente desalentadora: no debe olvidarse que la regulación central de estas materias, ya sea tanto en el Estatuto como en la LOLS, sigue siendo o sigue procediendo, casi incólume, de normas previas a la revolución digital⁶⁸. De ahí que todas estas nuevas exigencias y realidades hayan quedado extramuros del marco

⁶⁷ Buena muestra de ello es el hecho de que algunas empresas hayan pretendido incluso, en el marco de políticas de seguridad de la información, eliminar la simple comunicación en papel, obligando a que toda la comunicación sindical o representativa se articulada a través de instrumentos electrónicos. Nos referimos, obviamente, a la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1033/2020 de 25 noviembre. (ECLI:ES:TS:2020:4187, RJ 2020/5600) que rechaza la proporcionalidad de la medida.

⁶⁸ De regulación “obsoleta” establecida en una “época arcaica” habla gráficamente, GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 98.

legal, teniendo que ser nuevamente nuestros Tribunales⁶⁹, aunque también de forma progresiva nuestra negociación colectiva⁷⁰, los que hayan tenido que desarrollar esta labor de actualización.

Obviamente, no es posible detenernos aquí a analizar en profundidad esta cuestión. Pero sí querríamos señalar al menos como esta jurisprudencia, iniciada y anclada en la conocida STC 281/2005 de 7 de noviembre, sigue partiendo del reconocimiento a los representantes de los trabajadores y a todos los sindicatos con implantación⁷¹ de su derecho a acceder a aquellos mecanismos digitales de comunicación empresarial ya existentes en la empresa para su relación con la plantilla o sus propios afiliados⁷².

Este derecho, normal, aunque no necesariamente articulado a través de la obtención de una cuenta electrónica y del acceso a las listas de distribución⁷³ estaría no obstante condicionado a que, en primer lugar, el mismo no comportase costes adicionales significativos para la empresa -por ejemplo, por su inexistencia en el momento de su solicitud⁷⁴-; a que, en segundo lugar, no perjudicase la finalidad, considerada prevalente⁷⁵, para la que aquellos sistemas fueron creados⁷⁶ -por ejemplo al generar su uso el colapso del sistema⁷⁷-, o, finalmente y en tercer lugar, a que dicho uso sindical no entrase en conflicto con otras normas, por ejemplo, de seguridad (conductores o transportistas en su tiempo de conducción, por mencionar un conocido ejemplo)⁷⁸.

Más allá de recordar que estos impedimentos deberán ser probados por el empresario⁷⁹, lo que sí se deduce con facilidad de nuestra jurisprudencia es que el uso de estos medios puede ser regulado no solo de forma convencional⁸⁰, sino también mediante reglas o códigos unilaterales por parte del propio empresario; una regulación esta que, respetando siempre los principios antes señalados, podría establecer limitaciones justificadas y proporcionales⁸¹: por ejemplo, exigiendo por simple política de seguridad una cierta identificación a las personas que utilicen estos medios o reclamando la necesaria protección de datos de las personas mencionados en los mismo, pero sin que estos límites impidan, por ejemplo, la publicación de tales comunicados por “falta de veracidad”⁸² o que se someta esta misma difusión a una previa autorización empresarial⁸³, del mismo

⁶⁹ Un resumen de la misma en la ya tradicional STS de 17 de mayo de 2012 (Recurso de Casación núm. 202/2011, ECLI:ES:TS:2012:4297) -caso Atento Teleservicios-. Más recientemente véase, por ejemplo, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 71/2023 de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2023:659, RJ 2023:1489).

⁷⁰ A pesar del carácter autosuficiente de los criterios jurisprudenciales -GOERLICH PESET, J.M. “Digitalización y derecho...”, cit., p. 99-.

⁷¹ Sobre la limitada posibilidad de introducir distinciones vía negociación colectiva entre organizaciones sindicales postulando solo la admisibilidad en función de su presencia o no en los órganos unitarios STS (Sala de lo Social) de 25 abril 2005 (rec. 85/2003, RJ 2005\6285). En esta misma línea, considerando discriminatorio o antisindical la negativa empresarial al acceso a la intranet y al correo electrónico a un sindicato con presencia en comités de empresa STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de julio de 2008 (rec. 97/2007, RJ 2008\7212).

⁷² STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 17 mayo 2012 (rec. 202/2011, ECLI:ES:TS:2012:4297) con cita de otras muchas.

⁷³ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 667/2016 de 14 julio (rec. 199/2015, ECLI:ES:TS:2016:4000).

⁷⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 junio 2011 (rec. 153/2010, ECLI:ES:TS:2011:5684) -caso Leroy Merlin- y de 3 mayo 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070) -asunto Principado de Asturias-.

⁷⁵ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070).

⁷⁶ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 mayo 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070) -asunto Principado de Asturias-.

⁷⁷ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070).

⁷⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 799/2018 de 19 julio (rec. 158/2017, ECLI:ES:TS:2018:3208).

⁷⁹ Por mencionar solo un ejemplo, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 23 de julio de 2008 (rec. 97/2007, RJ 2008\7212).

⁸⁰ Un ejemplo en STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 799/2018 de 19 julio (rec. 158/2017, ECLI:ES:TS:2018:3208).

⁸¹ STS 3 mayo 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070) -asunto Principado de Asturias- “resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos”.

⁸² STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 920/2016 de 2 noviembre (rec. 262/2015).

⁸³ Provocando la nulidad de la cláusula convencional en este sentido véase STS (Sala de lo Social, Sección 1ª)

modo que también se ha rechazado que la mera recepción del mensaje durante el tiempo de trabajo pueda suponer una traba para su utilización⁸⁴.

En cualquier caso, lo que también resulta llamativo es que en este campo uno de los principales problemas y dificultades con los que se han encontrado la representación legal de los trabajadores y las secciones sindicales en la empresa ha sido, como ya avanzábamos, la necesidad de coordinar estos derechos con la protección de datos de los propios trabajadores. Y ello ya que en no pocas ocasiones, la empleadora, como responsable jurídico de su tratamiento, ha utilizado paradójicamente esta normativa para intentar limitar la función representativa de los órganos unitarios, la labor de difusión y comunicación, pero también los canales de información entre representantes y representados⁸⁵. La perspectiva estrictamente individual y física de la titularidad del derecho de protección de datos, la ausencia de una adecuada valoración de la posible presencia de representantes colectivos de intereses -seguramente por la tradicional visión transversal que configuró normalmente a los interesados como un colectivo “difuso”-, unida nuevamente al silencio del legislador europeo y nacional en este ámbito estrictamente laboral⁸⁶, ha permitido una llamativa utilización de esta normativa como instrumento destinado a intentar limitar estas facultades sindicales y/o representativas, especialmente en el uso y utilización de estos nuevos canales. Y ello, por ejemplo, mediante la aplicación de estas mismas reglas o principios de tratamiento y de seguridad a aquellas ocasiones en las que tanto los órganos unitarios como las propias organizaciones sindicales acceden y, sobre todo, solicitan información o desean que se dé publicidad a comunicados, noticias o documentos que pueden almacenar o constituir datos personales de los empleados o, incluso, de los candidatos o de antiguos asalariados⁸⁷.

De hecho, basta comprobar la importancia de esta cuestión en las diversas obras que han abordado monográficamente la protección de datos en el ámbito laboral -sobre todo si la comparamos con las referencias a estos mismos órganos representativos en relación con la legitimidad, licitud y correcta gestión de estos datos laborales⁸⁸-, para comprender lo que decimos; una atención doctrinal que, unida a la que también

núm. 661/2017 de 24 julio (rec. 245/2016, ECLI:ES:TS:2017:3236).

⁸⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2011 (rec. 114/2010, ECLI:ES:TS:2011:3070).

⁸⁵ Sobre el tema pueden consultarse, entre otros, los interesantes trabajos de TRONCOSO REIGADA A. (2006), “Libertad sindical, libertad de empresa y autodeterminación informativa de los trabajadores”, en AAVV. *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo* (dir. Farrion i Sola), Cinca, Madrid, p. 114 y sig.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2015) *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 237y sig.; VALVERDE ASENSIO A.J. (2013) “Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores” en *Temas Laborales*, n.119, p. 13 y ss.; PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2017), *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p. 332 y sig.; MERCADER UGUINA, J.R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Protección de datos y relaciones colectivas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social.*, 2018, núm. 423, p. 77 y sig..

⁸⁶ De hecho, no deja de ser llamativo que la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de datos y garantía de los derechos digitales haya abordado esta cuestión más desde una pretendida limitación de los derechos de control y sanción del empleador que desde el reconocimiento de estos derechos digitales a los órganos unitarios o incluso a los propios sindicatos dentro de la empresa.

⁸⁷ Un ejemplo extraordinariamente significativo en la SAN (Sala de lo Contencioso) de 8 de febrero de 2013 (Recurso núm. 2/2012, RJCA 2013\407) en la que se ratifica la sanción de la AEPD contra un sindicato que durante un año publicó en su página web de acceso público las actas de la inspección con los nombres y apellidos de trabajadores contratados en sustitución de los huelguistas. En cambio, la jurisdicción social parece bastante más proclive a un equilibrio más favorable al derecho de libertad sindical. En este sentido pueden consultarse la STS (Sala de lo Social) de 21 de diciembre de 2015 (Recurso núm. 56/2015 RJ 2015\6219); SAN (Sala de lo Social, Sección1ª) núm.32/2018 de 22 febrero (AS 2018\873); STSJ País Vasco, (Sala de lo Socia) de 16 mayo 2006 (Recurso núm. 607/2006, AS 2007\1028). Véase no obstante, en la jurisdicción contenciosa la STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso) de 19 de junio de 2009, sentencia núm. 407/2009 (JUR 2009\319062, ECLI: ECLI:ES:TSJCL2009:3964).

⁸⁸ Véanse por ejemplos MERCADER UGUINA, J.R. (2018) *Protección de datos en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre, 2018, p. 187 a 205; PRECIADO DOMÈNECH, C.H. ((2017), *El derecho a la protección de datos...*, cit., p. 332 a 371; RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2015) *Poder de control empresarial...*, cit., p. 237 a 275. Finalmente, no debe olvidarse cómo la AEPD (2009) *Guía de protección de datos en las relaciones laborales* dedica a estas cuestiones ocho páginas (32 a 40) de las aproximadamente treinta y ocho páginas reales de las que consta dicha Guía.

han mostrado no solo la propia AEPD⁸⁹, sino también nuestros tribunales⁹⁰ constituye el reflejo del uso relativamente frecuente -al menos a nuestro juicio- de este derecho fundamental como instrumento destinado a intentar limitar o impedir el ejercicio por parte de los representantes de los trabajadores de sus facultades de información, control y comunicación sobre la actividad laboral en la empresa.

Entiéndasenos bien, con ello no queremos decir, obviamente, que dichas actuaciones no deban respetar este derecho y que, por tanto, no deba partirse de un necesario equilibrio⁹¹ entre los derechos de la organización sindical o de la representación legal de los trabajadores y los derechos de protección de datos de los trabajadores a los que paradójicamente representan⁹². Tan solo queríamos destacar lo singular de la atención prestada en la práctica a una y otra vertiente o cuestión y al celo aparente con el que estos derechos son defendidos por el empresario, singularmente en estos casos⁹³.

En cualquier caso, y conectando los dos núcleos de este apartado, lo que resulta igualmente llamativo es comprobar como esta transformación digital del contenido de estos derechos se habría producido básicamente mediante la acción jurisprudencial y de la autonomía colectiva. Y ello ya que, salvo error u omisión por mi parte, el único reconocimiento expreso de este derecho a la utilización de los medios electrónicos de comunicación por una norma legal se habría producido muy recientemente y en relación, es obvio, con aquellos colectivos que desarrollan su trabajo a distancia.

En este sentido, el actual artículo 19.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio partiendo del principio general de igualdad, también en el ejercicio de los derechos de naturaleza colectiva, reconoce y transforma aquel derecho condicionado a la existencia de tales instrumentos en la empresa en una auténtica obligación empresarial incondicionada de suministrar a la representación legal los elementos precisos para su actividad y, en especial, el acceso a las comunicación y direcciones electrónicas de uso en la empresa

⁸⁹ Por mencionar solo algunos ejemplos -además de la Guía mencionada en la nota inmediatamente anterior- véase, por mencionar solo algunos de los más recientes, el procedimiento PS/00072/2018 en relación con entrega de datos personales excesivos en un procedimiento de ERTE; en sentido contrario, considerando idónea, necesaria y proporcional la comunicación al comité de empresa de un embargo que afectaba al finiquito véase la Resolución de archivo de actuaciones en el Expediente Nº: E/07077/2015; sobre el reconocimiento del derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical si concurren motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal y, consiguientemente, la obligación de los Sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes, salvo en el periodo electoral -en el que debe primar el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad- véanse la Resolución Nº.: R/00990/2011 en el Procedimiento Nº: TD/01630/2010 y la Resolución Nº. R/02103/2010 en el Procedimiento Nº: TD/00682/2010.

⁹⁰ Un ejemplo reciente en relación, en este caso, con el acceso por el delegado de prevención a un informe interno en los casos de accidentes de trabajo en la SAN (Sala de lo Social), sec. 1ª, de 30 de octubre de 2014, nº 177/2014, recurso 226/2014 confirmada posteriormente por la STS (Sala de lo Social) de 24 de febrero de 2016 núm. recurso 79/2015, - ECLI: ES:TS:2016:912. Un recopilatorio de estas decisiones en VALVERDE ASENCIO AJ (2013) "Protección...", cit., p. 32 en especial.

⁹¹ Como ya en su momento sostuvo con acierto TRONCOSO REIGADA A. (2006), "Libertad sindical, libertad de empresa...", cit., p. 116.

⁹² SSTs (Social) de 7 de febrero de 2018 (núm. 111/2018, ECLI: ECLI:ES:TS:2018:572) y de 24 de febrero de 2016 (rec.79/2015, ECLI: ECLI:ES:TS:2016:912). Previamente -aunque su razonamiento gira sobre el derecho a la intimidad y no a la protección de datos- véase la STS de 27 de septiembre de 2007 (rec 78/2006).

⁹³ De hecho, en alguna ocasión, de la lectura de las resoluciones de la AEPD parece deducirse paradójicamente que el hecho de ser representantes de los trabajadores facultaría a la empresa a comunicar a los trabajadores actuaciones de los mismos en el ámbito de su específica relación laboral que quizás no lo fueran de no ser detentadores de estas funciones representativas. Véase en este sentido la Resolución: R/02457/2010 en el Procedimiento Nº PS/00399/2010 en relación con la comunicación empresarial de la decisión de sus representantes de solicitar la resolución indemnizada de sus contratos tras utilizar previamente sus garantías en un ERE anterior. Por su parte, y en lo relativo a la comunicación, en el marco de un expediente disciplinario, del número del teléfono particular, domicilio habitual y número de cuenta bancaria completo de una delegada sindical al considerarlos "pertinentes para describir la falta imputada" véase la Resolución: R/02120/2010 en el procedimiento PS/00338/2010. En este sentido, quizás no esté de más señalar cómo en algunas ocasiones la AEPD parece ser ciertamente permisiva o realiza una alta valoración del derecho de información del resto de trabajadores cuando la empresa lo utiliza para, por ejemplo, hacer públicos los datos personales -DNI- de los trabajadores que han presentado una reclamación contra la empresa -véase en este sentido la resolución de archivo de actuaciones en el Expediente Nº: E/00788/2010-.

y la implantación del tablón virtual, siempre, eso sí, que “sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”; una transformación esta, por lo demás lógica, si tenemos en cuenta que difícilmente la empleadora podrá alegar la ausencia de tales medios cuando, como decimos, el trabajo se presta a distancia normalmente mediante el uso intensivo de medios telemáticos.

Pues bien, más allá de algunas sorpresas como el hecho de que esta norma parezca seguir apostando por el voto presencial, sin regular en cambio el posible voto telemático en las elecciones a órganos unitarios -en el centro de trabajo al que ahora la persona esté claramente adscrita (art. 7.e)⁹⁴-, creo que es importante destacar como, por un lado, la norma no solo garantiza esta comunicación con los representantes legales, sino también con el resto de personas trabajadoras de la empresa, lo que permitiría conocer posibles convocatorias realizadas por grupos dentro de la plantilla; y, del otro, el dato ciertamente llamativo de que esta misma norma no haya hecho referencia alguna al resto de limitaciones y garantías que, como ya hemos señalado, han ido aquilatándose por nuestra jurisprudencia en relación con esta singular vía de comunicación. Sin embargo, parece lógico considerar que esta incondicionada obligación empresarial debe conservar también algunos de los límites antes señalados -por ejemplo, la necesidad de que su uso no provoque daños en la empresa, evitando el colapso o mal funcionamiento de la misma (aunque no, obviamente, la existencia previa de este sistema que, como ya hemos dicho, lógicamente se presume)- como también de sus propias garantías antes indicadas -por ejemplo, lo inadmisibles de una previa autorización o control empresarial de su “veracidad”-. Y todo ello sin olvidar que el cauce natural para la formalización de este tratamiento detallado debiera ser la negociación colectiva a la que, de hecho, se remite el mismo artículo 19 en su primer párrafo.

Sea como fuere, lo que tampoco hace la norma es abordar las peculiaridades que, obviamente, plantea el seguimiento y la participación de estos trabajadores en una medida de conflicto⁹⁵. Más allá de los problemas que pudieran presentar algunas convocatorias específicas de este tipo de empleados⁹⁶, lo cierto es que la normalmente mayor libertad en la fijación horaria de su jornada o el hecho de que su acceso al trabajo no sea físico sino telemático, plantean -por señalar solo dos ejemplos- la necesidad de adaptar las reglas generales a este singular tipo de prestación, algo que, como decimos, no ha realizado el legislador. No obstante, creo que simplemente aplicando *mutatis mutandis* la misma lógica general, no debería existir problema alguno en reconocer el derecho de un trabajador a distancia a, por ejemplo, dar publicidad a la huelga y reclamar la participación de sus compañeros mediante redes sociales o correos electrónicos, del mismo modo que también podría acceder a las plataformas o sistemas telemáticos de trabajo, aunque no se preste materialmente servicio -huelga con ocupación del centro-, para detectar supuestos de esquirolaje⁹⁷ o la actividad de otros compañeros que no secundasen el paro e instarles, en el marco de su libertad de expresión y acción sindical, a unirse al mismo con los límites deducidos, en general, para la regulación de los piquetes informativos y la jurisprudencia emanada sobre ellos. Y todo esto, claro está, siempre que no pudiera en peligro ni bienes ni los derechos de la empresa y demás compañeros⁹⁸.

⁹⁴ Sobre su admisibilidad véase SJS núm. 25 de Madrid, núm. 321/2015 de 21 septiembre, (ECLI:ES:J-SO:2015:58) y art. 44 EBEP.

⁹⁵ Sobre el tema véase, por todos, VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Bomarzo, 2021, p. 39 y sig.

⁹⁶ RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, en *Temas Laborales*, 2023, núm. 167, p. 200, quien plantea los problemas de una convocatoria específica de este grupo, sin presencia sindical cuando, además, este colectivo sea reducido dentro de la plantilla.

⁹⁷ Facilitado en este caso por la posibilidad de recurrir a un mercado de prestadores de servicios mundiales -así RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías...”, cit., p. 201.

⁹⁸ Sobre el posible uso de correos masivos u otros mecanismos de saturaciones del servicio véase VALLE

De la misma manera que también parece razonable considerar que la participación declarada en una huelga debiera impedir cualquier intento del empresario de exigirle, en el marco temporal más amplio en el que se enmarca el conflicto, el mismo rendimiento que hubiera obtenido si esta no hubiera existido, vaciando así de contenido el propio ejercicio del derecho. O, desde una perspectiva inversa, que empresario y teletrabajador no huelguista utilizaran su mayor autonomía horaria para ampliar su jornada, incluso en días previos, minimizando con ello el impacto económico de la huelga⁹⁹. Finalmente, también parece evidente que los posibles sistemas o algoritmos de control debieran dar el tratamiento legal previsto específicamente a esta suspensión del contrato, evitando, por ejemplo, su inconstitucional equiparación a otras posibles causas de no desarrollo de la prestación -aunque sobre el famoso algoritmo Frank de Deliveroo volveremos, aunque sea brevemente, muy pronto-.

En cualquier caso, aún más compleja se presenta esta misma cuestión en el segundo grupo al que antes hacíamos referencia, el de los usuarios profesionales de plataformas de prestación de servicios básicamente personales. Y ello por múltiples motivos¹⁰⁰.

En primer lugar, porque a pesar de la clara tendencia al reconocimiento del carácter laboral de este tipo de prestaciones, no ya solo en España -si bien solo en el sector del reparto- sino también en buena parte de la Unión Europea -algo en lo que parece insistir el primer borrador de Directiva sobre el tema- lo cierto es que este sector ha sido feudo tradicional del empleo autónomo, al que todavía un grupo no solo de plataformas, sino también de usuarios profesionales se apegan, provocando tensiones representativas y de propuestas de regulación entre los propios profesionales del sector. Quizás por ello, en múltiples ocasiones encontramos conflictos no ya solo de representatividad real entre organizaciones profesionales y sindicales, sino incluso entre estas mismas -organizaciones específicas y generales- o entre los mismos productores dando lugar a conflictos “intersindicales” que, ante la disparidad de perspectivas, resultan siempre de difícil abordaje¹⁰¹.

Además, las empresas de este sector, en gran parte internacionales, han asumido tradicionalmente una actitud muy beligerante no solo frente a la entrada de organizaciones sindicales en este sector¹⁰² -potenciando asociaciones profesionales de autónomos, acuerdos de interés profesional o incluso Códigos de buenas prácticas como técnica de lucha o evitación de la introducción del sindicalismo en sus estructuras- sino también frente a los poderes públicos -con amenazas incluso de abandono de la actividad y presión de *lobbies*- resistiéndose a la utilización del contrato de trabajo como mecanismo normal de articulación de sus relaciones con los “profesionales”, lo que condujo, como se recordará, a la incorporación de mecanismos penales seguramente pensados frente a la actitud de algunas de estas empresas -Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre-.

En tercer lugar, pero no por ello menos importante, esta situación ha favorecido igualmente comportamientos antisindicales que se han apoyado incluso en la propia gestión algorítmica típica de estas empresas. La conocida experiencia con el famoso algoritmo Frank de la empresa Deliveroo que en su propio código sancionaba o postergaba en los

MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 43. Este mismo autor p. 42 considera además que no sería admisible que los piquetes informativos se dirigieran al domicilio de los teletrabajadores para recriminarle su actitud, fundamentalmente al no ser este domicilio centro de trabajo.

⁹⁹ En este sentido, considerando que se trataría de un esquirolaje prohibido, VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 41.

¹⁰⁰ Sobre el tema véanse las muy interesantes reflexiones de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 84.

¹⁰¹ Sobre la necesidad de una acción sindical transversal que abarque tanto a trabajadores por cuenta ajena como a “autónomos” RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 84.

¹⁰² En este sentido, por ejemplo, VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 62.

futuros encargos a profesionales que secundaron acciones colectivas es una buena prueba de ello. Pero obsérvese que en este caso la causa de la discriminación se encontraba en el mismo código, lo que facilitaba su respuesta jurídica. Lo realmente difícil llegará cuando el resultado del algoritmo no dependa del código sino del simple sesgo de los datos de los que se alimenta, dando lugar a correlaciones cuyo impacto discriminatorio solo puede medirse mediante un análisis casi estadístico de resultados y frente a la que la protección prestada por las tradicionales normas antidiscriminatorias y el Reglamento General de Protección de Datos pueden no ser suficientes¹⁰³.

Finalmente, lo que también resulta evidente y ha señalado acertadamente, entre otros, el pr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, son las dificultades que los propios “proveedores” y sus organizaciones han encontrado en el desarrollo no solo de su organización -por la dispersión, descualificación y aislamiento físico propio de este tipo de actividad¹⁰⁴- sino también en la articulación y plasmación de su acción colectiva. Unas dificultades, estas últimas, que les han conducido a ser un semillero no solo de nuevas herramientas digitales de comunicación y organización¹⁰⁵, sino también de nuevas formas e instrumentos de presión, que van desde las campañas de información al uso de la responsabilidad social frente a los consumidores, pasando por la petición -por señalar un último ejemplo, típico de la experiencia italiana- de apoyo a las entidades municipales en la búsqueda de mejoras en sus condiciones de empleo. Y todo ello sin olvidar la dificultad de aplicar el concepto de esquirolaje interno a plataformas abiertas a miles de productores que en muchas ocasiones no tienen establecidas franjas específicas de trabajo¹⁰⁶.

En cualquier caso, lo que hoy resulta evidente es que, ya se les considere trabajadores por cuenta ajena -en España, normalmente en el caso del reparto algorítmico- o se les califique como autónomos, aunque realmente respondan a una relación laboral -a nuestro juicio, por ejemplo, cuando la plataforma configure y predetermine su prestación con el pretexto de garantizar la “calidad”/homogeneidad de los servicios articulados en su aparente mercado-, estos sujetos disfrutarán claramente del derecho de huelga, sin que, además, el uso de algoritmos o incluso de instrumentos de inteligencia artificial puede permitir encubrir consecuencias negativas para su ejercicio. En este punto, el derecho incorporado recientemente al artículo 64 ET debiera tener una enorme relevancia o trascendencia.

En el resto de casos, esto es, para aquellos casos en los que no se alcance esta naturaleza laboral, tendríamos que acudir a lo que antes señalamos en relación con los autónomos sin trabajadores a su servicio para postular, una vez más, y siempre que ello sea posible una interpretación amplia que en estos casos protegiera igualmente a estos sujetos, especialmente cuando la insuficiencia de poder individual en el mencionado mercado supusiera simple y llanamente la imposición de condiciones hasta un umbral ciertamente inadmisibles.

4.3. Las nuevas formas de articulación empresarial y el uso de los medios tecnológicos por el empresario para limitar el impacto de la huelga

En tercer lugar, es ya un lugar común en la doctrina señalar cómo otro de los múltiples efectos de la nueva revolución tecnológica y digital ha sido el de facilitar y potenciar

¹⁰³ Me permito remitir al trabajo “Algoritmo y discriminación” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2022, número especial 1, p. 3 y sig.

¹⁰⁴ Nuevamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 85: “El trabajo a través de plataformas digitales rompe, por tanto, todas las identidades que antes sirvieron para construir la solidaridad sobre la que, a su vez, se fundó la creación y actuación de los sindicatos. Ni el territorio, ni la empresa, ni la profesión son elementos de cohesión de los trabajadores de las plataformas”.

¹⁰⁵ Vid. VALLE MUÑOZ, F.A. *Los derechos colectivos...*, cit., p. 64.

¹⁰⁶ Más ampliamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., “Organización y acción sindical...”, cit., p. 86-87.

la profunda transformación interna y externa que han sufrido nuestras organizaciones productivas, especialmente durante estos últimos cuarenta años. La generalizada aplicación de las TIC al ámbito de gestión empresarial y su impacto sobre el modelo económico en general han potenciado un cambio dramático en el modelo, en la dimensión y en el propio ciclo vital de nuestras empresas. Así, de las estructuras rígidas y verticales propias de mediados del siglo pasado, que abarcaban e interiorizaban todas las fases de extracción, producción y comercialización del producto, y cuya plantilla se encontraba rígidamente separada en funciones y competencias, habríamos pasado, en muy poco tiempo, y en el marco de economías de conocimiento, a estructuras de empresas formalmente mucho más pequeñas, concentradas en sus competencias nucleares, pero, al mismo tiempo, articuladas en muchos casos en cadenas de valor, redes o grupos, con una plantilla no solo mucho más pequeña, sino también mucho más plana, con amplias zonas de intersección en el desarrollo de tareas desarrolladas por amplios grupos de trabajadores, en ocasiones autogestionados, y con prestaciones cada vez más intelectuales.

Pues bien, es obvio que toda esta reconfiguración, interna y externa, de buena parte de nuestros empleadores no ha podido dejar de impactar sobre las medidas de acción colectiva. En primer lugar, desde un punto de vista de mera acción sindical, ante la mayor complejidad y dificultad de la misma frente a organizaciones productivas configuradas en redes, grupos o fórmulas de simple externalización, en las que el impacto de la huelga puede ser vaciado mediante meros trasvases de producción o en las que resulta ciertamente difícil atraer a la mesa de negociación a la organización que realmente ostenta el poder último o material¹⁰⁷. Y todo ello, por no hablar de las mayores dificultades que estas medidas encuentran siempre en empresas de cada vez menor dimensión formal y ante relaciones cada vez más individualizadas, no solo por el tipo de prestación y poder contractual, sino también por las nuevas formas de gestión que fomentan la competitividad e incluso el enfrentamiento entre los teóricos compañeros.

Pero no es solo esta perspectiva de acción sindical. Esta nueva realidad empresarial presenta también, y en segundo lugar, una problemática básicamente jurídica, aportando nuevas realidades y problemas a instituciones de viejos perfiles que parten, eso sí, de la nueva perspectiva empresarial ante el conflicto que antes indicábamos; esto es, una perspectiva centrada no ya tanto en la confrontación mediante el simple cierre empresarial, sino más bien al contrario, en el intento de limitar o reducir tanto la participación en la acción -por ejemplo, mediante la utilización de los canales de comunicación con sus trabajadores para desmotivar, criticar o desincentivar, de forma más o menos intensa, la participación en la medida o a sus convocantes¹⁰⁸- como también, y sobre todo, buscando reducir al máximo su impacto sobre la producción e incluso sobre la propia visibilidad externa de la misma, especialmente ante la opinión pública y los consumidores¹⁰⁹.

Es esta última perspectiva la que ha provocado la progresiva centralidad de la utilización empresarial, por ejemplo -y dejamos aquí otras cuestiones más clásicas como la fijación amplia o extensa de los servicios esenciales o de mantenimientos - de

¹⁰⁷ Véase como ejemplo la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 41/2017 de 23 enero (rec. núm. 60/2016, ECLI: ECLI:ES:TS:2017:528) de acuerdo con cuya doctrina la empresa principal (Telefónica) no tendría la obligación de cumplir los deberes de negociación que impone el artículo 8.2 RDLRT, cuando los trabajadores en huelga no pertenezcan a su plantilla, sino a empresas subcontratistas. Sobre la no violación del art. 11 CEDH en relación con las acciones secundarias o de solidaridad, en especial en los procesos de desintegración empresarial, véase STEDH de 8 de abril de 2014 *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom* - Application no. 31045/10.

¹⁰⁸ Véase, en este sentido, recientemente, Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 273/2023 de 13 abril (Recurso de Casación núm. 217/2021, ECLI:ES:TS:2023:1610).

¹⁰⁹ Sobre esta lógica ya advertía BAYLOS GARU A., "Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en casos de huelga", en AAVV., *Estudios sobre la huelga* (coord. BAYLOS GRAU A.), Bomarzo, 2005, en especial p. 100-101.

nuevas formas de sustitución de trabajadores huelguistas. Y ello, ya sea mediante la simple utilización de sus poderes como empleador o su simple aquiescencia frente a la actuación en esta misma línea de los no huelguistas -esquirolaje interno-; del uso de mecanismos comerciales para reducir este impacto, por ejemplo mediante la utilización de otras empresas del mismo o distinto grupo o red de empresas -esquirolaje comercial “interno/grupal” o “externo/subcontratación”-; o incluso mediante el recurso a la utilización masiva de medios técnicos para sustituir las prestaciones no realizadas por los trabajadores huelguistas -esquirolaje tecnológico-. Y todo ello, además, mediante actuaciones normalmente mixtas, que no suelen abarcar solo una de estas actuaciones, sino incorporar una auténtica batería, todo un arsenal de medidas en las que se mezclan muchas veces toda esta tipología de acciones y perfiles -por ejemplo, esquirolaje interno, comercial externo y tecnológico- lo que dificulta aún más cualquier intento de establecer un marco jurídico claro y preciso para las mismas.

Pues bien, frente a esta nueva y compleja realidad la vieja regulación del RDLT se muestra, otra vez, clara y evidentemente superada. En primer lugar, porque, centrada en el casi extinto cierre, aquella norma nada señalaba sobre las posibles comunicaciones empresariales en estas situaciones de conflicto; unas comunicaciones que, en muchas ocasiones, no solo buscan amedrentar con sanciones, sino también puentear la decisión del sujeto colectivo en la búsqueda de una clara individualización de las relaciones laborales. Y, en segundo lugar, porque en relación con el esquirolaje, aquella norma solo aportaba una prohibición del esquirolaje laboral externo, lo que durante mucho tiempo fue utilizado, mediante una interpretación a contrario, para justificar el resto de actuaciones empresariales, lo que suponía olvidar desde un principio que las mismas también constituyen límites evidentes a un derecho fundamental que corría el riesgo de ser desnaturalizado o, desde luego, de carecer de capacidad para ofrecer una tutela efectiva del interés ínsito en este mismo derecho constitucional, preeminente y dotado de una especial consistencia.

Por ello, la construcción jurídica de estas figuras es, en gran parte, la historia de una evolución jurisprudencial; una evolución que, como todas ellas, no carece de giros y cambios y que, además, presenta la dificultad, por un lado, de compaginar o de intentar compaginar la doctrina de dos Tribunales como son el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, cada uno de ellos con sus propias evoluciones temporales; y que por el otro, refleja igualmente la complejidad que supone intentar extraer de esta doctrina, ligada a un específico y concreto caso, reglas pretendidamente generales con las que afrontar, además, una realidad extraordinariamente diversa, con situaciones mixtas en la que conviven diversos tipos o formas de esquirolaje.

Aunque seguramente esta “historia” sea objeto de otras ponencias en estas mismas Jornadas, parece necesario al hilo de estas reflexiones generales, señalar sus principales hitos, excelentemente sintetizados, entre otros, por la Profesora GRAU PINEDA en su reciente y brillante monografía¹¹⁰.

En este sentido, y centrándonos en primer lugar en el esquirolaje interno, seguramente el hito inicial de todo este proceso puede situarse, por un lado, en la conocida STC 123/1992 de 28 de septiembre¹¹¹ que, en línea con la jurisprudencia anterior de la Sala de lo

¹¹⁰ *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 a la que nos remitimos para todas las cuestiones abordadas en este concreto punto de la ponencia. Igualmente de interés resulta el interesante artículo de MARTÍNEZ MORENO C., “El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, núm. 9, p. 894 y sig.

¹¹¹ BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992, ECLI:ES:TC:1992:123.

Social Tribunal Supremo¹¹², y partiendo ya de la “mayor consistencia” o “preeminencia” del derecho de huelga, señalaba -con una frase que se ha convertido en un auténtico mantra en este campo- como el ejercicio de este derecho fundamental produce o debe producir “el efecto de reducir y en cierto modo anestesiarse, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”. Desde esta premisa general, el Tribunal abordaba el denominado esquirolaje interno para concluir considerando que el uso del poder de dirección del empresario y en especial de la movilidad horizontal o vertical como vía para limitar o reducir el derecho de huelga debiera considerarse un atentado o violación al mismo.

Esta misma lógica fue posteriormente desarrollada por la STC 33/2011, de 28 de marzo¹¹³, que tras reiterar la prohibición de toda sustitución que, ya sea fuese de forma intencional, o incluso de forma objetiva, produjera un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”, señalaba igualmente cómo ello acontecería cuando formalmente los trabajadores no huelguistas, incluso de forma aparentemente “autónoma”, cubrieran posiciones que no le eran propias, logrando por tanto vaciar de contenido el derecho de sus compañeros.

El resultado de ambas sentencias fue una doctrina aparentemente pacífica y que, dejando a un lado los problemas probatorios¹¹⁴ fue asumida aparentemente sin mayor dificultad de forma constante por nuestro Tribunal Supremo¹¹⁵ en supuestos incluso de cambio de turno¹¹⁶ o de centro de trabajo¹¹⁷. Cuestión distinta es que el carácter cada vez más plano de nuestras organizaciones y, con ella, de nuestras plantillas, con grupos de trabajo con funciones agrupadas, planteaba en muchas ocasiones hasta qué punto se producía o no una invasión por parte de los no huelguistas de las tareas que se dejaban de realizar por los que sí convertían la huelga; una cuestión esta que seguramente se encontraba en la raíz de la controvertida STC 17/2017 de 2 de febrero. Pero dado el carácter mixto de este último supuesto, quizás debamos antes plantear al menos la situación jurisprudencial previa respecto de los otros dos tipos de esquirolaje, el comercial -tanto interno como externo- y el tecnológico, al que previamente hicimos referencia.

Pues bien, por lo que se refiere al primero, el denominado esquirolaje comercial, parece evidente que el comienzo de toda esta controversia se sitúa nuevamente en la conocida y controvertida -basta leer el contenido y, sobre todo, los calificativos utilizados en al menos uno de los votos particulares que se realizaron a la misma- STC 75/2010, de

¹¹² STS (Sala de lo Social) de 24 octubre 1989 (RJ 1989/7422) y de 23 octubre 1989 (RJ 1989/7533). En cambio, la Sala de los Contencioso-Administrativo se había mostrada a favor de permitir que el propio empresario sustituyese la actividad de los huelguistas STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 18 septiembre 1997 (Recurso de Apelación núm. 12078/1991).

¹¹³ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:33.

¹¹⁴ STC 18/2007, de 12 de febrero, (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2007, ECLI:ES:TC:2007:18).

¹¹⁵ Véanse, entre otras muchas - MARTÍNEZ MORENO C., “El ser o no ser...”, cit., p. 897- las SSTs (Sala de lo Social) núm. 191/2013, de 6 junio 2014 (rec. núm. 191/2013, ECLI:ES:TS:2014:3040); núm. 13/2020, de 13 enero (rec. núm. 138/2018, ECLI: ECLI:ES:TS:2020:333) -sustitución de presentadora de televisión por el editor del programa, sustitución por movilidad interna-; núm. 111/2021, de 27 de enero (rec. 140/2019, ECLI:ES:TS:2021:1491) -orden de sustitución de trabajadora con horario distinto-; núm. 759/2021, de 7 de julio de 2021 (rec. núm. 4982/2018, ECLI:ES:TS:2021:3200) con cita de otras muchas-; núm. 499/2021 de 6 mayo (rec. núm. 4975/2018 ECLI:ES:TS:2021:1868); núm. 990/2021 de 6 octubre (rec. núm. 4983/2018, ECLI:ES:TS:2021:3693) -actuación de mandos intermedios de la empresa que proceden a realizar el trabajo de los huelguistas, aun cuando lo hagan por propia iniciativa y sin recibir instrucciones al respecto por parte de aquella-. Aún más reciente Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 273/2023 de 13 de abril (Recurso de Casación núm. 217/2021, ECLI:ES:TS:2023:1610) -invitación a asumir trabajo a personal en día libre-.

¹¹⁶ Sustitución de trabajadores con la misma categoría y funciones, pero de distinto turno y programas, en Euskal Telebista STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 abril 2014 (rec. núm. 213/2013, ECLI:ES:TS:2014:2559).

¹¹⁷ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de marzo de 2016 (rec. núm. 78/2015, ECLI:ES:TS:2016:1775) -cambio de sucursales en huelga en Liberbank- En esta misma línea, previamente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 enero 2010 (rec. núm. 40/2009, ECLI:ES:TS:2010:494).

19 de octubre¹¹⁸. Como se recordará en este caso -normalmente conocido por el nombre de la una de las empresas, Samoa- se trataba de analizar la posibilidad de extender el área de tutela del derecho fundamental de huelga a los despidos realizados por el subcontratista ante la extinción o no renovación por la principal de la contrata que unía a ambas mercantiles como consecuencia -al menos para el pleno- del ejercicio de aquel derecho por los trabajadores de la subcontratista. En definitiva, se trataba de analizar el impacto que sobre el ejercicio del derecho de huelga podían o no tener las nuevas estructuras empresariales ligadas al fenómeno de descentralización productiva, a través, en este caso, de empresas que, al menos así aparecía, no formaban parte de un mismo grupo empresarial¹¹⁹.

Sea como fuere, y más allá de otras múltiples cuestiones que no es posible aquí analizar, lo cierto es que el Tribunal, partiendo de la postulada “fragmentación de la posición empresarial” en estos supuestos de relaciones “triangulares”, va a otorgar el amparo, considerando no solo que la extinción contractual habría violado este derecho, sino que esta misma violación se podría por tanto producir por actuaciones distintas del empleador, con todas las evidentes dificultades que la calificación del despido conlleva en estos supuestos y que el Tribunal simplemente traslada al órgano judicial en el incidente de ejecución de sentencia.

En cualquier caso, lo que sí es importante destacar aquí es que, ya sea como consecuencia (o no), de la falta de unidad dentro del propio Tribunal Constitucional, o de la concreta forma en la que en algunos casos posteriores se articuló la específica relación procesal, lo cierto es que al aplicar esta doctrina el Tribunal Supremo va a matizar esta aparente regla general, otorgando en cambio una especial trascendencia a la existencia o no de una “especial vinculación”, que conecte a la empresa principal con la empleadora formal y, sobre todo, con la propia actuación de los trabajadores.

Así, llamativamente, cuando la sustitución se produce en el seno de un grupo de empresas la respuesta va a ser, al menos en apariencia, constante y monolítica. Desde su primera Sentencia de 11 de febrero de 2015¹²⁰ hasta las dos Resoluciones de 3 de octubre de 2018. nuestro Tribunal Supremo reconocerá sin mayores problemas que, dada la fragmentación de la actividad empresarial, aun legítima, la existencia, por tanto, de una especial vinculación entre ambos empleadores y, finalmente, a que su actuación coordinada (y esta parece ser la clave) puede repercutir sobre los derechos de los trabajadores de cualquier empresa del grupo, pesaría sobre este, como organización productiva y/o comercial, el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental. Y ello, bastando con el mero efecto limitador y sin necesidad, por tanto, de la prueba de una voluntad específica, quizás como contraposición a las indudables ventajas productivas y de todo orden que se desprenden de este tipo de vinculación grupal.

Para el Tribunal, otra interpretación, que permitiera a la empresa principal sustituir a la empresa cuya plantilla está en huelga por otra distinta ya sea por ejemplo en la impresión de la prensa o revista¹²¹ o en el abastecimiento de una bebida para una determinada zona,

¹¹⁸ BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010, ECLI:ES:TC:2010:75. Véanse igualmente las SSTC 76/2010 de 19 de octubre (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010, ECLI:ES:TC:2010:76), 107/2010 y 110/2010, ambas de 16 de noviembre (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010, ECLI:ES:TC:2010:107, ECLI:ES:TC:2010:110).

¹¹⁹ Sobre otras cuestiones relativas a la problemática de las huelgas en los supuestos de subcontratación puede consultarse SALA FRANCO T., “Los mecanismos...”, cit., p. 45 y sig.

¹²⁰ Recurso de Casación núm. 95/2014, ECLI:ES:TS:2015:1217 -normalmente conocida como Preprint/Prisa por las empresas contratista y principal del grupo.

¹²¹ Junto a la anterior, véanse las SSTs (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 885/2018 de 3 octubre (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3365/2016, ECLI:ES:TS:2018:3657) -habitualmente conocida como Grupo Zeta- y núm. 888/2018, de 3 octubre (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1147/2017, ECLI:ES:TS:2018:3659) -habitualmente conocida como Grupo Vocente/ABC-. En un sentido contrario se había manifestado una parte de la doctrina de suplicación. Véase, por ejemplo, STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 8041/2014, de 5 de diciembre (Recurso de Suplicación núm. 5279/2014 ECLI:ES:TSJCAT:2014:12120 -grupo Godo-.

vaciaría de contenido el derecho fundamental, arrebatándole su finalidad de medio de presión y, no se olvide, de exteriorización de los efectos de la misma. Y ello, es importante destacarlo, con independencia de la existencia o no de una extensión de responsabilidades entre las sociedades del grupo, o, repetimos incluso de la existencia o prueba de una intención empresarial¹²², bastando a estos efectos la comprobación de la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo producida como consecuencia de la convocatoria de huelga.

En cambio, y esto es lo llamativo, la respuesta de nuestro más alto tribunal, al menos por el momento, va a ser bastante diferente cuando no existe o no se constata una conexión grupal, y nos encontramos, por tanto, ante simples vínculos contractuales de externalización productiva en los que, además, no se acredite una conducta de la empresa principal que pudiera relacionarse de forma directa con la actuación de los trabajadores (GOERLICH) vaciando el contenido de este derecho.

El primer ejemplo de esta segunda línea es, sin duda, la STS de 16 de noviembre de 2016¹²³. Como se recordará, en este caso, y frente a una previa Sentencia de la Audiencia Nacional que seguía fielmente la STC 75/2010, el Tribunal Supremo va a matizar aquella doctrina, no ya en sus líneas fundamentales, pero sí al señalar que en este caso no existía ni una especial vinculación entre las empresas -lo que le impediría “codecidir” con ellas la realización de esos trabajos por terceras empresas- ni se probó que la decisión de la empresa principal de contratar a otras empresas para sustituir durante la huelga a la empresa subcontratista tuviera como efecto, intencionado o no, neutralizar el legítimo ejercicio del derecho de huelga ante una modificación de condiciones de trabajo cuyo procedimiento ya estaba iniciado.

En cualquier caso, repetimos, más allá del evidente condicionamiento que supuso la singular articulación de la relación procesal -y que dejó fuera del proceso a las dos empresas contratistas que realizaron las subcontrataciones ante la huelga en Altrad-, sin duda la parte más llamativa de la resolución se encontraba en su último párrafo que sentaba una doctrina ciertamente expresiva y que, por cierto, conectaba con la orientación del propio Tribunal de principios de los años 2000¹²⁴; esto es, que: “la apreciación que hace la sentencia recurrida... es tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga, pues si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios”.

Un segundo paso en esta progresiva diferenciación, con algún que otro antecedente sobre la no inclusión de la empresa principal en el proceso negociador de una huelga de subcontratistas¹²⁵, se da, al menos a mi juicio, con el Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2017 que en el caso de la huelga en un Mercado municipal en el

¹²² Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 20 abril de 2015 (Recurso núm. 354/2014) -conocida normalmente como Coca Cola-

¹²³ STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 961/2016 de 16 noviembre (Recurso de Casación núm. 59/2016) -normalmente conocida como Altrad-

¹²⁴ STS (Sala de lo Social) de 11 mayo 2001 rec. 3609/2000, RJ 2001/5205: “pero los clientes o público en general que goza o se sirve de las prestaciones realizadas por la empresa, están completamente desvinculados del derecho de huelga, por ello tienen absoluta libertad para buscar los servicios o prestaciones que la empresa en huelga les suministraba en otras empresas o por los medios que tengan por conveniente”. En un sentido similar se había posicionado anteriormente la STS (Sala de lo Social) de 27 septiembre 1999 (rec. núm. 1825/1998, RJ 1999/7304) críticamente comentada por BAYLOS GRAU A., “Continuidad de la producción...”, cit., p. 103.

¹²⁵ STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 41/2017 de 23 enero 2017 (rec. núm. 60/2016, ECLI:ES:TS:2017:528).

que las empresas usuarias utilizaron sus propios trabajadores para cubrir servicios prestados tradicionalmente por aquella, la Sección va a rechazar la doctrina elaborada en sede de grupos al considerar que “las resoluciones comparadas difieren” sin que, por tanto, proceda aplicar a estos casos de subcontratación estable la cada vez más limitada doctrina establecida para los grupos de empresa¹²⁶. Y finalmente, esta misma división parece asentarse ya definitivamente en la STS de 13 de julio de 2017¹²⁷ aunque en este caso no se insiste ya indirectamente en la especial vinculación de las empresas sino, más específicamente, en el hecho de que en este supuesto no se hubiera “puesto en marcha” un recurso productivo específico para contrarrestar la huelga, sino la simple aplicación de la distribución de trabajos entre las distintas empresas subcontratistas mediante un algoritmo preexistente a la situación de conflicto. En definitiva, mientras que en el caso de los grupos la alteración de la distribución de la producción tradicional parece asumirse como una lesión al derecho de huelga, en el caso de las meras “subcontrataciones” se habría acabado por retomar a la doctrina tradicional que permite a la empresa principal reorientar sus pedidos a otras empresas del mercado en aquellos casos en los que la plantilla de su subcontratista acuda a la huelga¹²⁸.

En cualquier caso, la específica mención de la última sentencia a un elemento tecnológico nos conduce, finalmente, al último tipo de los cuatro esquirolajes a los que antes hicimos referencia: el denominado esquirolaje tecnológico caracterizado, en definitiva, por la utilización de medios tecnológicos para el mantenimiento de la producción (normalmente, emisión)¹²⁹. Sin poder detenernos aquí en la conocida y tormentosa evolución de este tipo de actuación empresarial¹³⁰, parece evidente que la misma puede sintetizarse en las dos sentencias del Tribunal Supremo que, tanto por sus fallos, como por sus votos particulares, marcan las posiciones básicas del debate. Así, la primera, de 11 de junio de 2012¹³¹, en el marco de las emisiones (de publicidad) que no pueden considerarse servicios mínimos esenciales, concluye, siguiendo la línea hasta entonces tradicional, que en el caso de publicidad “preprogramada” y completamente automática, sin intervención humana directa, no se lesionaría el derecho de huelga “si la empresa emplea para desarrollar esas actividades trabajadores no huelguistas o sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano”. Ese derecho solo se vulneraría si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizasen para cumplir servicios no esenciales, “pero no sí los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos”. Y ello ya que el derecho de huelga garantizaría “el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello”, pero “no asegure su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”¹³².

¹²⁶ ATS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 7 febrero 2017 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 412/2016, ECLI:ES:TS:2017:886).

¹²⁷ STS (Sala de lo Social) núm. 624/2017 de 13 de julio (Recurso de Casación núm. 25/2017, ECLI:ES:TS:2017:3166).

¹²⁸ Una posición esta que ya en su momento fue objeto de críticas por BAYLOS GRAU A., “Continuidad de la producción...”, cit., p. 103.

¹²⁹ Sobre el mismo, TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, cit., en especial, p. 61 y sig. a quien por necesaria brevedad se reenvía para una extensa referencia a la doctrina sobre este tema.

¹³⁰ Sobre la misma puede consultarse, recientemente, TODOLI SIGNES, A. “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, en AAVV., *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, (dir. BORRAJO DACRUZ, E.), La Ley, Actualidad Laboral, 2015, p. 70 y sig.; RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la enrucijada de un derecho fundamental”, en *Temas Laborales*, 2023, núm 167, p. 189 y sig.; GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos...*, cit., p. 104 y sig.

¹³¹ Recurso de Casación núm. 110/2011, ECLI:ES:TS:2012:5579. Para un comentario crítico de la misma PÉREZ DEL REY J., “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general”, *Revista de Derecho Social*, 2012, núm. 59.

¹³² Véanse también SSTs de 4 de julio de 2000 (Recurso de Casación núm. 75/2000, RJ 2000, 6289); 9 de diciembre de 2003 (Recurso de Casación núm. 41/2003, RJ 2003, 9371) o 15 de abril de 2005 (Recurso de Casación núm. 133/2004, RJ 2005, 4513).

En cambio, la segunda, de 5 de diciembre de 2012¹³³, utilizando el pie, si quiera sea algo forzado, que en su momento dio la STC 183/2006¹³⁴ -y que la anterior resolución de junio rechazó- va a considerar, desde una perspectiva finalista, centrada en la necesidad de preservar la finalidad propia de la huelga frente a cualquier actuación empresarial, que: “no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga”. Y ello, continua la sentencia, por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorporaría a su contenido facultades de reacción frente al paro¹³⁵. Pero obsérvese que, por la propia perspectiva adoptada, la doctrina en realidad no impediría cualquier uso de los medios tecnológicos, sino aquellos que por su intensidad supusieran “un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”, lo que remitiría a un análisis casuístico que, además, conectaba con esa nueva perspectiva de percepción social del conflicto al que hicimos alusión al principio de estas páginas¹³⁶.

Evidentemente no podemos detenernos aquí a analizar con detenimiento los dos extraordinariamente interesantes votos particulares que acompañan la sentencia¹³⁷. Pero sí nos gustaría señalar que, al menos en mi opinión, ante una legislación cuyo desfase histórico es del todo conocido, la interpretación de estas cuestiones -que nadie discute son absolutamente novedosas- no debiera basarse en una interpretación casi etimológica de los términos utilizados por una norma, no solo históricamente desfasada, sino que, además, resultaba tan restrictiva que tuvo que ser necesariamente adecuada al nuevo modelo constitucional de Estado y de sistema de relaciones laborales. No es por tanto el art. 6.5 RDLRT el que debe ser interpretado, sino el artículo 28 CE desde una perspectiva eminentemente constitucional y, además, ajustada a la nueva realidad social.

Pues bien, recuérdese que el contenido esencial de un derecho, que debe garantizarse ante la acción, pero también frente a la inacción u omisión del legislador (sobre todo si esta se interpreta como, parece suceder en alguno de estos casos, como mecanismo para rechazar su tutela) no solo se determina por el conjunto de facultades que en un momento dado pudieron caracterizar un derecho fundamental. Esta línea interpretativa, como

¹³³ Recurso de Casación núm. 265/2011, ECLI: ECLI:ES:TS:2012:9176.

¹³⁴ de 19 de junio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006, ECLI:ES:TC:2006:183), como en cambio sí hacia el voto particular del Profesor Alarcón Caracul a la STS de 11 de junio de 2012.

¹³⁵ Una idea que seguramente ya adelantó a mediados de los años noventa CASAS BAAMONDE, M.E., “Derecho de huelga y constitución”, *Relaciones Laborales*, 1994, Tomo.1, p. 49 (LA LEY 1108/2001): “es claro que a su ejercicio no pueden oponerse derechos constitucionales del empresario que neutralicen los efectos de aquel derecho, sean «fundamentales» o «cívicos» (o infraconstitucionales). Ni el derecho empresarial de adopción de medidas de conflicto colectivo ni el de libertad de empresa amparan tales facultades reaccionales de sus titulares”.

¹³⁶ De hecho, en alguna sentencia posterior, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección I^a), sentencia de 30 abril 2013, -Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2465/2012, ECLI:ES:TS:2013:2394- ha señalado como dato importante para esta valoración que “el caso de la sentencia recurrida sucede que la empresa durante la huelga realizó la retransmisión del sorteo de la Lotería de Navidad con escasas variaciones” -utilizando imágenes de otra entidad y de agencias, no las generadas por su plantilla en huelga-, “dando una apariencia al espectador de normalidad en la retransmisión”, lo que parecía avalar la importancia de ocultar al público la existencia de una huelga y la importante participación en la misma.

¹³⁷ Sobre los mismos puede consultarse LÓPEZ LLUCH, M.I. “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Aranzadi Social*, 2013, núm. 5 (BIB 2013:1667).

único criterio para su determinación, resulta especialmente inadecuada no solo cuando se abordan problemas inexistentes en el momento histórico en el que este “modelo” o tipo de derecho de huelga se fijó, sino cuando además se pretende trasladar este mismo modelo o percepción a una realidad productiva radicalmente diferente a la tradicional que, en muchos sectores, está claramente periclitada.

Por ello creo que, ante estos cambios tecnológicos y productivos, resulta no solo más fructífero, sino seguramente incluso necesario utilizar, si se quiere, adicionalmente, la segunda vía señalada desde un inicio por el TC, localizando y garantizando aquellas facultades que garanticen, al menos -y ya somos restrictivos- una mínima protección al interés para el que se otorga este poder jurídico¹³⁸.

De hecho, esto es, al menos a mi juicio, lo que buscaba la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo. Como se deduce del propio fallo, esta no reclama ni pretende tutelar ni garantizar el éxito de huelga -como parece sostenerse en algún voto particular- sino al menos asegurar que mediante estas actuaciones tecnológicas el derecho de huelga, incluso ejercido mayoritariamente, pudiera dejar de tener influencia real sobre la propia producción/emisión, vaciando así de contenido su propia funcionalidad. No se trataría por tanto de una interpretación analógica de un precepto legal, sino de una interpretación de una norma constitucional, directamente aplicable y dotada de eficacia horizontal, que, al igual que ocurre con la doctrina de otros tribunales en el orden internacional, actualice el contenido del derecho a la nueva realidad, en este caso, social, incorporando aquellas perspectivas que sean necesarias para no convertir en inútil, y por tanto, materialmente inexistente, un derecho fundamental.

Es por todo ello por lo que, obsérvese esta sentencia no prohíbe total e indiscriminadamente la utilización por el empresario de medios tecnológicos preexistentes, sino solo su uso cuando supongan el vaciar materialmente de contenido y de efectos el lícito ejercicio de la huelga. Lo importante, por tanto, es que se alterase el sistema normal de producción preexistente, eliminando el papel humano y, por tanto, haciendo simplemente intrascendente, irrelevante o incluso no visible para el exterior el ejercicio de este derecho fundamental.

En cualquier caso, y ya para concluir, es sobre este complejo y abigarrado panorama -en el que, además, obsérvese, no todas las posibilidades habían sido específicamente analizadas- sobre el que impacta la conocida y controvertida STC 17/2017 de 2 de febrero¹³⁹. Y decimos impacta ya que seguramente pocas sentencias del Tribunal Constitucional han sido -si se nos permite la expresión- tan polémicas como esta¹⁴⁰. Y ello, no solo por el contenido del fallo, sino, y sobre todo, por los argumentos jurídicos utilizados y por su proximidad, incluso terminológica, con los votos particulares de la STS de 5 de diciembre de 2012. De ahí que diversos autores hayan interpretado la misma como una aparente desautorización de aquella doctrina, con la correlativa apuesta por la precedente¹⁴¹, mientras que otros -entre los que me incluyo-, hayan señalado ciertamente

¹³⁸ En palabras de la STC 11/1981, tantas veces citada, se haría referencia a “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se reconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. En esta línea, creo, ya se había posicionado BAYLOS GRAU A., “Continuidad de la producción...”, cit., p. 89 y sig.

¹³⁹ BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017, ECLI:ES:TC:2017:17.

¹⁴⁰ Por señalar solo un ejemplo, véase con TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit., p. 78 que lo denomina gráficamente como “tsunami” jurídico.

¹⁴¹ Así parece, por mencionar solo un caso, en el excelente comentario crítico de GRAU PINEDA C., *Los difusos contornos...*, cit., p. 119 y sig. a quien por brevedad nos remitimos en relación con el resto de los autores críticos con esta sentencia.

su singularidad, pero apostado por un intento más matizado de coordinar las mismas. Pero vayamos por partes.

Como se recordará, el caso, ciertamente complejo, abordaba, al hilo de la emisión de un partido de la Champions League durante una huelga en una emisora pública de televisión, un supuesto mixto en el que se imbricaban tanto un aparente problema de esquirolaje tecnológico como -al menos en el recurso ante el Tribunal Supremo- de posible esquirolaje interno.

Comenzando por esta última cuestión, la relativa al esquirolaje interno, el punto de partida era que el procedimiento seguido aquel día había sido sustancialmente similar, aunque no idéntico, al desarrollado tradicionalmente. Pero era evidente que algunos aspectos, sobre todo en la incorporación del signo distintivo de la emisora -la tan traída y llevada inserción de la mosca-, parecían dar a entender una cierta asunción de funciones inferiores por parte de un superior, aunque, repetimos, estas fueran ciertamente reducidas o incluso mínimas. Pues bien, más allá de si la resolución rehusó o no a realizar una valoración constitucional de los hechos probados¹⁴², lo que sí demuestra este caso son los problemas que suscita esta prohibición de esquirolaje interno en los supuestos de equipos planos y, especialmente, en aquellos modelos de producción en los que la garantía de la consecución de los objetivos conlleva la existencia de múltiples canales que garanticen el resultado, con todo lo que ello supone -no se olvide- para la consecución de la finalidad última de la huelga. Frente a una jurisprudencia que desde un principio ha exigido la no utilización de formas abusivas de huelga que garanticen el éxito de la misma con la utilización de mínimos efectivos, sorprende comprobar la facilidad con la que ni tan siquiera se valoran los efectos de estos sistemas que, garantizando el resultando, y estableciendo varios cauces posibles para su consecución, pueden hacer ciertamente difícil o casi imposible la visibilidad social de la acción colectiva.

Pero más allá de todo esto, sin duda los aspectos más conflictivos de esta resolución se centraron en la segunda cuestión, esto es, en el esquirolaje tecnológico. Y ello ya que para el fallo -repite con evidentes ecos de los votos particulares (y en especial de alguno de ellos) realizados a la STS de diciembre de 2012¹⁴³- “exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”. De ahí, continuaba la Sentencia, que “la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma... el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario, en supuestos como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe

¹⁴² Véase, por ejemplo, MARTÍNEZ MORENO C., “El ser o no ser...”, cit., p. 900.

¹⁴³ Como recuerdan ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S., “Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019 núm. 225, (BIB 2019/9780), especialmente el del añorado Magistrado y Profesor Aurelio Desdentado Bonete.

soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos”.

Pues bien, creo que, a pesar de la dificultad de la tarea, aún es posible intentar coordinar la doctrina del Tribunal Constitucional con la antes señalada por el propio Tribunal Supremo. Y ello ya que, al menos a mi juicio, el núcleo de la doctrina de diciembre de 2012 ni imponía al empresario la mera pasividad, ni le prohibía absolutamente la utilización de los medios tecnológicos ya existentes con la plantilla no huelguista, ni desde luego exigía un deber de colaboración o consideraba que el derecho constitucional de huelga garantizase el resultado o el éxito de la misma. Lo que señalaba sustancialmente, al menos a mi juicio, el núcleo de aquella doctrina era que la utilización de estos elementos tecnológicos preexistentes no podía vaciar de contenido y de visualización social al conflicto, haciendo inútil la inactividad de los huelguistas ante la continuidad de la prestación realizada por medios tecnológicos.

Es cierto que el Tribunal Constitucional solo destaca la perspectiva que para el caso le interesaba y abre implícitamente -y lo que a mi juicio es más que discutible- la vía para un uso “diferente” al ordinario de los medios técnicos preexistentes¹⁴⁴. Pero no está de más destacar como con ello quizás permite señalar también el segundo extremo o zona de certidumbre que en este tipo de conflictos debe valorarse y dentro del cual habrán de enjuiciarse, caso por caso, el uso de los medios tecnológicos. Esto es, en el marco de una huelga legal, y más allá de asegurar lógicamente los servicios mínimos y de mantenimiento y seguridad, el empresario, obviamente, no tiene que mantener una actitud meramente pasiva. Respetando siempre las reglas contra el esquirolaje interno y externo, así como el comercial, en especial en el marco de los grupos de empresas, es obvio que podrá organizar y utilizar los medios productivos e igualmente tecnológicos de los que ya disponga, contando solo con los no huelguistas en el ámbito estricto de sus funciones¹⁴⁵ y respetando las normas de seguridad¹⁴⁶. Pero podrá hacerlo, y esto es lo importante, respetando siempre que su uso -en especial los tecnológicos- no suponga ni un instrumento para hacer invisible o inútil el ejercicio del derecho de huelga desactivándola, ni, desde luego, para ocultar o reducir desproporcionadamente el impacto que la huelga debe conducir y generar y que aquel debe necesariamente soportar¹⁴⁷. El derecho de huelga, obviamente, no incorpora el derecho a lograr el éxito de la convocatoria mediante una actitud necesariamente pasiva del empresario. Pero sí el evitar que el ejercicio de los poderes empresariales de organización, especialmente mediante el uso de los medios tecnológicos, supongan de facto la inutilidad o invisibilidad, la eliminación del impacto proporcional de una huelga sobre la producción -o la emisión en este caso-, en especial

¹⁴⁴ Y ello es importante ya que un sector de la doctrina, a mi juicio de forma muy inteligente, había señalado este uso diferente al ordinario o habitual de los medios tecnológicos preexistentes como elemento central en la posible admisión o no de su utilización. Véase en este sentido a PÉREZ DEL REY J., “Tertulias, reportajes de actualidad...”, cit., p. 209 a quien se reenvía para un análisis más detenido de esta orientación.

¹⁴⁵ Coincido, por tanto, con TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit., p. 64 cuando rechaza en principio la licitud de la utilización de los medios técnicos de los que no disponía previamente el empresario para reducir los efectos de la huelga, incluso tras la STC 17/2017 (p. 91 y sig.) En esta misma línea, RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías...”, cit., p. 198.

¹⁴⁶ TASCÓN LÓPEZ, R., “Propuesta de regulación...”, cit., p. 102: “hacer funcionar el dispositivo sin el supervisor (por encontrarse éste de huelga) supone una actitud que, además de peligrosa o temeraria, puede implicar una lesión del derecho de huelga, pues priva a la huelga de unos efectos que merece por el seguimiento obtenido”.

¹⁴⁷ Creo que en esta misma línea se mueve RUIZ SAURA J.E., “Huelga y nuevas tecnologías...”, cit., p. 199 quien además plantea que cuando se trate de medios completamente automatizados, “sean los mismos que se utilizan con carácter rutinario... y no se trate de una posibilidad a la que se recurre de forma excepcional”. Esta última apreciación, aunque valiosa, me parece desgraciadamente poco compatible con la doctrina y, sobre todo, el caso contemplado en la STC 17/2017.

cuando esta es seguida mayoritariamente por la plantilla¹⁴⁸. Desde esta perspectiva, sería sobre todo el impacto sobre la visibilidad de la huelga o sobre la producción de la utilización de tales medios preexistentes por parte del empresario -la desactivación, en definitiva, de los efectos de la huelga, buscada o no conscientemente por el empleador-, el elemento decisivo, especialmente cuando el paro haya sido seguido de forma mayoritaria o amplia por la plantilla, para analizar los necesarios límites en el ejercicio del, no se olvide, anestesiado y reducido poder de organización del empleador. En definitiva, una interpretación, que, al menos a mi juicio, no estaría muy lejana a la lógica en la que se movía, creo, el fallo del TS de diciembre de 2012¹⁴⁹ y a algunas propuestas de regulación postulada por un destacado sector de la doctrina¹⁵⁰.

Y de hecho, no deja de ser sintomático como la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo posterior a la STC ha procedido a intentar integrar aparentemente sin conflictos, y creo que en esta línea, de necesario casuismo, ambas doctrinas, por ejemplo, en la STS de 13 de julio de 2017 y en la bastante más reciente STS (Sala de lo Social, Sección 1), núm. 111/2021, de 27 enero¹⁵¹ que, no debe olvidarse, en su fundamento jurídico séptimo incorpora literalmente la doctrina que con carácter general fijó la STS de 5 de diciembre de 2012. Es más, igualmente de forma reciente, el hecho de que la atribución de la asignación de las incidencias se hiciera “de forma automática” -eliminando, se sostenía por la recurrente toda intencionalidad contraria a la eficacia de la huelga- no ha sido suficiente para eliminar la existencia de una lesión del derecho de huelga al provocar la sustitución un número incluso limitado de huelguistas¹⁵².

5. LA HUELGA COMO VEHÍCULO DE EXTERNALIZACIÓN DE OTROS CONFLICTOS SOCIALES

Finalmente, y ya prácticamente casi sin espacio, no querría concluir estas líneas sin al menos señalar cómo durante estos últimos años hemos asistido igualmente, y de forma sin duda llamativa, a una singular utilización, al menos terminológica, de la huelga no ya solo como un derecho de marcada naturaleza laboral, sino también como un mecanismo de exteriorización, de manifestación, de llamada de atención o incluso de empoderamiento y reclamación social por grupos transversales al ámbito laboral y que en su ejecución también desbordan el ámbito estrictamente laboral.

La huelga, nacida como instrumento de tutela privilegiado de la clase que por antonomasia carecía de poder contractual, la trabajadora, ha sido reclamada, en su versión de no colaboración, por otros colectivos que se consideran igualmente postergados como por ejemplo, el de las mujeres, extendiéndose desde esta perspectiva transversal no solo -que también- al concreto campo laboral, sino también a otros ámbitos de actuación de

¹⁴⁸ En una línea similar, creo, nuevamente TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje...*, cit., p.95.

¹⁴⁹ Coincido, por tanto, sustancialmente con la inteligente opinión de TASCÓN LÓPEZ R., “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética ley orgánica de huelga”, en *Documentación Laboral*, 2020, Vol. III, n. 121, p. 99: “Se quiere con ello decir que no parece posible efectuar un juicio unitario y apriorístico sobre si el esquirolaje tecnológico interno vulnera el derecho de huelga, sino que resulta más apropiado valorar en cada caso concreto cuál ha sido el comportamiento empresarial de utilización de medios tecnológicos para suplir el esfuerzo de los huelguistas y ponderar si tal actitud, en esa eventualidad específica, vacía de contenido el derecho de huelga o, por el contrario, constituye una actividad razonable de mantenimiento de la producción ajustada a las circunstancias; algo que, por cierto, se aproxima bastante a la antigua jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo hace un lustro, que parece querer desplazar la nueva doctrina constitucional”.

¹⁵⁰ TASCÓN LÓPEZ R., “Propuesta de regulación...”, cit., p. 103.

¹⁵¹ Recurso de Casación núm. 140/2019, ECLI:ES:TS:2021:1491.

¹⁵² STS (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 153/2021 de 3 febrero (Recurso de Casación núm. 36/2019, ECLI:ES:TS:2021:643).

estos colectivos como la docencia, la investigación, los cuidados o incluso la simple asistencia a clase.

Jurídicamente se trata, sin duda, de fenómenos complejos que, partiendo del conflicto y de la insatisfacción de un grupo social, en parte trabajador, pero de base personal mucho más amplia, trasladan a otras realidades la lógica de cesación concertada de la actividad que, en el ámbito laboral, caracteriza a la huelga. No obstante, su carácter unitario, aunque multifronte, hace que junto a la huelga aparezcan actuaciones que solo sociológicamente lo son (para académico, cese de cuidados...), pero que se formalizan conjuntamente, provocando, ante el desborde en ocasiones de la capacidad sindical, múltiples convocatorias, a veces solo parcialmente coincidentes, en las que junto a organizaciones sindicales aparecen colectivos feministas que, al menos en principio, no son organizaciones sindicales y carecen por tanto de capacidad para tales convocatorias.

En cualquier caso, y más allá de estas cuestiones, lo que sin duda resulta llamativo es comprobar cómo la huelga, instrumento en peligro en el ámbito laboral (GONZÁLEZ ORTEGA), se haya extendido, en su sentido más amplio, como cese concertado de actividad, a otros ámbitos y colectivos socialmente postergados, retomando así un papel central como instrumento de exteriorización de los conflictos no solo económicos, sino también sociales y de poder que caracterizan a sociedades plurales y complejas como la nuestra. Desde esta perspectiva, la huelga, interpretada en sentido amplio y sociológico se convierte en un instrumento general de presión de estos colectivos, como un mecanismo nuevamente básico del Estado social, en la búsqueda de una igualdad real y material entre los grupos y colectivos que la conforman. En definitiva, una visión amplia de los derechos colectivos como derechos humanos no limitados exclusivamente al ámbito laboral y conectados, más ampliamente a situaciones de subordinación o postergación económica o incluso social¹⁵³.

¹⁵³ En esta línea de pensamiento véase el interesante trabajo de DE STEFANO, “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, en *Industrial Law Journal*, 2017 Vol. 46, No. 2, p. 185 y sig. Sobre la utilización de la huelga en el marco de otro tipo de conflictos políticos, aunque con una finalidad formalmente laboral, véase la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 31/2020 de 15 enero (rec. núm. 166/2018, ECLI:ES:TS:2020:202).

PONENCIA GENERAL SEGUNDA:
**DERECHO DE HUELGA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ACTUAL
CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y TECNOLÓGICO: LÍNEAS DE
TENDENCIA JURISPRUDENCIAL***

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. EL DERECHO DE HUELGA Y EL CONFLICTO SOCIAL
2. DERECHO DE HUELGA Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: LA ESPECIAL VINCULACIÓN COMO PUNTO DE FUGA
3. DERECHO DE HUELGA Y AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS: ¿DERECHO DE LA EMPRESA A DEFENDERSE?
4. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y DERECHO DE HUELGA
5. DERECHO DE HUELGA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN LOS TRIBUNALES EUROPEOS
6. CONCLUSIONES

* Este estudio es fruto de la participación del autor en el proyecto de I+D+i PID2020-118499GB-C32, financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, para el cuatrienio 2021-25, con el título “El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales”.

1. EL DERECHO DE HUELGA Y EL CONFLICTO SOCIAL

Con carácter previo al desarrollo del análisis jurisprudencial aquí propuesto, hemos de justificar, en primer lugar, la propia necesidad de llevar a cabo un estudio de estas características, dada la inflación de ensayos doctrinales al respecto¹. Como se sabe, han transcurrido casi cincuenta años desde la aprobación de la precaria regulación preconstitucional sobre el derecho de huelga en nuestro país. Casi desde el comienzo de su andadura, ha sido la jurisprudencia, en especial constitucional, la que se ha encargado de modular un derecho cuya esencia entronca profundamente con el conflicto social. Es decir, un derecho en sí mismo conflictivo que necesita de continuas modulaciones se encuentra sometido a los vaivenes de una jurisprudencia constitucional y ordinaria que no ha mantenido, desde nuestro punto de vista, una coherente postura de salvaguarda de un derecho fundamental como es el de huelga.

En este sentido, sería muy necesario traer a colación la advertencia realizada en 1981 por Lyon-Caen respecto a la situación del derecho de huelga en Francia: «la définition de la grève se modifie au gré des humeurs de la Cour de cassation»². Es decir, advertía este autor, para un ordenamiento con una regulación del derecho de huelga más detallada, de la importancia que, en cada momento, posee la jurisprudencia constitucional a la hora de perfilar sus caracteres básicos. En nuestro caso, obviamente, tal significación es aún mayor, dada la precariedad de la regulación del derecho fundamental de huelga.

Ni que decir tiene que sentencias como la iniciática 11/81, de 10 marzo, se convierten en las referencias imprescindibles para saber cuál es el contenido y alcance de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Se da, además, la paradoja de que el subsistente Real Decreto-Ley 17/77, de Relaciones de Trabajo (RDLRT), cada vez queda más vacío de contenido. No sólo por la interpretación *praeter legem* realizada en muchas de las sucesivas resoluciones jurisprudenciales, sino por la falta de adaptación de tal RDLRT a las nuevas realidades sociales cuarenta y cinco años después de su aprobación. Así, difícilmente, tal texto puede conceder una solución adecuada a los conflictos generados por la aplicación de las nuevas tecnologías, la descentralización productiva o el surgimiento de nuevas realidades laborales. Serán, pues, nuestros tribunales, en especial el Tribunal Constitucional y el Supremo, los que determinarán, en la práctica, cuestiones que, quizás, deberían venir resueltas por el legislador.

Esta “regulación líquida” en la que se mueve el derecho de huelga lo hace susceptible de ver alteradas algunas de sus características como consecuencia de la modificación de las relaciones de poder social o, sin ir más lejos, de los difíciles equilibrios en la composición de ambos Tribunales. Durante las primeras décadas de vida del texto constitucional podemos afirmar, *grosso modo*, que nuestros tribunales llevaron a cabo una interpretación de los caracteres y límites del derecho de huelga de índole eminentemente garantista. Por solo citar algunos de estos aspectos, podemos afirmar, por ejemplo, que la calificación como abusivas o ilegales de las huelgas es acotada dentro de unos límites bastante estrictos. En la misma dirección, podemos citar la ampliación del tradicional concepto de esquirolaje³ o la consideración de los piquetes informativos como parte del contenido esencial del derecho de huelga⁴. Se trataba, lógicamente, de urdir la protección

¹ Así, por ejemplo, podemos recordar las siguientes monografías: CEINOS SUÁREZ, Á., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Granada, Comares, 2000; MONREAL BRINGVAERD, E.J., *Huelga en servicios esenciales: análisis de la jurisprudencia española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; AA.VV., *Huelga y conflicto de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruiz Castillo*, Oviedo, KRK, 2021.

² LYON-CAEN, G., «Le grand silence des travailleurs», *Droit Social*, 1981, p. 142.

³ SSTCo. 123/92, de 28 de septiembre y 33/11, de 28 de marzo.

⁴ SSTCo. 137/97, de 21 de julio y 37/98, de 17 de febrero. Véase VILLA GIL, L.E. de la, «Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, págs. 110 y 111.

de un derecho nuevo en nuestro país y salvaguardarlo de otros más asentados como era el de libertad de empresa⁵.

Sin embargo, también es cierto que, durante las últimas dos décadas, podemos comprobar lo que podríamos calificar, sin ánimo de exagerar, una involución en la “regulación” del derecho de huelga⁶.

Para respaldar nuestra afirmación, sólo necesitaríamos recordar el incremento de los riesgos que para los trabajadores conlleva secundar activamente la convocatoria de una huelga, como consecuencia del aumento de las potenciales sanciones a las que pueden verse sujetos. Así, junto a la activación del “dormido” art. 315.3 CP (posteriormente, derogado por la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril) y la siempre presente reacción empresarial ante las huelgas ilícitas, podemos recordar cómo se generaliza la aplicación de las sanciones administrativas previstas en la LO 4/15, de 30 de marzo, de Seguridad Ciudadana, en el contexto de huelgas, en especial, huelgas generales. Por último, completa estas vías de sanción, la interpretación dada por el intérprete de la constitución proclive a aceptar la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil extracontractual de aquellos que, como consecuencia de la extralimitación de la huelga, ocasionen perjuicios económicos a terceros.

Conforme a estas afirmaciones previas, estimamos de gran importancia una periódica reflexión sobre las líneas de tendencia más significativas de nuestra jurisprudencia a la hora de perfilar el contenido y posibilidades del derecho fundamental de huelga. En concreto, es indispensable comprobar cómo la exaltación de la libertad de empresa llevada a cabo, en muchas ocasiones, por nuestros tribunales habrá de repercutir en el derecho ahora analizado. A esta circunstancia no es ajena la evolución de los datos de conflictividad social en nuestro país. A este respecto, recuérdese que, a pesar de los altos niveles de precariedad existentes, el número de huelgas y horas de trabajo perdidas por ellas no ha dejado de descender en los últimos lustros⁷.

Podríamos haber elegido múltiples aspectos del derecho de huelga para su estudio jurisprudencial. Nos hemos decantado por tratar de comprobar la línea jurisprudencial elaborada, en los últimos tiempos, en aquellas cuestiones que confrontan de manera más clara el derecho de huelga con los derechos relacionados con la libertad de empresa. El objetivo es comprobar si tales líneas contribuyen a adaptar, para favorecer su desenvolvimiento efectivo, el derecho de huelga o si, por el contrario, contribuyen a dificultar su desarrollo.

Asimismo, nos llama la atención la escasa presencia que en los últimos años tiene el derecho de huelga tanto en la jurisprudencia constitucional como ordinaria. Aventuramos una hipótesis que explique dicha situación. La sucesión de sentencias restrictivas, cuando no hostiles a la protección de las personas trabajadoras en el marco del conflicto colectivo, ha llevado a las organizaciones sindicales a no favorecer, a través de sus recursos, nuevas resoluciones que intuyen desfavorables⁸.

⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Derecho de huelga y libertad de empresa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 5 2005, p. 18. Una crítica a esta situación puede verse en MATIA PRIM, J., *El abuso del derecho de huelga*, Madrid, CES, 1996.

⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado. Lección inaugural del curso académico 2017/2018*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2017; y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «La huelga, un derecho fundamental asediado», en Barcelón Cobedo S. y otros (coord.), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Sevilla, CARL, 2022, pp. 31 y ss.

⁷ Según datos del Ministerio de Trabajo, en el año 2022 se convocaron 679 huelgas que secundaron 192.725 trabajadores. Datos que contrastan, por ejemplo, con los del año 2013 en el que se convocaron 994 huelgas secundadas por 448.024 trabajadores.

⁸ Así lo mantuvo también cierto sector de la doctrina tras la STS de 16 noviembre de 2016 sobre la huelga en las cadenas de contratación. En concreto, BAYLOS GRAU lanzaba el siguiente ruego en su blog: «Es muy posible

2. DERECHO DE HUELGA Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: LA ESPECIAL VINCULACIÓN COMO PUNTO DE FUGA

El derecho de huelga, como instrumento de lucha nacido, prácticamente, con la revolución industrial, alcanza su máxima eficacia en aquellos contextos en los que la suspensión de los contratos de trabajo provoca la cesación de la actividad empresarial. Son los perjuicios de tal cesación los que permiten reequilibrar la posición negociadora de las partes⁹. Es evidente que determinadas formas de organización productiva, basadas en su descentralización, dificultan considerablemente la consecución de los objetivos de los fenómenos huelguísticos. Desde este momento, hemos de advertir que el problema aquí planteado entronca con algunas de las cuestiones que siempre han rondado el reconocimiento de este derecho.

Este debate no deja de ser distinto de todos aquellos en los que eficacia y efectividad del derecho de huelga no se corresponden¹⁰. En palabras de este autor, «lo más importante es recordar que en un sistema democrático no es posible anular coactivamente la eficacia del derecho de huelga, vaciando su contenido esencial. La huelga implica una alteración profunda de las condiciones normales de prestación del servicio, y en consecuencia su objetivo principal es la interrupción de la producción de bienes y de servicios. La continuidad del servicio, su inmunización frente al conflicto, debe sustituirse por su opuesto. No hay huelga sin interrupción del servicio, porque ésta es la expresión evidente de su realidad y del interés colectivo que se presenta en confrontación con el proyecto organizativo empresarial»¹¹.

El caso que nos ocupa es distinto sólo parcialmente. Profundizando en el razonamiento de Baylos Grau, podemos afirmar que no hay huelga eficaz sin interrupción del servicio del conjunto de empresas que son receptoras, en última instancia, de la plusvalía del trabajo de los trabajadores, independientemente de cuáles sean los vínculos jurídicos que les unen con estos. En caso contrario, se llegaría a la conformación de espacios de imposibilidad práctica de huelgas e, incluso, de empresas en las que no caben huelgas. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de empresas cuyo proceso de producción esté totalmente externalizado. Al no tener trabajadores directamente contratados por ellas, son inmunes a las posibles huelgas que estos pudieran convocar, por cuanto que ante tales convocatorias siempre les cabría la posibilidad de extinguir los correspondientes contratos mercantiles, con lo que nunca asumirían un riesgo siempre presente en las empresas que contratan directamente a sus trabajadores. Esta realidad genera una clara indefensión en los huelguistas, que ven ninguneadas las posibilidades de un derecho consagrado constitucionalmente al más alto nivel.

Es evidente que el punto de partida, en nuestro sistema constitucional, de este análisis ha de ser el reconocimiento, en el marco de la libertad de empresa, del derecho empresarial a llevar a cabo procesos de descentralización productiva¹². No obstante,

que los abogados de los huelguistas y del sindicato que les ampara decidan, como están en su derecho, que el caso debe llevarse al Tribunal Constitucional en un recurso de amparo. Desde este blog les rogamos que no lo hagan antes de meditar, desde la experiencia que tenemos, si creen que realmente el Tribunal constitucional renovado recientemente [...] no aprovechará el amparo para demoler la doctrina de la Sentencia 75/2010 y concordantes que precisamente ha dado lugar a la doctrina del Tribunal Supremo que hoy se comenta en los casos de Prisa y de Coca Cola.

⁹ BAYLOS GRAU, A., «Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en caso de huelga», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 89 y ss.

¹⁰ BAYLOS GRAU, A., «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», *Revista de Derecho Social*, nº 2, 1998, pp. 78-82.; y del mismo, «Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la SS*, nº 5, 2004.

¹¹ BAYLOS GRAU, A., «Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en caso de huelga», *cit.*, pp. 89 y ss.

¹² GIL Y GIL, J.L., «Libertad de empresa y descentralización productiva», *Capital Humano*, nº 240, 2010, pp. 126 y ss.

dicho derecho tiene como límite la imposibilidad de que la empresa utilice, directa o indirectamente, tal opción empresarial como un mecanismo consciente contra el derecho de huelga. Además, en la posible ponderación práctica de tales derechos y los susceptibles respectivos sacrificios, habremos de tener en cuenta una obviedad y que no es otra que la diferente naturaleza de los derechos en conflicto. Aspecto sobre el que abundaremos a lo largo de esta exposición.

El análisis de la jurisprudencia aquí propuesto ha de partir de la diferenciación entre tres supuestos de descentralización tratados de manera distinta por nuestros tribunales. Por una parte, las posibilidades de reacción empresarial frente a fenómenos huelguísticos a través de la contratación mercantil de los servicios dejados de recibir durante la huelga por los trabajadores directamente contratados por ella; en segundo lugar, los límites de la libertad de empresa como reacción frente conflictos colectivos generados en el seno de los grupos de empresa; y, por último, la trascendencia de la subcontratación como elemento de distorsión del normal desenvolvimiento del derecho de huelga.

Respecto al primero de los supuestos, como se sabe, nuestra precaria regulación del derecho de huelga no contempla en su art. 6.5 RDLRT una expresa mención de esta cuestión. No obstante, ha sido opinión generalizada de nuestra doctrina el negar la posibilidad de que la empresa utilice esta manifestación de la libertad de empresa para combatir los efectos de la huelga. En el mismo sentido, también nuestra jurisprudencia ha puesto de manifiesto esta misma conclusión. Así, por ejemplo, en la STS de 25 de enero de 2010 (rec. 40/19) se niega el derecho de la empresa a acudir, durante la huelga, a empresas externas para que le presten el servicio dejado de atender por sus trabajadores. Nos encontramos, pues, ante una nueva interdicción de esquirolaje externo, en este caso llevado a cabo a través de un contrato mercantil. A este fenómeno se le ha calificado por ello de esquirolaje comercial, mercantil u organizativo¹³.

No obstante, como decíamos, no acaba aquí la relación entre derecho de huelga y descentralización productiva. En este sentido, cabría indagar sobre el fenómeno, mucho más problemático, de las posibilidades de reacción en el contexto de contrataciones y subcontratas de aquellas huelgas planteadas frente a alguna de las empresas de la cadena. Al respecto, la posición de nuestros tribunales ha tenido una mayor dosis de inestabilidad. Es posible describir, *grosso modo*, unos considerables vaivenes en el nivel de protección del derecho de huelga.

De este modo, nuestro Tribunal Supremo mantuvo durante la década de los 90, momento en el que el fenómeno de la subcontratación tenía una significación mucho menor, un posicionamiento favorecedor de la libertad de empresa y proclive a la protección del derecho fundamental, en exclusiva, frente al contratante laboral directo dentro de la cadena. En concreto, en su STS de 27 de septiembre de 1999 (rec. 1825/98), admitió que el resto de las empresas «tiene(n) plena libertad para utilizar los servicios coincidentes de otra empresa que concurra con la que no puede prestarle el servicio». En la misma dirección, en su STS de 11 de mayo de 2001 (rec. 3609/00), en una clara apuesta por potenciar el carácter meramente contractual de la huelga, vino a mantener que más allá de los directamente vinculados por el contrato de trabajo no es posible admitir la obligación de no evitar los perjuicios de la huelga a través de la sustitución de los prestadores del servicio afectado.

¹³ Véase, ampliamente, GRAU PINEDA, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Esta jurisprudencia se vio influida, aunque no con la suficiente contundencia, por la importante serie de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en el año 2010 conocidas como “caso Samoa”¹⁴.

2.1. Jurisprudencia constitucional sobre huelga en las estructuras empresariales complejas: el caso Samoa

El Tribunal Constitucional entró de lleno, en una amplia serie de sentencias dictadas en el año 2010¹⁵, en la difícil cuestión del derecho de huelga en el marco de las realidades productivas complejas¹⁶. La empresa Unigel S.L. tenía suscrito un contrato mercantil de arrendamiento de servicios con Samoa Industrial S.A.; el objeto del mismo era la prestación de determinados servicios en el centro de trabajo de tal empresa. Para ello, Unigel S.L. contaba con 24 trabajadores prestando servicios en el centro de trabajo de Samoa Industrial S.A.

Las condiciones de trabajo de los trabajadores de Unigel eran inferiores a las disfrutadas por los trabajadores directamente contratados por Samoa. Por ello, tras más de cinco años desarrollando sus servicios en exclusiva en esta última, los trabajadores deciden convocar una huelga, lógicamente contra la única empresa con la que poseían vínculo contractual, esto es, Unigel. Dicha huelga alcanza sus objetivos de equiparación de las condiciones de trabajo de ambos colectivos de trabajadores. Sin embargo, la empresa intenta repercutir el aumento de los costes sociales con un incremento en el precio de los servicios contratados con Samoa.

Esta última, en el marco del vínculo estrictamente mercantil que le une con Unigel, decide la extinción de tal contrato. Como consecuencia de tal rescisión, la empresa Unigel procede a la extinción del contrato de trabajo de 23 trabajadores. Estos llevan a cabo la impugnación de dicho despido por entender que vulneraba los derechos de huelga y de indemnidad.

Las cuestiones debatidas con relación al derecho de huelga son dos: en primer lugar, la posible nulidad del despido como consecuencia de la vinculación directa entre la huelga convocada y la decisión extintiva; y, en segundo lugar, la extensión de las responsabilidades derivadas de la hipotética declaración de nulidad más allá de la empresa con la que existía el vínculo contractual laboral. Este es el temor de la empresa Samoa Industrial S.A., que en su escrito de alegaciones presentado ante el constitucional termina afirmando que aun en el caso de aceptarse la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, la consecuencia nunca podrá ser la de imponer a ésta, ni con carácter solidario ni de ninguna otra manera, la reposición del trabajador a su anterior puesto de trabajo, al no haber existido nunca un vínculo laboral entre ambos, resultándole así ajeno el efecto de la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que fuese la causa. Por ello, el restablecimiento del derecho hipotéticamente vulnerado no podría producirse, ante la inexistencia del vínculo laboral con los trabajadores perjudicados, más que por la correspondiente vía indemnizatoria.

Este Tribunal parte de unos hechos probados por las sentencias de instancia en virtud de los cuales quedaba acreditado que la extinción del contrato de los trabajadores fue consecuencia de las movilizaciones previamente desarrolladas por el conjunto de los

¹⁴ En concreto, nos referimos a las SSTCo. 75 y 76/10, de 19 de octubre, y 98 a 112/10, de 16 de noviembre.

¹⁵ Sentencias 75 y 76/10, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010.

¹⁶ Véase KAHALE CARRILLO, D.T., «Subcontratación de obras y servicios y derecho a la tutela judicial efectiva y a la huelga», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la SS*, nº 26, 2011; BORRAJO DACRUZ, E., «Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga», *Actualidad Laboral*, nº 3, 2014; y MONTROYA MELGAR, A., «Contratas, derechos fundamentales y “desbordamiento” de la jurisdicción constitucional. Comentario a la STCo 75/10, de 18 de octubre», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 149, 2011.

trabajadores de la empresa, movilizaciones que se materializaron en el ejercicio del derecho de huelga. Partiendo, pues, de esta premisa sólo le cabe al Tribunal Constitucional determinar si dicha extinción supuso una vulneración del derecho fundamental de huelga.

La primera cuestión por resolver es si un acto imputable a quien no es contratante laboral puede ser causa de nulidad del despido. Los tribunales que conocieron de esta cuestión mantuvieron al respecto que quien resulta responsable de la vulneración no es la empleadora del trabajador, sino la empresa principal para la que aquélla presta servicios, vinculada a ésta por un contrato mercantil ajeno a la relación laboral. Por el contrario, quien decide la extinción del contrato, como titular de la relación laboral con el trabajador, se limita a aplicar una decisión consecuente con la previa rescisión de la contrata mercantil que constituye su causa, rescisión a la que es por completo ajena.

Reiteramos que el Tribunal Constitucional acepta todos estos razonamientos como acertados. Es decir, se parte de que la consecuencia para los trabajadores del ejercicio del derecho de huelga ha sido la de su despido. Sin embargo, tal despido no se ha ocasionado por la actitud del contratante laboral sino por la de otro receptor de dicho trabajo, con quien los trabajadores no tienen vínculo contractual. En definitiva, lo que se trata de determinar es si las garantías que la Constitución ofrece a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos fundamentales se mantienen o desaparecen en los supuestos de subcontratación laboral.

Esta primera cuestión es resuelta por la mayoría del Tribunal Constitucional con una singular contundencia. En primer término, se parte de que la celebración de un contrato mercantil no puede suponer para los trabajadores una privación de los derechos que tienen reconocidos por la Constitución. En segundo lugar, continúa el Constitucional manteniendo que la libertad de empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas. Por último, concluye con sus razonamientos previos sosteniendo que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (Fundamento Jurídico Séptimo).

El problema, pues, queda circunscrito a determinar, si en el caso presente, la vulneración de un derecho fundamental por parte de aquel que no es empresario laboral impide la posibilidad de reparación. En este sentido, el Tribunal Constitucional asume implícitamente, con carácter previo, la necesidad de utilizar un concepto de empresario más amplio del tradicional, al menos a los efectos de protección del derecho de huelga: al desamparo ahora constatado «se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica si no pudiese otorgarse tutela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste, se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable».

Además, esta distorsión en las posibilidades de ejercicio de los derechos fundamentales es especialmente significativa en el caso del derecho de huelga, dado que este derecho es, como anteriormente mantuvimos, un derecho de resultado que se desarrolla frente a la empresa y que pretende la paralización de la producción. Paradójicamente, esta paralización de la producción se convierte en el contexto de la subcontratación en causa

de extinción del contrato mercantil que media entre las empresas. Por ello, asevera el Constitucional, si mantuviéramos un concepto restrictivo de empresario laboral se haría en la práctica inviable el ejercicio de huelgas cuando éstas son exitosas: «de poco servirían las prohibiciones, garantías y tutelas establecidas en la legislación laboral en relación con las actuaciones empresariales lesivas del derecho de huelga si se admitiera que éstas alcancen únicamente al contratista, empresario directo en la relación laboral, y no al empresario principal, que es sobre quien habrán de recaer en última instancia los efectos económicos lesivos de la huelga y quien, por tanto, podrá estar igual o más interesado que el contratista en combatirla».

En definitiva, el Tribunal Constitucional termina considerando inaceptable que la posibilidad de ejercicio de un derecho fundamental pueda quedar condicionado por la inexistencia de un contrato de trabajo entre quien impide el ejercicio de tal derecho y los titulares de este. Por ello, este Tribunal considera imprescindible extender al ámbito de las contrataciones y subcontrataciones su doctrina según la cual los derechos de un trabajador pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él en conexión directa con la relación laboral (STC 250/07, de 17 de diciembre).

En cuanto a la segunda de las cuestiones debatidas, esto es, cuál es la extensión de la responsabilidad una vez aceptada la nulidad de la extinción de los contratos, habría de partirse de este último razonamiento para poder comprender la decisión del Constitucional. En efecto, tras cuestionar la necesidad de abandonar un concepto excesivamente restrictivo de empresario, termina por considerar que el contratista principal es un sujeto ajeno a la relación laboral también a los efectos que ahora interesa. Este razonamiento plantea importantes cuestiones de difícil solución.

Desde nuestro punto de vista, la protección del derecho de huelga en el marco de la subcontratación no sólo depende de la simple declaración formal, sino de la extensión de la responsabilidad de dicha vulneración. De lo contrario, nos encontraríamos ante la paradoja de que se declare la nulidad del despido y su consiguiente obligación de readmisión en una empresa que, efectivamente, no puede continuar su anterior explotación empresarial por haberse resuelto el contrato mercantil que la unía con la empresa vulneradora del derecho fundamental y a la que no se extiende responsabilidad alguna.

Esta cuestión es resuelta por el Tribunal Constitucional, una vez calificados los despidos como nullos por vulneración del derecho fundamental de huelga, en un sentido mucho más tradicional y eso a pesar de detectar las contradicciones de tal planteamiento. Este Tribunal se encontraba ante una clara disyuntiva: o, por una parte, extendía la responsabilidad de la nulidad más allá del marco fijado por el contrato de trabajo; o, por el contrario, se hacía prácticamente imposible que las consecuencias de la nulidad llegaran a producirse. En este sentido, el Constitucional, consciente de tal dificultad, pero negándose a llevar hasta sus últimas consecuencias sus razonamientos sobre lo estrecho del concepto de empresario laboral, termina por no resolver la cuestión y se limita a remitir al Juzgado de lo Social la responsabilidad de determinar la ejecución, así como la identidad del responsable.

A pesar de que las sentencias ahora comentadas terminaban siendo bastante restrictivas en cuanto a la ejecución de la nulidad declarada, fueron recibidas con enorme inquietud por la prensa y doctrinal neoliberal. Su principal razonamiento giraba en torno a las posibles actuaciones estratégicas de aquellos trabajadores que, intuyendo el fin de la contrata, podrían decidir provocar conflictos artificiales con el único y exclusivo objetivo de blindar su posición frente a un futuro despido. Hasta el punto de que algunos comentaristas han pasado de puntillas por el núcleo de la sentencia para abordar con

detenimiento el análisis de los votos particulares¹⁷: «no es difícil coincidir, como venimos coincidiendo, con los Votos particulares que discrepan de la sentencia, y en especial con el que denuncia, con gran elaboración argumental, el “desbordamiento” de la función del TC que se ha producido en la resolución objeto de comentario»¹⁸.

2.2. Primera recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional

La primera ocasión en que el Tribunal Supremo se pronuncia, tras la anteriormente analizada Sentencia del Tribunal Constitucional, es en el año 2015 (STS 1217/15, de 11 de febrero). En este supuesto, tras la convocatoria de una huelga en solo parte de la cadena de contratas, la empresa principal, en la que no se produce tal huelga, decide acudir a otras empresas para asegurarse la continuidad del servicio. Es decir, aplicando una concepción restrictiva de la huelga, la empresa principal, actuando en un plano estrictamente mercantil, procura evitar los efectos de una huelga que no secundan sus trabajadores.

En este caso, el Tribunal Supremo invoca, en apariencia sin fisuras, la doctrina anteriormente descrita del Tribunal Constitucional¹⁹. Asume, pues, la necesidad de llevar a cabo una interpretación amplia del supuesto contemplado en el art. 6.5 del RDLRT. No obstante, desde nuestro punto de vista, un análisis más detallado de esta sentencia nos puede llevar a afirmar que, al tiempo que admite que pueden darse atentados al derecho de huelga por aquellas empresas que no ostentan la condición de empresarios laborales, viene a introducir una importante limitación respecto a la más amplia doctrina Samoa. Lo explicaremos a continuación más ampliamente.

Esta Sentencia, como decíamos, parte de la atribución de responsabilidades ante la huelga a sujetos ajenos al contrato de trabajo. Es decir, el empresario principal de una cadena de contratas no puede, a través de la contratación mercantil, dejar vacío el derecho de huelga ejercitado en las otras empresas de la cadena. Además, lo hace aproximando eficacia y efectividad del derecho de huelga: esta posee «una vertiente externa, a saber, la exteriorización de los efectos que produce, haciendo visible a los ciudadanos la perturbación que provoca».

No obstante, como decíamos, esta extensión del derecho de huelga no se realiza atribuyendo obligaciones frente a la huelga a todas aquellas empresas que obtienen beneficios del trabajo de aquellos que convocan y secundan la huelga, sino que tal responsabilidad se hace derivar del vínculo mercantil o, más exactamente, de «la especial vinculación» existente entre la empresa cuyos trabajadores van a la huelga y aquella que implementa los mecanismos para evitar que la misma le afecte. Creemos que es aquí donde se encuentra un punto de fuga de enormes consecuencias prácticas y que el Tribunal Constitucional no mencionó.

Efectivamente, en esta sentencia se condiciona la aplicación de la doctrina del constitucional a la concurrencia de unos requisitos “mercantiles” inexistentes en aquella. Así, viene a destacar la existencia de unos vínculos que trascienden la mera celebración de una contrata, lo que, unido al hecho de la realización del trabajo efectivo de los huelguistas en el seno de la empresa principal, obliga a esta a “soportar” los efectos perjudiciales de

¹⁷ Cfr. MORENO CÁLIZ, S., «Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Comentario a la sentencia del pleno del tribunal constitucional 75/2010, de 19 de octubre de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24, 2011.

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A., «Contratas, derechos fundamentales y “desbordamiento” de la jurisdicción constitucional. Comentario a la STCo 75/10, de 18 de octubre», *cit.*, p. 223.

¹⁹ Véase DESDENTADO BONETE, A., «Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad», *Revista Información Laboral*, nº 2, 2017, pp. 151 y ss.

dicha huelga. Es decir, la garantía de la efectividad del ejercicio del derecho de huelga en este supuesto es la consecuencia de la vinculación estructural entre las empresas y de la vinculación funcional de los trabajadores más allá de la empresa con quien celebró su contrato de trabajo²⁰. Sin embargo, como hemos advertido anteriormente, este requisito no existía en la STCo., que, en principio, le sirve de referencia²¹.

2.3. Un paso en la misma dirección: el caso Coca-Cola

La exigencia, mantenida por el Tribunal Supremo, de una “especial vinculación” entre las empresas de la cadena de contratación supone equiparar, en la práctica, este supuesto con aquel en el que la huelga se produce en uno de los eslabones que comprende un grupo de empresas. En este caso, la especial vinculación sería la consecuencia, lógicamente, de la propia realidad empresarial concurrente en un grupo²².

Por ello, nos podría resultar lógico que no hubiera dudas a la hora de aplicar la doctrina constitucional en el supuesto resuelto por el TS en su sentencia de 20 de abril de 2015 (rec. 354/14). En esta resolución se vino a resolver los problemas generados en la efectividad del derecho de huelga en los grupos de empresas. En concreto, cuando se acude a los trabajadores de algunas de las empresas que lo integran para suplir el trabajo dejado de prestar por los huelguistas de otra de tales empresas.

En este caso, el Supremo entendió que se había producido la conculcación del derecho de huelga, dado que la utilización de los trabajadores de otras empresas del grupo deja sin efecto a la huelga mayoritariamente secundada en alguna de ellas. Ahora, esta extensión de responsabilidades es la consecuencia de la existencia de un vínculo orgánico y funcional entre las empresas implicadas²³.

2.4. Marcha atrás en la doctrina protectora del derecho de huelga

Como hemos venido advirtiendo, la peculiaridad de la regulación del derecho de huelga hace que no siempre las líneas de evolución de nuestra jurisprudencia hayan de ser coherentes con una tendencia de ampliación de este. Por el contrario, dicha peculiaridad deja al derecho de huelga al albur de cambios no siempre estrictamente jurídicos.

De este modo, en el caso que nos ocupa, tras la sentencia de Coca-Cola se han dictado algunas resoluciones por parte de nuestro Tribunal Supremo, no así del Tribunal Constitucional, que han venido a frenar esa línea evolutiva que, en apariencia, había ampliado el contenido del derecho de huelga al relacionarlo con la necesaria salvaguarda de su efectividad en las estructuras empresariales complejas. No obstante, también es cierto que, desde el momento en el que creaba la doctrina de la “especial vinculación”, se dejaba la puerta abierta a supuestos en los que, por no concurrir tal vinculación, no

²⁰ LLANO SÁNCHEZ, M., «Huelga y externalización de la actividad productiva», en García Murcia, J. y Escribano Gutiérrez, J. (dir.), *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del TS. Estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruiz Castillo*, Oviedo, KRK, pp. 445-480.

²¹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «Huelga y subcontratas. El caso Altrad Rodisola», <https://editorialbo-marzo.es/huelga-y-subcontratas-el-caso-altrad-rodisola/>, p. 7.

²² Esta sentencia fue ampliamente comentada en su momento. Puede verse GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Derecho de huelga y grupos de empresa: lesión del derecho de huelga por quien no es empresario de los trabajadores huelguistas», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015, pp. 446 y ss.; DESDENTADO BONETE, A., «Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015; LILLO PÉREZ, E., «Sobre el ERE de Coca Cola. Causalidad de despido, defensa del puesto de trabajo y defensa del derecho fundamental de huelga», *Revista Derecho Social*, nº 71, 2015 pp. 177-187; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015, pp. 412 y ss; MOLINA NAVARRETE, C., «Despido colectivo y derecho de huelga: la intervención judicial del esquirolaje interno indirecto», *CEF-Revista de Trabajo y SS*, nº 388, 2015, pp. 190 y ss.

²³ SANGUINETI RAYMOND, W., *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2016, p. 141.

podría aplicarse la ya distante jurisprudencia constitucional que ni tan siquiera introducía diferencias al respecto.

Pues bien, en su sentencia 961/16, de 16 de noviembre, el Tribunal Supremo viene a negar, por primera vez, la posibilidad de entender conculcado el derecho de huelga en aquellas cadenas de contratación en las que no se da la especial vinculación. Ello a pesar de que las empresas de tales cadenas quisieran limitar los perjuicios que lo pudieran ocasionar las huelgas desarrolladas en aquellas otras con las que mantienen vínculos mercantiles. En concreto, nuestro Tribunal Supremo viene a entender que «no existe una vinculación que justifique hacer responder a [la empresa contratista] de una conducta en la que no ha participado y en la que no ha podido intervenir para tomar tal decisión». Justifica su postura en la preocupación de que la aplicación de su anterior doctrina a este supuesto sería «tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga, pues si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga del primero, o que, la empresa que intenta realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios»²⁴.

Esta sentencia levantó un importante revuelo en la doctrina laboralista. En concreto, se alertaba de que tal resolución ni tan siquiera citaba la sentencia del Tribunal Constitucional arriba analizada²⁵. No obstante, también es cierto que se trató de aminorar tal impacto afirmando que, efectivamente, el supuesto de hecho era muy distinto al de sus precedentes. En concreto, se advertía de cómo en esta última resolución se volvía a apelar a la doctrina de la especial vinculación como vía para ampliar la responsabilidad ante el derecho de huelga más allá de los grupos de empresa formalmente considerados. Se advertía, así, de que hubiera sido suficiente deducir un funcionamiento coordinado de las empresas afectadas para seguir manteniendo la línea anterior. El tiempo pareció darles la razón, toda vez que el Tribunal Supremo en su sentencia 888/2018, de 3 de octubre²⁶, vuelve a la doctrina elaborada en la Sentencia de 2015.

Sin embargo, un análisis más detallado de esta última resolución parece indicar que la línea inaugurada por el Tribunal Supremo, a la hora de exigir una “especial vinculación”, deja importantes puertas abiertas a futuras limitaciones. En concreto, esta trata de diferenciar, de nuevo, la situación en el seno de grupos de empresa formales del resto de los supuestos de descentralización productiva. La aplicación, más allá de los grupos formalmente constituidos, dependerá de la especial vinculación; será indicio de su concurrencia el hecho de que entre las empresas de la cadena exista un pacto de no afectación de la huelga.

Desde nuestro punto de vista, esta sentencia mantiene la concepción restrictiva de extensión de la doctrina del Tribunal Constitucional. Por una parte, se aplicará en los supuestos de grupos de empresas en sentido estricto. Sin embargo, respecto al resto de estructuras complejas, en especial en los supuestos de contrata y subcontratas, dependerá de la concurrencia adicional de una serie de circunstancias que constaten la “especial vinculación”. Esta, no obstante, no es la posición de un cierto sector doctrinal. Conforme a este, esta sentencia supuso la continuidad de una tímida línea de tendencia proclive al aumento de los supuestos en los que la protección del derecho de huelga trasciende el

²⁴ En línea pues con el mantenido tiempo atrás por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Derecho de huelga y libertad de empresa», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 4, 2004, pp. 365 y ss.

²⁵ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., «Huelga y subcontratas. El caso Altrad Rodisol», *cit.*, p. 2.

²⁶ LAHERA FORTEZA, J., «Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil», *Revista Derecho de Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 311.

estricto vínculo contractual. Con este objetivo, según estos autores, se viene a precisar, para dotarlo de mayor seguridad jurídica, el tan citado concepto de “especial vinculación”²⁷.

Desde nuestro punto de vista, habría que matizar esta optimista apreciación. En primer lugar, porque estas sentencias vienen a ratificar la posición del Tribunal Supremo que matizó, a su vez, el inicial pronunciamiento del constitucional²⁸. Se ratifica, pues, la doctrina según la cual el empresario no contratante laboral no ha de “soportar” las consecuencias negativas de una huelga en una empresa con la que tiene solo un vínculo mercantil. Para que ello ocurra ha de demostrarse que la relación entre contratistas es más intensa que el mero intercambio de servicios por un precio. De esta manera, se distancia de la posición que parecía mantener el constitucional en el que se hacía derivar cierta responsabilidad respecto de la huelga a los no contratantes laborales por el hecho de que se beneficiaban del trabajo de los huelguistas.

Esta sospecha se ve ratificada más recientemente en la STS 963/22, de 15 de diciembre. En ese caso, no sólo habrá de tenerse en cuenta, para extender la responsabilidad frente al derecho de huelga, la relación mercantil entre las empresas, de nuevo con la referencia de la especial vinculación, sino también a la necesidad de comprobar que la decisión empresarial fue adoptada como consecuencia de la huelga o, simplemente, durante la realización de la misma. En este caso, la extinción del contrato mercantil no se llevó a cabo para evitar las consecuencias negativas de la huelga sino para mejorar el servicio que se vio perjudicado por tales huelgas (FD 7).

En conclusión, advertimos una clara evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aras a dificultar la aplicación de la jurisprudencia constitucional que advirtió de la necesidad de extender el respeto del derecho de huelga más allá de las partes del contrato de trabajo. Existe un empeño, pues, de hacer derivar dicha posible extensión de las características de la relación mercantil existente entre las empresas implicadas²⁹. Por el contrario, para poder hacer efectivo el incremento de protección requerido conforme a la jurisprudencia constitucional, hubiera sido necesario poner el foco de atención en la relación existente entre la empresa no contratante laboral y el trabajo realizado en su favor por los trabajadores de las empresas contratistas³⁰. Así, habría que comprobar qué grado de dependencia posee aquella de dicho trabajo. De este modo, el hecho de optar, de manera simultánea a la huelga, por celebrar un nuevo contrato mercantil que le aporte el trabajo dejado de percibir sería un indicio suficiente de tal dependencia y, por tanto, habría de ser considerado como un acto contrario al derecho de huelga que, indirectamente, se realiza en su empresa. Del mismo modo, desde la perspectiva del trabajo realizado, habría de considerarse el hecho de que los trabajadores huelguistas realicen, en exclusiva o mayoritariamente, su trabajo en favor de la empresa ajena a su contrato laboral³¹.

²⁷ SANGUINETTI RAYMOND, W., «El derecho de huelga en los grupos de empresa y redes empresariales. La construcción de la doctrina del TS», *Trabajo y Derecho*, nº 49, 2019.

²⁸ Con posterioridad, esta línea ha seguido manteniéndose por el Tribunal Supremo en su Sentencia 624/2017, de 13 de julio.

²⁹ Cfr. GRAU PINEDA, C., «A nuevos tiempos, nuevas amenazas sobre el Derecho de Huelga: del absoluto desbordamiento de la prohibición de esquirolaje y del nuevo esquirolaje comercial o mercantil», *Estudios Latinoa*, nº 5, 2018, p. 119.

³⁰ GÓMEZ ARBÓS, J., «Huelga y empresario como tercero. La necesidad de ajustarse a la realidad y superar la relación contractual», *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la democracia*, nº 208, 2020, p.

³¹ Véase GRAU PINEDA, C., «Sobre el impacto de la huelga en las contratadas y del por qué la regulación española del derecho de huelga no responde a las necesidades de las relaciones laborales en el siglo XXI», *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, nº 4, 2021, p. 215; y LAHERA FORTEZA, J., «Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil», *cit.*, p. 311.

Por el contrario, el Tribunal Supremo centra sus resoluciones más recientes en la necesidad de salvaguardar la libertad de empresa. A través de esta línea evolutiva de su jurisprudencia, podemos comprobar la existencia de un claro programa ideológico consistente en limitar las posibilidades del derecho de huelga en el actual contexto de complejas realidades empresariales. Como se recordará, la iniciática STCo. 11/81 consideró la huelga como instrumento de presión que limita la libertad de empresa. En estas sentencias, el Supremo parece olvidarse de ello y, en línea con un cierto sector doctrinal³², configura esta libertad como un valladar casi inexpugnable en el seno de la descentralización productiva. Véase, en este sentido, la comparación realizada por la STS 961/16, de 16 de noviembre, entre el derecho a acudir al trabajo aportado por otras empresas en el marco de una huelga y el derecho de los consumidores a comprar en establecimientos no afectados por huelgas. Es decir, se viene a equipar el trabajo con el resto de las mercancías.

3. DERECHO DE HUELGA Y AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS: ¿DERECHO DE LA EMPRESA A DEFENDERSE?

Las nuevas tecnologías generan unos desequilibrios en los sacrificios de trabajadores y empresarios durante el ejercicio de derecho de huelga que exige realizar una interpretación reequilibradora de sus tradicionales perfiles. Eficacia y efectividad del derecho de huelga se encuentran más disociadas que nunca.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse por primera vez respecto del esquirolaje tecnológico³³ en las sentencias 183/06, 184/06, 191/06 y 193/06, de 19 de junio. Es, sin embargo, en su STCo 17/17, de 2 de febrero, donde sienta una doctrina más elaborada al respecto³⁴. Todas estas sentencias parten del hecho de que, en ciertos sectores productivos, entre ellos el de las telecomunicaciones e información, la presencia permanente de trabajadores en sus respectivos lugares de trabajo ha dejado de ser imprescindible, al menos a corto plazo, para poder asegurar la continuidad del servicio en cuestión. De esta manera, se confronta, por una parte, el objeto de la huelga -la cesación de la prestación del trabajo- y, por otra, el objetivo de dicha cesación -la paralización de la producción con el consecuente perjuicio a la contraparte del conflicto y la exteriorización del mismo-. Todo ello, lógicamente, con el interés añadido de la empresa de intentar preservar la apariencia de normalidad como indicador del escaso seguimiento de la huelga.

Como decíamos, en el año 2017 el Tribunal Constitucional dictó la última de las sentencias sobre esta cuestión. Básicamente, se mantiene que no toda búsqueda a través del uso de las nuevas tecnologías de minimizar los efectos del derecho de huelga entraría en contradicción con este. En el presente supuesto se plantea la necesidad de determinar la extensión del contenido del derecho de huelga, así como, en última instancia, la relación entre el derecho de huelga y el derecho de libertad de empresa. Al respecto, es adecuado

³² MONTOYA MELGAR, A., «Contratas, derechos fundamentales y “desbordamiento” de la jurisdicción constitucional. Comentario a la STCo 75/10, de 18 de octubre», *cit.*, p. 220.

³³ TASCÓN LÓPEZ, R., *El esquirolaje tecnológico*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

³⁴ MARTÍNEZ MORENO, C., «El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STCo. 17/17, de 2 de febrero, caso Telemadrid», *Derecho de las Relaciones laborales*, nº 9, 2017, pp. 894-902; SANGUINETI RAYMOND, W., «¿El derecho de huelga en entredicho?», *Trabajo y Derecho*, nº 28, 2017; y TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La prohibición del esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico», *Trabajo y Derecho*, nº 30, 2017, pp. 82 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Huelga y esquirolaje interno y técnico: un pasa atrás a la luz de la STCo. 17/2017», *Revista de Derecho VLex*, nº 154, 2017, pp. 1 y ss.; VALLE MUÑOZ, F.A., «La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 52, 2020; y AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., «El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto», *Labour and law Issues*, vol. 4, nº 1, 2018.

partir de las propias palabras del Ministerio Fiscal que en sus alegaciones mantiene que «el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar. A pesar de que la huelga produce, casi inevitablemente, un daño en el patrimonio empresarial, el ordenamiento no pone a disposición del empresario mecanismos dirigidos a prevenir o eliminar los efectos del paro laboral».

El parecer mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional parece desplegar todos sus esfuerzos en intentar contradecir las palabras del Fiscal, así como en poner freno a las consecuencias de sus resoluciones anteriores sobre esta cuestión. En concreto, trata de llevar a efecto este objetivo a través de dos procedimientos. Por una parte, ampliar las posibilidades del *ius variandi* empresarial sin considerarlo como esquirolaje interno. En segundo lugar, trata de poner límites a la consideración de que es contrario al derecho fundamental de huelga su obstaculización consciente por parte del empresario utilizando medios tecnológicos.

Respecto del primero de los supuestos, se parte de la descripción de la jurisprudencia en virtud de la cual el esquirolaje externo, único previsto en el art. 6.5. RDLRT, ha de considerarse equiparado al interno. Para ello trae a colación la jurisprudencia elaborada por el constitucional en su sentencia 33/11, de 28 de marzo. Como se recordará, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional amplía el estrecho art. 6.5 del preconstitucional RDLRT. Reiterando, pues, la posición mantenida en sus anteriores Sentencias 123/92, 92/05 y 250/07, considera que el poder de dirección empresarial, como mantuvo respecto al poder disciplinario (STCo. 104/11, de 20 de junio), no es un derecho absoluto ni tan siquiera equiparable al fundamental derecho de huelga.

En un intento de no aplicar esta doctrina, pero al mismo tiempo respetarla, la sentencia ahora analiza, tergiversa, según describe pormenorizadamente el Voto particular firmado por Valdés Dal-Ré, Asua Batarrita y Xiol Ríos, los hechos declarados probados por los órganos jurisdiccionales ordinarios. En concreto, el objetivo consistiría en considerar que no hubo una asignación de funciones distintas a las que tenía encomendadas habitualmente los trabajadores que no secundaron la huelga y permitieron la emisión de un partido de fútbol.

Es evidente que, en un contexto de fuerte ampliación de las funciones a desempeñar por los trabajadores como consecuencia de la fuerte flexibilidad interna implementada por las sucesivas reformas acaecidas en nuestro ordenamiento jurídico, no es suficiente, en aras a la protección del derecho de huelga, la tradicional delimitación del esquirolaje interno en relación a conceptos como *ius variandi* o movilidad funcional, pues el empresario detenta unos enormes poderes de reorganización de la producción por la vía de los hechos³⁵. Situación que se ve agravada, como podemos comprobar en la sentencia ahora comentada, si directamente se niega cambio de función alguna. En palabras del Voto particular, «las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de nos nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan».

³⁵ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Derecho de huelga, *ius variandi* y esquirolaje tecnológico», *Temas Laborales*, nº 139, 2017, pp. 217-228.

Por otra parte, en esta ocasión el Tribunal Constitucional soslaya una cuestión que, a tenor de su propia jurisprudencia anterior, hubiera sido necesario que se planteara. Nos referimos al hecho de que el contenido emitido no había sido generado por la empresa implicada sino por una empresa externa. En supuestos anteriores fue muy trascendente, a la hora de formar su juicio, el hecho de que la programación emitida había sido previamente grabada. En esta ocasión, ni tan siquiera es un contenido propio, sino que su producción se encontraba exteriorizada. Desde nuestro punto de vista, con más razón habría de haber considerado que dicha emisión contradice el derecho de huelga y para ello habría de haberse recordado la jurisprudencia emanada de sus Sentencias 75 y 76/10, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010³⁶. Además, tampoco entró a valorar, auspiciada en el supuesto respeto de los hechos probados, el escaso valor informativo de la emisión³⁷ y la posibilidad, como había mantenido en estas sentencias, de emitir el acontecimiento deportivo en cualquier otro momento posterior a la jornada de huelga, a no ser que entendamos que ver un partido de fútbol forma parte del contenido esencial del art. 20.1 d) CE.

3.1. Utilización de medios tecnológicos y derecho del empresario de reacción frente a la huelga

El sindicato recurrente no solo entendió que se vulneró el derecho de huelga porque se hubiera encomendado funciones distintas de las habituales a los trabajadores que no secundaron la huelga, sino que también consideró vulnerado aquel por la implementación en el proceso de retransmisión de medios técnicos no habituales. Tras la descripción de los por menores técnicos, la propia sentencia comentada llega a la conclusión de que «se han utilizado, por tanto, medios técnicos con lo que contaba la empresa, pero que no son de uso habitual».

Para ello despliega una doble argumentación. Por una parte, niega que dicha implementación de medios técnicos sea de suficiente entidad como para poder incardinarse en el concepto de esquirolaje tecnológico. En segundo lugar, y es aquí donde la sentencia ahora comentada se convirtió en el inicio de una jurisprudencia de enorme carácter restrictivo del derecho de huelga, parece configurar un cierto derecho de defensa de la libertad de empresa frente al derecho fundamental de huelga. Por ello, habrá que, conforme mantiene la sentencia, considerar si dichos medios de defensa son o no legítimos en cada caso. Es decir, se pretende llevar hasta sus últimas consecuencias la radical separación entre eficacia y efectividad del derecho de huelga. La empresa no puede actuar frente a la eficacia, esto es, que todos o casi todos los trabajadores secunden la huelga, pero sí frente a su efectividad, conforme a la cual es legítimo, al menos en supuestos como el que describe la sentencia, que la empresa se “defienda” con los medios a su alcance para intentar que la producción no se paralice siempre que no signifique la implementación de nuevos medios.

En concreto, se mantiene que «la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los

³⁶ POQUET CATALÁ, R., «Las vigentes líneas en torno al esquirolaje y sus nuevas modalidades: tecnológico y comercial u organizativo», *Revista General de Derecho del Trabajo y SS*, nº 55, 2020, p. 443. TASCÓN LÓPEZ, R., «Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga», *Documentación Laboral*, nº 121, 2020, p. 96.

³⁷ PÉREZ REY, J., «Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general: a propósito de la STS de 11 de julio de 2021», *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012, pp. 195-210.

restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma».

Partiendo de este razonamiento que trata de extraer de la jurisprudencia anterior, aunque esta llegaba a conclusiones contrarias, termina yendo mucho más allá de lo que hasta ahora se había visto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al hacer un esfuerzo por equiparar el derecho de huelga y la libertad de empresa. En concreto, entiende que «sería desproporcionado exigir al empresario, en supuesto como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos». Es por ello por lo que se crea un derecho del empresario, creemos que aquí se encuentra la principal novedad de esta sentencia, a utilizar los medios a su alcance para minorar la efectividad de la huelga. Contraviniendo, pues, lo que hasta ahora estaba doctrinal y jurisprudencialmente asumido.

No queda aquí este ataque al derecho de huelga pues no sólo se intuye la creación de un derecho de defensa del empresario frente al derecho de huelga que le habilita para utilizar los medios a su alcance para conseguir el menor efecto posible de la misma, sino que se legitima dicha actitud en la necesidad de que el empresario defienda la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que opten por acudir al trabajo. Curiosamente, consagra, sólo para los supuestos en los que concurre una huelga, la equiparación absoluta entre derecho al trabajo y ocupación efectiva de aquellos trabajadores que no secundan la huelga³⁸.

Se aprecia, pues, en palabras del Voto particular una «deriva hacia una jurisprudencia constitucional cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales», eligiendo «la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental».

En definitiva, como se encarga de mantener el Constitucional, habrá que ponderar si la incidencia de dichos medios técnicos posee la suficiente significación. Todo ello en el contexto, expresamente resaltado por este Tribunal, de un cierto derecho de la empresa a la defensa, utilizando los medios a su alcance, frente el derecho fundamental de huelga.

3.2. Recepción de la doctrina constitucional por el Tribunal Supremo

La contundente apuesta del Tribunal Constitucional en favor de la libertad de empresa³⁹, y en detrimento del derecho ahora analizado, ha condicionado, lógicamente, la posterior jurisprudencia elaborada por nuestro Tribunal Supremo que se ha visto transida de tal deriva⁴⁰. Así, en su sentencia 624/2017, de 13 de julio, viene a excluir la extensión de la figura del esquirolaje a aquellos supuestos en los que se produce la utilización de medios automáticos previamente existentes para suplir el trabajo humano dejado de prestar por los trabajadores que secundan la huelga. El único límite a tal utilización se encontraría en el hecho de utilizar, con el objeto de activar los medios técnicos, a trabajadores no huelguistas ajenos a los mismos. Una vez proclamada tal doctrina, realiza una declaración de fuerte contenido ideológico:

³⁸ Ampliamente puede verse, a este respecto, PÉREZ REY, J., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)», *Revista de Derecho Social*, nº 77, 2017, pp. 163 y ss.

³⁹ GRAU PINEDA, C., «El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos», *Nuevo Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 206, 2018.

⁴⁰ GORROCHATAGUI POLO, «La incidencia de las nuevas tecnologías en la figura del esquirolaje», *Revista General de Derecho del Trabajo*, nº 63, 2022, pp. 149 y ss.

«La protección constitucional del derecho de huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga - ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar- a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente».

Desde nuestro punto de vista, esta afirmación es de todo punto superflua. Es evidente que, en ningún momento, nuestra normativa preconstitucional exige a la empresa la colaboración con la huelga. Se olvida que la huelga es una institución de conflicto y, como tal, ambas partes tratarán de salir victoriosos de ella. No obstante, el fuerte desequilibrio contractual generó que los diferentes ordenamientos jurídicos abandonaran su concepción de mera libertad para otorgarle la consideración de derecho a esta medida de conflicto colectivo. Para que esta no fuera una mera declaración hubo de introducir límites a la libertad de empresa. El argumento anteriormente citado del Tribunal Supremo podría aplicarse a cualquiera de esas limitaciones y, en especial, a todas las modalidades de esquirolaje.

Con posterioridad, esta posición ha sido mantenida por la STS 153/21, de 3 de febrero de 2021. En este caso, dado que los trabajadores no huelguistas no eran los encargados de utilizar los medios tecnológicos utilizados durante la huelga para minimizar sus efectos, se consideró esquirolaje. Es decir, lo trascendente no es utilizar estos medios para combatir la huelga sino quien activa los mismos. Es evidente que tal garantía es falsa. Toda vez que estos medios, precisamente por estar altamente automatizados, apenas necesitan de la intervención del trabajo humano de manera continua o son muchos los trabajadores que, habitualmente, los activan.

Creemos que la pregunta que hubiera debido hacerse el Tribunal es la que si la utilización de dichos medios, como consecuencia de los indicios concurrentes, tenía como objetivo hacer inocua a la huelga legalmente convocada. Es intrascendente, a estos efectos, si los mismos son activados o no por los trabajadores que habitualmente lo hacen⁴¹.

Para concluir con el análisis de la interferencia entre las nuevas tecnologías y el derecho de huelga, desde nuestro punto de vista, no es comprensible que exista una elaborada jurisprudencia con relación a la huelga abusiva (art. 7.2 RDLRT) y que no dispongamos de unos argumentos semejantes en el caso de que el desequilibrio de sacrificios durante la huelga sea consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías por parte del empresario.

El problema de la extensión de esta jurisprudencia se encuentra en el diferente reconocimiento, de nuevo como se encargó de destacar la STCo.11/81 (FJ 10), del derecho fundamental y “las libertades cívicas” en concurso. Aun obviando este dato, creemos que conllevaría una importante garantía al derecho de huelga ejercido por trabajadores en empresas altamente automatizadas el comprobar que no existe, en este caso respecto al empresario, lo que calificó aquella sentencia como “equivalencia de sacrificios mutuos”⁴²: «el derecho de los huelguistas exige proporcionalidad y sacrificios mutuos por lo que existe abuso cuando se consigue la ineludible participación en el plan huelguístico de trabajadores no huelguistas, cuando la perturbación de la producción que la huelga

⁴¹ También en un sentido crítico puede verse ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S., «Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 225, 2019, pp. 77-104.

⁴² Ampliamente, véase MATIA PRIM, J., *El abuso del derecho de huelga*, cit., p. 136.

acarrea genera un efecto multiplicador y cuando concurre algún elemento de simulación contrario al deber mutuo de lealtad y de honradez»⁴³.

Partiendo de esta jurisprudencia, terminamos con una pregunta abierta: ¿nuestros tribunales hubieran declarado abusiva una huelga exitosa secundada por muy pocos trabajadores, los únicos necesarios para activar los medios técnicos indispensables para la continuidad de la actividad productiva?

Es decir, la huelga sería abusiva por ser efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo. No ocurre lo mismo, conforme a lo expuesto, cuando son los empresarios los que utilizan trabajos estratégicos para anular los efectos de la huelga⁴⁴. En definitiva, se trataría, simplemente, de extender su propia doctrina respecto al esquirolaje externo a este supuesto⁴⁵.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y DERECHO HUELGA

La STCo. 69/2016, de 14 de abril, se autodefinió como la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional entraba a valorar la posibilidad de atribuir responsabilidad civil extracontractual a los miembros de un piquete informativo⁴⁶. Es decir, que su trascendencia es evidente en la definición de nuevos límites al ejercicio de derecho de huelga⁴⁷. Con anterioridad, el Tribunal Supremo tampoco se prodigó en pronunciamientos sobre tal tema de manera específica⁴⁸. Podemos afirmar, respecto a la jurisprudencia del Supremo, en todo caso anterior a la que ahora reclama nuestra atención, que no ha sido muy proclive a «imputar responsabilidades por daños en casos de huelga»⁴⁹. De hecho, la atención de nuestra doctrina ha sido muy escasa, centrándose, más bien, en el estudio de la responsabilidad de las organizaciones sindicales derivadas de las huelgas por ellas convocadas⁵⁰.

Ha de recordarse, aunque sea una obviedad, que las limitaciones halladas en la tradicional jurisprudencia sobre responsabilidades derivadas para los trabajadores de su participación en huelgas son una consecuencia de la propia finalidad del ejercicio de tal derecho. Las huelgas pretenden, para conseguir los fines que constitucionalmente se les reconocen, generar en la otra parte del contrato o en el Estado un perjuicio lo

⁴³ Más recientemente véase la STCo 130/21, de 21 de junio.

⁴⁴ Siempre que se produjera, conforme a la exigencia jurisprudencial para la calificación del derecho de huelga como abusiva, una desproporción considerable de sacrificios: 20 marzo 1991 (roj 16626/1991), 3 abril 1991 (roj 1944/1991) y 10 noviembre 2006 (r. 130/05).

⁴⁵ SSTCo. 18/07, de 12 de febrero; 33/11, de 28 de marzo; y 123/92, de 28 de septiembre.

⁴⁶ Véase el comentario realizado a esta en MARTÍNEZ MORENO, C., «Ejercicio del derecho de huelga y responsabilidad por daños. A propósito de la STCo 69/16, de 14 de abril», *Revista de Derecho Social*, nº 75, 2016, pp. 159-172.

⁴⁷ ARUFE VARELA, A., «La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el derecho español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 191, 2016. LÓPEZ CUMBRE, L., «Responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio del derecho de huelga», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7, 2016; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., «Responsabilidad por huelga y alcance del contenido adicional del derecho de libertad sindical: últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2016.

⁴⁸ FERRANDO GARCÍA, F., *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

⁴⁹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Responsabilidad por daños durante la huelga», en García Murcia, J. y Escribano Gutiérrez, J. (ed.), *Huelga y conflicto de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Oviedo, KRK, p. 625.

⁵⁰ PUEBLA PINILLA, A. de la, *La responsabilidad civil del sindicato*, Wolters Kluwer, 2000; y GOÑI SEIN, J.L., «La responsabilidad civil del sindicato por huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 43, 1990.

suficientemente intenso como para reequilibrar su posición contractual⁵¹ o para conseguir las pretendidas concesiones de los poderes públicos: «la regularidad del ejercicio [del derecho de huelga] es, por fuerza, compatible con el expresado resultado dañoso. Dicho de otro modo, tal resultado es consustancial al derecho de huelga. No admitirlo es tanto como negar el derecho de huelga y regresar [al] pasado»⁵². Por ello, en todo caso se trataría de comprobar si los daños causados están o no dentro de los límites admisibles, puesto que, aun causadora de daños, no lo puede ser de cualquier daño⁵³.

Pues bien, en la sentencia antes citada, el Tribunal Constitucional se encargó de dotar de nuevos perfiles a la posibilidad de que los huelguistas pudieran incurrir en responsabilidad civil extracontractual respecto de los posibles daños ocasionados por supuestas extralimitaciones en su ejercicio⁵⁴. En concreto, el Pleno del Tribunal Constitucional hubo de valorar si la atribución de responsabilidad civil extracontractual a los integrantes de un piquete constituye una medida desproporcionada que conlleva un efecto disuasorio o desalentador del derecho de huelga. En segundo lugar, si es posible extraer dicha responsabilidad del sólo hecho de la participación del trabajador en el piquete informativo que generó unos determinados daños.

Comienza su razonamiento el Tribunal describiendo su doctrina anterior sobre los límites del derecho de huelga para lo que trae literalmente a colación una serie de Autos en los que, básicamente, viene a mantenerse que el derecho de huelga no comprende la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimatorio o coactivo: «En definitiva, como síntesis de nuestra doctrina constitucional en la materia, cabe concluir que el derecho de huelga incluye el derecho de difusión e información sobre la misma pero no puede tutelar el de coaccionar, amenazar, o ejercer actos de violencia para perseguir sus fines, siendo obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga». De nuevo, pues, se apela al derecho de los trabajadores no huelguistas a pesar de que, en el caso en cuestión, no se menciona en los hechos probados, en ningún momento, que hubiera trabajadores implicados.

Una vez descrita la anterior doctrina, el Tribunal Constitucional afirma, a modo de premisa para poder entrar a valorar la posibilidad de extender la responsabilidad civil extracontractual, que, según los hechos probados, el piquete se extralimitó. No se pueden considerar incluidas en el derecho fundamental a la huelga las conductas descritas en el supuesto de hecho y, por tanto, pueden dar lugar al nacimiento de dicha responsabilidad, siempre que concurren los requisitos descritos a continuación por el Tribunal Constitucional.

Desde nuestro punto de vista, el Tribunal Constitucional realiza un recorrido altamente interesado por su propia jurisprudencia. De manera que se detiene considerablemente en aquellos Autos de los que puede extraer un apoyo a su fallo, obviando sentencias, incluso más recientes, de las que no le interesa extraer tales conclusiones. En concreto, habría que recordar la no tan lejana STCo. 104/11, de 20 de junio. En ésta se volvió a recordar la tradicional jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional desarrollada desde la ya lejana STCo 11/81, de 8 de abril. Según esta doctrina, los límites y extensión del derecho

⁵¹ Véase una interpretación en sentido contrario en MARTÍN VALVERDE, A., «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/81», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid, La Ley, 1997, pp. 98-101.

⁵² GÁRATE CASTRO, J., «Repercusiones de la huelga en la empresa. Tres aspectos del daño compatible con la licitud del ejercicio del derecho de huelga», en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B. (coord.), *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 337. Véase la STCo 41/84, de 21 de marzo (FJ 2º).

⁵³ STS de 14 febrero (Roj 17125/90) y 30 junio 1990 (Roj 5092/90) y 3 abril 1991 (Roj 1944/91).

⁵⁴ Una crítica a esta sentencia desde el Derecho Civil puede verse en RUBIO TORRANO, E., «Alcance de la responsabilidad civil extracontractual del dirigente de un piquete huelguístico», *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8, 2016.

fundamental de huelga no pueden ser interpretados sin obviar el carácter conflictivo de este derecho. Se obvia la doctrina de la STCo. 104/11 a la que ni tan siquiera se cita y se retoma el razonamiento del voto particular que, en aquella ocasión, emitió el ahora ponente de la Sentencia comentada: negar, con una falta absoluta de ponderación de las limitaciones que la huelga implica, el carácter de huelga de los hechos acaecidos. En aquella ocasión, se resaltó como elemento básico la necesidad de determinar la conexión entre la conducta de los trabajadores y el ejercicio del derecho de huelga, así como que el derecho penal no puede suponer, por el exceso de rigor en su aplicación, un desincentivo para el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Una vez negada la posibilidad de calificar como huelga los hechos enjuiciados, se encuentra desembarazado de cualquier referencia al derecho fundamental de huelga a la hora de precisar la posibilidad de imputar responsabilidad civil extracontractual al denominado genéricamente como líder del piquete. Para ello, continúa diferenciando entre los dos supuestos separados por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia: la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños materiales y personales de la actuación del piquete; y, en segundo lugar, esa misma responsabilidad referida al lucro cesante generado como consecuencia del cierre del establecimiento.

4.1. Culpa civil extracontractual y daños ocasionados de manera no individualizada

En cuanto al primero de los supuestos, la clave está en determinar si es posible atribuir al trabajador los daños ocasionados por el piquete, aunque no haya quedado constatada su concreta participación en los mismos⁵⁵. Partiendo de que la normativa de huelga no establece una regla específica sobre el tema, el ponente asume una suerte de misión de completar ese déficit.

Se parte, en primer lugar, de que la fijación de los criterios de imputación de la responsabilidad civil y la determinación de ésta constituyen competencias propias de los tribunales ordinarios. No obstante, corresponden al Tribunal Constitucional revisar dicha fijación con el objetivo de constatar si la misma puede tener un efecto lesivo sobre el contenido del derecho fundamental de huelga.

Tradicionalmente, tal enjuiciamiento de la culpa derivada de la actuación de piquetes había estado relacionada con la imputación de culpa penal o laboral. En cuanto a la primera, la constitución en su art. 25.1 consagra el principio de personalidad de la pena. Por ello, tal imputación solo es factible tras una individualización adecuada de los actos ilícitos y no mediante la imputación colectiva a un grupo de determinados actos penalmente reprochables, para condenar a cualquiera de ellos. Tras detallar esta doctrina, se proclama que dicho principio de personalidad de la pena no constituye una exigencia constitucional en el ámbito de imputación de la responsabilidad civil.

Tampoco son trasladables al supuesto de la responsabilidad civil la doctrina elaborada por el Constitucional respecto a la responsabilidad contractual de las acciones de los piquetes. En concreto, la necesidad de que se pondere y valore en cada caso la gravedad de la conducta de cada uno de los sujetos participantes en los actos ilícitos, determinando, en su caso, si es merecedora de la sanción laboral. De modo que, sólo en el supuesto de que tal apreciación de legalidad hubiese sido claramente irrazonada, podría estar producida la vulneración constitucional y sustituirla por un criterio más ajustado (ATC 158/94, FJ 3).

⁵⁵ ALFONSO MELLADO, C., «La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV., *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Cinca, 2013, pp. 118 y ss.

Es decir, tanto en lo que se refiere a la responsabilidad penal como a la laboral es necesario que la responsabilidad quede perfectamente individualizada, no siendo suficiente con la prueba de que el trabajador individual participaba en el piquete. En la actual sentencia se viene a afirmar que ninguno de estos dos supuestos es extensible, automáticamente, al supuesto de la responsabilidad civil pero sí analógicamente conforme a los límites descritos por Tribunal Constitucional en esta sentencia.

La doctrina que se jacta de elaborar se preocupa, como hemos advertido, de diferenciar los dos supuestos de los que el trabajador fue responsabilizado. En cuanto a la primera, esto es, la responsabilidad por los daños materiales ocasionados por el piquete, constata que, en ningún momento, se puede acreditar la participación individualizada del trabajador. Sólo consta, por el contrario, la anuencia o consentimiento del acto dañoso, pero sin que conste acreditada ni su autoría material, ni tampoco que éste diera ninguna directriz para su comisión.

A juicio del Tribunal Constitucional, esta imputación de unos daños no ocasionados directamente por el trabajador recurrente podría suponer un menoscabo del derecho fundamental de huelga. Este derecho requiere que «la atribución de responsabilidad civil por daños derivados de actuación huelguística ilícita de un piquete violento, los órganos judiciales deben atender cuidadosamente a la conducta personal e individualizada de sus miembros en la producción del acto dañino, de modo que, por sí sola, la condición de integrante e incluso líder del piquete no constituye título suficiente y constitucionalmente válido para que pueda imputarse tal responsabilidad».

Se concede el amparo al trabajador “líder” del piquete en este concreto supuesto creando, desde nuestro punto de vista, una falsa garantía. La única razón por la que el trabajador es exonerado de responder por los supuestos daños ocasionados es que no se constató su participación directa en estos. Es decir, en sentido contrario, se abre la posibilidad de que, en supuestos semejantes, se impute con dicha responsabilidad a aquellos trabajadores respecto de los que sí conste su participación directa. Obviando, como hace la sentencia, el contexto de conflicto consustancial a toda huelga e, incluso, el hecho no valorado por el parecer mayoritario del Pleno de que la “reyerta” fue iniciada por el empresario con su actitud también violenta contra los miembros del piquete.

4.2. Responsabilidad civil por el lucro cesante generado por la acción del piquete

En cuanto al segundo de los supuestos, la solución alcanzada por el Tribunal constitucional será justo la contraria: dado que el lucro cesante es consecuencia de la acción del piquete en su conjunto y quedó acreditada la participación del demandante en amparo en dicho piquete, este será responsable de dicho lucro cesante al igual que todos los trabajadores que, en su caso, hubieran sido identificados como integrantes del piquete. Con este objetivo, se remite a la apreciación que, en su momento, hagan los tribunales ordinarios.

De la lectura del razonamiento del Tribunal Constitucional se desprenden en este punto dos conclusiones: la participación en un piquete convierte en acto propio todos los daños por lucro cesante que genere dicho piquete, puesto que, difícilmente se puede inferir la razón, en última instancia, que motivó dicho cierre.

En segundo lugar, el cierre del establecimiento tras la acción del piquete genera, en todo caso, un lucro cesante indemnizable, consecuencia de la falta de voluntad del empresario para el cierre. Se trata, por tanto, de un elemento siempre concurrente que alcanza su máxima expresión en el supuesto de imposibilidad de apertura como consecuencia de la falta de asistencia de los trabajadores durante la jornada de huelga. Es

decir, toda huelga genera un lucro cesante que será indemnizable si es posible demostrar la falta de voluntad del empresario en el cierre y la participación personal del demandado en el piquete que generó el cierre.

Evidentemente, tales conclusiones, a pesar de que el parecer mayoritario del Pleno afirma lo contrario, pueden suponer un importante desincentivo en aras a participar durante una huelga en los piquetes informativos, contenido esencial, recuérdese, del derecho fundamental de huelga. Esta es la razón por la que se dicta el voto particular que ahora analizamos.

4.3. Limitaciones inhabilitantes del derecho de huelga: a propósito del voto particular

El voto particular parte de la necesidad de valorar, en primer lugar, el efecto de desaliento que para el ejercicio del derecho fundamental de huelga puede suponer el ampliar la panoplia de responsabilidades que pueden concurrir durante el ejercicio de este. Por el contrario, afirma el voto particular, ello no se ha tenido en cuenta suficientemente en el parecer mayoritario de la sala y se ha considerado aplicables reglas legales ordinarias como si no estuviera en juego aquel derecho fundamental.

Según el voto firmado por D. Fernando Valdés Dal-Ré y otros dos Magistrados, la mayoría de la sala renunció a realizar una valoración de los hechos acreditados desde el prisma del derecho fundamental comprometido y la tutela que otorga.

En concreto, se mantuvo en este Voto particular que «la Sentencia acepta que indicios tamente probatorios o inferencias débiles e indeterminadas como los que han sido cuestionados en este recurso se conviertan en un título subjetivo suficiente de imputación y den lugar a la responsabilidad de un huelguista, aunque no haya una conexión causal probada entre ese agente y el daño que ha sido objetivado. Se sanciona, de ese modo, no ya la participación en una huelga sino, lo que es más grave aún, la participación activa o directa en la medida de autotutela colectiva, esto es, la participación en una condición en la que se da una penetración adicional o expresión de mayor intensidad del derecho fundamental del art. 28.2».

Defienden los Magistrados disidentes que el respeto del derecho fundamental de huelga requiere que, en la atribución de responsabilidad civil, los órganos judiciales atiendan siempre a dos elementos obligatoriamente concurrente:

- a) La conducta personal e individualizada en la producción del acto dañoso
- b) La necesaria contextualización de dicha conducta en un entorno de conflicto

Aplicado al caso en cuestión, consideran los magistrados disidentes que la condición de dirigente o líder de un piquete no constituye razón suficiente para que pueda imputarse tal responsabilidad, salvo que exista prueba que acredite subjetivamente la autoría y objetivamente el daño causado, así como indefectiblemente la desvinculación plena entre el daño ocasionado y el hecho huelguístico.

Con relación a este último elemento, es preciso, mantiene el voto particular, analizar la conducta de que se trate encuadrada en el contexto de conflicto que se desarrolla. «Explicar el conflicto que subyace en el curso de la huelga no es un acto ajeno al derecho; antes bien, se trata de su expresión primaria, inherente o congénita, conectada de forma patente y natural con el desarrollo de la media colectiva, entre cuyas facultades se encuentra no solo la de dar la publicidad o proyección exterior a la misma, sino también la de recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición».

4.4. Consecuencias de este pronunciamiento: desalentar la participación en las huelgas

A modo de recapitulación y enlazándolo con el objeto de nuestro estudio, esta jurisprudencia ocasionará en la práctica un claro desaliento para los trabajadores huelguistas a la hora de participar en uno de los instrumentos más eficaces de exteriorización de la huelga. Conforme hemos desarrollado, queda abierta la posibilidad de que la integración en un piquete pueda conllevar para el trabajador la satisfacción de importantes cuantías económicas en forma de indemnización, tanto por los daños ocasionados como por el lucro cesante.

Es cierto que será necesario acreditar fehacientemente la participación de cada miembro del piquete en el daño reclamado. Sin embargo, ello no será necesario en el caso del lucro cesante. La apertura de esta posibilidad es, desde nuestro punto de vista, de enorme gravedad. En primer lugar, porque en toda huelga se genera un lucro cesante. No sólo en el caso de verse eventualmente obligados al cierre los establecimientos abiertos al público, sino también por la reducción de personas dispuestas a acudir a dichos establecimientos en una jornada de paro⁵⁶.

Es sorprendente que en esta resolución no se haga referencia al contexto de conflicto que implica una huelga general. Tampoco al hecho de que la apertura de un establecimiento en ese contexto no siempre es una simple manifestación de la libertad de empresa sino una opción empresarial en el seno del conflicto. Por ello, en muchos casos, tal opción es, en sí misma, conflictiva. De ahí el ahínco en la apertura a pesar de la clara disminución que, en el contexto de este tipo de huelgas, se genera en el volumen de negocio habitual. Al desconocer tal contexto de conflicto, también obvia el considerable poder que, por la vía de los hechos, posee un empresario del sector el ocio nocturno para “convencer” a sus trabajadores de que lo más acorde a sus intereses es no acudir a una huelga convocada en defensa de sus derechos.

Especialmente grave, a nuestro juicio, es atribuir una mayor responsabilidad a aquellos integrantes del piquete que, según la policía, lideran el piquete. Es decir, se hace responsable, como consecuencia de una simple apariencia, de las consecuencias de los actos de sujetos que, en muchas ocasiones, son desconocidos entre sí⁵⁷.

En definitiva, se puede llegar a producir, como decimos, un cierto desaliento, especialmente por la imposibilidad, en contextos de fuerte conflicto, de prever el educado comportamiento de todos aquellos que, accidentalmente, se han integrado dentro de un mismo piquete.

5. DERECHO DE HUELGA Y LIBERTAD DE EMPRESA EN LOS TRIBUNALES EUROPEOS

Como hemos comprobado en las sentencias seleccionadas, en la batalla entre derecho de huelga y libertad de empresa parece que toma ventaja esta última. No obstante, dicha ventaja choca con la propia configuración de tales derechos en nuestro texto constitucional y la contundente defensa del carácter preferente de la huelga como derecho fundamental frente a los simples derechos cívicos, como mantenía nuestro Tribunal Constitucional en su ya lejana sentencia 11/81, de 8 de abril.

⁵⁶ ALFONSO MELLADO, C., «La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo», *cit.*, p. 135.

⁵⁷ Véanse las interesantes reflexiones, en un sentido semejante, de MARTÍNEZ MORENO, C., «Ejercicio del derecho de huelga y responsabilidad por daños», *cit.*, p. 172.

Sin embargo, como decíamos, en estas sentencias se evidencia una quiebra de tal declaración. Por ello, esta circunstancia ha sido aplaudida por el sector más liberal de nuestra disciplina⁵⁸. Para coadyuvar en esta dirección se apela al hecho de que, en el Derecho comunitario, la jerarquía entre ambos derechos ha desaparecido -al incorporar la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)⁵⁹ a la libertad de empresa (art. 16) entre tales derechos fundamentales- y que los nuevos tiempos hacen necesario abandonar la tradicional posición, a su juicio, excesivamente limitadora de la libertad de empresa⁶⁰. Ello a pesar de la expresa exclusión entre las competencias de la UE del derecho de huelga (art. 153.5 TFUE), por lo que su incorporación supone, simplemente, que «la UE reconoce la existencia del derecho de huelga y de la libertad sindical en los diferentes Estados miembros y su plena legitimidad, reservando al nivel interno su regulación»⁶¹.

Es evidente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha contribuido considerablemente a reforzar tales posicionamientos. Recuérdese la contundente defensa, frente a diversas manifestaciones del conflicto de trabajo en el ámbito comunitario, de las libertades económicas atribuidas a las empresas⁶². En concreto, a través de las famosas sentencias Viking (de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05), Laval (de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341/05) y Ruffert (de 3 de abril de 2008, Asunto C-346/06)⁶³ se venía a considerar las medidas de conflicto colectivo, planteadas para exigir la aplicación de mejores condiciones de trabajo a ciertos colectivos de trabajadores, como contrarias a las libertades económicas de las empresas⁶⁴. En palabras de Supiot: «Europe gagnée par l'économie communiste de marché»⁶⁵.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, como decíamos, aplaudió tal jurisprudencia por suponer, a su juicio, un cambio de paradigma que necesariamente ha de mutar las tradicionales relaciones entre un derecho fundamental y, en palabras del Tribunal Constitucional, un derecho cívico. No obstante, olvidan, en su deseo de perjudicar uno de los únicos instrumentos de reequilibrio social y económico en manos de los trabajadores⁶⁶, que tal jurisprudencia ha sido contundentemente respondida tanto por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

⁵⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Derecho de huelga y libertad de empresa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 5 2005, p. 18; GARCÍA MURCIA, J., «Huelga y conflicto social de trabajo», en *El sistema español de relaciones laborales a la altura del siglo XXI*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2014, p. 72. Una contundente y elaborada crítica a estas posiciones puede verse en BAYLOS GRAU, A., «Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto», *Revista de Derecho Social*, nº 66, 2014, p. 23.

⁵⁹ 2010/C 83/02 (Diario Oficial de la UE de 30 de marzo de 2010).

⁶⁰ GARCÍA MURCIA, J., «Huelga y conflicto colectivo de trabajo», *cit.*, p. 106.

⁶¹ ORLANDINI, G., «Libertà di circolazione delle merci : un limite comunitario al conflitto sindacale», *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº 4, 1999, p. 623.

⁶² DOCKÈS, E., «L'Europe antisociale», *Revue Droit de Travail*, 2009, p. 145.

⁶³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «El caso Ruffert: ¿una constitucionalización del dumping social?», *Relaciones Laborales*, nº 15/16, 2008.

⁶⁴ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario», *Temas Laborales*, nº 101, 2009, pp. 243-253; CARUSO, B., «La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2008, pp. 158 y ss. VIRUELA, R., «Trabajadores desplazados, mano de obra barata en Europa», *Sociología del Trabajo*, nº 96, 2020, pp. 97-109; RODIÈRE, P., «Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue Trimestrel de Droit européen*, 2008, p. 47; y CABEZA PEREIRO, J., «El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 156, 2012, p. 57; ORLANDINI, G., «Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº 118, 2008, pp. 237 y ss.

⁶⁵ «Europe gagnée par l'économie communiste de marché», *Ruevue du MAUSS permanente*, 2008. (http://www.journaldumauss.net/spip.php?page=imprimer&id_article=283). La contradictoria evolución posterior de la jurisprudencia del TJUE puede verse en GIUBBONI, S. y ORLANDINI, G., «Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº 160, 2018, pp. 907 y ss.

⁶⁶ Ampliamente, DURÁN LÓPEZ, F., *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976.

(TEDH)⁶⁷. Dado que estas resoluciones han gozado, a pesar de la reciente ratificación de la Carta Social Europea revisada (CSE) por nuestro país,⁶⁸ de mucha menos atención entre nuestra doctrina, llevaremos a cabo una descripción de sus respectivos posicionamientos en este momento⁶⁹.

La primera ocasión en que se cuestionaron los excesos de la jurisprudencia del TJUE fue desde un órgano no jurisdiccional, en concreto, por el CEDS, dando lugar, en palabras de Lyon-Caen a dos Europas⁷⁰. Tras la Sentencia Viking, el legislador sueco aprobó una norma que impedía a los sindicatos el plantear medidas de acción colectiva contra las empresas que desplacen trabajadores a Suecia.

Esta norma fue considerada como contraria a la CSE por parte, como decimos, del CEDS⁷¹. En su decisión de fondo de 3 de noviembre de 2013⁷², básicamente viene a afirmar, en lo que a nosotros interesa, que los derechos derivados de la libertad de empresa no pueden ser considerados como superiores a los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que se encontraría el derecho a plantear medidas de conflicto colectivo⁷³. Es decir, se mantiene una postura totalmente alejada de la mantenida por el TJUE, con todos los problemas que dichas discrepancias acarrearán desde el punto de vista práctico⁷⁴.

En su decisión, el CEDS parte de la afirmación de que el derecho de la Unión Europea no tiene por qué ser conforme a la CSE: «el derecho de la carta y la legislación de la UE son dos sistemas jurídicos diferentes y los principios, reglas y obligaciones que forman el segundo no coinciden necesariamente con el sistema de valores, los principios y los derechos consagrados por la primera». Sin embargo, ello no le impide afirmar que la resolución dictada por el TJUE era contraria a los derechos de los trabajadores consagrados en la Carta⁷⁵. Estas afirmaciones poseerán una escasa influencia en el devenir futuro de la jurisprudencia del TJUE si comprobamos las escasas alusiones a los organismos de protección internacional de derechos fundamentales por este Tribunal⁷⁶.

No ha quedado aquí la respuesta por parte de los organismos internacionales a las sentencias mencionadas. En concreto, en su Informe General presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo nº 102 de 2013, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT se pronunció en un sentido parecido al mantenido

⁶⁷ Véase, ampliamente, VALDÉS DAL-RÉ, F., «Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2016; y CHATZILAOU, K., *L'action collective des travailleurs et les libertés économiques. Essai sur une rencontre dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux*, París, Institut Universitaire Varenne, 2016.

⁶⁸ En concreto, nuestro país ratificó esta en el año 2021 (BOE 11 de junio de 2021).

⁶⁹ Véase, BOGONI, M., «Economía digital y reconocimiento del derecho de huelga y libertad sindical. Nuevos desafíos para el constitucionalismo multinivel», *Temas Laborales*, nº 151, 2020, pp. 293-310.

⁷⁰ LYON-CAEN, A., «Deux Europe», *Revue de droit du travail*, 2014, p. 1.

⁷¹ Recuérdese que el Comité de ministros del Consejo de Europa reconoció el carácter vinculante de estas decisiones respecto de los países firmantes, como es el caso del nuestro, del protocolo sobre reclamaciones colectivas de 1995.

⁷² Resolución de la reclamación nº 85/12, *Confederación General del Trabajo y otros contra Suecia*, (3 de julio de 2013).

⁷³ CHATZILAOU, K., «La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval», *Revue de droit du travail*, 2014, p. 160.

⁷⁴ Véase, VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Comares, 2016, p. 101; y JIMENA QUESADA, L., «La efectividad de las resoluciones del comité europeo de derechos sociales», en Fernández de Casadevante, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 149-150.

⁷⁵ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «¿Normas internacionales versus normas de UE? De nuevo a propósito del caso Laval», *Relaciones Laborales*, nº 11, 2014, pp. 105-131.

⁷⁶ SCHMITT, M., «L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée de droit de négociation collective», *Revue Droit du Travail*, 2013, p. 513; CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Los golpes bajos de la UE a la CSE», *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, nº 13 (2), pp. 1-22.

por el CEDS⁷⁷. No obstante, creemos más interesante detenernos en el pronunciamiento más reciente dictado por otro organismo internacional al respecto⁷⁸.

Catorce años después de las Sentencias Viking y Laval, el TEDH dictó una importante sentencia en la que aborda las difíciles relaciones entre el derecho de huelga y la libertad de empresa⁷⁹. De nuevo, un organismo de protección internacional de derechos humanos se distanciaba de la posición, claramente favorecedora de la libertad de empresa, mantenida por el TJEU. También es cierto que, si bien se afirma la superioridad del derecho de huelga sobre tal libertad de empresa, no es tan contundente como lo fue el CEDS⁸⁰, admitiendo la posibilidad de introducir ciertas limitaciones sustanciales al derecho a plantear medidas de conflicto colectivo⁸¹.

Así pues, el TEDH partió del hecho de que el derecho a plantear medidas de conflicto colectivo prima sobre las libertades económicas y las limitaciones mutuas han de ser justificadas en detrimento de estas últimas y no al contrario, ya que se trata de un derecho protegido por el art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)⁸². Como se sabe, este derecho, inicialmente excluido del ámbito de protección de este artículo, fue finalmente vinculado al derecho de libertad sindical en él mencionado por la sentencia Enerji Yapi Yol Sen contra Turquía de 21 de abril de 2009 (demanda 68959/2001).

Por el contrario, y aquí destacamos esta afirmación, la libertad de empresa (en su versión de libre establecimiento) no es una libertad fundamental desde el punto de vista de la aplicación del art. 11 CEDH. Por ello, es el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo por parte de los trabajadores el que debe prevalecer. Además, mantiene también este tribunal, es «inherente al ejercicio de la libertad sindical y del derecho de plantear medidas de conflicto colectivo el conllevar una cierta limitación a las libertades económicas». Como consecuencia de ello, el juicio de proporcionalidad de los sacrificios impuestos por los ordenamientos jurídicos a tales derechos ha de partir de la imposibilidad de considerarlos semejantes⁸³.

6. CONCLUSIONES

Este recorrido por una selección de la jurisprudencia constitucional y ordinaria en la que, desde nuestro punto de vista, se explicita con más nitidez el conflicto entre el derecho

⁷⁷ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «¿Normas internacionales versus normas de UE? De nuevo a propósito del caso Laval», *cit.*, p. 128.; SALCEDO BELTRÁN, M.C., «La protección de los derechos social a escala europea: de la confrontación “presente” a la ineludible integración “futura”», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y SS*, pp. 94 y ss.

⁷⁸ Un análisis más detallado de la importancia de este organismo puede verse en ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «La influencia de los convenios y las recomendaciones de la OIT en el sistema español de negociación colectiva», en García Murcia, J. (ed.), *La influencia de los convenios y las recomendaciones de la OIT en la legislación laboral y social española*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 555 y ss.

⁷⁹ Sentencia de 10 de junio de 2021, Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers Union (NTF) v. Norway (nº 45487/17).

⁸⁰ Esta línea jurisprudencial parece reforzarse tras la STEDH de 14 de diciembre de 2023 (Caso Humpert y otros contra Alemania). En esta se admite la prohibición del derecho de huelga a ciertos colectivos funcionariales como consecuencia de la subordinación del derecho de huelga a otros derechos. Esto podría abrir un peligroso deterioro del derecho de huelga como manifestó en esta sentencia el voto particular del magistrado George Ravarani.

⁸¹ Con anterioridad a esta sentencia, las relaciones de las resoluciones de ambos tribunales pueden verse DURÁN LÓPEZ, F., «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos» *Temas Laborales*, nº 145, 2018, pp. 317-326; y MENDOZA NAVAS, N., «La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Fotinopoulou Basurko, O. (dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 121-159.

⁸² Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (entrada en vigor en 1953).

⁸³ Contradice, pues, este tribunal la interpretación dada por DURÁN LÓPEZ, F., «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos», *cit.*, p. 320.

de huelga y la libertad de empresa arroja una clara evolución jurisprudencial en perjuicio del derecho fundamental. Creemos que este hecho podría explicar, como afirmábamos al comienzo de nuestro estudio, la significativa disminución de resoluciones emanadas de los Tribunales aquí tomados como referencia. En concreto, tras la sentencia 17/2017 examinada, el Constitucional tan solo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en dos ocasiones. En una, para calificar como “sobrevenidamente abusiva” una huelga de convocatoria múltiple (STCo 130/21, de 21 de junio) y, en otro supuesto, para declarar contrarios a este derecho la imposición de unos servicios mínimos del 100%, superiores incluso a los prestados en una jornada normal (STCo. 2/22, de 24 de enero).

Tampoco ha sido muy importante el volumen de jurisprudencia ordinaria dictada en los últimos lustros sobre esta institución. Aunque respecto a esta quizás sea más interesante, como ocurría en la STCo. 2/22, comprobar la entidad de los atentados descritos en los antecedentes de hecho de algunas de ellas. En concreto, la STS 273/23, de 13 de abril, describe un conjunto de vulneraciones que bien podría constituir un catálogo de todas las posibles extralimitaciones del empresario tendentes a impedir el normal ejercicio de este derecho: esquirolaje, servicios de mantenimiento abusivos, amenazas previas por escrito, y un largo etcétera.

Esta situación no es exclusiva del derecho de huelga, aunque a este le afecte de manera significativa. Cabría hacer referencia a los argumentos utilizados por nuestro Tribunal Constitucional a la hora de admitir la constitucionalidad íntegra de las reformas acaecidas en la década pasada (SSTCo. 119/14, de 16 de julio y 8/15, de 22 de enero). Además, esta situación también queda constatada en el derecho comparado. La doctrina más autorizada, por ejemplo de Francia, intuye la proximidad del día en el que el bien de los negocios justifique el fin de la aplicación de nuestra disciplina: «Pourquoi ne pas envisager de mettre un temps, entre parenthèses, le droit du travail? Un bon “business model” vaut bien tous les efforts d’autrui»⁸⁴.

Como puede comprobarse, los retos a los que se enfrenta el derecho de huelga son, en el actual contexto histórico, múltiples. Desde nuestro punto de vista, dichos problemas arrancan de la artificial fractura, a la hora de su protección, entre eficacia y efectividad del derecho analizado. Esto produce un progresivo vaciamiento de su significación práctica. No es lógico, por ejemplo, seguir manteniendo la estrecha relación entre huelga y contratantes laborales. Ya ha quedado de manifiesto recientemente, en relación con los repartidores en plataformas, que los tradicionales elementos definitorios de nuestra disciplina han quedado muy estrechos. Para evitar tales distorsiones habríamos de introducir otros más omnicomprendivos.

En concreto, como propusimos en otro lugar, sería apropiado, a la hora de definir la ajenidad como elemento que determina la aplicación del Derecho del trabajo, poner el acento, no tanto en el momento posterior a la firma del contrato, como en el momento previo a hacerlo. Pensamos que el trabajador se encuentra alienado no solo del fruto de su trabajo, de los riesgos o del mercado a donde se dirigen las mercancías y servicios producidos con su trabajo, sino que donde realmente se produce tal alienación es respecto del propio mercado de trabajo⁸⁵. El trabajador no solo no decide cómo trabaja sino que, en las nuevas estructuras productivas descentralizadas, tampoco decide quién se beneficiará directamente de su trabajo. Por ello, creemos que sería indispensable retomar la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada en sus sentencias de 2010 (75 y 76/10,

⁸⁴ LYON-CAEN, A., «Convention collective et business model», *Revue de droit du travail*, 2023, p. 513.

⁸⁵ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «La esfera del riesgo y ventura de la operación», en García Murcia, J. (dir.), *El concepto de trabajo asalariado: notas, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Madrid, Tecnos, 2023, pp. 154-180.

de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010) y avanzar a la hora de exigir también a los empresarios no contratantes las mismas obligaciones respecto a la huelga que las reclamadas a aquellos que firmaron el contrato de trabajo. Para ello bastaría comprobar cuál es el grado de dependencia de los empresarios no contratantes del trabajo dejado de recibir a resultas de la huelga.

Con respecto a la dificultad de las tradicionales huelgas desarrolladas en empresas altamente tecnologizadas, de no admitirse la necesidad de implementar garantías que impidan la posibilidad de que cumplan su objetivo, será necesario admitir que, también los trabajadores, puedan utilizar estas tecnologías para generar un perjuicio en la empresa durante la celebración de la huelga. Así, por ejemplo, podría pensarse en la utilización de tales medios para generar alianzas entre los trabajadores y los consumidores, con lo que ello puede perjudicar la imagen corporativa de la empresa⁸⁶. En el mismo sentido, también habría de admitirse la posibilidad de paralización de la actividad empresarial a través de la utilización de las nuevas tecnologías sin que ello implique la posibilidad de calificar la huelga como abusiva o al reconocimiento del derecho al boicot a la empresa en el contexto de los conflictos de trabajo⁸⁷.

Por último, respecto al tercer aspecto aquí analizado, se ha producido un aumento de los riesgos aparejados para el trabajador que decide secundar activamente una huelga. Tras la jurisprudencia sobre responsabilidad civil extracontractual, se rompió la tradicional interpretación elaborada por nuestro Tribunal Supremo durante las décadas anteriores. Este hecho debería venir acompañado de la correspondiente aplicación de los tipos penales destinados a reprimir las conductas antihuelguísticas de la empresa, justo lo contrario de lo que ocurre en la práctica⁸⁸. Al respecto, se ha venido alertando de manera recurrente sobre la nula significación práctica del tipo penal contenido en el art. 315 Código Penal (CP), donde se prevén penas de hasta tres años a quienes impidan o limiten el derecho de huelga mediante engaño o abuso⁸⁹, lo contrario de lo que sí ocurrió con anterioridad a la derogación del art. 315.3 CP. De hecho, desde su aprobación en el CP de 1995⁹⁰, los dos primeros apartados apenas cuentan con estadísticas de su aplicación a nivel global⁹¹. Se mantenía así la misma tendencia ya detectada con anterioridad respecto de la aplicación del anterior art. 177 bis. Además, la actitud del legislador frente a los delitos contra el derecho de huelga ha sido la de reducir las penas previstas⁹². Es decir, se camina en sentido contrario al aquí propuesto.

En definitiva, si queremos revertir la actual situación de fuerte debilidad del derecho de huelga y conseguir que continúe siendo un «derecho a la transformación del derecho», se hace urgente introducir elementos de reequilibrio con los cada vez mayores poderes empresariales⁹³.

⁸⁶ ROTA, A., «La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano», *CEF-Revista de trabajo y Seguridad Social*, nº 420, 2018, p. 96; y BAYLOS GRAU, A., «Formas nuevas de exteriorización del conflicto laboral y social ante los condicionantes tecnológicos y organizativos», *Derecho Laboral*, Tomo LX, nº 267, 2017, pp. 417 y ss.

⁸⁷ SUPLOT, A., «Informe de síntesis», en MANZAL, A. (ed.), *La huelga hoy en el derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 287-288. Un tímido paso en este sentido puede verse en la STCo 198/04, de 15 de noviembre. Al respecto, véanse ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Límites externos de las medidas de conflicto colectivo», *Aranzadi Social*, nº 53, 2007; LÓPEZ LÓPEZ, J., «Lectura a través de la libertad sindical de las denominadas huelgas “abusivas”», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2011.

⁸⁸ Véase, a título de ejemplo, el supuesto descrito por la STS 328/19, de 25 de abril.

⁸⁹ <https://baylos.blogspot.com/2022/06/humillacion-sindicalistas-la-necesidad.html>

<https://baylos.blogspot.com/2023/02/algunas-consideraciones-sobre-la.html>

⁹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, E., *Derecho Penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 383.

⁹² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹³ SUPLOT, A., «Reviser les droit d'action collective», *Droit Social*, nº 7-8, pp. 687-704.

7. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Huelga y conflicto de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruiz Castillo*, Oviedo, KRK, 2021.

AGUILAR DEL CASTILLO, M.C., «El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto», *Labour and law Issues*, vol. 4, nº 1, 2018.

ALFONSO MELLADO, C., «La responsabilidad civil por daños en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV., *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Cinca, 2013, pp. 118 y ss.

ARUFE VARELA, A., «La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el derecho español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 191, 2016.

BAYLOS GRAU, A., «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», *Revista de Derecho Social*, nº 2, 1998, pp. 78-82.;

-«Pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la SS*, nº 5, 2004.

-«Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto», *Revista de Derecho Social*, nº 66, 2014, p. 23.

-«Formas nuevas de exteriorización del conflicto laboral y social ante los condicionantes tecnológicos y organizativos», *Derecho Laboral*, Tomo LX, nº 267, 2017, pp. 417 y ss.

-«Continuidad de la producción o del servicio y facultades empresariales en caso de huelga», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 89 y ss.

BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Huelga y esquirolaje interno y técnico: un pasa atrás a la luz de la STCo. 17/2017», *Revista de Derecho VLex*, nº 154, 2017, pp. 1 y ss.

BOGONI, M., «Economía digital y reconocimiento del derecho de huelga y libertad sindical. Nuevos desafíos para el constitucionalismo multinivel», *Temas Laborales*, nº 151, 2020, pp. 293-310.

BORRAJO DACRUZ, E., «Los mecanismos empresariales de defensa frente la huelga», *Actualidad Laboral*, nº 3, 2014.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Los golpes bajos de la UE a la CSE», *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, nº 13 (2), pp. 1-22.

CARUSO, B., «La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking», *Relaciones Laborales*, nº 2, 2008, pp. 158 y ss.

CEINOS SUÁREZ, Á., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Granada, Comares, 2000.

CHATZILAOU, K., «La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval», *Revue de droit du travail*, 2014, p. 160.

-*L'action collective des travailleurs et les libertés économiques. Essai sur une rencontré dans les ordres juridiques nationaux et supranationaux*, París, Institut Universitaire Varenne, 2016.

DE VICENTE MARTÍNEZ, E., *Derecho Penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

DESDENTADO BONETE, A., «Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad», *Revista Información Laboral*, nº 2, 2017, pp. 151 y ss.

- «Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015.

DOCKÈS, E., «L'Europe antisociale», *Revue Droit de Travail*, 2009, p. 145.

DURÁN LÓPEZ, F., «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos» *Temas Laborales*, nº 145, 2018, pp. 317-.

- *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario», *Temas Laborales*, nº 101, 2009, pp. 243-253.

-«La influencia de los convenios y las recomendaciones de la OIT en el sistema español de negociación colectiva», en García Murcia, J. (ed.), *La influencia de los convenios y las recomendaciones de la OIT en la legislación laboral y social española*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 555 y ss.

-«La esfera del riesgo y ventura de la operación», en García Murcia, J. (dir.), *El concepto de trabajo asalariado: notas, indicios y otros indicadores de origen jurisprudencial*, Madrid, Tecnos, 2023, pp. 154-180.

-«Derecho de huelga, *ius variandi* y esquirolaje tecnológico», *Temas Laborales*, nº 139, 2017, pp. 217-228.

-«Límites externos de las medidas de conflicto colectivo», *Aranzadi Social*, nº 53, 2007.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., «Responsabilidad por daños durante la huelga», en García Murcia, J. y Escribano Gutiérrez, J. (ed.), *Huelga y conflicto de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Oviedo, KRK, 2021.

FERRANDO GARCÍA, F., *Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

GÁRATE CASTRO, J., «Repercusiones de la huelga en la empresa. Tres aspectos del daño compatible con la licitud del ejercicio del derecho de huelga», en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B. (coord.), *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 337 y ss.

GARCÍA MURCIA, J., «Huelga y conflicto social de trabajo», en García Murcia, J. (coord.), *El sistema español de relaciones laborales a la altura del siglo XXI*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2014.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Derecho de huelga y libertad de empresa», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 5 2005, p. 18..

-«Derecho de huelga y libertad de empresa», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 4, 2004, pp. 365 y ss.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., «Responsabilidad por huelga y alcance del contenido adicional del derecho de libertad sindical: últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional», *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2016.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., «Derecho de huelga y grupos de empresa: lesión del derecho de huelga por quien no es empresario de los trabajadores huelguistas», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015, pp. 446 y ss.

GIL Y GIL, J.L., «Libertad de empresa y descentralización productiva», *Capital Humano*, nº 240, 2010, pp. 126 y ss.

GIUBBONI, S. y ORLANDINI, G., «Mobilità del lavoro e dumping sociale in Eurpea, oggi», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº 160, 2018, pp. 907 y ss.

GÓMEZ ARBÓS, J., «Huelga y empresario como tercero. La necesidad de ajustarse a la realidad y superar la relación contractual», *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la democracia*, nº 208, 2020.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., *El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado. Lección inaugural del curso académico 2017/2018*, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2017.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., «Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, 2015, pp. 412 y ss.

GOÑI SEIN, J.L., «La responsabilidad civil del sindicato por huelga», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 43, 1990.

GORROCHATEGUI POLO, «La incidencia de las nuevas tecnologías en la figura del esquirolaje», *Revista General de Derecho del Trabajo*, nº 63, 2022, pp. 149 y ss.

GRAU PINEDA, C., «A nuevos tiempos, nuevas amenazas sobre el Derecho de Huelga: del absoluto desbordamiento de la prohibición de esquirolaje y del nuevo esquirolaje comercial o mercantil», *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, nº 5, 2018, p. 119.

- «El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos», *Nuevo Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 206, 2018.

- «Sobre el impacto de la huelga en las contrataciones y del por qué la regulación española del derecho de huelga no responde a las necesidades de las relaciones laborales en el siglo XXI», *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, nº 4, 2021, p. 215.

- *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «¿Normas internacionales versus normas de UE? De nuevo a propósito del caso Laval», *Relaciones Laborales*, nº 11, 2014, pp. 105-131.

JIMENA QUESADA, L., «La efectividad de las resoluciones del comité europeo de derechos sociales», en Fernández de Casadevante, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 149-150.

KAHALE CARRILLO, D.T., «Subcontratación de obras y servicios y derecho a la tutela judicial efectiva y a la huelga», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la SS*, nº 26, 2011.

LAHERA FORTEZA, J., «Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil», *Revista Derecho de Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 311.

LILLO PÉREZ, E., «Sobre el ERE de Coca Cola. Causalidad de despido, defensa del puesto de trabajo y defensa del derecho fundamental de huelga», *Revista Derecho Social*, nº 71, 2015 pp. 177-187.

LLANO SÁNCHEZ, M., «Huelga y externalización de la actividad productiva», en García Murcia, J. y Escribano Gutiérrez, J. (dir.), *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del TS. Estudios ofrecidos a la profesora María del Mar Ruiz Castillo*, Oviedo, KRK, pp. 445-480.

LÓPEZ CUMBRE, L., «Responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio del derecho de huelga», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7, 2016.

LÓPEZ LÓPEZ, J., «Lectura a través de la libertad sindical de las denominadas huelgas “abusivas”, en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, Albacete, Bomarzo, 2011.

LYON-CAEN, A., «Convention collective et business model», *Revue de droit du travail*, 2023, p. 513.

- «Deux Europe», *Revue de droit du travail*, 2014, p. 1.

LYON-CAEN, G., «Le gran silence des travailleurs», *Droit Social*, 1981, p. 142.

MARTÍN VALVERDE, A., «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/81», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Madrid, La Ley, 1997, pp. 81 y ss.

MARTÍNEZ MORENO, C., «Ejercicio del derecho de huelga y responsabilidad por daños. A propósito de la STCo 69/16, de 14 de abril», *Revista de Derecho Social*, nº 75, 2016, pp. 159-172

-«El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquírolaje. A propósito de la STCo. 17/17, de 2 de febrero, caso Telemadrid», *Derecho de las Relaciones laborales*, nº 9, 2017, pp. 894-902.

MATIA PRIM, J., *El abuso del derecho de huelga*, Madrid, CES, 1996

MENDOZA NAVAS, N., «La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Fotinopoulou Basurko, O. (dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 121-159.

MOLINA NAVARRETE, C., «Despido colectivo y derecho de huelga: la intervención judicial del esquirolaje interno indirecto», *CEF-Revista de Trabajo y SS*, nº 388, 2015, pp. 190 y ss.

MONREAL BRINGVAERD, E.J., *Huelga en servicios esenciales: análisis de la jurisprudencia española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

MONTOYA MELGAR, A., «Contratas, derechos fundamentales y “desbordamiento” de la jurisdicción constitucional. Comentario a la STCo 75/10, de 18 de octubre», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 149, 2011.

MORENO CÁLIZ, S., «Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la huelga. Comentario a la sentencia del pleno del tribunal constitucional 75/2010, de 19 de octubre de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24, 2011.

ORLANDINI, G., «Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell’equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº 118, 2008, pp. 237 y ss.

-«Libertà di circolazione delle merci : un limite comunitario al conflitto sindacale», *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº 4, 1999, p. 623.

ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S., «Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 225, 2019, pp. 77-104.

PÉREZ REY, J., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)», *Revista de Derecho Social*, nº 77, 2017, pp. 163 y ss.

- «Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general: a propósito de la STS de 11 de julio de 2021», *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012, pp. 195-210.

POQUET CATALÁ, R., «Las vigentes líneas en torno al esquirolaje y sus nuevas modalidades: tecnológico y comercial u organizativo», *Revista General de Derecho del Trabajo y SS*, nº 55, 2020, p. 443.

PUEBLA PINILLA, A. de la, *La responsabilidad civil del sindicato*, Wolters Kluwer, 2000.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H., «Huelga y subcontratas. El caso Altrad Rodisola», <https://editorialbomarzo.es/huelga-y-subcontratas-el-caso-altrad-rodisola/>, p. 7.

RODIÈRE, P., «Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue Trimestrel de Droit européen*, 2008, p. 47.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «La huelga, un derecho fundamental asediado», en Barcelón Cobedo S. y otros (coord.), *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Sevilla, CARL, 2022, pp. 31 y ss.

-«El caso Ruffert: ¿una constitucionalización del dumping social?», *Relaciones Laborales*, nº 15/16, 2008.

ROTA, A., «La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano», *CEF-Revista de trabajo y Seguridad Social*, nº 420, 2018, p. 96.

RUBIO TORRANO, E., «Alcance de la responsabilidad civil extracontractual del dirigente de un piquete huelguístico», *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 8, 2016.

SALCEDO BELTRÁN, M.C., «La protección de los derechos social a escala europea: de la confrontación “presente” a la ineludible integración “futura”», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y SS*, pp. 79 y ss.

SANGUINETI RAYMOND, W., «¿El derecho de huelga en entredicho?», *Trabajo y Derecho*, nº 28, 2017;

- *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2016, p. 141.

-«El derecho de huelga en los grupos de empresa y redes empresariales. La construcción de la doctrina del TS», *Trabajo y Derecho*, nº 49, 2019.

SCHMITT, M., « L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée de droit de négociation collective », *Revue Droit du Travail*, 2013, p. 513

SUPIOT, A., «Europe gagnée par l'économie communiste de marché», *Ruevue du MAUSS permanente*, 2008. (http://www.journaldumauss.net/spip.php?page=imprimer&id_article=283)

- «Informe de síntesis», en MANZAL, A. (ed.), *La huelga hoy en el derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 287-288.

- «Revisiter les droit d'action collective», *Droit Social*, nº 7-8, pp. 687-704.

TASCÓN LÓPEZ, R., «Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley Orgánica de Huelga», *Documentación Laboral*, nº 121, 2020, p. 96.

-*El esquirolaje tecnológico*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La prohibición del esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico», *Trabajo y Derecho*, nº 30, 2017, pp. 82 y ss.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2016.

- *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Comares, 2016

VALLE MUÑOZ, F.A., «La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 52, 2020.

VILLA GIL, L.E. de la, «Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980.

VIRUELA, R., «Trabajadores desplazados, mano de obra barata en Europa», *Sociología del Trabajo*, nº 96, 2020, pp. 97-109.

PONENCIA INVITADA DE UNIVERSIDAD NO ANDALUZA
SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS INDIVIDUALES Y
COLECTIVOS: EL HIRCOCIERVO CONCEPTUAL

ANTONELLO OLIVIERI

Profesor Titular de Derecho del trabajo
Universidad de Foggia

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO
2. LAS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES O SEA EL SEXO DE LOS ÁNGELES
3. LA “JUSTICIA PRIVADA” FUNCIONAL A LOS INTERESES ECONÓMICO-FINANCIEROS
4. UNA CABALGATA HISTÓRICA DE LAS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES: DESDE SU VALORIZACIÓN HASTA A SU FRACASO
5. EL ARBITRAJE: CONFUSIÓN NORMATIVA Y SU ESCASA APLICACIÓN
6. EL ELOGIO DE LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LA PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL
7. LA OFERTA DE CONCILIACIÓN: ¿I’M GONNA MAKE HIM AN OFFER HE CAN’T REFUSE?
8. LA COMISIÓN DE GARANTÍA EN LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES: ¿MEDIACIÓN O MORAL SUASION?
9. LA NEGOCIACIÓN ASISTIDA EN CONFLICTOS LABORALES

1. PLANTEAMIENTO

El título de mi ponencia “*Solución alternativa de conflictos individuales y colectivos: el hircociervo conceptual*” merece una explicación metodológica.

En primer lugar, no es en absoluto mi ambición resumir en unas páginas la historia de las formas alternativas de resolución de conflictos laborales, aun porque el origen del derecho del trabajo italiano germina, ciertamente, dentro de una dimensión alternativa en respecto a aquella jurisdiccional.

Pues, preferiría analizar, indagar, sondear, después haber brevemente recordado el código genético, la *ratio* subyacente de la actual necesidad de especificar estos momentos alternativos que han asumido, en el tiempo, funciones y finalidades diferentes, condicionadas por variables endógenas y exógenas al ordenamiento laboral.

Hay que hacer otra observación sobre el título.

¿Por qué la referencia al hircociervo?

Se trata, como es bien sabido, de un animal imaginario que ha recorrido la historia del pensamiento occidental con paso regio.

Una criatura inexistente para Aristóteles, por no decir imposible, que se parece en parte a una cabra y en parte a un ciervo.

“Dos imágenes se superponen, dos cosas se vuelven diferentes de sí mismas, aunque reconocibles”¹.

“Metáfora de lo inexistente” y “mezcla imposible e incongruente”².

A partir de la metáfora, la reciente parábola de la justicia alternativa italiana puede imaginarse precisamente como la historia, o más bien las historias, que han acompañado al *tragélaphos* a lo largo de las narraciones mitológicas y jurídicas.

La justicia “privada” es inexistente, lo correcto sería decir que se trata de una mera representación mental, dada su sustancial carácter residual. En realidad, como en España³, en el ordenamiento jurídico italiano no existe un verdadero sistema de resolución de conflictos, sino que nos encontramos ante una maraña desordenada y confusa de normas que, aunque tienen el mismo objetivo de facilitar mecanismos más ágiles de resolución de conflictos jurídicos, tienen un origen totalmente distinto.

Nuestro sistema de solución de conflictos laborales es esencialmente judicial.

No solo inexistencia.

Al mismo tiempo, tiene una doble naturaleza, funcional a la satisfacción, por un lado, de un interés público: la reducción de la litigiosidad y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de la conducta de los operadores económicos desde una perspectiva macroeconómica para favorecer, como se dirá, las inversiones extranjeras que requieren reglas ciertas y previsibles; por otro, de intereses meta-privados: la reducción de los tiempos procesales, la valoración de la certeza de las relaciones jurídicas.

¹ UMBERTO ECO, *Metáfora*, In *Enciclopedia Einaudi*, vol. IX, Einaudi, 1980, p. 205.

² FRANCESCO GENTILE, *Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, in *L'Ircocervo*, 2008, p. 8.

³ JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, *Procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral: la anarquía española*, en Mario Pío Fuiano, Antonello Olivieri (coordinados por), *Alternative labor dispute resolutions. A collection of comparative studies*, Cacucci, 2020, p. 489 ss.

2. LAS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIONES DE CONFLICTOS LABORALES O SEA EL SEXO DE LOS ÁNGELES

Inexistencia, pero también naturaleza doble, entonces.

De todos modos, me parece que puede decirse que la necesidad de construir medidas alternativas es, de hecho, una autodenuncia del sistema jurídico que no puede cumplir sus promesas constitucionales, por ejemplo, en materia de duración razonable del proceso (artículo 111 de la Constitución italiana)⁴.

Pero si la solución extrajudicial resulta beneficiosa tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el Estado que puede reducir los procesos laborales, ¿por qué las formas alternativas de solución de conflicto no han tenido éxito?

Una cifra podría escandalizar al auditorio: la duración media de un juicio laboral en Italia es de ocho años. En particular, 536 días para la primera instancia. En cuanto a la segunda y tercera instancia, las cifras serían aún más despiadadas: se necesitan casi tres años, de media, para las apelaciones y otros tres y medio para las sentencias de casación.

Así pues, todo esto significa que cuando hablamos de este tema, debemos situarnos en una relación dialéctica permanente con dos cuestiones fundamentales: la justicia y el sistema jurídico.

Por tanto, hay que cuestionar el sentido de justicia que gravita en torno a soluciones judiciales o extrajudiciales, partiendo de un dato difícilmente discutible: el conflicto es un elemento ontológico y no eliminable en la relación laboral.

Derecho y justicia no son la misma cosa, como recordaba CARNELUTTI⁵. Hay una relación de medios para un fin. El producto proporcionado por los talleres de derecho es bueno o malo si sirve o no sirve a la justicia. Pero ¿cuál es este fin?

Los hombres necesitan la paz que puede extinguir el deseo de cambio: *hic manebimus optime*.

La paz, pues.

¿Cuál es el papel del proceso en la definición de esta paz, en la resolución del conflicto?

El proceso, judicial o extrajudicial, es siempre instrumental para la eliminación de la disputa entre particulares, entendida como una efectiva contraposición de intereses regulada por el Derecho. No se trata de una mera eliminación, sino de una “composición justa”⁶.

La paz es entonces una justa solución.

En este sentido, las perspectivas pública y privada pueden converger. La jurisdicción es un servicio público dirigido a la resolución de litigios conforme a la justicia. Es cierto que prevalecen los intereses privados, pero no se repudian los intereses públicos.

⁴ Art. 111, Cost.: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (apartado I). Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata (apartado II).

⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano, 1958, *passim*.

⁶ FRANCESCO CARNELUTTI, *Impressioni sul congresso internazionale di diritto processuale civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1950, p. 345.

En cualquier caso, creer que el juicio sirve a las partes o las partes sirven al juicio⁷ no anula el problema de la comprobación de la verdad, que sigue concerniendo, evidentemente, sólo a una de las partes (el trabajador), la que reclama el reconocimiento de su derecho. Al fin y al cabo, la finalidad del juicio, “desde que el mundo es mundo”, es “dar la razón a quien la tiene”⁸.

Por tanto, la justicia a través de la premisa de averiguación de la verdad⁹.

Binomio indisoluble, inextricable como un nudo gordiano, remarco, tanto en su forma ordinaria como alternativa.

En este sentido, la pregunta es la siguiente: ¿la búsqueda de medios alternativos responde realmente a los mismos criterios de verdad y justicia?

El factor tiempo es una condición ineludible para hacer justicia, es cierto (*dum pendet pendet*). Sobre todo en un sistema económico integrado en el que las opciones empresariales también incluyen la eficacia y la rapidez de la respuesta judicial en el análisis de las inversiones.

La larga duración de los juicios se traduce esencialmente en la denegación de la propia justicia, a menudo para la parte más débil. Los litigios laborales, en su gran mayoría, se refieren a situaciones de fondo para las que la celeridad del proceso es un elemento esencial para su tutela efectiva.

3. LA “JUSTICIA PRIVADA” FUNCIONAL A LOS INTERESES ECONÓMICO-FINANCIEROS

Hoy, sin embargo, el factor tiempo se declina en términos económicos. La rapidez de los resultados procesales ya no tiene por objeto, o no sólo, proteger a la parte más débil desde un punto de vista formal.

La calidad de las instituciones es un factor decisivo en las decisiones de localización de las multinacionales. Ya es bien sabido que la ineficacia judicial es un problema con enormes implicaciones para la economía, por ejemplo, en el mercado laboral, el tamaño de las empresas o la contratación pública. Menos mencionado, pero no menos importante, es el hecho de que la eficiencia judicial también afecta a la capacidad de atraer inversiones extranjeras.

Las empresas multinacionales son sensibles a la eficiencia de la justicia nacional, ya que los procesos judiciales largos conllevan costes más elevados. En esencia, si los procesos judiciales duraran menos, la inversión extranjera en Italia volvería a aumentar inmediatamente. Es más, si la duración de los juicios se redujera a la mitad, la inversión podría duplicarse.

Añádase a esto el otro elemento de evaluación: la certidumbre entendida como previsibilidad de los resultados judiciales. Un mercado laboral eficiente necesita tiempos de resolución de litigios suficientemente rápidos, pero también previsibles.

El legislador, movido por acuciantes necesidades macroeconómicas, ha puesto en marcha en los últimos tiempos iniciativas para promover los sistemas alternativos de resolución de conflictos como herramientas para descargar de trabajo la justicia estatal y optimizar así la eficiencia del sistema judicial, aunque con resultados poco alentadores

⁷ FRANCESCO CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol II, Cedam, 1933, p. 99.

⁸ SALVATORE SAIITA, *Storia e pubblicizzazione del processo*, Vallardi, 1939, p. 43.

⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Processo e giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, p. 284.

Antes de entrar a valorar los méritos de algunas iniciativas, debemos plantearnos una nueva pregunta: ¿responden realmente la previsibilidad y la certidumbre a las necesidades de justicia de los trabajadores?

Si la cuestión crítica está representada por la apertura a los mercados transnacionales, y no por la protección de las situaciones jurídicas de fondo, es evidente que las opciones legislativas tenderán a debilitar ese sentido de la justicia antes mencionado en favor, en cambio, de prioridades económico-financieras de justicia a toda costa.

¿Pero a qué coste para el trabajador?

Tiempo y certidumbre.

Da la impresión de que el legislador tiene el deseo de deshacerse cuanto antes del proceso escapando de la justicia estatal, incapaz -también por problemas estructurales- de responder a las modernas exigencias supranacionales.

Vuelve aquí la oposición entre los intereses publicistas y los intereses privados del proceso.

Si, como se ha dicho, la finalidad del proceso es dar la razón a quienes la tienen, incluso la forma (alternativa) se convierte en sustancia cuando es capaz de afectar a los derechos de los trabajadores en deferencia a una heterogénesis de fines por los que la reducción del tiempo procesal, la reducción de la sobrecarga judicial y la previsibilidad de los resultados deben satisfacer, ante todo, intereses económicos.

Por ejemplo, la oferta de conciliación va en esta dirección.

El legislador hace leyes para su tiempo.

El proceso, en su forma jurisdiccional o alternativa, necesita su carácter dialéctico en ese juego concebido como una serie de actos que se entrecruzan, preguntas y respuestas, réplicas y dúplicas, acciones, reacciones y contrarréplicas¹⁰.

En opinión del legislador, dado el fracaso del arbitraje, las formas posmodernas de justicia privada, como la oferta de conciliación, son como una obra de teatro en la que los actores interpretan líneas todas escritas en el guion con un final ya previsto. No hay improvisación ni incertidumbre. También es una obra de teatro, pero con un desenlace ya escrito en el que incluso la verdad histórica, la certeza subjetiva del juez de que el hecho ocurrió realmente, ya no es sólo una probabilidad, como decía Voltaire, sino que es absolutamente irrelevante.

La certeza que se propugna no es más que una predeterminación económica del resultado del conflicto.

El problema de la seguridad jurídica se desplaza así del plano objetivo, alejándose de la clásica declinación en términos de claridad, precisión e inteligibilidad de la formulación lingüística de las normas jurídicas, al plano subjetivo, convirtiéndose en un medio de persecución y realización de intereses individuales a través de la controlabilidad de las decisiones jurídicas.

Como iuslaboralistas, nos tenemos que preguntar si la incertidumbre no es, en realidad, un valor para el trabajador.

¹⁰ Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, p. 23.

4. UNA CABALGATA HISTÓRICA DE LAS FORMAS ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES: DESDE SU VALORIZACIÓN HASTA A SU FRACASO

4.1. El Collegio dei Probiviri y la comunidad intersindical

La creación de una tutela jurisdiccional diferenciada fue, en efecto, el camino original seguido por el legislador italiano.

El sistema de protección del trabajador, debido a su condición de parte débil en el plano socioeconómico y contractual, se construyó, al margen de los tribunales ordinarios, mediante la predisposición de una “jurisdicción interna” confiada a los *Collegi dei Probiviri*¹¹ (inspirados en la experiencia francesa de los *Conseils de prud'hommes*¹²) con la finalidad específica de agilizar la vía judicial y resolver amistosamente el conflicto¹³.

Esos órganos de “elevación económica y civil”¹⁴ debían representar un medio adecuado para aplicar “sinceramente” el principio de igualdad jurídica dentro de un sistema de relaciones laborales cada vez más complejo¹⁵. De hecho, al menos al principio, no hubo ningún intento de reforzar la solidaridad de clase, de mejorar la condición económica y jurídica del proletariado. En la pacificación prevista por el legislador italiano a finales del siglo XIX, el objetivo era defender el sistema industrial del conflicto de intereses entre las partes.

Además, el poder judicial ordinario aparecía, sobre todo ante a los ojos de los trabajadores, como algo inadecuado y hostil al subsumir el conflicto de clase en un derecho estrictamente privado.

Esta desconfianza hacia los jueces de extracción predominantemente burguesa y, por tanto, más próximos a los intereses de la patronal, así como los resquemores, recelos y agudización de las luchas por el aliento de nuevas ideas, marcaron un punto de inflexión en el cumplimiento del objetivo político de crear un sistema de convivencia pacífica entre el capital y el trabajo.

Sin embargo, la idea de una pacificación social, basada en una función conciliadora y jurisdiccional, sólo se había imaginado a nivel individual. En consecuencia, esos colegios pronto se revelaron inadecuados para prevenir las grandes luchas¹⁶, ni para calmar el fatal antagonismo entre las partes, precisamente por el pecado original de la propia ley¹⁷, nacida vieja, que había descuidado confiar a esa jurisprudencia recién nacida el

¹¹ Instituidos para el sector industrial con la ley de 15 de junio de 1893, n. 295.

¹² Se remontan a la ley francesa de la revolución (ley del 18 de marzo de 1806). Las salas estaban compuestas por un presidente, elegido entre los magistrados, y un número igual de representantes de los industriales y de los obreros; en cada sala se creaba una oficina de conciliación, una articulación de los Probiviri distinta del jurado, a la que se confiaban las funciones de juzgar (compuesta por dos miembros de los componentes sociales opuestos, además del presidente de la sala), y un jurado al que se atribuía el *ius decidendi* sobre los litigios según la equidad, si fracasaba el intento de conciliación. Sólo se podía recurrir a la oficina de conciliación para la resolución amistosa de litigios. Así pues, la competencia de las salas estaba limitada en cuanto a su cuantía y su objeto; de hecho, quedaban excluidos los litigios económicos colectivos.

¹³ Antes, en efecto, las controversias laborales no tenían una disciplina específica ni en cuanto a la jurisdicción ni en cuanto al procedimiento. V. ENRICO REDENTI, *Massimario di giurisprudenza dei probiviri* (1906), en S. Caprioli (coordinado por), Giappichelli, 1992, *passim*.

¹⁴ ENRICO REDENTI, *op. cit.*, p. 103.

¹⁵ LUIGI MORTARA, *Per la riforma della legge sui probiviri*, en *Giurisprudenza italiana*, 1904, p. 31.

¹⁶ GIOVANNI MONTEMARTINI, *Sui collegi dei probiviri nel periodo 1904-1912 col confronto con gli anni precedenti. Relazione alla Commissione di statistica e legislazione (sessione luglio 1913)*, en *Bollettino dell'Ufficio del lavoro* (Gennaio, 1914), XXI, Officina Poligrafica italiana, 1914, p. 570 ss.

¹⁷ Cf. PIERO CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), en *Opere giuridiche, Diritto e processo costituzionale*, vol. III, RomatrePress, p. 9.

verdadero problema de las fricciones colectivas¹⁸. Ni siquiera los mencionó¹⁹, quedando en un silencio casi absoluto²⁰.

De todas formas, esta aplicación tardía y tibia de la ley sobre árbitros había apuntalado, de hecho, el desarrollo de una comunidad intersindical, capaz como era de hacer cumplir los acuerdos celebrados bajo sus propias fuentes y con sus propios órganos de justicia.

La libertad y la (auto)responsabilidad de los grupos mantuvieron²¹, en la medida de lo posible, las relaciones laborales fuera de los tribunales según un orden y equilibrio que reforzaría, cuando no inspiraría, las teorías pluralistas e institucionalistas, también aplicadas al sistema sindical postconstitucional²². Del mismo modo que ese conjunto de normas autónomas preordenadas para la regulación del conflicto realizaba una concepción procesal del conflicto industrial en la que el derecho se cruzaba con el trabajo y su dimensión colectiva.

Los *Proviviri* captaron la voluntad colectiva en sus ordenadas manifestaciones, reconociendo indirectamente la originalidad social de un orden extraestatal, así como valorando en clave constructiva el derecho de grupo y las reglas de gestión autónoma de los conflictos²³. El convenio colectivo, con sus cláusulas conexas y heterogéneas de resolución de conflictos, representaba el momento, a través del cual conseguir -de forma pacífica- ventajas recíprocas, sin recurrir a la huelga, en cualquier caso, convertida en la forma fisiológica de lucha sindical ya incapaz de comprometer la unidad fundamental de la empresa. El ejercicio de la negociación colectiva representaba la manifestación más moderna de la relación entre el capital y el trabajo con una finalidad precisa: lograr esa igualdad entre las partes que daba sentido a la libertad del trabajo.

El advenimiento del fascismo, que poco después envolvió a nuestro país, acabó tanto con la experiencia de los *Proviviri* como con la capacidad del sindicato de dotarse de sus propias reglas de resolución de conflictos, para favorecer, en línea con el autoritarismo del que era expresión, una justicia centralizada y excluyente que no podía permitir espacios de libertad para la autonomía privada, ni la existencia de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales.

La anulación de la realidad intersindical, que había sido la matriz histórica y vital del arbitraje de los orígenes de los *Proviviri*, y el carácter público del sindicato fascista condujeron al monopolio de la jurisdicción estatal de la resolución de los conflictos con la creación de la judicatura del trabajo para la solución de los conflictos colectivos, especialmente en relación con su solución preventiva.

4.2 La desconfianza tras la Constitución

Sin embargo, tras la “catástrofe”²⁴ y el nacimiento de una República democrática fundada en el trabajo (art. 1 de la Constitución italiana), las formas de justicia privada²⁵ han ido acompañadas de una cautela específica, cuando no de una actitud de franca desconfianza.

¹⁸ LUIGI MORTARA, *Sui collegi dei proviviri per l'industria (dalla fondazione a tutto l'anno 1900)*, en *Atti della Commissione per la statistica giudiziaria e notarile*, in *Annali di statistica*, 104, 1903, p. 209.

¹⁹ ENRICO REDENTI, op. cit., p. 80.

²⁰ VITTORIO POLACCO, *La nuova legge sui proviviri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minorenni*, en *Monitore dei Tribunali*, 1893, p. 721.

²¹ La función del sindicato, en aquellos años, Carnelutti la trazaba más a ser un “sujeto pasivo de refuerzo” de la responsabilidad de ejecutar el contrato, que un “sujeto activo de refuerzo” de la libertad de los individuos. FRANCESCO CARNELUTTI F., *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, 1936, p. 56.

²² Véase Gino GIUGNI G., 1960, *passim*.

²³ LAURA CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, 1994, p. 215.

²⁴ GIUSEPPE CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, en *Jus*, 1950, p. 177 ss.

²⁵ MARIO GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, p. 15 ss.

No fue hasta 1966 (art. 7, Ley n. 604) cuando el legislador introdujo, por primera vez, una forma de arbitraje en materia de despidos individuales. No se trataba de una regulación propiamente dicha, sino de una mera referencia a la posibilidad de adoptar este instrumento en caso de “resultado negativo del intento de conciliación”.

Este viraje fue corroborado a continuación por la disposición del artículo 7 de la Ley n. 300 de 1970 (Estatuto de los Trabajadores italiano), que permitía al trabajador impugnar la sanción disciplinaria ante una junta de conciliación y arbitraje, salvo procedimientos similares previstos en el convenio colectivo, dependiente de la dirección territorial de trabajo.

Cabe destacar que estas dos disposiciones, aunque carecían de una disciplina completa, seguían formando parte de la prohibición general del arbitraje, tanto individual como colectivo en materia laboral.

Sin embargo, no se perfiló un modelo único de arbitraje y, de hecho, el previsto por la Ley 604/1966 se limitaba a los despidos individuales, mientras que el regulado por la Ley 300/1970 se refería a las sanciones disciplinarias.

Sólo con la Ley 533 de 1973, de reforma del proceso laboral, el legislador permitió una primera e importante apertura hacia la posibilidad de remitir la solución de conflictos al arbitraje sólo si así lo preveían los convenios colectivos. La elección de la vía arbitral estaba condicionada, por tanto, por el pre-establecimiento sindical.

El entusiasmo de la época también había traído consigo algunas medidas favorecedoras de en los litigios, como la gratuidad de la sentencia y un régimen de gastos especialmente laxo en materia de seguridad social, así como la norma habitual de que, incluso en caso de perder el pleito, el juez procedería a la indemnización.

La reforma de 1973, como afirmaría GIUGNI, nació y se sostuvo sobre un compromiso: una fuerte cooperación del sindicato y de sus abogados, que era efectivamente indispensable para su aplicación, pero a condición de masacrar el arbitraje²⁶.

El verdadero objetivo era revitalizar los principios de CHIOVENDA: concentración, inmediatez y oralidad confiando un sistema rígido de preclusiones y caducidades con el objetivo de acortar el tiempo de la decisión. Una especie de acabado ideal del estatuto de los trabajadores en el que el juez era el único garante de la efectividad de los derechos de los trabajadores.

Estos supuestos han incrementado inevitablemente la litigiosidad con el consiguiente alargamiento de los tiempos judiciales, contribuyendo así a que el proceso laboral pierda esa rapidez que debería haberlo caracterizado.

El objetivo principal, la satisfacción de los derechos de los trabajadores, ya no podía alcanzarse con ese instrumento.

A partir de 1990 se tomó plena conciencia de la crisis de la justicia laboral entendida, en primer lugar, como un exceso de demanda de justicia sobre la capacidad del sistema para atenderla.

Una patología del sistema curada con la introducción de medidas evitadoras del proceso, algunas inútiles, como el intento de conciliación obligatoria, otras que nunca despegaron, como el arbitraje.

²⁶ PIETRO ICHINO, *Intervista a Giugni*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1992, p. 431 ss.

5. EL ARBITRAJE: CONFUSIÓN NORMATIVA Y SU ESCASA APLICACIÓN

Así, en 1998, con el Decreto Legislativo n. 80 hemos asistido a un nuevo intento de hacer atractivo el arbitraje, por un lado, confirmando la autorización colectiva previa y la garantía de renuncia a favor del juez; por otro, introduciendo nuevas normas sobre el procedimiento, la ejecutoriedad y la impugnación del laudo. En esencia, es el convenio colectivo el que regula todo el procedimiento de arbitraje, mientras que se prevé un plazo de 30 días para impugnar el laudo, al término del cual la decisión arbitral adquiere fuerza ejecutiva por decreto del juez dictado a instancia de una de las partes.

Ni siquiera este nuevo intento no ha surtido los resultados esperados.

Italia ha sido objeto de numerosas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por su ineficacia en cuanto a la resolución de conflictos, con especial referencia a la excesiva duración de los juicios, que cuestan más de mil millones de euros en indemnizaciones.

Así, en 2010 (Ley n. 183) el arbitraje fue objeto de una nueva reforma que fragmentó aún más la disciplina.

Las sedes de arbitraje son esencialmente de tres tipos (administrativo, privado, comisión de certificación). Pero los procedimientos de arbitraje son mucho más numerosos y variados, y no es fácil reconstruir con precisión los efectos jurídicos de cada uno. Básicamente, con carácter general, lo sorprendente es que no existe un estatuto unitario para el arbitraje y el intérprete tiene la difícil tarea de reconstruirlo imprimiendo racionalidad al marco normativo.

El *arbitraje administrativo* es el encomendado a las comisiones de conciliación constituidas en el seno de direcciones territoriales de trabajo (arts. 410 y 412 código procesal civil) o, en todo casos, a colegios de arbitraje presididos por funcionarios administrativos art. 5, apartado 6 de la Ley 108 de 1990). Este tipo de arbitraje puede activarse en algunas controversias específicas expresamente previstas por la ley (por ejemplo, el artículo 7 Estatuto de los Trabajos en caso de impugnación contra sanciones disciplinarias). Fuera de estos casos específicos, el arbitraje administrativo puede ponerse en marcha durante el intento de conciliación previsto en el art. 410 código procesal civil o a través de una cláusula compromisoria certificada (art. 31, apartado 10, de la Ley n. 183 de 2010) siempre que esté previsto por la negociación colectiva.

El *arbitraje privado* se encarga a la comisión de conciliación y arbitraje (art. 412-quáter código procesal civil) y del procedimiento definido en la misma. Puede activarse para controversias individuales ya surgidas o (siempre a excepción de los litigios en tema de despido) como consecuencia de una cláusula compromisoria anterior y certificada siempre conforme al art. 31, apartado 10, de la Ley n. 183 de 2010 cuando así lo prevea la negociación colectiva. Sin perjuicio de ciertas peculiaridades procesales, el laudo arbitral tiene una disciplina que se superpone a la del arbitraje administrativo.

El *arbitraje en las Juntas Arbitrales creadas por las Comisiones de certificación de contratos de trabajo* (art. 31, apartado 12, de la Ley n. 183 de 2010), carece, no obstante, de su propia regulación detallada.

Otras sedes y modalidades de arbitraje, en fin, pueden ser introducidas por los convenios colectivos (art. 412-ter código procesal civil) dejándose enteramente su regulación a la autonomía colectiva.

La numerosidad y la fragmentación de las posibles soluciones arbitrales que el ordenamiento jurídico ha ido poniendo a disposición a lo largo del tiempo produce ya de por sí una situación de incertidumbre objetiva que, desde luego, no favorece la difusión del instrumento.

Sin embargo, es un hecho que, a pesar de esta importante disponibilidad de herramientas, el uso del arbitraje en los conflictos laborales sigue estando hoy limitado a ámbitos más bien marginales que, en esencia, coinciden con el ámbito del arbitraje administrativo sobre las sanciones disciplinarias.

Un arbitraje que el trabajador en la práctica tiende a activar para impugnar la legitimidad de las sanciones disciplinarias más leves de carácter conservador (reprimendas, multas, suspensiones), confiando a menudo en el enfoque “equitativo” del Presidente de la comisión nombrada por la Dirección Territorial de Trabajo, y que, si el asunto es realmente importante (al menos en principio), el empresario casi siempre tiende a evitarlo trasladando el litigio a los tribunales respetando el plazo de 10 días que la ley le da para designar a su árbitro. Precisamente para, hay que decirlo claramente, evitar la sentencia, en esencia equitativa.

Por lo demás, los convenios colectivos de ámbito nacional más recientes son, en efecto, densos en cláusulas que regulan instrumentos de arbitraje para la resolución de conflictos laborales más allá del ámbito disciplinario ahora mencionado, de los que, sin embargo, no se conoce una dimensión significativa de aplicación.

6. EL ELOGIO DE LA INCERTIDUMBRE JURÍDICA Y LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LA PARTE CONTRACTUALMENTE DÉBIL

Estos continuos fracasos a la hora de encontrar soluciones alternativas han enfrentado a nuestro País con el problema de resolver la incertidumbre derivada de un sistema judicial farragoso, de larga duración y resultados procesales inciertos.

La idea de certeza²⁷ expresada por el legislador actual pretende, por un lado, desvitalizar la dimensión hermenéutica reduciendo el papel del juez; por otro, hacer previsible -para el empresario- tanto las consecuencias jurídicas de su actuación, con una marginación de la tutela de la readmisión, como las económicas, con una predeterminación de los costes derivados de un despido improcedente²⁸.

La previsibilidad del resultado de la intervención del órgano decisorio respecto de la planificación consciente de las opciones empresariales cumple una función eminentemente económica²⁹ y la certeza, “tratada como una cuestión pequeño-burguesa”³⁰, se reduce a la seguridad del resultado judicial para el empresario.

Con las reformas de 2012 (l. n° 92) y 2015 (decreto legislativo n° 23) se ha producido una importante reducción del ámbito de protección real y una prepotente afirmación

²⁷ La referencia formal a la certeza no siempre se ha utilizado para identificar el mismo concepto: la observancia de las normas, la delimitación de la esfera de resultados posibles, la estabilización de las expectativas de comportamiento, la univocidad de las calificaciones jurídicas, la previsibilidad del contenido de las decisiones judiciales, la inviolabilidad de los derechos en cuestión, la conformidad de la ley o de las decisiones judiciales con determinados criterios de justicia o equidad, son sólo algunos ejemplos del polimorfismo que se esconde tras el sustantivo certeza.

²⁸ Véase FRANCO CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, p. 11.

²⁹ MICHELE TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, en *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2014, p. 35.

³⁰ RICCARDO DEL PUNTA, *Intervento*, en *Clausole generali e diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro* (Roma, 29-30 maggio 2014), Giuffrè, 2014, p. 443.

de la racionalidad económica que permite al empresario eludir la protección de forma específica (readmisión) para los despidos económicos y monetizar, en consecuencia, la extinción. El segundo aspecto se refiere, por una parte, a la reducción del papel del juez en la elección de los remedios aplicables y en la cuantificación de los daños y perjuicios; por otra, a la (probable) eliminación progresiva de cualquier control judicial sobre la decisión empresarial debido a la valorización de instrumentos “incitativos” para la reducción de los litigios, como la oferta de conciliación.

Así pues, el problema de la certeza jurídica se desplaza del plano objetivo (claridad, precisión e inteligibilidad de la formulación lingüística de las normas jurídicas) al subjetivo, convirtiéndose en un medio para perseguir y alcanzar los intereses individuales a través de la posibilidad de controlar las decisiones jurídicas.

No hay que olvidar que los problemas ligados a la (in)certeza de la ley en sus múltiples formas adquieren contornos aún más insidiosos en relación con el desequilibrio contractual que caracteriza la relación laboral, entre la necesidad de realización personal, *a latere prestatoris*, y los intereses puramente económicos, *a latere datoris*, condicionados por el riesgo de sufrir una decisión judicial que pueda alterar las propias estrategias empresariales.

La dimensión de la incertidumbre³¹, si está inmersa en las peculiaridades estructurales y genéticas de la relación laboral³², no es una categoría axiológicamente neutra, sobre todo si las repercusiones de una sanción económica previsible y atenuada benefician a una de las partes.

Esta reflexión recupera una idea de la previsibilidad como proceso complejo que se ramifica a lo largo de varias vertientes.

La primera es *objetiva*, es decir, la posibilidad de conocer las consecuencias jurídicas de una conducta determinada. En este sentido, el grado de cognoscibilidad identificará el grado de certeza. Por ejemplo, la determinación del *quantum* de la indemnización dejada al arbitrio del juez en función de parámetros concretos, la antigüedad del trabajador, teniendo en cuenta el número de trabajadores empleados, la dimensión de la actividad económica, la conducta y las condiciones de las partes³³, será menos previsible que una determinación efectuada sobre la base de un mero cálculo aritmético-matemático: el pago de “una indemnización no sujeta a cotización a la Seguridad Social por importe de dos mensualidades de la última retribución total real por cada año de servicio, en cuantía no inferior a cuatro ni superior a veinticuatro mensualidades”³⁴. La reducción del poder discrecional aumenta obviamente la previsibilidad del resultado.

Una segunda es *subjetiva* en la que la previsibilidad adquiere una relevancia ulterior, ya no limitada al momento judicial (fase patológica), sino situada con anterioridad, dentro de una evaluación del coste de oportunidad para el empresario que tiene lugar incluso antes de proceder a la contratación de un trabajador (fase pre-genética). El coste del despido ya no representa una variable de la fase final del ciclo vital de la relación laboral, sino una constante preparatoria del establecimiento de la relación laboral. Y es precisamente el uso instrumental de la disciplina del despido lo que demuestra que los espacios de evaluación

³¹ GUIDO ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, 2006, *passim*.

³² «Nel rapporto di lavoro pertanto si assiste ad una duplice situazione di disparità: una giuridica, consistente nel riconoscimento ad una parte, nell'ambito di una relazione di debito-credito, di poteri o facoltà di cui l'altra è priva; una sostanziale, dovuta alle condizioni economiche e sociali, in base alla quale una parte si trova in una posizione dominante mentre l'altra è in posizione debole»: Carlo ZOLI, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, en *Lavoro e diritti*, 1997, p. 242.

³³ Art. 18, apartado 5, ET.

³⁴ Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

no se restringen únicamente a la dimensión jurídica, sino que se extienden sobre todo a la conveniencia de ajustar el propio comportamiento a las normas establecidas.

La seguridad jurídica así declinada se confunde e identifica con la reducción (calculable) de los costes para la empresa, proyectándose a lo largo de la tercera dimensión, la teleológica.

De hecho, la posibilidad de anticipar con certeza las consecuencias jurídicas de la conducta de los particulares ante determinados actos o hechos se corrobora con la previsibilidad de las consecuencias económicas de un despido improcedente. Se intenta que la previsibilidad de la reacción del ordenamiento sea absoluta, con escaso margen de error en el *an* (salvo en los casos de despido discriminatorio, nulo o verbal y “exclusivamente en los casos de despido por causa subjetiva justificada o por justa causa en que se acredite directamente en juicio la inexistencia del hecho material impugnado contra el trabajador”³⁵) y ninguna aproximación en el *quantum* (salvo en los casos de despido discriminatorio, nulo o verbal).

En opinión del legislador, la incertidumbre es un desvalor que hay que superar con determinadas leyes para los empresarios, que a menudo “son incapaces de hacer malabarismos con las trampas manifiestas y encubiertas del texto normativo”³⁶.

En estas condiciones, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones es el requisito previo esencial para el ejercicio de la racionalidad calculadora que, a su vez, en la modernidad económica, “tiende a asumir un papel predominante, y ya no puede garantizarse recurriendo a la tradición y a la justicia material”; la idea de certidumbre como previsibilidad emerge de forma prepotente “como requisito para la racionalización formal del derecho”³⁷. La seguridad del tráfico jurídico, garantizada también por la “calculabilidad del funcionamiento de la administración de justicia”, se convierte entonces en la condición previa para la empresa en el capitalismo moderno³⁸.

Por lo tanto, a la luz de estas observaciones, el contexto cada vez más abigarrado y compuesto de valores parece ofrecer elementos interesantes para una reconsideración diferente de la categoría de incertidumbre, al menos para el sistema laboral, capaz de restablecer márgenes más amplios de protección para la parte contratante débil.

Precisamente en el ámbito laboral, el amplio ámbito atribuido al juez es esencial y funcional al mismo tiempo para garantizar el correcto ejercicio del poder de organización y dirección del empresario. A lo largo de los años, la jurisprudencia ha desempeñado un papel complementario e integrador de la voz del legislador ordinario, pero también de la Constitución, a través de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo³⁹, sin olvidar el papel de mediación entre intereses contrapuestos⁴⁰.

³⁵ Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015.

³⁶ ENRICO GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, p. 431. También, MARINA BROLLO, *La nuova flessibilità “semplificata” del lavoro a termine*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, p. 585.

³⁷ MASSIMO CORSALE, *Certezza del diritto. Profili Teorici*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 3.

³⁸ MAX WEBER, *Economia e società*, II, trad. it. P. ROSSI, Ed. Comunità, 1974, p. 188-189.

³⁹ GUIDO VIDIRI, *Il contributo della Corte di Cassazione all'evoluzione del diritto del lavoro*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, p. 27 ss.; GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 1.

⁴⁰ ANTONIO VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, p. 6.

7. LA OFERTA DE CONCILIACIÓN: ¿I'M GONNA MAKE HIM AN OFFER HE CAN'T REFUSE?

En este marco, el Decreto Legislativo n. 23 de 2015, en su artículo 6, previó una nueva modalidad de conciliación preventiva, destinada a resolver los conflictos relativos a la impugnación del despido.

Así pues, dentro de su evaluación general de los costes, el empleador tiene la opción de ofrecer la conciliación para extinguir definitivamente la relación laboral a través de la renuncia del trabajador al uso de la demanda contra el despido, incluso ya presentada.

Se trata de una innovación que, con vistas a reducir progresivamente los costes del despido e inmunizar la decisión empresarial del control judicial, persigue una pluralidad de finalidades.

El primero se remonta, sin duda, a los más de diez años de laborioso intento de hacer efectiva, por fin, la reducción de la litigiosidad, tras los fracasos del pasado. Dentro de un “juego de costes”, el empresario, a sabiendas de que puede tener ciertas dificultades probatorias en el curso del juicio, puede ofrecer la conciliación precisamente “para evitar el litigio”⁴¹. En esencia, el empresario reconoce como probable su propio incumplimiento, por carecer, por ejemplo, de justa causa o motivo justificado, y ofrece al trabajador una vía corta para extinguir la relación, no a través de una conciliación propiamente dicha, sino dentro de un esquema ya perfilado heterónomamente.

Este objetivo inicial va acompañado de una serie de elementos que deberían incentivar la elección en términos de conveniencia de la solución extrajudicial.

El propio trabajador podría estar desinteresado en someterse al control judicial para evitar el pago de la cotización unificada, los posibles costes de perder el pleito o, en todo caso, los debidos a su abogado y, sobre todo, para evitar los riesgos derivados de la imprevisibilidad del juicio como consecuencia de la concurrencia concomitante de un mosaico de factores causales (*lites sua sidera habent*, según CALAMANDREI⁴²).

Las ventajas para el trabajador de resolver la relación laboral a través del procedimiento de conciliación facilitado también se derivan también de la posibilidad de seguir percibiendo prestaciones por desempleo y en la exención fiscal. El legislador traslada, así, el riesgo empresarial: no sólo al trabajador, sino también a la colectividad, permitiendo -de hecho- que el empresario utilice recursos públicos para fines personales⁴³.

En primer lugar, en el plano de conveniencia económica, el legislador desempeña un papel mediador, indicando la suma que se considera justa ofrecer al trabajador para inducirle a renunciar a la impugnación del despido.

La oferta adecuada es igual a un mes de salario de referencia para el cálculo de la indemnización por despido por cada año de servicio, en cualquier caso, no menos de tres y no más de veintisiete meses de salario⁴⁴. La propuesta conciliadora, especialmente para el despido económico para el que ya no opera la readmisión, no distaba mucho de lo que podría obtenerse con una sentencia favorable, aunque sujeta a plazos más amplios.

⁴¹ Art. 6, d.lgs. n. 23/2015.

⁴² PIERO CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1999, p. 3.

⁴³ FABRIZIO AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, en F. CARINCI, C. CESTER (coordinados por), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 46, 2015, pp. 165-166.

⁴⁴ Apartado así modificado por el art. 3, apartado 1-bis, D.L. 12 julio 2018, n. 87, convertido por la L. 9 agosto 2018, n. 96.

Además, para las empresas pequeña (con menos de 15 trabajadores)⁴⁵, la cuantía se reduce a la mitad y el límite máximo se reduce en dos tercios (seis meses de salario)⁴⁶.

En cualquier caso, corresponde al órgano de conciliación valorar la adecuación de la oferta con referencia a dos parámetros: el salario que debe tomarse como base para el cálculo y la antigüedad en el servicio.

Incluso en relación con las modalidades de cumplimiento, el espacio de autonomía reservado a las partes parece bastante limitado pues la norma preveía expresamente, a efectos de la extinción de la relación en la fecha del despido o de la renuncia a su impugnación si el trabajador ya la hubiera formulado, la entrega al trabajador de un cheque bancario.

El contenido de la norma exige que la oferta sea formulada por el empresario dentro de los plazos ordinarios de impugnación, es decir, dentro de los 60 días siguientes a la notificación de la carta de despido, con independencia de que se haya interpuesto demanda al respecto. Se trata de un plazo propedéutico para la formulación de la oferta, que abre la puerta a una posible conciliación, no para la conclusión del procedimiento y la aceptación del cheque. De hecho, el empresario puede optar por esperar hasta el último día para la formulación de la oferta, a la espera de la impugnación del despido por parte del trabajador, que puede tener lugar incluso después de transcurridos los sesenta días si se envía por carta certificada con acuse de recibo⁴⁷.

Este procedimiento permite al empresario eludir de hecho el principio de causalidad, hasta el punto de que la aceptación de la oferta determina la extinción de la relación y la renuncia a la impugnación contra el despido, aunque el trabajador ya la haya presentada. Un exceso que también podría ocultar conductas discriminatorias.

Esta institución se vio afectada indirectamente por la sentencia del Tribunal Constitucional n. 194 de 2018, que declaró inconstitucional el apartado 1 del artículo 3 del Decreto Legislativo n. 23 de 2015, en la medida en que establece que el monto de la indemnización debida en caso de despido injustificado se determina en la suma fija de dos meses de salario por cada año de servicio, en lugar de disponer que el juez puede graduar dicha indemnización teniendo en cuenta diferentes factores (no todos pre-determinable), como el número de trabajadores empleados, el tamaño de la empresa, el comportamiento y las condiciones de las partes, así como la dimensión de la actividad económica.

Este procedimiento, sin embargo, ha perdido gran parte de su antiguo atractivo desde la sentencia del Tribunal Constitucional. En efecto, si antes el trabajador podía obtener por la vía de la conciliación de forma inmediata una cantidad, tras la aceptación del despido, una cantidad equivalente al 50% de lo que hubiera obtenido en vía judicial (sumando a esta cantidad tanto la exención fiscal como el ahorro derivado de la ausencia de costas judiciales), en la actualidad el marco normativo actual ha cambiado.

La devolución al juez de amplios márgenes de discrecionalidad en la determinación de la indemnización debida al trabajador en caso de despido improcedente y el aumento de la misma indemnización, que ahora oscila entre un mínimo de seis mensualidades y un máximo de treinta y seis, hacen que la vía judicial resulte más atractiva para el trabajador.

⁴⁵ Véase el artículo 18, apartados 8 y 9, del Estatuto de los Trabajadores italiano.

⁴⁶ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

⁴⁷ ROBERTO VOZA, *Gli farà un'offerta che non potrà rifiutare. L'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6, d.lgs. n. 23/2015*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, p. 781.

8. LA COMISION DE GARANTIA EN LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES: ¿MEDIACIÓN O MORAL SUASION?

También en materia de huelga en los servicios esenciales, cuando hay la necesidad de un balanceamiento constitucional con otros valores y principios, por ejemplo, la salud, no tenemos un modelo obligatorio como en España⁴⁸. Me refiero al papel de la Comisión de Garantía con una función híbrida, de conciliación y de arbitraje: de control sobre la huelga y la evaluación sobre las prestaciones indispensables, de composición del conflicto, un poder de sanción, y en fin la posibilidad, en verdad abstracta, de emitir un laudo su solicitud de las partes sobre la controversia. Esta hipótesis no tiene una expresa regulación, es decir que su contenido es totalmente libre y, de todos modos, tampoco ha tenido éxito como forma de solución alternativa de conflicto, también por su escasa eficacia.

De acuerdo con el espíritu de la ley n. 146 del 1990, se encomendó a la Comisión de Garantía una función de *moral suasion*. En otras palabras, la Comisión se concibió como un punto de referencia autorizado para los interlocutores sociales, más que como una autoridad en sentido técnico con poderes reales. De hecho, como es bien sabido, en el momento de su creación, la Comisión sólo tenía por misión formular propuestas no vinculantes para los interlocutores sociales y evaluar la conveniencia o inconveniencia de los acuerdos firmados por las partes.

Tras la Ley n 83 de 2000, se reforzaron los poderes de la Comisión de Garantías, añadiendo una serie de atribuciones indispensables para cubrir una laguna flagrante de la ley anterior. En efecto, es cierto que el principal medio para identificar las prestaciones indispensables es y sigue siendo el acuerdo entre las partes evaluado como idóneo por la Comisión. Antes de 2000, en caso de que las partes no llegaran a un acuerdo, la propuesta de la Comisión de Garantía no tenía efecto vinculante para las partes.

La facultad más significativa introducidas por la Ley n. 83 de 2000 es, en primer lugar, la posibilidad de “reglamentación provisoria” incluso en caso de idoneidad parcial del acuerdo. Como es sabido, los servicios indispensables deben estar contenidos en una medida que no supere, por término medio, el 50% de los servicios normalmente prestados, y deben referirse a cuotas de personal estrictamente necesario que no superen, por término medio, un tercio de la plantilla normalmente utilizada para la prestación completa del servicio. Por lo tanto, se puede afirmar que el reglamento provisional ha cubierto una importante laguna de la Ley n. 146 y constituye una pieza indispensable del rompecabezas para hacer efectiva la conciliación de los derechos de los usuarios con el derecho de huelga, una conciliación que antes del año 2000 era más bien proclamada que realizada.

La Comisión es competente para pronunciarse sobre cuestiones de interpretación o aplicación del contenido de los acuerdos.

Además, está facultada para aplazar la huelga con el fin de comprobar si se han agotado todas las tentativas de conciliación y si se dan las condiciones para una solución del conflicto y, en caso de conflictos importantes, puede invitar a las partes a aplazar la fecha de la huelga el tiempo necesario para permitir un nuevo intento de mediación, desempeñando, en este caso, el papel de mediador entre las propias partes para llegar a un acuerdo.

⁴⁸ Por ejemplo, v. el art. 10 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977.

Diversas reglamentaciones provisionarias de la Comisión han reforzado las obligaciones de información que incumben a las empresas sobre los motivos de las huelgas, los sindicatos que las promueven y los índices de adhesión a huelgas anteriores convocadas por los mismos sindicatos. Sin perjuicio de la legitimidad e idoneidad de esta información, ciertamente útil para los usuarios, se plantea la cuestión de si la información facilitada por las empresas permite a la Comisión pronunciarse sobre la pertinencia de los motivos de la huelga, es decir, calificarlos de apropiados o no.

De todos modos, esta facultad no implicaría, sin embargo, la posibilidad de sancionar un comportamiento inadecuado.

9. LA NEGOCIACIÓN ASISTIDA EN CONFLICTOS LABORALES

Por lo tanto, la forma alternativa de solución de conflicto laboral se caracteriza por una inexistencia relativa por vía heterónoma, es decir que existe formalmente un conjunto de normas, como he dicho, con poca sistematicidad, pero totalmente ineficaz. Además, no tenemos arbitraje obligatorio como en España, por ejemplo, el caso del arbitraje electoral (art. 76 ET), o el arbitraje obligatorio para resolver las huelgas que causen un grave perjuicio a la economía nacional (art. 10 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977), o el arbitraje en caso de inaplicación del convenio colectivo (descuelgue) a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos del art. 82.3 ET.

Una inexistencia de hecho por vía autónoma, es decir que existen mecanismos autónomos de solución de conflictos a través de la negociación colectiva pero tampoco esta dimensión ha tenido mucha suerte por diversos motivos: en primer lugar, tenemos que recordar que en Italia no hay convenios colectivos estatutarios, sino sólo extraestatutarios. Esto significa que surge, en primer lugar, un problema de eficacia individual, mientras que del lado colectivo los interlocutores sociales han preferido resolver los conflictos a través de los jueces. Además, hay un artículo el 28 del Estatutos de los trabajadores que permite una tutela cautelar bastante rápida.

Tal como hemos subrayado, un proceso que funciona no necesita ser limitado a través de la introducción de mecanismos de solución extrajudicial.

Tanto es así que se ha conseguido una disminución, incluso mínima, de la litigiosidad gracias a otros elementos, sólo aparentemente residuales.

El primero está representado por la introducción de una contribución monetaria mínima para la interposición de una demanda, rompiendo así la tradición del juicio gratuito que había funcionado durante cuarenta años. Una especie de desincentivo *de facto* ya que, en algunos casos el depósito necesario para acudir a los tribunales puede llegar a algunos miles de euros.

Una medida que también sirve para recaudar dinero y que evidentemente afecta a la protección reconocida por el artículo 24 de la Constitución.

El segundo factor está representado por una simplificación de las disciplinas de protección, la introducción de la a-causalidad del contrato de duración determinada o de la sanción solo económica incluso en caso de despido improcedente.

El tercer factor reside en la tendencia de los jueces a condenar a pagar las costas del proceso a los trabajadores perdedores. Esta norma, aunque está recogida en el Código Procesal Civil, sin embargo en el pasado no ha tenido prácticamente aplicación.

Está bastante claro que una menor litigiosidad y una mayor calidad de los litigios requieren intervenciones más complejas y sofisticadas, bien pensadas, que logren combinar la eficacia de la justicia con la protección de los derechos.

Aquí se repiten las palabras de Chiovenda sobre la instrumentalidad del proceso reconocida por nuestra Constitución (art. 24), por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47.1) y por la jurisprudencia europea⁴⁹.

Para no conducir a la frustración de garantías de amplia cobertura constitucional y supranacional, una buena reducción de carga de trabajo no puede sino surgir por el lado de la oferta y no por el de la demanda.

A partir de aquí, se desarrollará una cuestión todavía de actualidad: la identificación de medidas reductoras que nunca son neutras en el plano axiológico porque conciernen a la relación entre eficacia y efectividad de los derechos, entre medio y fin dentro de la cual la eficacia es el medio para asegurar la efectividad de los derechos.

También en la óptica de reducir el número de litigios y acelerar los juicios, el legislador, a la luz de los continuos fracasos del arbitraje y de otras formas alternativas, se ha centrado sobre la negociación asistida en conflictos laborales.

En el marco de una reforma general del proceso civil⁵⁰, estructurada para perseguir los objetivos de simplificación, celeridad y racionalización de la tutela judicial, el legislador prevé también una serie de modificaciones también en la regulación del proceso laboral (incluyendo la posibilidad de negociación asistida para la regulación de los conflictos laborales).

En realidad, la negociación asistida se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en 2014 como un procedimiento que permite una discusión extrajudicial entre las partes implicadas en un litigio y no se entiende la ratio de la exclusión de la materia laboral.

El procedimiento es sencillo: el abogado de la parte que tiene interés en obtener la satisfacción de sus derechos envía a la otra parte una invitación a firmar un acuerdo de negociación asistida, es decir, un acuerdo por el que las partes se comprometen a cooperar de buena fe y para resolver el litigio de forma amistosa. La otra parte tiene la opción de adherirse o rechazar la negociación: en caso de rechazo o de falta de respuesta en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la invitación, se considera que el procedimiento ha fracasado. No obstante, si la otra parte está interesada en el procedimiento de negociación, deberá firmar, junto con su abogado, el acuerdo, cuyo contenido esencial es la indicación del plazo acordado para la finalización del procedimiento (que no podrá ser inferior a un mes ni superior a tres meses, prorrogable por otros treinta días por acuerdo entre las partes) y la indicación del objeto del litigio, que, evidentemente, no deberá referirse a derechos indisponibles⁵¹.

No se trata de una condición procesal para acudir a los tribunales, sino de un elemento evitador de litigios adicional que se ofrece para intentar resolver amistosamente una disputa, cuya dirección, por primera vez, se ha asignado a los abogados.

En caso de que el procedimiento sea infructuoso, es decir, que no se llegue a un acuerdo para resolver el litigio, las partes son libres de acudir a los tribunales, ya que

⁴⁹ Solo a modo de ejemplo, v. Tribunal de Justicia 18 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08: “Los principios de equivalencia y de efectividad, así como el principio de tutela judicial efectiva, tampoco se oponen a una normativa nacional que exija la previa resolución extrajudicial de tales litigios, siempre que dicho procedimiento no conduzca a una decisión vinculante para las partes, no implique un retraso sustancial en la interposición de una impugnación judicial, suspenda la prescripción de los derechos de que se trate y no genere gastos”.

⁵⁰ Il d.lgs. 149 del 2022.

⁵¹ Elementos que no son esenciales pero que podrían incluirse en el acuerdo son la previsión de la posibilidad de obtener declaraciones de terceros sobre hechos relevantes para el objeto del litigio; la posibilidad de obtener decla-

pueden adjuntar a la demanda judicial el acuerdo y la declaración de no acuerdo, que serán valorados por el tribunal al efecto de la imposición de las costas.

Si se alcanza un acuerdo, ya no podrá impugnarse en ningún foro, sin perjuicio del derecho a impugnarlo sobre la base de los principios generales del Derecho civil, es decir, si es nulo (en la medida en que se refiera a derechos absolutamente indisponibles o por infracción de normas imperativas de la ley) o anulable por vicio de la voluntad (error, violencia o dolo). El acuerdo constitutivo del litigio firmado por las partes y los abogados que las asisten constituye inmediatamente título ejecutivo y título para la inscripción de una hipoteca judicial.

El acuerdo alcanzado al término del procedimiento de negociación debe ser transmitido por cualquiera de las partes, en un plazo de diez días, “a uno de los organismos contemplados en el artículo 76 del Decreto Legislativo n. 276, de 10 de septiembre de 2003”, es decir a la comisión de certificación.

La verdad es que no se entiende el sentido y la finalidad de esta previsión.

En caso contrario, por ejemplo, no se negaría validez al acuerdo y seguiría siendo no impugnabile.

Las novedades introducidas por la llamada Reforma Cartabia en materia de negociación asistida en los conflictos laborales no pueden sino valorarse positivamente, sobre todo porque se reconoce a los abogados un papel que siempre han desempeñado, el de negociadores perfectamente capaces de garantizar esa protección del trabajador que asegure la plena conciencia y conocimiento de los derechos que el mismo -que es la parte más débil de la relación contractual- tendrá al firmar el acuerdo.

Me parece una solución que podrá conciliar bien las necesidades de reequilibrar las asimetrías estructurales de información y ofrecer cierta racionalidad al trabajador en cuanto a la posibilidad de llegar a una conciliación. Los abogados son perfectamente aptos para informar al trabajador de las consecuencias de sus actos, garantizar la autenticidad o legitimidad de sus decisiones e ilustrar la conveniencia (eventual) de la conciliación.

raciones de la parte contraria sobre la veracidad de hechos desfavorables para ella y favorables para la parte en cuyo interés se solicitan; la posibilidad de llevar a cabo negociaciones por medios telemáticos; la posibilidad de llevar a cabo reuniones mediante enlaces audiovisuales a distancia.

40 AÑOS DE JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES. PRESENTACIÓN DEL CONFERENCIANTE, PROFESOR DR. D. FEDERICO DURAN LÓPEZ

FRANCISCO J. PRADOS DE REYES.

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La cuadragésima edición de las “Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, celebradas en Granada los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2023, no es solo la efeméride cronológica de un importante logro colectivo. Desde luego que lo es con solo considerar el arraigo conseguido y la confianza y apoyo que el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales ha venido prestando al posibilitar la celebración de todas y cada una de las ediciones que han precedido a las que se acaban de celebrar. Es eso, pero en realidad es también el relato de una trayectoria de generación, consolidación y evolución de una parte importante -y muy representativa- de la doctrina científica española que a lo largo de estos años se ha venido consolidando consolidada en torno al análisis del modelo laboral diseñado en nuestra constitución.

Un relato que abarca no solo el ámbito geográfico comprendido en el título bajo el que anualmente se convoca la celebración de estas jornadas. El patrocinio del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, la colaboración de las respectivas Universidades de Andalucía y el apoyo de las entidades públicas y privadas afectas al territorio de su celebración son demostrativos de la confianza obtenida por sus organizadores que han desplegado un importante esfuerzo para su patrocinio, haciendo posibles las sucesivas ediciones que han tenido lugar. Pero el arraigo de esta iniciativa lo ha sido siempre sin perjuicio del constante interés y la demostrada voluntad de incorporar a su desarrollo también a miembros de instituciones y sectores procedentes de otros ámbitos geográficos cuya presencia ha contribuido a enriquecer el contraste y la diversidad en los debates, incorporando los resultados y experiencias procedentes de otros ámbitos de investigación y divulgación científica.

Aunque, también ha de advertirse que la proyección de las Jornadas Universitarias Andaluzas tampoco se ha limitado al estricto ámbito científico. La objetividad y acierto en el planteamiento y análisis de la problemática suscitada son buenos testimonios tanto del interés que estas Jornadas han ofrecido para los agentes sociales y los sectores profesionales con intervención en la materia laboral, como de la valiosa aportación que su

presencia y participación han proporcionado al desarrollo de los debates. Por otra parte, la notable presencia de profesionales vinculados a la judicatura, la Inspección de Trabajo y otros sectores de la Administración Laboral, así como de Abogados y Graduados Sociales, ha permitido garantizar la incorporación de enfoques pragmáticos y de alcance contribuyendo a enriquecer la formulación de los planteamientos y la definición de las conclusiones.

Por último, no quedaría completo el relato de los escenarios que configuran estas Jornadas si no se menciona el hecho de que cada una de las sucesivas ediciones haya obtenido su correspondiente formalización bibliográfica recogiendo las aportaciones y postulados científicos necesarios que han constituido presupuesto para la reflexión científica y el debate social. Se ha ofrecido así un testimonio, no solo acreditativo de resultados, a modo de observatorio social permanente, sino también de su valor para la construcción, conocimiento y evaluación científica de nuestros sistemas de relaciones laborales y de protección social, proporcionando una eficiente descripción de su devenir a lo largo de estos cuarenta años de celebración de las “Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”.

A lo largo de este tiempo las Jornadas se han venido desarrollando sin discontinuidad, experimentando en las sucesivas ediciones una gran diversidad de formatos según las exigencias que la racionalidad y la eficiencia en el desempeño (la habitual presencialidad solo tuvo la excepción impuesta por las circunstancias de la pandemia) han venido imponiendo, adecuando siempre la selección de los contenidos a la problemática y tratamiento que la actualidad de las relaciones laborales en España y en Andalucía hayan podido suscitar. La sugerencia de renombrar su identidad como “Congreso” deja bien patente el sentimiento de madurez alcanzado.

La conferencia de clausura de esta 40ª edición de las “Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales” corrió a cargo de Federico Duran López, Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba. La selección del ponente no solo expresaba el reconocimiento por su labor científica y sus numerosas aportaciones en el estudio de las relaciones laborales de nuestro país, sino que puede ser también testimonio elocuente de gratitud por una iniciativa suya felizmente relacionada con la efeméride que titula el ordinal de estas Jornadas.

No es desconocido -y se ha recordado con frecuencia- que las Jornadas Universitarias Andaluzas tuvieron su origen en las celebradas en 1982 en la Universidad de Córdoba, por iniciativa del Profesor Duran López y con el patrocinio de diversas entidades. El éxito alcanzado y el convencimiento de la utilidad de estas reuniones para la comunidad científica andaluza, incluida la posibilidad de su aprovechamiento como foro para la reflexión social, motivaron la decisión de mantener en lo sucesivo su celebración anual en el marco de las distintas Universidades andaluzas y ahora bajo el impulso y patrocinio del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. La atribución al profesor Duran López de la conferencia de clausura en estas cuadragésimas Jornadas, bajo el título “LAS RELACIONES LABORALES: ENTRE EL CAOS NORMATIVO Y LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS”, cierra el círculo de referencias históricas con la expresión del reconocimiento y gratitud a quienes han hecho posible 40 años de historia de las “Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”.

Quien escribe estas líneas tuvo el honor de recibir el encargo de presentar al profesor Duran López. A la honra que ello me ha supuesto, uno también la expresión de mi satisfacción personal por los felices vínculos de amistad (larga y buena amistad)

que mantengo con Federico Durán por quien, además, siempre he sentido una gran admiración, reconocimiento y gratitud. Mi agradecimiento por ello al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Tras una breve estancia como Agregado en la Universidades de Barcelona y durante casi dos años en la de Granada, Federico Duran López obtuvo en 1981 la cátedra de Derecho del Trabajo en la recién creada Universidad de Córdoba. Allí asumió responsabilidades de gobierno como primer Decano de la Facultad de Derecho y posteriormente como Vicerrector de la Universidad desempeñando allí, y en lo sucesivo, su actividad magistral y académica. Quizás la mejor expresión de su valioso y prolongado magisterio académico deba atribuirse a la constitución y dirección de un excelente -y numeroso- grupo de investigadores e investigadoras, adscritos al área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba, cuya producción científica, responsabilidad académica y estima personal les han hecho merecedores del alto reconocimiento y aprecio que han obtenido tanto de la comunidad científica como académica. En todo momento he manifestado -y ahora vuelvo a hacerlo- el orgullo y satisfacción que siempre me han producido los sentimientos de cercanía y aprecio personal que con todos ellos mantengo.

En otro orden, obvia podría resultar ni aún la reseña de la obra científica de quien sin duda es referencia tanto en el panorama científico español como fuera de nuestro país. Quizás por ello, más oportuno que el relato de sus respectivos acontecimientos sea la referencia a su significación desde el contexto profesional en que se han ido produciendo.

Aprobada la Constitución española de 1978, la nueva generación de juristas que por entonces se incorporaba al elenco científico del Derecho del Trabajo en España, se enfrentaba al reto de desarrollar todo un proceso de análisis, evaluación y construcción científica del nuevo modelo de relaciones laborales. La urgencia en adaptar el sistema normativo laboral existente a los modelos democráticos occidentales existentes generó una intensa actividad legislativa, de hondo calado, pero también de una profusión y heterogeneidad de difícil sistematización. Fue un periodo de ordenación normativa que, acotado por los términos de la trascendencia política y los límites temporales de la inmediatez, acabó adquiriendo identidad propia. Con razón, los profesores Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y Duran López presentaban su valiosa recopilación normativa de aquella época, bajo el subtítulo de “Legislación laboral de la transición política”.

Con el desarrollo de la nueva ordenación normativa, la actividad científica se polarizó en torno al análisis y tratamiento de los sistemas jurídicos que articulaban los pilares fundamentales del modelo laboral. Durante este periodo, la obra del Profesor Duran evidencia un interés por la fundamentación e interpretación de cada uno de esos sistemas articulares, dogmatizados ya por la doctrina a partir de sus experiencias en otros países, pero urgidos de acomodación y desarrollo en el nuevo marco social y democrático español. Los instrumentos jurídicos para la libertad sindical (*“La acción sindical en la empresa: su protección legal, 1976”*), a partir su tesis doctoral, dirigida en Bolonia por el profesor Federico Mancini, premio “Vittore Emmanuele II” a la mejor tesis doctoral); el diseño de los sistemas de representación y la participación en la empresa (*“La participación de los trabajadores”*, 1998); La ordenación normativa del modelo de relaciones laborales (*“La significación del Estatuto de los Trabajadores en el Sistema Jurídico Laboral”*, 1994); la delimitación normativa de los espacios para la negociación colectiva (*“El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva”*, 1990); la propia instrumentación de los mecanismos jurídicos para ordenación normativa laboral (*“La significación del Estatuto de los Trabajadores en el Sistema Jurídico Laboral”*, 2000); las bases de la formación permanente ante la transformación del sistema de formación

profesional (*“Análisis de la política contractual en materia de formación profesional continua en España”, 1994*); la situación en nuestro país de la seguridad y salud en el trabajo (*“Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España”,* emitido a solicitud de la Presidencia del Gobierno de España, 2001); el examen, a través de la experiencia jurisprudencial, de la movilidad de mano de obra en el entorno de los sistemas jurídicos europeos (*“Libertad de circulación y establecimiento en la Jurisprudencia”, 2002*); o la determinación de los mecanismos de compatibilidad entre ellos (*“La armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros de la CE, Problemas alternativos y soluciones”, 1990*); los instrumentos para la actualización del sistema de protección social (*“El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social”, 2002*); incluso, la propia reflexión sobre el ordenamiento regulador (*“El futuro del Derecho del Trabajo”, 1998*), son ejemplos de su no solo de su contribución al proceso de renovación y consolidación del marco dogmático que habría de articular el régimen jurídico de las instituciones laborales, sino también de los planteamientos para el posterior debate sobre el alcance y las condiciones de su regulación.

A partir de estos postulados, la obra jurídica de Federico Duran proyecta sus contenidos sobre una amplia diversidad de aspectos de la problemática laboral; puede afirmarse que no hay espacio relacionado con los contenidos que tipifican el Derecho del trabajo o la Seguridad Social que no aparezca incluido en el elenco bibliográfico de su actividad investigadora. Diversidad que no se limita al aspecto sustantivo de la temática, sino también que aparece formalizada a través de prácticamente la totalidad de los formatos que la literatura científica haya podido generar; probablemente, la pluralidad y frecuencia de sus múltiples intervenciones profesionales en los distintos escenarios del análisis social tenga que ver con ello.

Innecesaria parecía antes la completa relación de cada una de sus aportaciones iniciales e innecesario sigue siendo detallar el resto de su producción científica cuyas referencias, en la diversidad de aspectos y cuestiones que aborda, suelen formar parte del apoyo bibliográfico para las valiosas aportaciones que integran el patrimonio científico de la disciplina. En todo caso, hay que subrayar la estrecha relación en la selección de sus contenidos con la esencialidad de la problemática o la actualidad del debate en el ámbito social. Especialmente, en el ámbito de la relación de trabajo donde la casuística es relevante o se hace particularmente expresiva del entorno socioeconómico que inspira su regulación. Desde la configuración del sistema jurídico laboral y empresarial (*“Globalización y relaciones de trabajo”, 1998*; *“Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, 2004*); y la incorporación de los derechos fundamentales a la relación de trabajo (*“La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976”, 1989*); pasando por el examen de las instituciones contractuales comunes (*“La clasificación profesional de los trabajadores: función y significado en la organización capitalista del trabajo”, 1978*; *“El trabajo temporal: la duración del contrato de trabajo”, 1980*; *“Las Empresas de Trabajo Temporal”, 1983*; *“Régimen jurídico de los contratos formativos y de duración determinada tras la reforma laboral de 1997”*; *“Lanzamiento de nuevas actividades y contratación temporal”, 1984*; *“Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa”, 1985*); hasta las más condicionadas por la dialéctica entre estabilidad en el empleo y flexibilidad laboral (*“Exigencias formales y procedimentales para los despidos colectivos”, 2014*; *“Sobre los despidos colectivos”, 2013*; *“El despido objetivo: causas, forma y efectos (arts. 52 y 53)”, 2000*) o, la protección del trabajador ante la renovación de la empresa (*“Medidas laborales en procesos de reestructuración”, 2010*) o la crisis del empresario (*“Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, 2004*).

Y, de igual forma, renunciando de nuevo a la exhaustividad, podrían relacionarse multitud de referencias en materia de autonomía colectiva (“*El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales*”, 1980; “*El convenio colectivo en el sistema de fuentes del derecho del trabajo: las relaciones ley-convenio colectivo, el papel de la autonomía individual*” 1992; “*Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación*”, 1993; “*Problemas de la extensión de los convenios colectivos*”, 1994; “*Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente*”, 2014); en materia de conflictos colectivos y derecho de huelga (“*Medios de solución no jurisdiccionales de los conflictos laborales: el arbitraje*”; “*Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*”, 1988; “*La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal*”, 1988); sobre ordenación jurisdiccional y procedimental para la tutela judicial en el ámbito laboral (“*El proceso de despido en el nuevo texto articulado: Cognición y ejecución*”, 1990); organización administrativa laboral (“*El Consejo Económico y Social, instrumento del diálogo social*” 1997; “*La participación en las relaciones laborales y en el gobierno de la economía: el Consejo Económico y Social español*”); o el análisis del sistema de protección social y su revisión (“*Origen, evolución y tendencias del Estado del Bienestar*”, 1996; “*El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social*” 2002; “*Evolución del derecho de Seguridad Social*”, 1982).

Como se ha advertido, se trata solo de una relación ejemplificativa a propósito de la diversidad de contenidos abordados.

Finalmente, queda por reseñar, una etapa singular por su carácter ajeno al orden académico, en el desempeño de la actividad profesional de Federico Duran. Es una época que ocupa el resto de su vida profesional, caracterizada ahora por el encuentro y complementación entre la observación analítica y la intervención directa en la dinámica de las relaciones laborales. La primera parte, desarrollada en el ámbito de la organización administrativa laboral. Primero, como presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, cargo que desempeñó desde 1986 hasta 1992. Y, después, a partir de 1992 como presidente (primer presidente) del Consejo Económico y Social de España. Desempeñó este cargo hasta 2001 durante un periodo que podría calificarse de gran interés para la evolución normativa de nuestro sistema laboral, durante el que se produjeron importantes transformaciones; entre ellas, la que acometió el acercamiento de nuestro sistema normativo a los postulados impuesto por las directivas comunitarias, tras la incorporación de España a la Unión Europea. Durante esta última época la producción científica conoció -y, con frecuencia disfrutó- de un importante cauce para la publicación y divulgación de obras científicas, la mayoría de ellas relacionadas con la temática propia de la disciplina. El ejercicio de esta opción posibilitó la creación de una larga lista de publicaciones de contenido laboral y de seguridad social, cuya existencia legítima hoy el reconocimiento por esta actuación.

La segunda vertiente -prácticamente en sucesión cronológica con la anterior- está relacionada con la vertiente aplicativa de una realidad que, sin perjuicio de la observación analítica, es también objeto de la actividad profesional. Concluido su compromiso con el Consejo Económico y Social, Federico Duran pasó a formar parte de la firma de abogados hoy denominada “Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios”, donde asumió desde su incorporación en 2012, la dirección y coordinación de su Departamento de Laboral, Actualmente ostenta la condición de *Of Counsel* en dicha entidad, además de ser director de los Programas “Doble Máster en acceso a la abogacía y Asesoramiento jurídico laboral” y “Executive en Relaciones Laborales” organizados por la misma. Es también miembro de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Hace algún tiempo que sus discípulos le dedicaban una publicación conteniendo gran parte de las múltiples ocasiones en que, a través de la prensa y medios de comunicación, ha expresado su opinión sobre multitud de cuestiones sometidas a debates puntuales. El libro lleva el subtítulo “*Una visión liberal de las relaciones laborales*” (Córdoba 2006). Se trata de una recopilación sistematizada de intervenciones puntuales sobre los temas que han protagonizado la polémica o el debate “de actualidad” conteniendo opiniones formuladas generalmente a través de los medios de medios de comunicación escrita.

Naturalmente, expresan el pensamiento de Federico Duran sobre el debate planteado, pero con frecuencia ponen también de manifiesto la oportunidad de revisar postulados y puntos de partida cuya pretendida rigidez suele operar más como defensa frente a la lógica de la evolución que como pretendido fundamento de una estabilidad y conservación que al final acaba siendo inamovilidad, petrificación y distorsión.

Y, en todo caso, también manifiestan el esfuerzo y dedicación a una vida profesional destinada a la formación, el análisis y la intervención social cuyos resultados no hacen más que legitimar el alto reconocimiento y aprecio que siempre ha merecido.

PONENCIA DE CLAUSURA
LAS RELACIONES LABORALES: ENTRE EL CAOS NORMATIVO Y LA
AMPLIACIÓN DE DERECHOS

FEDERICO DURÁN LÓPEZ

SUMARIO:

1. EL CAOS NORMATIVO
2. LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

1. EL CAOS NORMATIVO

En los últimos tiempos, el Derecho del Trabajo y las relaciones laborales viven en un auténtico caos normativo. No solo provocado por la normativa adoptada con motivo de la pandemia de hace unos años, normativa difusa, compleja y confusa, en la que llegamos a conocer veinte modificaciones de una norma en un solo año de vigencia (el Decreto-ley 8/2020), sino también por las intervenciones normativas posteriores, que han procedido a continuas variaciones de significativos aspectos de las relaciones laborales. Con el agravante de que muchas de esas modificaciones están contenidas en normas no específicamente laborales. Todo ello genera un panorama que no es exagerado calificar de caótico.

Estamos ante una normativa laboral desaforada, en muchas ocasiones producto de simples ocurrencias, en la que no parece existir una visión de conjunto ni un planteamiento a largo plazo. Con el agravante, que ya hemos indicado, de que muchas de las últimas normas no provienen de iniciativas legislativas surgidas del Ministerio de Trabajo, sino de otros departamentos ministeriales, y que se plantean al hilo de la regulación de otras cuestiones, rompiendo la visión unitaria que debería tener el ordenamiento laboral y que debería inspirar siempre su reforma, y marginando, además, el diálogo social y la intervención de los órganos consultivos pertinentes. En los años 2022 y 2023 han tenido lugar al menos diez modificaciones normativas importantes de cuestiones laborales en normas no específicamente laborales (tanto leyes orgánicas como ordinarias y algún real decreto). Y en cartera, o anunciados, están algunos proyectos que, dirigidos también a la regulación de cuestiones extralaborales, no renuncia a establecer normas con incidencia directa en la relación laboral (los proyectos, por ejemplo, de ley de familias y de movilidad sostenible). Y a ello se añaden las reformas llevadas a cabo por normas específicamente laborales (así como en el terreno del empleo y de la seguridad social), que modifican determinados aspectos de las relaciones laborales sin la necesaria visión de conjunto y sin la consideración sistemática del ordenamiento laboral (ignorando, además, el diálogo social o traicionando sus acuerdos).

Todo ello está propiciando un proceso silencioso de demolición del marco tradicional de las relaciones laborales. Que no dudo que tenga que ser demolido, pero con orden, con sistema y teniendo claro qué es lo que se quiere construir en su lugar. Habría que ir a un marco laboral enteramente nuevo, no construido a través de retoques o correcciones del precedente, muchas veces inspirados en la mera conveniencia política, marginando el diálogo social y mortificando la negociación colectiva. Y esa es una tarea urgente, porque el problema no es que pueda plantearse mantener o destruir el actual marco laboral, con más o menos correcciones o adaptaciones, sino que ese marco se está destruyendo a pasos agigantados. Pero sin orden ni concierto. Los cambios económicos, sociales y tecnológicos que estamos viviendo provocan la obsolescencia acelerada de anteriores regulaciones (baste pensar que, en tiempos de redes sociales, de comunicaciones instantáneas por diversos canales, de uso creciente de la inteligencia artificial, el Estatuto de los Trabajadores sigue regulando como canal de comunicación entre los representantes laborales y sus representados, el ¡tablón de anuncios!) y ponen en cuestión algunos de los paradigmas sobre los que se ha construido el ordenamiento laboral. Empeñarse en regulaciones que siguen pensando que el sistema productivo no ha cambiado, como sucede con todo lo relativo al registro horario y al control de jornada, afrontar el trabajo a distancia por medio de una regulación intervencionista, que rezuma desconfianza y que parece basada en la creencia de que cualquier cambio en las circunstancias y en el entorno productivo esconde nuevas posibilidades de abuso empresarial; y seguir considerando que toda prestación de trabajo autónomo esconde, en principio, una situación fraudulenta

que solo trata de evitar el vínculo laboral, es moverse con arreglo a esquemas mentales que no soportan el choque con la realidad. Las regulaciones uniformes y homogéneas cada son menos adecuadas para un mundo laboral y empresarial cada vez más cambiante y diversificado y que requiere normativas también diferenciadas.

Junto a esos cambios del mundo del trabajo, no bien entendidos ni plasmados en la regulación de las relaciones laborales, el proceso de destrucción se alimenta porque dicha regulación, en los últimos tiempos, se inspira en cuestiones sociales, dignas de atención y de tutela, pero ajenas al núcleo tradicional de las relaciones laborales. Me ocuparé seguidamente de eso, pero antes, un inciso acerca de la desmesura normativa a la que hemos asistido, que afecta no solo a las relaciones laborales sino también a la calidad democrática.

Si los historiadores, dentro de décadas, hubieran de datar un momento trascendental para el deterioro (esperemos que transitorio) de la calidad de nuestra democracia, competiría, con muchos méritos, el de la publicación en el BOE del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de larguísimo título que eludo reproducir. La democracia es, entre otras cosas, respeto de las formas y de los procedimientos, confianza en que los cauces procedimentales previstos serán los utilizados, sin atajos ventajistas ni elusión de los trámites pertinentes. Y ¿por qué esa relevancia del Decreto-ley 5/2023? Veámoslo.

Disuelto el Parlamento y convocadas elecciones generales, el Gobierno perpetra, a través de ese Decreto-ley, un auténtico “decretazo”: 223 páginas de textos normativos en el BOE, con sesenta de exposición de motivos. La excusa de la falta de transposición de Directivas europeas, con el consiguiente riesgo de sanciones, con la que se presenta, de entrada, la nueva regulación, es una excusa de mal pagador. La falta de transposición deriva de la inacción previa y la utilización del decreto ley para ello debe ser excepcional, como han recordado tanto el Tribunal Constitucional como el Consejo de Estado. Las urgencias de última hora no pueden justificar la elusión de los procedimientos de elaboración de las leyes. Aparte de que el decreto ley dista mucho de limitarse a la transposición de directivas.

Pero es que, además, la extraordinaria y urgente necesidad que requiere el artículo 86 de la Constitución para que pueda recurrirse al decreto ley, aparte de la excusa de la transposición, no se ve por ningún sitio. En parte se trata de normativa que estaba ya tramitándose como proyecto de ley, lo que significa, por definición, que en su momento no se apreció la extraordinaria y urgente necesidad de la regulación. Siendo eso así, apreciar después, *a posteriori*, esa urgencia extraordinaria no deja de ser un fraude procedimental. Máxime cuando existen en el decreto ley previsiones de aplicación de la normativa aprobada que, en algún caso, llegan a 2026. Las amplias tragaderas del Tribunal Constitucional en relación con los decretos ley van a ser, probablemente, puestas a prueba.

Pero hay más. El único hecho relevante que se produjo entre el momento de tramitación como proyecto de ley, en el que no se apreció como dijimos, obviamente, la extraordinaria y urgente necesidad de la regulación, y la promulgación del decreto ley es la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones generales. Que, tras estas disolución y convocatoria, que hacen decaer los proyectos de ley en tramitación, se aprecie, *a posteriori*, la extraordinaria y urgente necesidad, constituye, en mi opinión, un fraude constitucional. Esta apreciación *ex post* no tiene en realidad otra finalidad que la de eludir la caducidad de los proyectos legislativos en tramitación en el momento de disolución de las Cortes. El que exista una Diputación Permanente y que tenga atribuidas las facultades del artículo 86 CE, y por tanto la de convalidación de los decretos leyes

(artículo 78.2 de la Constitución), debería interpretarse restrictivamente, limitándola a los decretos leyes cuya convalidación estuviera pendiente. En modo alguno debería ser interpretada como permisiva de la aprobación de nuevos decretos leyes, sin límite alguno, durante el periodo en que las Cortes estuviesen disueltas (con convalidación por la Diputación Permanente). Y mucho menos cuando lo que se pretenda con ello por el Gobierno sea sortear la disolución de las Cortes y la caducidad de los proyectos de ley en tramitación.

Por otra parte, en cuanto al contenido, llama la atención ante todo que por esta vía excepcional se regule un tema de tanta importancia como es el de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, con la atribución de relevantes derechos de información, participación y consulta de los trabajadores y de sus representantes, y con previsiones acerca del mantenimiento de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales, sin el más mínimo debate, sin la preceptiva participación de los órganos consultivos y sin la necesaria consideración unitaria a la luz del conjunto de la normativa laboral.

Aparte de ello, y de la variopinta normativa contenida en el decreto ley, hay que destacar la significativa ampliación de derechos laborales, conectados con las políticas de conciliación de la vida laboral y personal. Se recuperan previsiones del frustrado proyecto de ley de familias, se amplía la duración de permisos laborales preexistentes, se crean nuevos permisos (el parental de ocho semanas, el de “fuerza mayor” de cuatro días al año), y se refuerza la posición de los trabajadores en los supuestos de solicitud de adaptación o de reducción de jornada. Y no solo eso, sino que, alejándose de los aspectos jurídicos de estas cuestiones, a los que debería ceñirse la norma, y entrando de lleno en el terreno de los intereses o de las cuestiones sociales, se impone a las empresas un papel de tutela en ámbito que les debería resultar completamente ajeno. Aparte de que no se sabe muy bien cómo articularlo: “en el ejercicio de este derecho”, se repite en la norma cuando contempla los derechos de conciliación, “se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género”. Deberíamos preguntarnos si eso es algo que corresponde a las empresas y, sobre todo, cómo podrían hacerlo sin inmiscuirse en la esfera privada e íntima de los trabajadores. Leyendo algunas normas parece que hemos perdido el norte. Y no solo los españoles, sino también los europeos. Un botón de muestra: la reciente Directiva europea de 10 de mayo de 2023 (2023/970, sobre igualdad retributiva por un mismo trabajo o trabajo de igual valor), afirma que, a la hora de establecer sus estructuras retributivas, las empresas “en particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes” (artículo 4.4). Imagino a los competidores de las empresas europeas de otras áreas geográficas partiéndose de risa y a los asesores empresariales devanándose los sesos para tratar de comprender cómo hay que no subestimar las aptitudes interpersonales pertinentes.

La nueva legislatura no se presenta, de cara a este caos normativo, con buenos augurios. Ya se ha reincidido en el uso de los decretos leyes, en la dimensión mastodóntica de algunos de ellos, en el tratamiento asistemático de cuestiones laborales y en el desprecio por los procedimientos consultivos y por el diálogo social. Aunque uno de los decretos ley no haya sido convalidado por el Parlamento, no parece que vaya a propiciar ningún propósito de enmienda. Y en otros terrenos, la mortificación del diálogo social (y de la negociación colectiva) es ya sangrante. Piénsese en la “negociación” de la subida del salario mínimo interprofesional: puesta sobre la mesa, como propuesta para el consenso, una subida del 4% y no aceptada dicha propuesta por la patronal, la subida ha sido del 5%. Actuaciones similares, por parte empresarial (por ejemplo, en la negociación de

despidos colectivos), son consideradas por los tribunales abusivas y contrarias a la buena fe negocial. Y no menos llamativo es todo lo relativo a la reducción de la jornada máxima de trabajo: se anuncian dos reducciones sucesivas (a 38.5 horas en 2024 y a 37.5 en 2025), decididas unilateralmente, y se “invita” al diálogo social para que, a partir de ellas, siga negociando ulteriores reducciones. Con defensores así, el diálogo y la concertación social no necesitan enemigos.

2. LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

En ese caos normativo que he sumariamente descrito, existe una constante: la ampliación continua de derechos laborales y la imputación de sus costes a las empresas. Vivimos, desde hace años, en un proceso acelerado de reconocimiento de nuevos derechos sociales, cada vez más detallados y, si se me permite la expresión, más “sofisticados”. Y ello tanto en el terreno legislativo como en el de las políticas públicas. En el primero, las reformas normativas son continuas y todas se mueven en el sentido de ampliar las posibilidades de disfrute de determinados derechos y de proteger a quienes decidan efectivamente utilizarlos. Nada que objetar, salvo que el proceso es, las más de las veces, producto de pujas al alza por motivos políticos y electorales, cuando no de meras ocurrencias, y en él falta con mucha frecuencia una consideración más amplia, atenta a las exigencias organizativas y productivas de las empresas y a los conflictos que se pueden dar entre los propios trabajadores. Se olvida que aquellas no tienen una capacidad de absorción ilimitada y que son, ante todo, organizaciones para la producción, de la manera más eficiente posible, de bienes y servicios a colocar en el mercado para la satisfacción de las necesidades sociales correspondientes.

Se imponen, así, a las empresas, costes crecientes que lastran su eficiencia y empeoran su posición competitiva en los mercados abiertos a la competencia de operadores económicos de otras latitudes. Son muchos los beneficios asociados a cuestiones completamente ajenas al proceso productivo, por lo que, sin negar tales beneficios, sus costes deberían estar socializados.

En el terreno de las decisiones políticas la situación es aún más alarmante. Hubo un tiempo, en España, en el que, mal que bien, las promesas populistas se frenaban para no dar pie a una carrera demagógica que pudiese poner en peligro los equilibrios básicos del sistema de protección social. El Pacto de Toledo, por ejemplo, permitió excluir determinadas cuestiones del debate político a corto plazo, ya que una carrera de promesas o de concesiones hubiera podido socavar las bases del sistema de Seguridad Social, cuestionando su sostenibilidad. Ese pacto, en gran parte, ha saltado por los aires y los consensos sociales necesarios para garantizar el mantenimiento del sistema de protección social se han evaporado, y no va a ser fácil su recuperación. La componente fundamental de dicho sistema, la Seguridad Social, es hoy más frágil y dista mucho, se diga lo que se diga, de tener un horizonte de sostenibilidad asegurado.

Pero más allá del terreno de la seguridad social parece que en los últimos años se haya abierto la veda. De los cheques bebé de hace años (el chiste popular decía que era el primer dinero que algunos habían ganado con su propio esfuerzo) hemos pasado a ayudas de todo tipo: abonos gratuitos de transporte, interrail para jóvenes de hasta treinta años (jóvenes de ¡treinta años! viajando gratis gracias a los impuestos de todos: la infantilización de la sociedad, a la que luego me referiré), ayudas de diverso tipo y un último hallazgo/propuesta: abono de una paga de veinte mil euros a todos los jóvenes que cumplan dieciocho años (se supone que sin límite de rentas o patrimonio, por lo tanto

también a quienes pertenezcan a las familias más pudientes), para que puedan estudiar o emanciparse. Parece que algunos políticos tuvieron en mente una sociedad como la de aquellos Estados que nadan en petróleo, en la que las labores necesarias se confían a inmigrantes y los nacionales gozan de una renta vitalicia que les exime de trabajar. El problema es que nosotros no tenemos petróleo y hemos de preguntarnos, entonces, quién paga las gracias y quién financia el *dolce far niente*. Una sociedad madura debería descalificar todo tipo de propuestas como estas, en las que no se especifique, con claridad, cómo se van a pagar y quién va a correr con los costes correspondientes, esto es, qué esfuerzos va a tener que hacer la sociedad para financiarlas. Cuando se apela al “dinero público” se incurre en una falacia: el dinero público no existe. El dinero lo genera la sociedad, a través de las actividades creadoras de riqueza, y el Estado detrae parte de la generada para atender a las necesidades colectivas, lo que convierte en público su uso no su origen. Entre esas necesidades no deberían estar este tipo de derramas gratuitas. Claro que puede ser que haya políticos, y eso debería saberlo también la sociedad, que consideren que el dinero nunca es un problema porque lo fabrica una máquina y todo consiste en fabricar más. La vieja maledicencia liberal decía que las políticas socialistas se mantienen hasta que terminan de gastarse el dinero de los demás. Hay quienes parecen empeñados en convencernos de que es así.

Pero volvamos a las empresas y a las cargas crecientes que han de soportar (no derivadas del desarrollo del proceso productivo). La famosa anécdota de la frase pronunciada por Josep Pla cuando, deslumbrado por el derroche lumínico del Broadway neoyorkino, preguntó a sus anfitriones que quién pagaba todo eso, puede traerse a colación ante la eclosión de derechos sociales y laborales que estamos viviendo hace tiempo. Ya Pascal Bruckner (*La tentación de la inocencia*, editorial Anagrama, 1996) nos explicó el proceso de infantilización de la sociedad, que busca que el ciudadano (y el trabajador), asistido de cada vez más derechos y destinatario de cada vez mayor protección, pueda evitar las incomodidades y los sinsabores de la vida cotidiana. Ese “viejo bebé gruñón flanqueado por un abogado que le asiste” en que se va convirtiendo el individuo contemporáneo, como nos dice Bruckner, no parece admitir límites en sus derechos ni aceptar sacrificios derivados, por ejemplo, de su inserción en el mundo laboral. El acento, en casi todas las políticas contemporáneas, se pone en los derechos, en la consagración de cada vez más derechos, más sofisticados e incisivos. Y ello se acentúa en relación con todos aquellos grupos que pueden ostentar la condición de víctimas, presentes o pasadas. Las víctimas, reales o imaginarias, exigen un tratamiento reparador, hasta el punto de que la victimización, y sigo citando a Bruckner, se convierte en la “versión fraudulenta del privilegio”. Los “colectivos” victimizados, que reclaman un trato de privilegio, son cada vez más numerosos, de tal forma que el colectivo marginado va a terminar siendo el de quienes no forman parte de ningún colectivo.

Cada vez más derechos, pues, olvidando que “los derechos matan el derecho puesto que no constituyen exceso sino dilución del derecho” (Irène Théry). Basta pensar en todo lo relativo a la evolución normativa de la conciliación de la vida laboral y familiar. El abanico de derechos ligados a esa conciliación ha venido ampliándose constantemente, con una muy plausible finalidad de política social. El problema es que, como decía antes, ha llegado la hora de preguntarnos quién asume los costes correspondientes. La tentación para los poderes públicos es clara: en vez de socializar tales costes, y de gestionar los conflictos que como consecuencia de esa socialización puedan darse, se trata de buscar un sujeto solvente al que imponérselos y endosarle la responsabilidad.

Y ese sujeto no parece que pueda ser otro que la empresa. Las empresas están teniendo que asumir, cada vez más, costes de políticas sociales que deberían estar, como tales,

socializados. Por poner un ejemplo, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, traslada a las empresas el coste de la resolución del contrato de trabajo de las trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género, del terrorismo o de violencias sexuales. La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, incrementa también los costes empresariales, imponiendo al empresario el abono del salario íntegro del primer día de baja en casos de interrupción voluntaria o involuntaria del embarazo y de gestación desde la semana trigésima novena. Y la Ley 4/2023, de la misma fecha, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, impone obligaciones diversas para las empresas de más de cincuenta trabajadores. Entre ellas, que “en la elaboración de los planes de igualdad y no discriminación se incluirá expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans” (artículo 55.3). Esto implica (a pesar de la muy deficiente sistemática de la ley, que incluye el precepto dentro de las políticas públicas, a las que se refieren los dos primeros números del artículo 55, que contemplan actuaciones de los poderes públicos, aunque referidas al sector privado, pero no el apartado 3 de la norma) que las empresas, en los planes de igualdad, habrían de incluir expresamente a las personas trans, con especial atención a las mujeres trans (¿mujeres trans son las personas que transiten a mujer desde una previa condición masculina, o las mujeres que transiten a esa condición masculina? ¿Se es mujer trans en función del resultado del cambio o de la condición de origen? ¿Hay alguna razón para dar un trato diferenciado a mujeres que han pasado a la condición masculina, incluso mediante un simple cambio registral, y a hombres que han transitado a la condición de mujer, en su caso también mediante un simple cambio registral?).

El punto de inflexión en el avance de estos derechos lo encontramos en el proyecto de Ley de Familias, que establece, por primera vez, una clara subordinación del trabajo a la vida privada y a la situación familiar de los trabajadores, previendo la “garantía del equilibrio de la vida profesional y privada para las personas adultas responsables de la crianza, *garantizando la adaptación del trabajo a la situación familiar*”. La organización del trabajo y de la producción parece que habría de subordinarse a las exigencias de la vida privada y de la situación familiar de los trabajadores, lo que tiene su reflejo en las modificaciones normativas aprobadas o planteadas.

Así, amén de que a las discriminaciones prohibidas pretenden ahora equipararse los supuestos de “trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral” (con la inseguridad jurídica que deriva de la formulación genérica), la anterior posibilidad de oposición empresarial a la solicitud del trabajador “por causas justificadas” se convierte ahora en la exigencia, para esa oposición, de “razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, debidamente motivadas por escrito”, estando la empresa obligada, en tales casos, a ofrecer un plan alternativo para el disfrute de los derechos.

El equilibrio entre la protección de las necesidades organizativas y productivas de las empresas y los derechos relacionados con la vida privada y familiar de los trabajadores, se rompe significativamente en favor de estos últimos. Además, como vimos, se introducen tres nuevos permisos: uno de cinco días al año, retribuidos, para atender a un familiar hasta el segundo grado, o conviviente; otro parental, de ocho semanas que se anuncian también como retribuidas, hasta que el menor cumpla ocho años; y un permiso por ausencia por “fuerza mayor” familiar que requiera atención inmediata, equivalente a cuatro días al año, que se podrá disfrutar por horas.

En esta misma línea, el proyecto de Ley de Movilidad sostenible prevé una obligación de negociar en las empresas planes de movilidad sostenible y de evitación de

acumulaciones de tráfico en horas punta, entre otras medidas, que no se ve, a pesar de su importancia, qué relación guardan con las actividades productivas de las empresas.

Esta eclosión de derechos lleva aparejada, inevitablemente, una mayor litigiosidad, en la que, en muchos casos, lo que se plantean son conflictos de intereses y no conflictos jurídicos. Y para esos conflictos de intereses (no solo frente a la empresa, sino en muchos casos en relación con los intereses de otros trabajadores, a los que se imponen cargas derivadas del ejercicio de sus derechos por quienes tienen una situación protegida) serían deseables procedimientos arbitrales internos a la empresa, con participación de los representantes de los trabajadores, alternativos a la intervención judicial.

En todos estos casos se están trasladando a las empresas costes que no son propios de su proceso productivo y que no resultan exigidos por su responsabilidad social, sino que derivan de la atención a intereses generales o a valores socialmente compartidos, que deberían estar socializados. La sociedad debe ser consciente de que la atribución de derechos comporta unos costes que deben ser repartidos, sin que pueda pensarse que las empresas son un pozo sin fondo en el que “enterrarlos” sin mayores complicaciones.

PONENCIAS ESPECÍFICAS PREMIADAS:

PREMIADAS DEL PRIMER PANEL:

EL DERECHO DEL EMPLEO

**LOS TRABAJADORES MAYORES COMO COLECTIVO VULNERABLE:
DERECHO AL TRABAJO VERSUS PROTECCIÓN SOCIAL**

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. JUBILACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS
2. MECANISMOS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS MAYORES, DESPIDO Y SEGURIDAD SOCIAL: TRES VARIANTES EN ETERNO CONFLICTO

1. JUBILACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS

El incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo del sistema de Seguridad Social, motivada entre otras razones por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, ha suscitado la necesidad de operar cambios en el sistema de políticas de empleo comunitarias. En un principio, la idea fuerza caminaba acorde con el derecho a asegurar pensiones dignas para todos los ciudadanos europeos, pero poco a poco la situación ha ido cambiando. Espoleada por las distintas situaciones de crisis económica, que de lleno han afectado a las frágiles estructuras que sostienen a los mercados europeos, se han adoptado en el marco de la política europea una serie de medidas que buscan reducir la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público, cada vez, más sobrecargado. De ahí que no sea tan extraño el uso de los procesos de reestructuración empresarial con la intención de expulsar del mercado activo a los trabajadores mayores. Ciertamente, la figura de la jubilación forzosa se ha convertido en la gran estrella del modelo regulador en tiempos de crisis empresarial, lo que -sin duda- hace tambalear las bases o cimientos mismos del sistema de Seguridad Social. Y es que esta figura expulsiva de la mano de obra madura ha pasado de operar de manera puntual a convertirse en un hecho permanente, por lo que al término ello ha ocasionado una crisis del empleo y una instrumentalización del sistema de protección social en el marco de una sociedad de riesgo¹. La estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales opera de manera normalizada, en lugar de excepcional, ante los ojos impasibles del legislador y en contra de las garantías europeas de consecución para una viabilidad y mantenimiento del sistema de pensiones².

Cabe afirmar que el desajuste actuarial deriva en gran medida de la progresiva disminución del periodo de actividad laboral que se viene produciendo, por una parte, porque los jóvenes han retrasado su acceso al mercado de trabajo (en relación con la edad a la que habitualmente se incorporaban en pasadas generaciones) y, por otra, porque la tasa de participación en el mercado laboral de las personas mayores de 50 años ha ido descendiendo³, entre otras razones, debido al uso a veces inadecuado de las distintas fórmulas de jubilación flexible, anticipada y parcial. Por lo que, para el legislador español, no resulta pues tan descabellada la idea de flexibilizar la jubilación forzosa, al tiempo que se endurecen los requisitos de acceso para una pensión digna de jubilación (desnaturalizando o descausalizando de esta figura)⁴ y se alarga la edad ordinaria de jubilación⁵.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema de Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal. Evidentemente, ello ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo. De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en la nación española sea la revisión del Pacto de Toledo. A este respecto, la revisión del

¹ MONEREO PÉREZ, J.L: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010, pág. 159.

² MONEREO PÉREZ, J.L: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., págs. 160-163. En esta misma dirección véase MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2016, págs. 165-173.

³ MONEREO PÉREZ, J.L: “La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones” en VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (dirs y coords), *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011, pág. 5.

⁴ LÓPEZ INSUA, B.M: “La jubilación parcial”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ CUMBRE, L (Dits), MALDONADO MOLINA, J.A y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M (Coord), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pág. 171.

⁵ LÓPEZ INSUA, B.M: “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A (Dits), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, págs. 409-437.

Pacto de Toledo operada a finales del año 2020⁶ recuerda que el objetivo es: "... combatir la discriminación por edad en nuestro mercado de trabajo, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral y la protección ante los despidos colectivos, como orientación de futuro en las políticas de igualdad, de acuerdo con las iniciativas de la Unión Europea. Para ello resulta clave que una de las prioridades de las políticas activas de empleo sea la recolocación de las personas de más edad y su mantenimiento en activo". Tras esta tercera revisión se pretende reforzar así un nuevo derecho, esto es, el relativo a la protección frente a la expulsión prematura de los trabajadores mayores.

Con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que "supuestamente" tratan de compensar estos dos factores -envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas⁷- al tiempo que se evita cualquier discriminación por razón de edad. Sin embargo y pese al catálogo de buenas intenciones, la realidad demuestra cómo a la hora de sopesar entre los distintos intereses en juego la balanza se haya inclinado en el sentido de "promover el envejecimiento activo", en lugar de "garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones" que tanto defiende ahora la Unión Europea. Así es, el legislador español entiende que debe prevalecer lo dispuesto por el Libro Blanco de la Comisión Europea: "Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012)⁸ y el *Libro Verde*⁹, dada la grave situación de crisis financiera, por lo que olvida las directrices para las políticas de empleo que deben llevar a cabo los Estados miembros en pro del envejecimiento activo e introduce así una serie de reformas que, para muchos, dibujan la crónica de una muerte anunciada en la pensión de jubilación¹⁰. No obstante, a fecha de 17 de marzo de 2023 se ha publicado el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de los derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Normativa ésta que busca poner solución a tres grandes problemas, de un lado, la revalorización de las pensiones presentes y futuras, de otro, revalorizar las pensiones mínimas y no contributivas y, finalmente, no penalizar a los trabajadores con carreras de seguro irregular. Ciertamente, el legislador se muestra aquí sensible al querer reforzar y mejorar las pensiones mínimas, incluyendo una serie de subsidios a las pensiones bajas, mínimas y no contributivas.

Por otra parte, y de nuevo en contra de las directrices comunitarias, se ha impuesto a nivel nacional una política que tiende a favorecer la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación. Para lo cual se emplea la vía del despido colectivo y la de la jubilación forzosa. Y ello con la única intención de favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más basado en la precariedad laboral, el abuso y el fraude. No le interesa, por tanto, al legislador español emplear y proteger a los trabajadores experimentados o con capacidades obsoletas, sino disminuir los índices de desempleo que tanto están dañando

⁶ Publicado en el Boletín Oficial nº175 de las Cortes Generales a fecha de 10 de noviembre de 2020.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), Granada, Comares, 2010, pág. 146.

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, VALDÉS DAL-RÉ, F Y CASAS BAAMONDE, M^o.E: "La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº5, año 29, mayo 2013, pág. 3.

⁹ Libro Verde de la Comisión Europea firmado en Bruselas el 7 de julio de 2010 (COMO (2010) 365 final).

¹⁰ LÓPEZ GANDÍA, J: "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", *Documentación laboral*, nº 99, Vol. III, 2013, pág. 57.

las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social. Es por ello que, hasta el momento, no se hayan llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o próximos a una edad de jubilación¹¹. Por supuesto, no debe olvidarse que la intervención de éste ha sido, en esta materia, muy tímida en los últimos años¹², aunque relevantes en el último periodo con la derogación completa de la Ley 2013 sobre el que se diera en llamar en su momento doble factor de sostenibilidad (vinculado a la edad y a la revaloración de las pensiones)¹³. Por tanto, sí cabe alabar algunas medidas innovadoras encaminadas a la sostenibilidad de las pensiones y de medidas disuasorias que han operado frente a esta expulsión masiva de los mayores, así como la necesidad obligatoria de tener en cuenta, por parte de los negociadores colectivos, su situación a la hora de la adopción de estas decisiones empresariales.

1.1. Discriminación por razón de la edad, política de empleo y brecha digital

La diferencia de trato de los trabajadores maduros es un tema que preocupa no sólo a nivel comunitario, sino también a nivel internacional. La necesidad de fijar una edad máxima de mantenimiento en el empleo y de acceso a una pensión digna de jubilación ha motivado el surgimiento de todo un elenco de normas que afectan tanto a la jubilación forzosa, como al resto de medidas anticipadas de jubilación y prejubilación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya destacó en su Convenio número 111/1958, de 25 de junio, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación la necesidad de establecer medidas que eviten la discriminación positiva de los trabajadores (artículo 5) para así garantizar un equilibrio satisfactorio entre la protección social de los trabajadores y el derecho al empleo. En esta línea, la Recomendación núm. 162 de la OIT, sobre trabajadores de edad (1980) ya reconoce la necesidad de que se ponga coto a cualquier medida legislativa que determine el establecimiento de una edad obligatoria para la terminación de la relación de trabajo. A este respecto, la OIT recomienda que los Estados garanticen un tránsito progresivo entre la vida profesional y la actividad libre, de forma que se respete la voluntariedad en el paso a la situación de retiro o de acceso a una pensión de vejez.

La Asamblea de las Naciones Unidas también contribuyó -en esta materia- al reconocer, primero, en el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento de 1982 como, uno de sus objetivos primordiales, la eliminación de toda discriminación por razón de edad. Se deben reforzar los mecanismos de control, especialmente, en el caso de las mujeres, pues son éstas primordialmente las que más se ven afectadas por esta situación lo que, al término, repercute en el derecho al disfrute de una pensión digna. Esta última idea quedó muy reforzada, en segundo lugar, con la aprobación de la resolución de Surinam que se adoptó, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2002¹⁴ y la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento también del año 2002.

¹¹ SUÁREZ CORUJO, B: "Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A Y LÓPEZ INSUA, B.M (Dirs y Coords), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, págs. 759-767.

¹² GALLEGOS LOSADA, R: *El dilema de las pensiones en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, págs. 120-134.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014, *passim*.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de marzo de 2002, titulada «La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial - Promover el progreso Económico y Social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento» [COM (2002) 143 final].

A nivel europeo son varias las iniciativas que han incidido sobre esa necesidad de que se respete el derecho universal¹⁵ a la igualdad por razón de la edad. Ahora bien, no ha sido hasta la revisión de la Carta Social Europea revisada del año 1996 cuando se ha introducido el derecho de todas las personas de edad avanzada a una protección social, para lo cual habrán de establecerse medidas que, de forma específica, eliminen todo tipo de discriminación por razón de la edad¹⁶.

El amplio elenco de normas encaminadas a combatir las distintas formas de discriminación (en materia laboral y de Seguridad Social) por razón de la edad no ha sido -en muchos casos- interpretada de manera teleológica y garantista. A fin de clarificar y reforzar todo ese disperso marco jurídico, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁷ ha recordado que el principio de no discriminación por motivos de la edad constituye un principio general en el colectivo comunitario que busca proteger, en concreto, el principio general de igualdad de trato que ampliamente se analiza en el Libro Verde de 28 de mayo de 2004 sobre “Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada”.

La actual Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre¹⁸, crea ese necesario marco regulador para luchar contra la discriminación, sobre todo por motivos de la edad. Empero, esta Directiva habilita a que a nivel nacional se establezcan diferencias de trato vinculadas a la edad cuando se cumplan con dos requisitos: a) que sean discriminaciones justificadas objetivamente y razonablemente por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional y b) que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios.

Cuando se cumplan con estos dos objetivos quedarán justificadas las diferencias de trato, pudiendo los Estados miembro prever diferencias de edad para beneficiarse de prestaciones de jubilación e invalidez u optar a las mismas y siempre que ello no implique una discriminación por razón de sexo. En otras palabras, para que una discriminación quede justificada deberá vincularse a razones de políticas de empleo que, objetiva y racionalmente, amparen el que un derecho individual -como es la voluntariedad en el acceso a una jubilación- ceda ante el derecho colectivo -a las políticas de empleo-¹⁹.

La transposición de estas reglas a los distintos ordenamientos jurídicos comunitarios no ha resultado del todo satisfactoria -tal y como denuncia la Comisión Europea y el

¹⁵ Artículo 13 del Tratado de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. BOE nº 153/1980, de 26 de junio de 1980..., etcétera.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Derechos de las personas de edad avanzada a la protección social (Artículo 23 Carta Social Europea Revisada de 1996)”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Conejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 821 y ss.

¹⁷ Entre otras, la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2007 (asunto C-411/05), 21 de julio de 2011, de 13 de septiembre de 2011, 24 de junio de 2019 (asunto C-619/18) y 5 de diciembre de 2019. GALA DURÁN, C., “La posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: Plena validez de los establecido en la disposición transitoria única de la Ley 14/2005. Comentario a la sentencia de 16 de octubre de 2007 (Asunto C-411/05)”, *IUSLabor* 1/2008. BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: “La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida discriminatoria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº39 de 2014.

¹⁸ Relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁹ Del mismo modo, el artículo 6 de la Directiva enumera una serie de prácticas que no serán discriminatorias cuando se cumplan los dos requisitos anteriores, a saber: “a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que

TJUE-, de ahí que el reto para la consecución de un envejecimiento activo y de unas políticas de empleo respetuosas con la edad de jubilación quede desdibujado e incluso, en muchos casos, desnaturalizado. En contra de todo pronóstico, las distintas reformas nacionales han inclinado la balanza a favor de los intereses económicos antes que el respecto a unas políticas de empleo y un derecho del trabajo digno. Lo que cuestiona el desafío de una jubilación activa.

Por otra parte, cabe considerar el problema de la “brecha digital”. Esta última se ha acelerado, especialmente, durante la pandemia del Covid-19 (y es que las herramientas digitales sirvieron para facilitarnos una nueva normalidad con restricciones, lo que llevó a muchas empresas a imponer el teletrabajo como opción preferente a fin de evitar los contagios), pero también posteriormente. Las nuevas tecnologías han venido para quedarse. Y ello es porque optimizan y agilizan enormemente el desempeño de la prestación profesional, sin embargo, se ha comprobado que los trabajadores con más de 45 años son a los que más le ha costado adaptarse. Antes de la pandemia, las estadísticas ya reflejaban un importante distanciamiento en el conocimiento o en las capacidades digitales que separan a jóvenes frente a los trabajadores seniors; en efecto, mientras que el 80% de los jóvenes disponía de capacidades digitales básicas en España, sólo el 35% de las personas entre 55 y 74 años la poseía. Sin embargo, con la pandemia y tras la pandemia, en el ámbito laboral esa brecha digital se ha hecho aún más profunda.

La brecha digital sigue siendo una importante barrera para los mayores de 45 años que intentan encontrar una nueva oportunidad laboral. Desde que estalló la pandemia del Covid-19 se ha incrementado el número de parados de larga duración, siendo los colectivos más representados dentro de estas cifras las mujeres y los mayores de 45 años. No es casualidad que sean estos, precisamente, los que más dificultades tenían y aún están teniendo para insertarse en el mercado laboral. Ello se traduce en discriminación para una parte importante de la plantilla.

Ciertamente, durante la pandemia del coronavirus se han destruido muchos puestos de trabajo que no han podido adaptarse a las nuevas tecnologías. Sin ir más lejos, muchas compañías han eliminado, en estos casos, de su comunicación interna a los trabajadores menos conectados que, en la mayoría de los casos, son los de más edad (y que trabajan en el campo, en la construcción. Etcétera). El motivo suele ser que estos no pueden recibir los mensajes internos por no tener acceso a la tecnología necesaria para ello. El resultado: empleados que utilizan la tecnología a diario en su vida personal trabajan en entornos poco o nada digitalizados donde la información no fluye, lo que tiene un impacto directo en su bienestar y motivación.

Hay que admitir que las nuevas tecnologías han venido para quedarse, a este respecto todas las empresas deben avanzar para encontrarse con el proceso de digitalización. Y es que, no basta con centrarse en los empleados más jóvenes o en los que trabajan en oficinas. El reto aquí es hacer partícipes a los trabajadores más desconectados mediante el recurso a la formación continua y la implantación de herramientas capaces de facilitar la comunicación de la empresa con todos los empleados, sea cual sea su lugar de trabajo o su capacitación.

La solución al problema pasa por establecer la formación continua en las empresas y para todas las edades, debiendo efectuarse un seguimiento individualizado o por

se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; e) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación”, salvo cuando objetivamente se pueda justificar que el trabajador de edad maduro no cumple con los requisitos de formación, capacidad y/o productividad.

colectivos a fin de garantizar la adaptación al cambio y a los nuevos procesos productivos, esto es lo que, algún autor ha denominado *mentoring bidireccional*. Otras de las ideas que se ofrecen para no dejar atrás a estos trabajadores son: personalizar la formación para eliminar limitaciones al aprendizaje, implantar un modelo de reclutamiento más inclusivo o no emplear sólo los medios digitales para comunicarse con los trabajadores.

1.2. El fomento del envejecimiento activo en la Unión Europea

El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones de todos los Estados europeos (y reconocerlo no nos debe llevar a un determinismo demográfico, pues hay un espacio realmente existente y posible para la intervención activa y conformadora de la política del Derecho social y económico-financiero de las pensiones públicas), ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, auguran consecuencias económicas y presupuestarias de gran calado en la Unión Europea al reducir el potencial de crecimiento económico y ejercer presión sobre las finanzas públicas. En este sentido, los distintos países comunitarios han de adaptarse “para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas”. Y es que, a nivel europeo, el logro de la sostenibilidad del sistema de pensiones se ha convertido en una prioridad, debiéndose combinar este ambicioso objetivo con el impulso o promoción del envejecimiento activo²⁰.

La Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012)²¹ ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico que se proyecta sobre los modelos europeos. Para ello ha afirmado que una respuesta fundamental a este rápido cambio de la estructura de edades consiste en “promover la creación de una cultura del envejecimiento activo como un proceso permanente y, en consecuencia, garantizar que las personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que, globalmente, están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, también a través de actividades de voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte”. Se trata, por tanto, de garantizar un envejecimiento más saludable para todos y, en particular, para las personas más próximas a una edad de jubilación, lo que “puede contribuir a que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado de trabajo, permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual, y a que se reduzca la carga para los sistemas de atención sanitaria y social y para los regímenes de pensiones”.

El término “envejecimiento activo” al que tanto tiempo le dedicó la UE fue definido en 2012 por la Organización Mundial de la Salud como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen²². De ahí que las políticas comunitarias de envejecimiento activo deban basarse pues “*en una sociedad para todas las edades*”, lo que implica “crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la

²⁰ Véase el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre «*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*» firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, COM (2012) 55 final.

²¹ Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de septiembre de 2011 (L 246/5).

²² Véase el apartado 9 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad”. A tal fin, se fijan como objetivos “adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos”²³.

En materia de Seguridad Social, esta nueva visión de las políticas comunitarias sobre “envejecimiento activo” implicará buscar alternativas que compensen el cese de la actividad de los trabajadores de edad avanzada. De modo que se combinen correctamente las Políticas de Seguridad Social y las de Empleo en un sentido “pro-activo” y, por tanto, de reactivación de la capacidad de ofrecer empleos como solución para asegurar el mantenimiento, la viabilidad y la seguridad del sistema de pensiones²⁴. Por lo que, visto de una perspectiva protectora, estas medidas deberán ir enfocadas, en primer lugar, al objetivo de mantenimiento de la vida laboral y, en segundo lugar, a la reincorporación en la vida laboral para el caso de que el trabajador cese prematuramente²⁵. Es precisamente en este punto equidistante donde se ha planteado la reformulación del régimen jurídico de las pensiones, lo cual ha sido fuente de una fuerte tensión entre dos objetivos, de un lado, la prolongación de la vida activa y, de otro lado, la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En este contexto los Estados miembros de la UE, siguiendo lo dispuesto por las directrices comunitarias, deberán aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y el aumento de la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes²⁶. Por tanto, la idea del envejecimiento activo aparece referida a los derechos de las personas próximas a una edad de jubilación, siendo así el fin último de ésta el evitar su expulsión o exclusión en la participación activa de la sociedad.

Por su parte, el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la “*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*”, firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, se refiere a la necesidad de diseñar y poner en práctica estrategias globales que permitan adaptar los distintos sistemas de pensiones nacionales a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas. Y ello en una línea tendente a asegurar la viabilidad a largo plazo de las pensiones y necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, de forma que no decaiga la seguridad del sistema de Seguridad Social. En este documento se repiten los considerados del Libro Verde sobre el envejecimiento de la población, el impacto de la crisis económica en los sistemas de pensiones²⁷ y la importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de europea²⁸. Por lo que,

²³ Ver artículo 2 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., pág. 105.

²⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)”, *Actualidad Laboral*, nº 9 de septiembre de 2013, pág. 2.

²⁶ En este sentido, la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, insta a los Estados miembros, en las directrices número 7 y número 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promuevan el envejecimiento activo.

²⁷ Se pretende asegurar “unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros” (*Libro Verde de la Comisión Europea firmado en Bruselas el 7 de julio de 2010 (COMO (2010) 365 final)*).

²⁸ En concreto el Libro Verde apunta a que deben llevarse a cabo reformas tendentes a “animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes; paso de las prestaciones basadas en las retribuciones de los mejores años a un derecho basado en la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral; cierre o restricción de las vías de salida temprana; medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombres y mujeres”.

en general, el Libro Blanco no aporta ninguna idea nueva, pues los objetivos que marca son los mismos que están presentes en otros documentos europeos desde el año 2001²⁹.

No obstante, pese a este importante cambio en el sistema de políticas de empleo, lo cierto es que esa idea del envejecimiento activo que tanto se trata de impulsar desde el ámbito europeo no ha calado suficientemente en España debido a la situación de crisis económica. Por lo que el legislador nacional olvidando el importantísimo cambio demográfico y la necesidad de que todas las personas puedan disfrutar de una pensión que les permita vivir dignamente, determina que lo imperante es en el momento presente “sacar a los trabajadores mayores del mercado de trabajo como fórmula para reducir el desempleo” y renovar sangre nueva. De modo que se ignora que el éxito de las políticas de empleo, más allá del mercado de trabajo, no está en anteponer los intereses económicos a las garantías laborales, sino en garantizar unos niveles de pleno empleo para todas las personas. De lo que se trata es de diseñar una estrategia global e integral de inclusión social y de empleo de las personas mayores, como pre-condición para garantizar el respeto y eficacia real de sus derechos fundamentales³⁰.

2. MECANISMOS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS MAYORES, DESPIDO Y SEGURIDAD SOCIAL: TRES VARIANTES EN ETERNO CONFLICTO

Actualmente, se ha incrementado el número de personas mayores en edad de trabajar y que no encuentran empleo. Ello es debido al cambio demográfico, pero también al imparable envejecimiento de la población, así como al aumento de la esperanza de vida. Aunque hay que señalar que los jóvenes han sido punto de referencia en esta materia, lo cierto es que cada vez más los mayores están ganando protagonismo debido a la maduración, en términos de edad, de la generación del *baby boom*. Ello, evidentemente, va a determinar con el paso del tiempo un aumento del número de personas mayores, lo que al término afectará primero a aquellos próximos a una edad de jubilación y, seguidamente, a aquellos ya jubilados. Principalmente, hay que decir que, este incremento ha afectado más a las personas desempleadas mayores de 45 años (normalmente entre 55 y 64 años) y, en función de la variante “sexo”, se comprueba que las mujeres resultan más afectadas que los hombres. Esta lamentable situación obliga, al final y como medio de búsqueda de una vida digna, a que el núcleo familiar tenga que buscar fuentes adicionales de ingresos que palien los efectos del desempleo, así como el deterioro de condiciones laborales.

En este contexto, el despido objetivo por ineptitud (artículo 52 a) del ET), el despido tecnológico por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo (artículo 52 b) del ET) y el despido colectivo de los trabajadores maduros o próximos a una edad de jubilación ha sido utilizado con excesiva frecuencia y manifiesto abuso, en lugar de manera excepcional, a través de la figura de la prejubilación u otras formas de extinción contractual.

Por otra parte, ya se están dando casos de trabajadores maduros y no maduros que han sido despedidos debido a la “automatización de sus tareas”, es decir, por la implantación por parte de las empresas de “robots” o “bot” informáticos. Algunas sentencias, a buen ejemplo del Juzgado de lo Social de Las Palmas de 23 de septiembre de 2019 ya ha

²⁹ ALONSO SECO, J. M^a: *Política Social Europea*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia, 2014, pág. 253.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, págs. 169 y sigs. MONEREO PÉREZ, J.L: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Bomarzo, 2019, págs. 101 y ss. SUÁREZ CORUJO, B: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”...op.cit., pág. 770.

declarado improcedente el despido efectuado por vía del artículo 52 del ET “despido tecnológico” de una trabajadora (a la que se había amortizado su puesto de trabajo), señalando este tribunal lo siguiente: “la automatización implica la irrupción de algo nuevo, y no el cambio de algo pasado (...)”, pues “se pasa de que los trabajadores hagan uso de un instrumento de producción para el desempeño de su trabajo, a que el instrumento de producción haga ese trabajo por sí”. Seguramente sea cuestión de matices, pero los propios repertorios de jurisprudencia parecen desmentir que nos encontremos ante algo tan novedoso”.

En esta línea garantista, la sentencia del TSJ de Madrid (sección cuarta) de 20 de octubre de 2022 condena a una empresa tecnológica en España a abonarle al trabajador, mayor de 58 años y despedido, una indemnización de 20.000 euros por los daños y perjuicios al haber sido despedido y sustituido por otro trabajador más joven. Y, todo ello, a pesar de que de la evaluación realizada por el algoritmo de la empresa y revisada por el Comité de dirección de la empresa había tenido, en el año de despido, unos buenos resultados. En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluye que, por un lado, no existen causas razonables y objetivas que justifiquen la procedencia del despido y, por otro, existen indicios suficientes para afirmar que la edad del trabajador es la causa real del despido. Por tanto, declara nulo el despido por discriminatorio por razón de edad, en virtud de lo establecido los artículos 14 de la Constitución Española y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Al hilo de este tema debe tenerse una cuestión clara y es que, para despedir a un trabajador con base en los criterios fijados en un algoritmo, siempre y cuando la decisión haya sido adoptada únicamente a través de la inteligencia artificial y sin intervención humana, estamos ante un despido que vulnera no solo las prescripciones de los arts. 51, 53 y 55 del ET sino también lo dispuesto en los arts. 105.1, 122.1 y 124.2 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), en el art. 22 del RGPD, con relación a los requisitos formales, y en el art. 18.4 de la CE, y, por todo ello, el despido habrá de ser declarado nulo, porque no cabe duda de que la decisión de extinguir la relación contractual laboral excedería de los límites al uso de la informática y vulneraría el pleno ejercicio de los derechos del trabajador.

Dado que el trabajador tiene derecho a la defensa y a la oposición a la resolución de su contrato, según señala el magistrado Carlos Hugo Preciado Domènech, serán los tribunales quienes decidirán si queda acreditado el incumplimiento laboral que ha motivado el despido y, por tal razón, habrán de pronunciarse respecto al grado de cumplimiento de los requisitos que han de constar preceptivamente en la carta de despido.

Por consiguiente, será preciso conocer los parámetros que evalúa el algoritmo y cuáles son las consideraciones que ha tenido en cuenta el empleador a la hora de adoptar la decisión extintiva de la relación laboral, de ahí la importancia de cumplir con el principio de transparencia.

Y es que encontramos casos de trabajadores despedidos que han sabido de la existencia del mismo porque había fallado su tarjeta de identificación que le permita el acceso al edificio. Cabe tener en cuenta que, tal y como Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la adaptación del ordenamiento jurídico laboral español a las normas anteriores, exige que, detrás de cada decisión automatizada haya una revisión humana.

El Dictamen 2/2017, de 8 de junio sobre el tratamiento de datos en el trabajo, del GT₂₉, al analizar el art. 88 del RGPD, señala en relación con lo mencionado en el párrafo anterior que, para proteger el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, los Estados miembros podrán establecer normas específicas a efectos de contratación, ejecución del contrato laboral, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, y extinción de la relación laboral, entre otros.

El objetivo de esas normas específicas es proteger la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Principalmente, esta situación se ha producido debido a que se ha instaurado en el ordenamiento nacional un rechazable modelo de flexibilidad defensiva orientado, única y exclusivamente, hacia la expulsión de la mano de obra madura más que a la reinserción profesional, recualificación, movilidad interna y retorno de dichos trabajadores (este sería el modelo de “flexibilidad ofensiva”).

En el caso del despido objetivo se da una clara desconexión causal entre la edad y la enfermedad asociada a la misma que propicia diversas IT encadenadas e incluso recaídas constantes. Por lo que el despido del trabajador de edad avanzada se basa sobre una presunta ineptitud o incapacidad presunta, que va en contra del derecho del trabajo de las personas mayores y la articulación de unas políticas activas que garanticen la prolongación de la vida activa y, por ende, la sostenibilidad del sistema de pensiones. A este respecto, debería operar aquí una readaptación del puesto de trabajo conforme establece el artículo 15.1 d) y 25 de la LPRL, ya que la edad en sí misma no puede equipararse a la falta de rendimiento y mucho menos a la discapacidad (conforme establecen: el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, las recomendaciones de la OIT 162 y 172 y la Directiva 2000/78/CE en la que se prohíbe cualquier discriminación en el empleo basado en la edad del trabajador). Sin embargo, nuestra legislación carece de un sistema de garantías reforzadas que mantengan en el empleo a estos trabajadores. Cuestión distinta es cuando el trabajador es considerado discapacitado (atendiendo a esa interpretación amplia que otorga el TJUE), en cuyo caso sí que entrará en funcionamiento lo dispuesto por el “RD Legislativo 1/2013 de Derechos de las personas con discapacidad” en donde se prevé, como garantía reforzada, la ocupación efectiva y adecuada a través de la obligación de adaptación, salvo cuando suponga una carga excesiva para el empresario.

Al hilo de esta idea debe tenerse en cuenta el papel que cumple el Derecho del Trabajo y el sistema de políticas de empleo, pues no cabe desconocer que en todo este entramado se conjugan ambas perspectivas. En efecto, desde el ámbito laboral, los artículos 51 del ET y 52. a) del ET se han convertido en las vías perfectas para la pérdida irreparable de capacidad productiva madura, esto es, de transmisión de saber y de experiencia profesional. Y ello es así porque se han impuesto una particular visión del problema en donde los trabajadores mayores son calificados como un colectivo “prescindible”, “falto de capacitación”, “falto de adaptación a las nuevas tecnologías” y, por ende, “menos productivos”. Por lo que, la solución problema pasa por la vía de convertir al Estado en un mercado instrumentalizado al servicio de las estrategias económicas y empresariales. Por otro lado, desde el ámbito de las políticas de empleo, la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación se ha visto como una solución para así favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más barato en donde hacen su aparición los principios de precariedad laboral, abuso y fraude. De este modo, cree frenarse el alto desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema público de Seguridad Social. Es por ello que, trate de explicarse, como hasta el momento no se han llevado a cabo medidas de política activa

para los mayores o trabajadores próximos a una edad de jubilación. Pero paradójicamente estas políticas de precariedad laboral generalizada, a su vez, cuestionan visiblemente el objetivo de la sostenibilidad de los pensionistas actuales y de los futuros pensionistas (ahora jóvenes). Como dicen apunta la doctrina científica, no se trata de rejuvenecer al personal mediante el establecimiento de formas flexibles y baratas de desempeño laboral, sino de operar cambios en la configuración jurídico-política del sistema de empleo y de pensiones, para así asegurar un envejecimiento activo al tiempo que un trabajo digno y la promoción de transiciones profesional.

De la interconexión entre el sistema de Políticas de Empleo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se deduce cómo el vigente modelo normativo está montado sobre la base del “pleno empleo”, sin que con ello quepa olvidar el ciclo vital ternario. Por lo que, cuando se consigan conjugar, efectivamente, ambas variantes podrán asegurarse el disfrute de un sistema de protección social que garantice un equilibrio satisfactorio entre los niveles de empleo y de protección social frente a las situaciones de necesidad. De lo que se trata es de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones gracias al establecimiento de nuevas formas de empleo que aseguren, de una forma pro-activa, la reinserción laboral y la ayuda entre el tránsito desempleo-empleo y el empleo-jubilación. En efecto, a día de hoy, el sistema de Seguridad Social no está preparado para asumir una función reparadora frente a las situaciones de pérdida prematura del empleo, sino para ostentar una labor preventiva y, por tanto, de satisfacción frente a las situaciones de necesidad. Por lo que, lo ideal sería aquí adaptar el sistema de protección social y de política de empleo al ciclo vital -en términos de conjunto- de todas las personas, evitando así que la primera sea utilizada al servicio del trabajo flexible y precario, para así fomentar la renovación de plantillas a cambio de la expulsión anticipada del mercado laboral de los trabajadores mayores³¹. No se trata de rejuvenecer al personal mediante el establecimiento de formas flexibles y baratas de desempeño laboral, sino de operar cambios en la configuración jurídico-política del sistema de empleo y de pensiones, para así asegurar un envejecimiento activo al tiempo que un trabajo digno³² y la promoción de transiciones profesional.

A este respecto, los artículos 40 y 50 de la Constitución Española establece una política de atención primaria orientada al pleno empleo y, por tanto, a garantizar la suficiencia financiera de las personas de edad avanzada. Sin embargo, la reinserción y readaptación profesional de este colectivo encuentra especiales dificultades (Recomendación número 162 de la OIT), de ahí que se recurra a su cese prematuro ante la falta de adaptación tecnológica e industrial. Así es, la doctrina científica identifica a estos sujetos como “pocos proclives al reciclaje profesional y a los nuevos retos profesionales”³³ y establece como causa “la carga que suponen los trabajadores maduros para la empresa”³⁴.

A fin de mantener el “fomento de la capacidad de empleo” y erradicar la inactividad a la que se encuentra sometida este grupo se ha diseñado una vía promocional a través del mecanismo de incentivos y bonificaciones a la Seguridad Social. En efecto, indicaba la antigua Ley de Empleo (aprobada a través del Real Decreto Legislativo 3/2015) que el objetivo principal consistía en “... llevar a cabo unas políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presentan más dificultades de inserción laboral”, entre los que se encuentran los mayores de 45 años. La actual Ley 3/2023, de

³¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., págs. 166 y 167.

³² GODINO REYES, M: “Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas” en VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C (Díes) y RODRÍGUEZ INIESTA, G (Coordinador), *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2013, pág. 119.

³³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Trabajadores de “edad avanzada”: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n°33, 2001, págs. 218-222.

³⁴ LÓPEZ CUMBRE, L: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 112.

28 de febrero, de Empleo es mucho más incisiva al indicar, con carácter general (lo cual podrá extrapolarse igualmente al ámbito de los trabajadores mayores) que el: "... objetivo (es) promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad, reducir las brechas estructurales de género e impulsar la cohesión social y territorial". No obstante, cabe reseñar que son muy deficitarias las medidas y conatos legislativos que han operado a este fin.

No obstante, a través del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, el cual ha quedado convalidado por Resolución de 24 de enero de 2023. En esta normativa no sólo se cataloga a los trabajadores mayores como un colectivo vulnerable, sino que además se prevén toda una serie de incentivos para fomentar su contratación.

Pese a las buenas intenciones del legislador, lo cierto es que -con este Real Decreto-Ley 1/2023- no se han eliminado los errores que, en épocas pasadas, mantenían las distintas normativas reguladoras de los incentivos a la contratación de colectivos con dificultades de inserción laboral. Desafortunadamente, con esta normativa podrían llegar a repetirse aquellos patrones discriminatorios que tanto han golpeado al sistema de garantía "reforzadas" que, hoy día, defiende el ordenamiento *iuslaboral* comunitario. Por lo que, al término, el Real Decreto-Ley 1/2023 acabará convirtiéndose en vehículo o medio fraudulento al servicio de los intereses empresariales, máxime después de la arrolladora sentencia Tribunal Supremo de 24 de enero de 2023 (número de recurso 2785/202) en donde se avala que los trabajadores maduros (mayores de 60 años) puedan percibir una indemnización menor (respecto de trabajadores con menos edad) en caso de despido colectivo. Justifica el Supremo que se trata ésta de una medida "razonable y proporcionada". Lamentablemente esta situación, hará emerger, nuevamente, esos principios de precariedad y abuso tan característicos de las relaciones laborales mercantilizadas. Si el fin último es fortalecer el sistema de pensiones para así asegurar un derecho al trabajo digno, lógicamente, habrán de emplearse otras técnicas más contundentes. Y es que el fin último, no debe ser otro que el de garantizar el "envejecimiento activo" y la sostenibilidad del sistema de pensiones.

2.1. La prejubilación como figura estrella: flexibilidad defensiva *versus* flexibilidad ofensiva

Una gran parte del empleo que se pierde en España trae su causa en los procesos de reestructuración empresarial, los cuales suelen llevar aparejados el uso de fórmulas intermedias entre el desempleo y la jubilación para poder hacer efectivo el despido colectivo de trabajadores maduros³⁵. Este proceso se inicia a partir de la gran crisis mundial de los años 70 y tras la apertura económica de la nación española. Desgraciadamente, este proceso se mantendrá invariable durante años perviviendo, hoy por hoy, aunque con leves atenuaciones legislativas.

Inicialmente, el sistema de políticas de empleo no estaba muy desarrollado debido a que, por entonces, se mantenía un Instituto Nacional de Empleo muy burocratizado y escasamente efectivo. De ahí que imaginar, en este contexto, que los trabajadores de mayor edad iban a tener nuevas oportunidades para continuar con sus carreras profesionales

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74 Extra, 2008.

era considerado algo surrealista e, incluso, una idea platónica. No se confiaba en que el servicio público de empleo estuviera en condiciones de gestionar la recolocación de estas personas, pero es que tampoco las entidades creadas “*ad hoc*” para apoyar estas transiciones, como son los fondos de promoción de empleo, fueron capaces de evitar la exclusión social de este colectivo³⁶.

Ya en este tiempo comenzaban a fraguarse los modelos de “flexibilidad defensiva” y “flexibilidad ofensiva”. Mientras que el primero se basa en una desregulación parcial de las relaciones laborales, la expulsión de la mano de obra madura (y su sustitución por trabajadores precarios y mano de obra barata) y el deterioro del estatuto protector; por el contrario, el segundo trata de fomentar la productividad, la competitividad y la calidad en el empleo. Así es, el modelo “ofensivo” pone en cuestión la precarización del empleo, la reducción de las medidas de protección social y la recuperación económica como fin para el desarrollo de las personas. En efecto, se debe implantar un sistema desmercantilizado que priorice en la adopción de medidas de recolocación (interna y externa) para así fomentar el desarrollo profesional generacional y evitar la expulsión de la mano de obra madura³⁷. Para la consecución de este último modelo resultará preciso la implicación del sistema heterónomo, con el de otras fórmulas plurales y la autonomía colectiva. De modo que se combine ley y negociación colectiva, sin que con ello se ponga en peligro las bases mismas para la sostenibilidad financiera del sistema de protección social³⁸.

Durante décadas la falta de sensibilidad hacia los trabajadores mayores brilló por su ausencia, por lo que impulsados por un sistema de “flexibilidad defensiva” el ordenamiento jurídico comunitario (y, por ende, también el nacional) comenzó a apostar por la implantación de la denominada “jubilación flexible”³⁹. Y es que, la tranquilidad que daba la garantía de rentas que generalmente se aseguraba, hacía que el impacto desproporcionado sobre estas personas no fuera considerado un problema. Por lo que, la principal preocupación era rebajar la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público sobrecargado⁴⁰. La contextualizada era la de fomentar la extinción contractual por razones de edad y en base a la previsión ya establecida por el artículo 49.1 f) del Estatuto de los trabajadores “extinción del contrato de trabajo por jubilación”. Por esta época destacaba la implantación de medidas que permitían compatibilizar la jubilación flexible y la parcial con el trabajo, las jubilaciones forzosas pactadas en convenio... de lo que se trataba es de facilitar un amplio abanico de opciones a las que podía acogerse el trabajador en relación a su ciclo vital elástico⁴¹. El efecto de expulsión del mercado de trabajo no era valorado como especialmente negativo, si no venía acompañado de una situación de desprotección. A este respecto nace la figura de la prejubilación bajo el paraguas de los planes sociales o situaciones alternas: jubilación anticipada, jubilación parcial, autoempleo... etcétera⁴².

Acceder prematuramente a una jubilación, con rentas públicas garantizadas, no era considerado un perjuicio relevante y ello aun cuando se tratara de una medida impuesta a

³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”, *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, 30 de septiembre de 2017, versión digital.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes” y MONEREO PÉREZ, J.L: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., págs. 173-178.

³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., págs. 177-178.

³⁹ MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*... op.cit., págs. 25-28.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”...op.cit., versión digital.

⁴¹ MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*... op.cit., págs. 30-31.

⁴² MONTOYA MELGAR, A Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario, 2003, pág. 20 en su versión digital.

los trabajadores mayores ante los procesos inminentes de reestructuración empresarial (lo cual suponía privarles de la posibilidad de continuar en el empleo), pero es que además permitía la sustitución de los mayores por jóvenes, lo que convierte a la jubilación en un instrumento al servicio de las políticas de empleo. De esta forma se puede llevar a cabo la reordenación inevitable de plantillas mediante la amortización de puestos de trabajo. Por lo que, para aquellos trabajadores afectados ya sólo quedaba determinar cómo había de llevarse la ampliación de la protección social pública. Lo que explica la gran cantidad de recursos destinados a eliminar puestos de trabajo para así sacar a las personas que los ocupaban durante su vida laboral activa; dejando sin fondos, paradójicamente, a las políticas de empleo, subdesarrolladas durante décadas en la nación española⁴³.

Principalmente, en la praxis ordinaria se está utilizando con mucha habitualidad la figura de la “prejubilación” para extinguir, de una forma no traumática, los contratos de trabajo durante los procesos abiertos de despido colectivo. Se trata ésta de una situación intermedia e híbrida -que enlaza el subsidio por desempleo con el acceso a la pensión de jubilación-, la cual carece de un reconocimiento legal explícito en el ordenamiento jurídico, pero que sin embargo aparece referenciada en múltiples disposiciones de la actual Ley General de la Seguridad Social⁴⁴ (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). A pesar de la imprecisión que presenta⁴⁵, lo cierto es que esta forma de “prejubilación programada” ha sido ya admitida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pudiendo así tener su origen por vía legal o convencional⁴⁶.

En cualquier caso, lo que está claro es que la prejubilación supone el reconocimiento de una prestación económica externa al sistema de Seguridad Social y que viene a cubrir o sustituir la carencia de rentas de aquellos trabajadores próximos a una jubilación y que, con motivo de su edad cesen, voluntariamente⁴⁷ o involuntariamente (como ocurre en la mayoría de los casos), en su actividad laboral. Cabe entender la prejubilación programa como una figura impuesta unilateralmente por el empresario (y que cuenta, en muchos casos, con el beneplácito de los negociadores) para despedir colectivamente a los trabajadores maduros, a cambio de una renta sustitutiva para el periodo laboral que les resta hasta su jubilación.

Esta situación de “connivencia forzada” entre partes debería desde un punto jurídico ser castigada⁴⁸, pues no puede aceptarse el hecho de que un despido colectivo se base en condiciones inherentes a la persona del trabajador. Ciertamente, este dato ya resulta contrario a lo dispuesto por la Directiva comunitaria 2000/78/CE del Consejo⁴⁹, en donde claramente se prohíbe el despido de trabajadores de edad avanzada. Así es, “... por mucho que doctrinalmente se intente acomodar el carácter necesariamente voluntario de aquella al régimen jurídico de esa causa extintiva, diferenciando entre la voluntariedad en el origen

⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”...op.cit., versión digital.

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., págs. 177-187.

⁴⁵ MONTOYA MELGAR, A Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”... op.cit., pp. 22 y siguientes. Afirman estos autores que esta figura es de difícil encaje en el ordenamiento jurídico, pues no se contempla actualmente ningún mecanismo protector para todas aquellas que personas que cesan en su relación laboral y no reúnen los requisitos para el acceso a una pensión de jubilación (ya sea en su modalidad contributiva o no contributiva), por lo que lo más adecuado es que las personas afectadas pasen a disfrutar el subsidio por desempleo.

⁴⁶ Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defrey/Sabena, S.A. Para un conocimiento más exhaustivo, ver LÓPEZ CUMBRE, L: “Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre la naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defrey/Sabena, S.A”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº Extraordinario, 2003.

⁴⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La anticipación de la edad de jubilación”, *Revista de Seguridad Social (RSS)*, núm.36, 1987, pág. 20.

⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J.L: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., pág. 189.

⁴⁹ De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

de la extinción y la voluntariedad en la aceptación de la misma, en el sentido de entender que cabe la simple aceptación voluntaria de la ruptura contractual por parte del trabajador pese a que el origen de la misma esté en la decisión unilateral del empresario⁵⁰. De esta manera, la prejubilación acaba convirtiéndose en un mecanismo u objeto a concretar durante período de negociación colectiva gestional que tiene lugar durante los procesos de reestructuración colectiva empresarial.

Pero, además, cabe decir que a día de hoy no tiene sentido seguir apoyando esta medida, pues ya desde el ámbito europeo se habla de la necesidad de favorecer el “envejecimiento activo”⁵¹. Por lo que, resulta esencial seguir una vía “pro-activa” de formación y ocupación, para así evitar la salida prematura de los trabajadores mayores y fomentar un tránsito gradual y progresivo del trabajo a la jubilación⁵². Evitando, por otra parte, las consiguientes repercusiones y efectos negativos que sobre el sistema de pensiones ello ocasiona y teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de garantizar el disfrute de unas pensiones dignas.

En cualquier caso, el Plan de prejubilación, fruto del contrato individual o colectivo, se regulan todas las condiciones que rigen el nacimiento, extinción, así como los derechos y obligaciones de las partes⁵³. Por lo que, al término, la prejubilación se configura como una contingencia específica y distinta a las reguladas por el sistema de Seguridad Social, en donde el convenio especial cumple un papel muy relevante al permitir que aquellos colectivos más vulnerables puedan acceder al sistema de protección social⁵⁴. El Convenio Especial se constituye como un instrumento negocial de naturaleza jurídica público-privada, el cual se articula mediante acuerdos celebrados entre los trabajadores y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) con el objeto de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social⁵⁵.

En este sentido, para los casos de despido colectivo el artículo 51.9 del ET establece una verdadera obligación de acordar este convenio. Actualmente, este sólo podrá ser celebrado por personas que figuen incluidos en el despido colectivo, siempre que tengan más de 55 años de edad y no tengan la condición de mutualista a 1 de enero de 1967. De ahí que se imponga, durante todo el periodo de prejubilación, la obligación de cotizar a ambas partes hasta que el trabajador alcance los 65 años de edad. Ahora bien, la obligación de cotizar del empleador sólo se extiende hasta los 61 años, pudiendo éste realizar el pago de una vez o de manera fraccionada. Ya de primeras llama la atención el hecho de que este convenio se suscriba entre trabajador y empresario, de un lado, y, de otra, por la TGSS. Cuando lo normal es que el convenio se pacte entre el trabajador y la Tesorería⁵⁶.

A finales del siglo XX, la Comisión Europea examinará las consecuencias negativas que esta situación puede conllevar atendiendo al fenómeno del “envejecimiento constante

⁵⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Trabajadores de “edad avanzada”: empleo y protección social”...op.cit., pág. 247.

⁵¹ MONEREO PÉREZ, J.L: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, págs. 115 y siguientes.

⁵² MONEREO PÉREZ, J.L: “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes” y MONEREO PÉREZ, J.L: “ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., pág. 189.

⁵³ GODINO REYES, M: “Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”...op.cit., pág. 123.

⁵⁴ Cuando, por diversas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico (entre otras, con motivo de un ERE), los trabajadores han salido de la protección del mismo o tienen dificultades para acceder a determinadas prestaciones.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”...op.cit., en su versión digital.

⁵⁶ SEMPERE NAVRRO, A Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: “Selección de trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos)”, *Boletín Gómez-Acebo & Pombo*, enero 2014. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/seleccion-de-trabajadores-afectados-por-un-ere-criterios-practicos.pdf>

de la población” y sobre su puesta en peligro para la sostenibilidad de las pensiones⁵⁷. Se dará cuenta de que lo ideal sería combinar apropiadamente flexibilidad y estabilidad, para que pueda operar una organización adecuada del trabajo. Y es que, no se olvide, que los procesos de reestructuración empresarial van acompañados normalmente de despidos colectivos. De ahí que surja la necesidad de establecer mecanismos de control y amortiguadores de los efectos negativos de los procesos de reestructuración. Sin que con ello se dejen de lado a uno de los grandes protagonistas en los procesos de despido colectivo, esto es, los agentes sociales⁵⁸.

2.2. La prejubilación como puente jurídico para el alivio de los intereses empresariales: puntos críticos

Desde un punto de vista laboral y de política de empleo, la figura de la “prejubilación” ha supuesto el desarrollo de múltiples parches normativos. En unos momentos la legislación fue más proclive, mientras que en otros resultó levemente penalizadora. Y es que no se olvide que, detrás de todo ello, se encuentra cómo único objetivo el de ayuda a las empresas para reajustar sus plantillas ante momentos de déficit presupuestario.

A fin de aliviar tensiones empresariales, el legislador modificó o utilizó indebidamente algunas figuras jurídicas. Así, por ejemplo, alargó el tiempo de permanencia en desempleo para, por consiguiente, facilitar el acceso anticipado a la pensión de jubilación, empleando para ello fórmulas jurídicas intermedias (a saber: jubilación anticipada forzosa, jubilación voluntaria, diversos subsidios...etcétera). En este sentido, los costes quedaban a cargo del trabajador y de la Seguridad Social, quien en este último caso debía soportar las consecuencias negativas que sobre un sistema público debilitado recaía desde un punto de vista financiero. El Convenio Especial de Seguridad Social venía a cumplir aquí una función relevante. De este modo, se lograba en la práctica disuadir el retorno al empleo de los trabajadores mayores, a cambio de no garantizar su protección continuada y el disfrute de una pensión de jubilación generosa⁵⁹.

Igualmente, las indemnizaciones por despido fueron fraudulentamente empleadas. Y es que, con el único propósito de encubrir la realidad de un despido colectivo por razones de edad, estas indemnizaciones eran elevadas para así lograr un acuerdo de plantillas y conseguir la autorización administrativa necesaria para abrir el ERE. Sin embargo, en la práctica, la mencionada indemnización formaba parte de los fondos sobre los que se construía la prejubilación, incrementando la cuantía de la prestación por desempleo o de las pensiones de jubilación anticipada o bien dando cobertura económica a los períodos de desprotección entre el disfrute de la una y de la otra.

En un inicio la prejubilación (bajo la fórmula de “jubilación anticipada”) fue utilizada en empresas más propias del sector servicios (por ejemplo: banca, telefonía, industrias...), pero paulatinamente se va generalizando a todos los sectores productivos. Es por ello que algunos de sus antecedentes, más señalados, se encuentren en el Real Decreto-ley 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial y en la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización⁶⁰. La primera normativa fue destinada a regular las ayudas económicas para empresas “no sujetas a planes de reconversión”, mientras que en la segunda se regulaba con carácter temporal los llamados “planes de reconversión”. En cualquier caso, se reconocían se reconocían para aquellos trabajadores

⁵⁷ MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., pág. 113.

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., pág. 180.

⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”...op.cit., versión digital.

⁶⁰ BOE núm. 180, de 28/07/1984.

próximos a los 60 años o más unas ayudas equivalentes a la prestación por jubilación, otras prestaciones y subsidios (y complementos) por desempleo por un tiempo mayor al legal y con independencia de los períodos previos de cotización. Nacieron así, gracias a la Ley 27/1984, los Fondos de Promoción de Empleo encargados de cubrir el tiempo necesario hasta que el trabajador alcanzara la edad para el acceso a una jubilación anticipada⁶¹. Con posterioridad se confirmará y reafirmará en esta idea gracias a la publicación de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria⁶², en donde ya se precisa, aún más, la dotación de las ayudas vinculadas a procesos de reconversión tras un despido colectivo y el compromiso empresarial de completar dichos subsidios por desempleo y pensiones de jubilación⁶³.

En este contexto, las jubilaciones anticipadas que existía con -carácter general- eran “la forzosas” y, por tanto, las vinculadas a *procesos de extinción de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*. Ciertamente, el despido del trabajador se producía por causas no imputables al mismo y como consecuencia de una reestructuración empresarial que impidiese su continuidad laboral, ahora bien, para que éste pudiera gozar del derecho a las ayudas mencionadas debía de cumplir con una serie de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

A este respecto, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social exigía para el acceso a una jubilación anticipada “voluntaria” (cambio operado respecto a la normativa anterior en donde sólo se hablaba de jubilaciones anticipadas “forzosas”) que, como mínimo, el trabajador ostentara la edad de 61 años. Aparte, en ella se requiere que el interesado esté inscrito como demandante de empleo, al menos, 6 meses antes de la fecha de solicitud de la jubilación, acreditando de un mínimo de cotización efectiva de treinta años. El tránsito “indebido” o puente jurídico para la prejubilación -no regulada legalmente- operaba de la siguiente manera: Primeramente, el trabajador percibía una indemnización por despido generosa como para así aludir cualquier medida de política de empleo; Seguidamente y una vez agotada la indemnización, el trabajador pasaba a desempleo. En este caso, podía éste disfrutar de un máximo de 2 años (dependiendo de lo cotizado), ahora bien, si una vez finalizado el trabajador no alcanzaba la edad ordinaria para el acceso a una jubilación entonces, en Tercer Lugar, se reconocía el subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Finalmente, el carácter asistencia de esta medida permitía que se mantuviera hasta que alcanzara la edad legal para poder acceder a una pensión contributiva⁶⁴.

De acuerdo con este esquema eran varias las premisas que incentivaban a ambas partes para el acceso a una prejubilación: 1) el operar despidos más caros que la del resto de trabajadores de la empresa, 2) junto a la indemnización que reciben por despido hay que sumar el pago de una cuota a través del Convenio especial con la Seguridad Social y 3) una vez alcanzada la edad para el acceso a una jubilación anticipada o a una jubilación ordinaria, la empresa puede (si así se acuerda en el correspondiente Plan de prejubilación) pagar una renta vitalicia gracias a la entrada en escena de los acuerdos a los que éste llega con las compañías aseguradoras. En la práctica, todo este entramado propicia que los prejubilados no retornen al mercado laboral activo. Ahora bien, cabe decir que en toda esta fase no puede calificarse al prejubilado ni como asalariado, ni como desempleo, ni tampoco como jubilado. Se trata, en todo caso, de una jubilación anticipada efectuada “*ex ante*”⁶⁵.

⁶¹ GODINO REYES, M: “Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”...op.cit., pág. 122.

⁶² BOE núm. 176, de 23/07/1992.

⁶³ Para un conocimiento más exhaustivo ver GARCÍA NINET, J.I: “Sobre el complemento a cargo de la empresa en la pensión de jubilación anticipada en empresas públicas sometidas a reconversión industrial”, *Tribuna social*, Número 13, 1992, pág. 29.

⁶⁴ GALLEGO LOSADA, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120 y 121.

⁶⁵ GALLEGO LOSADA, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120-123. Aparte, hay que señalar

El despido colectivo de mayores de 50 o más años de edad, claramente, se incentiva. En particular, el RDL 16/2013 de 23 de diciembre⁶⁶, introdujo un nuevo beneficio empresarial del que resultarían favorecidas las grandes empresas, empresas multinacionales y grupos de empresas, pues alivió considerablemente el coste del plan de prejubilación. Y es que, a través de este RDL se preció que quedarían excluidas del coste por la prestación por desempleo de sus trabajadores maduros despedidos todas las empresas que hubiesen registrados pérdidas importantes de actividad productiva. Por lo tanto, lo relevante no es aquí que tuviesen beneficios como grupo corporativo a nivel mundial, sino que hubiesen experimentado pérdidas en su actividad.

El excesivo recurso a la vía del despido colectivo motivado por la falta de una regulación valiente, proteccionista e intervencionista en los procesos de reestructuración empresarial ha motivado, precisamente, el uso abusivo y discriminado de los fondos públicos. Se precisa de un mayor control y racionalización en este ámbito para así lograr el fin último del sistema de Seguridad Social, que no es otro que el de amparar a todos los ciudadanos frente a las distintas situaciones de necesidad. La flexibilización del despido, la débil o suave penalización de las prejubilaciones y el consiguiente aumento de la edad de acceso a una jubilación han sido, sólo, algunos de los elementos que han incidido negativamente en caso. Aparte cabe señalar que no se puede confiar en el papel que de garantía de los intereses generales efectúa la Administración Pública española (y el cual se ha puesto en tela de juicio)⁶⁷, cuando ni siquiera el mismo legislador ha frenado los efectos perversos que el uso desviado de las prejubilaciones origina de cara a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y al colectivo de trabajadores maduros. Sobre este tema, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (con entrada en vigor a partir del 2 de marzo de 2023)⁶⁸ ha reforzado el papel de la inspección de trabajo en materia de despidos colectivos al exigir que emitan un informe con carácter preceptivo. Y, todo ello, en línea con la Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023⁶⁹.

Cabe traer a colación aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2023 (número de recurso 2785/202) en donde el alto tribunal avala que los trabajadores maduros (mayores de 60 años) puedan percibir una indemnización menor (respecto de trabajadores con menos edad) en caso de despido colectivo. Justifica el Supremo que se trata ésta de una medida “razonable y proporcionada”. Ya el tribunal de instancia (esto es, el TSJ de Castilla-La Mancha) consideró que tratar de forma diferente a los empleados en función de su edad “se encuentra objetivamente justificado en la desigual situación en la que quedan unos y otros trabajadores tras la extinción de sus contratos de trabajo”, argumento que apoya el Supremo.

Para el Tribunal Supremo, a los trabajadores de menor edad les resta “un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía alejados de la pensión jubilación, y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de seguridad social que puedan percibir

que la Ley 27/2011–posteriormente modificada por la Ley 3/2012 y por enmienda “telefónica”– imponía a las empresas que efectuaran EREs también la obligación de que abonaran una aportación económica cuando los despidos colectivos afectaran a trabajadores mayores de 50 años (Ver Disposición Final 4ª de la Ley 3/2012). Ahora bien, se exigía que del total de trabajadores despedidos sea mayor el porcentaje de aquellos próximos a una edad de jubilación (es decir, mayores de 50 años).

⁶⁶ De medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Publica en el BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013.

⁶⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: “Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”...op.cit., versión digital.

⁶⁸ BOE núm. 51 de 1 de marzo de 2023.

⁶⁹ BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2021.

en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión”, explica la sentencia. Por ello, “el sacrificio exigido a quienes están en una u otra franja de edad es razonable y proporcionado”, añade el texto. Entiendo que, tras esta sentencia, se abren las puertas para que el despido masivo de trabajadores maduros sea aún mayor. Lo que, lamentablemente, contradice las políticas de envejecimiento activo y sostenibilidad del sistema de pensiones que tanto se desea alcanzar.

Curiosamente en el año 2023, tras la polémica sentencia del TS de 24 de enero de 2023, el legislador volvió a retocar y reforzar las causas y consecuencias del despido disciplinario (artículo 55 del ET) y objetivo (artículo 54 del ET) cuando éste afecte a conciliación de la vida familiar y la vida profesional. Sin embargo, no toca el despido colectivo y, menos aún, las causas de despido vinculado a la edad del trabajador y a la digitalización de las relaciones laborales.

Por otra parte, la protección social complementaria ha cumplido también, en este punto, una importante labor pues, en contra de todo pronóstico, ha sido utilizada para fomentar los procesos de prejubilación. Es por ello que, a día de hoy, se establezca como una posible solución el que los bancos (promotores de estos planes) paguen un impuesto que contribuyan a la viabilidad del sistema de pensiones. No obstante, a mi parecer, puede ser ésta una medida útil, pero en absoluto puede afirmarse que vaya levantar el barco que sostiene al sistema de pensiones. En todo caso, podría tratarse de una fórmula complementaria.

Tras la aprobación de la Ley 12/2022, de 30 de junio⁷⁰, probablemente se utilice, aún más, los planes privados de pensiones para impulsar y fomentar las prejubilaciones de trabajadores maduros en procesos de reestructuración empresarial. Y es que, el imponer que sea el empresario quien los concierte, se genera un efecto disuasorio que se aleja -claramente, del fin previsto por el legislador de complementar las pensiones futuras que otorgue el sistema de Seguridad Social. Por lo que, al término, tampoco se estarían cumpliendo con los objetivos que tanto busca el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones⁷¹.

La clave en esta materia está en combinar una ley coherente, racional y acorde con el ciclo vital de las personas, con el fomento de soluciones negociales entre los actores sociales implicados en los procesos de negociación-colectiva gestional durante los procesos de reestructuración empresarial.

⁷⁰ De regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones.

⁷¹ BOE núm. 65 de 17 de marzo de 2023.

EMPLEO JUVENIL Y PRÁCTICAS NO LABORALES: REFLEXIONES EN LA FRONTERA CON EL NUEVO CONTRATO FORMATIVO

STEFANO BINI

*Profesor Permanente Laboral
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (Andalucía, España)
sbini@uco.es*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. USO Y ABUSO DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES: LA CUESTIÓN CLAVE, A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE JUNIO DE 2023, CON RECOMENDACIONES DESTINADAS A LA COMISIÓN SOBRE PERÍODOS DE PRÁCTICAS DE CALIDAD EN LA UNIÓN
3. COORDENADAS NORMATIVAS BÁSICAS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE PRÁCTICAS NO LABORALES EN ENTORNOS PROFESIONALES, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DIMENSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El presente estudio forma parte de la producción científica elaborada en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre "La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España" (PID2022-141201OB-I00); Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre "Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco sociolaboral" (PID2022-1394880B-I00); Proyecto Nacional de investigación I+D+i, sobre "La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial (PDI2021-122537NB-I00); Proyecto financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Comunitat Valenciana, sobre "La regulación de la formación para el empleo ante el reto de la transición Digital, Ecológica, Territorial y hacia la Igualdad en la diversidad" (CIGE/2022/171).

1. INTRODUCCIÓN

En la presente ponencia específica se pretende desarrollar un estudio crítico de la compleja materia de las prácticas no laborales, a la luz del debate originado en el panorama doctrinal por la reciente firma del “Acuerdo para el Estatuto de las personas en formación práctica no laboral”, por parte de la Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, Dña. Yolanda Díaz, y los Secretarios Generales de CCOO D. Unai Sordo y UGT D. Pepe Álvarez (15 de junio de 2023).

La perspectiva de investigación elegida es la del Derecho del Empleo, queriendo arrojar luz sobre la relación -y, en este sentido, la frontera- entre el complejo terreno de las prácticas no laborales y el nuevo contrato formativo (*ex* artículo 11 ET, como reformado por el RDL 32/2021), de cara a la inserción laboral del colectivo de las/os jóvenes.

Precisamente de cara a la consecución de este último objetivo, la tesis que se defiende en el estudio identifica en el contrato formativo (en su doble articulación de “contrato de formación en alternancia” y de “contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios”) la vía maestra, clave para la creación de un empleo juvenil de calidad, seguro y digno. En esta óptica, se considera fundamental reconducir la institución jurídica de las prácticas no laborales en el álveo del terreno formativo, limitando al máximo los márgenes de posible abuso en su utilización, para encubrir -«en fraude de ley» (STS 22 de noviembre de 2005, RJ 2005/10049)- la ejecución y el desarrollo de trabajos en realidad subordinados.

Para fundamentar y argumentar oportunamente la tesis que se defiende, se procederá a la reconstrucción jurídica y a la sistematización de las más emblemáticas intervenciones normativas en materia de prácticas no laborales, prestando especial atención a los perfiles relacionados con la protección social de las personas en práctica. Además, una contribución hermenéutica de extraordinario interés para iniciar el razonamiento será aportada por la consideración de las directrices que inspiran la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión.

La metodología elegida para el desarrollo del razonamiento en cuestión se basa en el análisis normativo, a la luz de las contribuciones hermenéuticas en el tiempo aportadas por la jurisprudencia y por la doctrina.

2. USO Y ABUSO DE LAS PRÁCTICAS NO LABORALES: LA CUESTIÓN CLAVE, A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO, DE 14 DE JUNIO DE 2023, CON RECOMENDACIONES DESTINADAS A LA COMISIÓN SOBRE PERÍODOS DE PRÁCTICAS DE CALIDAD EN LA UNIÓN

El 14 de junio de 2023, el pleno del Parlamento Europeo aprobó -con 404 votos a favor, 78 en contra y 130 abstenciones- una resolución “sobre periodos de prácticas de calidad en la Unión”, por medio de la cual ha pedido a la Comisión Europea que se active y llegue a proponer una directiva en este sentido y que intervenga para actualizar el marco de calidad para las prácticas, actualmente existente¹.

¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión [2020/2005(INL)].

La intervención del Parlamento Europeo, reclamando una legislación que contraste la explotación de las personas en práctica, los así llamados “falsos becarios”, proyecta en el centro de las prioridades estratégicas del debate y de la agenda política de la Unión Europea la elaboración de un marco normativo sistemático, que garantice la calidad de las prácticas formativas no laborales en entornos empresariales.

Más concretamente, en la resolución en palabra -a la que se hace aquí sólo una breve referencia- el Parlamento Europeo identifica algunas de las coordenadas básicas, a la luz de las cuales tendrá que desarrollarse un tejido normativo, funcional para garantizar la calidad de las prácticas en el contexto europeo: la previsión de una remuneración adecuada para todas las personas en práctica, que permita -como mínimo- cubrir los costes de alojamiento, alimentación y transporte, conjuntamente con una protección social igualmente adecuada; la reglamentación de la duración de las prácticas; la mejora de la accesibilidad a prácticas no laborales por parte de personas con discapacidad y/o de entornos vulnerables.

Pues bien, alrededores de estos puntos cardinales, rueda la visión de una auspiciada directiva comunitaria, que fije estándares mínimos de calidad, con los que cumplan las normas de cada Estado miembro. Así que la adopción por parte del Parlamento Europeo de la resolución a la que se acaba de hacer referencia, representa una contribución importante en el complejo camino hacia la construcción de un modelo legal europeo, que garantice real y efectivamente la calidad, tanto del empleo en general, como de las becas/prácticas no laborales en entornos profesionales en particular, enfocando la atención en las vulnerabilidades que afectan patológicamente a un colectivo clave como es el de las y los jóvenes.

Precisamente los elementos de vulnerabilidad para la persona “becaria”, que las prácticas no laborales en entornos profesionales llevan intrínsecamente consigo, imponen de considerar cuidadosamente la relación entre uso y abuso de este instrumento, reconduciendo el mismo a su cauce natural, volviendo a razonar críticamente sobre su causa y su función real, que es la de facilitar la consecución de conocimientos y competencias prácticas, limitando -como se dirá- el perímetro de su posible y legítima utilización.

Como ha sido muy oportunamente destacado en doctrina, con respecto a las prácticas, la «problemática radica en que sea utilizada como fórmula para encubrir una relación laboral típica o como forma de eludir la aplicación de las garantías de los contratos laborales de formación o en prácticas»².

Alrededor de esta cuestión problemática y precisamente para hacer eficazmente frente a la misma, se advierte la necesidad de llegar rápidamente a la aprobación, en el ordenamiento jurídico español, de una herramienta normativa -el “Estatuto del Becario”, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre y coherentemente con la visión del componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dedicado a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”³- que regule sistemáticamente un fenómeno

² F. NAVARRO NIETO, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Don Folio, 2022, I, 255. Véase también J. CRUZ VILLALÓN, *La trascendencia del Estatuto del Becario*, en *ON Economía*, 17 de febrero de 2023, <https://bit.ly/3n9K17m> (fecha de última consulta: 28 de marzo de 2023).

³ GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, 2020, 337-338 <https://bit.ly/41VdoJI> (fecha de última consulta: 28 de abril de 2023): «Dentro del Plan 2021-2027 de trabajo digno para las personas jóvenes, se desarrollan medidas de actuación para la capacitación e inserción en el mercado laboral, modernizando la regulación de la formación en alternancia con el empleo: a) revisión del contrato en prácticas y del contrato para la formación, b) simplificación y reducción de la carga burocrática de los contratos y c) aprobación de un Estatuto del personal becario».

complejo, que bien expresa una tendencia a la huida del Derecho del Trabajo, situándose en una de las así llamadas “periferias del trabajo”⁴.

Por lo demás, la exigencia de sistematizar la “laberíntica” normativa vigente en materia⁵, sobre todo de cara a evitar que el recurso a personas en prácticas constituya la solución más ágil para realizar una sustitución barata de personas trabajadoras, se había advertido y expresado ya hace tiempo en el “Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021”, elaborado en 2019 por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social⁶.

En otras palabras, fuerte y advertida desde hace tiempo es la necesidad de explorar y regular normativamente la resbaladiza línea de frontera entre uso legítimo y abuso de herramientas que, aunque concebidas para permitir a las/os jóvenes completar su formación, integrando los conocimientos teóricos con competencias prácticas, presentan una predisposición a ser utilizadas de manera ilegítima, en fraude de ley⁷, como solución barata para el desarrollo de tareas y actividades laborales, desprovistas de vinculación con contenidos y finalidades formativas.

3. COORDENADAS NORMATIVAS BÁSICAS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EN MATERIA DE PRÁCTICAS NO LABORALES EN ENTORNOS PROFESIONALES, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DIMENSIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

A la luz del discurso hasta aquí desarrollado y en el marco del razonamiento general que en esta sede se propone, parece ahora oportuno identificar y considerar críticamente algunas coordenadas normativas básicas, que contribuyen a delinear el perfil regulatorio español, de una institución polifacética e intrínsecamente compleja.

De hecho, proceder a la reconstrucción de un marco normativo especialmente fragmentado, puede resultar de utilidad, sobre todo de cara a la posible y auspiciada

⁴ CC.OO., *Prácticas con derechos. Documento marco para la regulación de las prácticas no laborales*, <https://bit.ly/3QXAoD3>, 2022, 5 (fecha de última consulta: 21 de enero de 2023).

⁵ Se hace referencia al concepto de “labyrintho normativo” en CC.OO., *Aprendices, becarias y trabajo precario. Una guía sobre prácticas en la empresa para representantes sindicales*, 2019, 6, <https://bit.ly/409Ag6n> (fecha de última consulta: 15 de abril de 2023); véase también SEPE, *Modalidades de prácticas no laborales y prácticas laborales*, 2020, 5-6, <https://bit.ly/3MM8rOt> (fecha de última consulta: 15 de abril de 2023).

⁶ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL, *Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021*, 2019, <https://bit.ly/41R27Kp> (fecha de última consulta: 1 de febrero de 2023): la Medida 31 (“Estatuto de las prácticas no laborales”) prevé que «Se procederá a elaborar un estatuto de las prácticas no laborales, para integrar y regular los derechos de las personas en esta situación, contemplando en el mismo todas aquellas relaciones en las que una persona se incorpore a la empresa o a cualquier organización pública o privada para adquirir conocimientos prácticos establecidos previamente en su plan de estudios. La nueva regulación tiene como objetivo la garantía del carácter formativo de las prácticas, la protección social adecuada y el apoyo económico durante su realización. Se establecerán los aspectos básicos que deberán recogerse en el convenio que regule la relación entre la persona en prácticas, el centro de formación y la empresa o institución en la que se desarrollen las mismas, con especial atención a los objetivos de la formación y las actividades a realizar. El Estatuto de las prácticas no laborales, regulará por otra parte, los derechos de información de la Representación Legal de los Trabajadores/as (RLT), para que conozca el proceso de aprendizaje y pueda hacer el seguimiento del programa formativo, así como el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Este Estatuto se elaborará en colaboración con aquellos Ministerios que utilicen esta figura, especialmente con el Ministerio de Educación y Formación Profesional y el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Este Estatuto será negociado en la Mesa de Diálogo Social, pudiendo tomar como referencia lo establecidos en otros países, como sería el caso de Francia».

⁷ STS, 22 de noviembre de 2005, RJ 2005/10049: «disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto constitutivo del fraude y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir». Cf. artículo 6.4 del Código Civil: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

aprobación de un “Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa” o, más simplemente, de un “Estatuto del Becario”, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre.

De esta reconstrucción normativa pueden, de hecho, desprenderse varios elementos interpretativos para la lectura sistemática del *status quo* de la regulación vigente, situando la misma en un flujo histórico-evolutivo que no puede dejar de tenerse en cuenta, al menos en relación con sus articulaciones y pasos clave.

En particular, para dibujar el escenario de conjunto, merece destacar: el RD 1497/1981, de 19 de junio, “sobre programas de cooperación educativa”; el RD 1361/1981, de 3 de julio, “sobre contratos de trabajo en prácticas y para la formación para jóvenes trabajadores”; el RD 1493/2011, de 24 de octubre, “por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social”; el RD 1543/2011, de 31 de octubre, “por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas”; el RD 1707/2011, de 18 de noviembre, “por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios”; el RD 592/2014, de 11 de julio, “por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitario”; el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, “para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y empleo”.

Más recientemente, merecedoras de consideración son también el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, “de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo” y el RDL 2/2023, de 16 de marzo, “de medidas urgentes para ampliación de derechos de pensionistas, reducción de la brecha de género y establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema de pensiones”.

De hecho, la Disposición Adicional 2ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, prevé: «el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados, así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las practicas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales»⁸. Sobre el tema -como es sabido- en la XIV legislatura (2019-2023), un “Estatuto del Becario” no ha visto la luz a nivel normativo, más allá de iniciativas de carácter político, de todas formas relevantes⁹.

Por otra parte, el artículo único, apartado 34, del RDL 2/2023, de 16 de marzo reviste cierta importancia, interviniendo directamente en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), añadiendo una DA 52ª, expresamente

⁸ DA 2ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre.

⁹ Se hace aquí referencia a la firma, el 15 de junio de 2023, del “Acuerdo para el Estatuto de las personas en formación práctica no laboral”, por parte de la Vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y Economía Social, Dña. Yolanda Díaz, y los Secretarios Generales de CCOO D. Unai Sordo y UGT D. Pepe Álvarez. Al respecto, se remite a la nota de prensa del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo y Economía Social, disponible al siguiente enlace: <https://cutt.ly/awnKSjKb> (fecha de última consulta: 6 de octubre de 2023). Sobre el tema, véase O. REQUENA MONTES, *Estatuto de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: análisis del nonato ‘Estatuto del Becario’*, en *Net21*, 2023, 14, 1-11.

dedicada a la regulación de la “Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación”.

Precisamente el tema de la inclusión en el perímetro del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), de las personas que estén participando en programas formativos, representa de alguna manera un perfil especialmente emblemático de la dimensión más problemática de la cuestión objeto de estudio, constituyendo una respuesta significativa y necesaria a la necesidad de protección de las personas en práctica.

Pues bien, sin querer aquí extenderse demasiado en un detallado examen meramente analítico de las principales líneas de intervención de las diferentes normativas, parece de interés señalar algunas etapas clave en la evolución reguladora sobre el punto analizable.

En primer lugar, merece destacar que, con el RD 1493/2011, el Legislador ha previsto la “inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación”, introduciendo -sólo a efectos de protección social o, *rectius*, de la misma inclusión en el RGSS- la asimilación de este colectivo a las personas trabajadoras por cuenta ajena, a condición de que la participación en programas formativos que comprendan la realización de prácticas, sea remunerada¹⁰.

En otros términos, en el dibujo normativo del RD 1493/2011, *condicio sine qua non* para la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas participantes en programas formativos comprensivos de prácticas, estaba representada por la existencia de una contraprestación económica, es decir de una remuneración para el desarrollo de la actividad práctica con carácter formativo. Era este el elemento clave para la determinación de la asimilación de las personas en práctica a las personas trabajadoras, a efectos de su inclusión en el RGSS.

Sin embargo, a muy corta distancia del RD 1493/2011 (a menos de un mes de su entrada en vigor) el Legislador vuelve a intervenir en la materia con el RD 1707/2011, a través del cual pretende regular sistemáticamente las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, introduciendo, entre otras cosas, una modificación extraordinariamente significativa en el régimen anteriormente adoptado, representada por la exclusión del ámbito de aplicación del RD 1493/2011 de las prácticas desarrolladas por estudiantes universitarios¹¹.

Evidentemente, se trataba de una disposición injustificadamente perjudicial para el específico colectivo de referencia, que ha sido objeto de un recurso interpuesto por el sindicato CC.OO., estimado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, con sentencia de 21 de mayo de 2013, ha efectivamente declarado la nulidad de pleno derecho del RD 1707/2011¹².

¹⁰ Artículo 1, apartado 1, RD 1493/2011, de 24 de octubre: «Quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social». Se señala también que el artículo 3 del RD 1493/2011, al que se acaba de hacer referencia, preveía que la acción protectora para el colectivo de las personas en práctica habría sido la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, a excepción de la protección por desempleo.

¹¹ Disposición Adicional 1ª, RD 1707/2011, de 18 de noviembre. A través del RD 1707/2011, el Legislador derogó el RD 1497/1981, de 19 de junio, “sobre programas de cooperación educativa”.

¹² STS, 21 de mayo de 2013.

Así, como consecuencia y por efecto de la declaración de nulidad de este último, el Legislador ha aprobado el RD 592/2014, a través del cual ha vuelto a regular las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, reproduciendo en gran parte los contenidos del RD 1707/2011, pero innovando al mismo tiempo.

Centrándose en particular en algunos aspectos significativos, cabe destacar la importante contribución definitoria que el Legislador propone con referencia a la función y a la finalidad de las prácticas académicas externas, aclarando que se trata de una herramienta dirigida a favorecer en el alumnado universitario la aplicación y la complementación de los conocimientos teóricos madurados en el curso de la formación académica, «favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento»¹³.

Al respecto, anticipando en parte las conclusiones del presente estudio, merece aclarar que parece indudable que el desarrollo de experiencias de prácticas no laborales en entornos empresariales -o, *rectius*, profesionales- constituya una valiosa herramienta que facilite también (y sólo indirectamente) el acceso de las y los jóvenes al mundo del trabajo. Pero, hay que tener en cuenta que, en realidad, la inserción laboral no representa la finalidad directa de este instrumento, concebido para favorecer un acercamiento cognitivo y experiencial a las dinámicas de funcionamiento del trabajo y, por lo tanto, el desarrollo de una concienciación, por parte del colectivo juvenil, de “qué y cómo” se trabaja en un determinado ámbito, adquiriendo competencias y conocimientos.

En este sentido, para confirmar la validez de este argumento, se remite al artículo 3 del RD 592/2014, en la medida en que destaca que las finalidades que se pretenden alcanzar a través de la realización de las prácticas son: «a) contribuir a la formación integral de los estudiantes complementando su aprendizaje teórico y práctico; b) facilitar el conocimiento de la metodología de trabajo adecuada a la realidad profesional en que los estudiantes habrán de operar, contrastando y aplicando los conocimientos adquiridos; c) favorecer el desarrollo de competencias técnicas, metodológicas, personales y participativas; d) obtener una experiencia práctica que facilite la inserción en el mercado de trabajo y mejore su empleabilidad futura; e) favorecer los valores de la innovación, la creatividad y el emprendimiento»¹⁴.

Pues bien, siguiendo en el breve repaso crítico de la legislación en materia de prácticas, procede destacar también el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, “para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y empleo”, cuya Disposición Adicional 5ª está específicamente dedicada a la disciplina de la “Seguridad

¹³ Artículo 2, apartado 1, RD 592/2014, de 11 de julio, “por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitario”. El apartado 3 del citado artículo 2, aclara también como «de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo».

¹⁴ Artículo 3, RD 592/2014, de 11 de julio. Se señala también, por su significativa importancia, el artículo 4 del Real Decreto en palabra, que diferencia entre prácticas académicas externas curriculares y extracurriculares, las primeras «se configuran como actividades académicas integrantes del Plan de Estudios de que se trate» y las segundas «son aquellas que los estudiantes podrán realizar con carácter voluntario durante su periodo de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente Plan de Estudios». Entre otras cosas, merece señalar -a modo de pinceladas- el principio de compatibilización con la actividad académica, formativa, el papel clave del proyecto formativo (fijación objetivos educativos, actividades específicas a desarrollar, etc.), los principios de igualdad de oportunidades, inclusión, no discriminación y accesibilidad universal. Cf. también el artículo 7: «para la realización de las prácticas externas, las universidades o, en su caso, las entidades gestoras de prácticas a ellas vinculadas, suscribirán Convenios de Cooperación Educativa con las entidades colaboradoras (...) y fomentarán que éstas sean accesibles para la realización de prácticas de estudiantes con discapacidad procurando la disposición de los recursos humanos, materiales y tecnológicos necesarios que aseguren la igualdad de oportunidades» (marco regulador).

Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas”.

Hay que subrayar desde el principio que la relevancia de esta norma es puramente teórica, a pesar del cambio de planteamiento que la misma conlleva, superando el planteamiento del arriba considerado Real Decreto 1493/2011, que -como se ha visto- hacía depender de la existencia de una remuneración de las prácticas, la asimilación de las personas becarias a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el RGSS.

Efectivamente, el RDL 28/2018 prevé si la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, pero independientemente de la percepción de una remuneración, de las personas en prácticas formativas en empresas, instituciones, entidades incluidas en programas de formación; o en prácticas no laborales en empresas; o en prácticas académicas externas¹⁵.

A una lectura crítica de la disposición en cuestión, emerge el perfil de una norma que apunta en la dirección correcta, representada por la ampliación del perímetro de la protección social de las personas en prácticas, poniendo así fin a una situación de desprotección, como muy oportunamente destacado en la Exposición de Motivos de la norma en palabra¹⁶.

De todas formas, a pesar de la importancia abstracta de la norma, la misma quedó totalmente desprovista de efectividad sustancial: como se ha puesto en luz en doctrina, «la misma había quedado en papel mojado»¹⁷. Y la razón de esta sustancial ineficacia se deriva de la falta de aprobación del necesario desarrollo reglamentario, indispensable, habida cuenta de la falta de autosuficiencia de la norma. En consecuencia, frente a esta ineficacia sustancial, durante años se ha seguido aplicando el Real Decreto 1493/2011, con su perímetro limitado a las solas prácticas remuneradas.

Solamente en 2023, con el RDL 2/2023, de 16 de marzo, “de medidas urgentes para ampliación de derechos de pensionistas, reducción de la brecha de género y establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema de pensiones”, se ha llegado a una efectiva solución del problema y a la aprobación de una regulación de impacto de la protección social de las personas en prácticas.

¹⁵ Disposición Adicional 5ª, RDL 28/2018, de 28 de diciembre, “para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y empleo” (sobre la “Seguridad Social de las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas”). Véase el apartado 2 de la DA 5ª, que prevé que las personas pertenecientes a este colectivo quedan «comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social, como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo, salvo que la práctica o formación se realice a bordo de embarcaciones, en cuyo caso la inclusión se producirá en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar». Con respecto a los perfiles inherentes a la cotización, se prevé la aplicación de la regulación en materia de contratos para la formación y el aprendizaje (hoy “formación en alternancia”), con exclusión de la obligación de cotizar por desempleo, ni al Fondo de Garantía Salarial, ni por formación profesional.

¹⁶ Exposición de Motivos V, RDL 28/2018, de 28 de diciembre, «advertido que la actividad consistente en participar en programas de formación, la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria no daba lugar a la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que participan en dichos programas y realizan esas prácticas, la disposición adicional quinta determina su inclusión en el mismo, dentro del Régimen General de la Seguridad Social, como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, para poner fin a su situación de desprotección, lo que justifica su aprobación por razones de extraordinaria y urgente necesidad».

¹⁷ J. MORENO GENÉ, *La extensión de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales*, *Brief AEDTSS*, 2023, 24, 2: «La efectividad de esta previsión, sin embargo, se hacía depender de la aprobación del desarrollo reglamentario previsto en la propia norma, que debía llevarse a cabo en un plazo de tres meses desde su entrada en vigor. Pues bien, transcurridos más de cuatro años desde la aprobación del Real Decreto-Ley 28/2018, no se había procedido a desarrollar lo previsto en esta disposición ni a adecuar a la misma las normas reglamentarias sobre la materia, de modo que la misma había quedado en papel mojado, habiéndose seguido aplicando durante todo este tiempo lo previsto en el citado Real Decreto 1493/2011 que, como se acaba de indicar, restringía su ámbito de aplicación únicamente a las prácticas no laborales que tuvieran carácter retribuido».

De hecho, el artículo único, apartado 34, de la norma en cuestión interviene directamente en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), añadiendo la Disposición Adicional 52^a, que se centra precisamente en la regulación de la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen prácticas formativas o académicas externas incluidas en programas de formación.

De hecho, con arreglo al apartado 1 de la DA 52 del TRLGSS, «La realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que las realicen en los términos de esta disposición adicional»¹⁸.

Como es evidente, se produce una muy significativa ampliación de la platea de sujetos incluidos en el perímetro de protección social, superando -esta vez, real y efectivamente, habiendo el Legislador intervenido directamente en el TRLGSS¹⁹- el limitado alcance del RD 1493/2011, anclado al requisito de la existencia de una contraprestación económica, como *condicio sine qua non*, para la inclusión en el RGSS.

Efectivamente, como se ha tenido la oportunidad de escribir recientemente, «en relación con el Real Decreto-ley 2/2023, se considera muy positivamente esta intervención reformadora que, incluyendo en el ámbito de protección del Régimen General de la Seguridad Social la platea de las/os estudiantes, tanto universitarios como de formación profesional, que realicen prácticas no laborales, aporta una contribución sistemática de gran significado, facilitando el acceso a la pensión de jubilación por parte de este colectivo. Se trata, evidentemente, de una intervención intrínsecamente parcial, que afecta exclusivamente a la dimensión propia de la seguridad social y no ya al conjunto de la disciplina normativa en materia de becas: por esta razón resultaría especialmente oportuna la aprobación del así llamado “Estatuto del Becario”, como otra fuente sistemática de referencia»²⁰.

Sin embargo, procede precisar que, con el RDL 5/2023, de 28 de junio, el Legislador ha intervenido en la dimensión temporal de eficacia de la norma, disponiendo que la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, de las personas en prácticas formativas o académicas externas incluidas en programas de formación, no se habría producido -como estaba previsto inicialmente, en el RDL 2/2023- a partir del 1 de octubre de 2023, sino a partir del 1 de enero de 2024.

A una lectura crítica de la decisión, no parece fuera de lugar hipotetizar que las razones reales de este aplazamiento puedan ser de carácter político-económico, más allá de la motivación indicada en la Exposición de Motivos de la norma, que pone en luz como «las prácticas formativas, remuneradas o no, no se realizan con carácter general al inicio de los cursos académicos sino en el segundo o tercer trimestre de dichos cursos. Además, la ampliación temporal de la *vacatio legis* permitirá, además, facilitar los trabajos técnicos de adaptación de los centros formativos y, en general, de quien deba asumir la condición

¹⁸ Disposición Adicional 52, apartado 1, RDL 8/2015, de 30 de octubre, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”.

¹⁹ J. MORENO GENÉ, *La extensión de la protección social a todos los estudiantes en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales*, *Brief AEDTSS*, 2023, 24, 2: «para evitar lo que había sucedido con el RDL 28/2018, que no se había llegado a implementar por la falta del desarrollo reglamentario previsto en dicha norma, el RDL 2/2023 no se ha limitado a prever la incorporación en el RGSS de los estudiantes en prácticas, sino que, además, fija el íntegro régimen jurídico con el que debe tener lugar esta inclusión, lo que lo convierte en una norma plenamente aplicable en lo sustancial, sin necesidad de desarrollo reglamentario».

²⁰ S. BINI, *Becas y prácticas no laborales, esperando al Estatuto del Becario*, en S. BINI y A. CASTRO FRANCO, *Becas, contratos de trabajo formativos y en sector de Universidades e investigación*, Aranzadi, 2023, 143.

de sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social respecto a quienes realicen las prácticas»²¹.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Ahora bien, a la luz de las pocas pinceladas hasta aquí ofrecidas, se pone de manifiesto el carácter evidentemente fragmentado de un escenario normativo complejo. Así, una intervención normativa que regule, con carácter realmente sistemático, la compleja y actualmente dispersa materia de las prácticas no laborales en entornos profesionales constituye una verdadera urgencia, sobre todo si se considera que, tras la interrupción forzada, causada por la emergencia pandémica de la covid-19, se ha vuelto ahora a una generalizada normalidad, con la reanudación de las prácticas, y la vuelta de experiencias y oportunidades formativas, cruciales para la adquisición de conocimientos y capacidades.

En cualquier caso, parece oportuno aclarar un dato crucial en el marco del razonamiento propositivo que aquí se propone: la indispensable intervención de sistematización del marco normativo en materia de prácticas no laborales en entornos profesionales, a la que se hace aquí referencia, impone y presupone una igualmente indispensable obra de limitación del abanico de tipos de prácticas legítimas, excluyendo las que se caracterizan (*rectius*, se pueden caracterizar) por una atenuación de la vinculación de la herramienta con la formación del sujeto interesado.

Aun sabiendo que, como destacado por el Tribunal Supremo, la regulación formal de las prácticas no laborales no agota todas las posibles soluciones que pueden elaborarse y encontrarse en concreto²², en este ámbito también, se advierte la necesidad de límites²³.

En este sentido, entre los instrumentos que, en opinión de quien escribe, parecen merecedores de ser considerados para su exclusión del abanico de prácticas no laborales legítimas, están las extracurriculares y las reguladas por el RD 1543/2011, de 31 de octubre, “por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas”.

Con respecto a esta última norma, se señala que la misma interviene para regular las prácticas no laborales en empresas que formalicen convenios con los Servicios Públicos de Empleo, dirigidas a personas jóvenes que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad.

El *target* de referencia de las prácticas contempladas por este Real Decreto está representado por el colectivo de las/os jóvenes sin experiencia profesional o con experiencia profesional muy escasa: precisamente de cara a mejorar su empleabilidad, a través de un primer acercamiento al contexto laboral, que facilite la integración de la formación teórica con la necesaria parte práctica, se concibe esta herramienta²⁴.

Pues bien, la que se acaba de mencionar parece, francamente, una herramienta que -situada en el marco de las acciones y medidas de políticas activas de empleo, como bien

²¹ Exposición de Motivos III, RDL 5/2023, de 28 de junio, “por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progeneradores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”.

²² STS 749/2018, 11 de julio de 2018 y SAN 37/2017, de 23 de marzo.

²³ A. SUPIOT, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Mimesis, 2020.

²⁴ Artículo 2, apartado 1, RD 1543/2011, de 31 de octubre: «con el fin de contribuir a mejorar su empleabilidad y ofrecerles un primer contacto con la realidad laboral a través del acercamiento a la misma, al tiempo que contribuye a completar la formación alcanzada por la persona joven».

aclarado por el artículo 2, apartado 1, RD 1543/2011- no presenta peculiaridades tales que justifiquen su específica existencia, convirtiéndose más bien en una alternativa barata al contrato formativo *ex* artículo 11 Estatuto de los Trabajadores, como reformado por el RDL 32/2021.

A ello se añade que, a la intrínseca vulnerabilidad a que está expuesta la persona en práctica -no protegida por el régimen tuitivo propio del Derecho del Trabajo- se suma, en cierto sentido, una ulterior vulnerabilidad, resultante de la previsión *ex* artículo 5, RD 1543/2011, de la posibilidad de que «las personas jóvenes que hayan participado o participen en el programa de prácticas no laborales podrán ser contratadas a la finalización, o durante el desarrollo de las mismas, bajo cualquier modalidad de contratación, de acuerdo con la normativa laboral vigente en ese momento, o en su caso, podrán incorporarse como persona socia si las prácticas fueron realizadas en cooperativas o sociedades laborales»

«Bajo cualquier modalidad de contratación»: esto significa que, después de un periodo de práctica no laboral en entornos empresariales, una persona joven puede verse contrada con un contrato formativo, extendiendo así de manera patológica la duración de los periodos formativos, por efecto de la combinación de herramientas distintas, pero con significativos puntos de contacto.

La vulnerabilidad a la que se hace aquí referencia es *in primis* precariedad que, en algunos casos, bien se presta a representar una forma de manifestación de la «nueva esclavitud del siglo XXI en las relaciones laborales»²⁵ y determina la necesidad de llegar, en el futuro próximo, a la aprobación de un Estatuto del Becario, que contribuya a sistematizar el marco normativo al amparo del cual realizar las prácticas formativas en entornos empresariales, fortaleciendo la dimensión realmente formativa de estas experiencias.

En este sentido, imprescindible parece reforzar el anclaje de las prácticas a los planes de estudio, limitando el perímetro de las prácticas legítimas a las solas prácticas curriculares, considerándose también los modelos de las prácticas extracurriculares francamente conflictivos con la visión -totalmente compartida por el autor del presente estudio- del RDL 32/2021, que reconoce en el contrato formativo la herramienta privilegiada para el acceso de las y los jóvenes al mundo del trabajo²⁶.

De todas formas, hay que ser conscientes de que, como ha sido puesto en luz en doctrina, «el incremento del recurso al contrato formativo por parte de las empresas no se va a lograr actuando exclusivamente sobre los contornos de esta modalidad contractual, sino que requiere una actuación paralela sobre aquellas otras vías de inserción laboral que entran en competencia directa y, en ocasiones, de forma desleal, con esta modalidad contractual (...) nos referimos a los contratos de duración determinada y, muy especialmente, a las prácticas no laborales y becas dirigidas tanto a personas en formación como a tituladas recientes, que tanto han proliferado en estos últimos años»²⁷.

En definitiva, parece evidente que el marco regulador actualmente vigente en materia de prácticas no laborales en entornos empresariales resulta afectado por una

²⁵ A. AYALA SÁNCHEZ y F. BERNAL SANTAMARÍA, *Prácticas no laborales: la nueva esclavitud del siglo XXI en las relaciones laborales*, en J.L. MONEREO PÉREZ (Coord.), *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

²⁶ L. MELLA MÉNDEZ, *Las prácticas no laborales en empresas para jóvenes titulados: un estudio de su régimen jurídico*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, 101: «la mejor solución para los titulados no es ponerlos de becarios, sino contratarlos a través del contrato de trabajo en prácticas». Cf. A. FERNÁNDEZ DÍAZ, *Los contratos de trabajo formativos en prácticas*, Tirant Lo Blanch, 2014.

²⁷ J. MORENO GENÉ y A.M. ROMERO BURILLO, *El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2022, 152, 100.

patológica complejidad que dibuja el contorno de un auténtico laberinto, en el cual difícil es orientarse y que requiere ser simplificado y sistematizado, a través de un impulso reformador coherente con las directrices que han animado al Legislador de los últimos años²⁸.

Como se ha recientemente escrito, «esta necesidad reformadora se advierte fuerte también y sobre todo en óptica doblemente “complementaria” con otros sistemas normativos internos al ordenamiento jurídico: por un lado, con el marco reformador en materia de protección social de las personas que desarrollan estas experiencias, muy oportunamente introducido por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de “medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones”; por otro lado, con el planteamiento del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre (“de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo”) que, interviniendo en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, identifica en el nuevo contrato formativo la vía maestra para la inserción laboral de las personas jóvenes»²⁹.

Y es precisamente en la línea de demarcación entre práctica no laboral y contrato formativo que se sitúa el núcleo de la cuestión objeto de estudio, que puede resumirse en los términos de una necesidad de reconducir herramientas diferentes a las diferentes raciones que las inspiras y en las que se basan³⁰.

Desde esta perspectiva, solamente una reforma, inspirada por lógicas sistemáticas y limitativas, podrá producir el necesario impacto en la solución de perfiles extraordinariamente significativos de la que no parece exagerado definir como la “cuestión social contemporánea”, caracterizada -inter alia- por precariedad y pobreza laboral y que tiene como protagonista a una generación de jóvenes, que sufren la «erosión continua de sus expectativas de futuro»³¹.

²⁸ CC.OO., *Aprendices, becarias y trabajo precario. Una guía sobre prácticas en la empresa para representantes sindicales*, 2019, 6, <https://bit.ly/409Ag6n> (fecha de última consulta: 15 de abril de 2023).

²⁹ S. BINI, *Becas y prácticas no laborales, esperando al Estatuto del Becario*, en S. BINI y A. CASTRO FRANCO, *Becas, contratos de trabajo formativos y en sector de Universidades e investigación*, Aranzadi, 2023, 143.

³⁰ Pues bien, como destaca el arriba considerado artículo 3, RD 592/2014, de 11 de julio, entre las finalidades clave de las prácticas no laborales en entornos profesionales, hay que destacar la contribución a la formación integral de la persona en práctica, la complementación práctica de la formación teórica, la facilitación del conocimiento de las metodologías de trabajo, el desarrollo de habilidades y competencias de varia naturaleza (personales, participativas, técnicas, metodológicas), vivir una experiencia concreta y práctica que mejore la empleabilidad del sujeto interesado y facilite, así, su inserción laboral, estimulando al mismo tiempo la creatividad, la innovación y el emprendimiento.

³¹ J. SANCHIS, *Cuatro días. Trabajar menos para vivir en un mundo mejor*, Barlin Libros, 2023, 63.

LA DESCARBONIZACIÓN DEL TURISMO DESDE UN PLANO LABORAL Y EL EMPLEO VERDE

ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE
*Profesor del Área de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva*

SUMARIO:

1. LA DESCARBONIZACIÓN DEL TURISMO
2. LAS CONDICIONES LABORALES COMO CONTRIBUCIÓN A LA CAUSA
3. EL EMPLEO VERDE EN EL TURISMO
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

La huella de carbono que se origina en el sector turístico ha llevado a replantearse el modelo actual y a tratar de paliar sus efectos negativos, buscando la descarbonización del turismo a través de un modelo de desarrollo sostenible que sea capaz de mejorar el plano medioambiental y el plano social. Desde este planteamiento general, interesa analizar la cuestión desde una de las vertientes que pueden contribuir a reducir esta huella en el mundo de los viajes, en particular, aquella que partiendo de un plano de flexibilidad en el ámbito laboral pueda permitir un mejor uso turístico en los destinos, a la vez que las personas trabajadoras se conviertan en viajeros responsables, contribuyendo así a esta causa global.

El desarrollo de un turismo respetuoso con el medio ambiente sirve para crear empleos verdes en aquellas empresas que cumplan con estos sistemas de producción, además de generar nuevas oportunidades de empleo orientados a profesionales especializados en esta materia. Todo ello sin olvidar, como recuerda la OIT, que estos empleos verdes son empleos decentes, por lo que dentro de este replanteamiento del sector turístico ha de tenerse muy presente que la precariedad laboral no debe tener cabida en este campo de actuación.

1. LA DESCARBONIZACIÓN DEL TURISMO

El turismo es un fenómeno difícil de acotar en el que se ven enmarcados muy diversos agentes que van desde los clásicos medios de transporte o de alojamiento, a otros de carácter patrimonial o de ordenación del territorio por citar tan solo algunos, sin olvidar el papel que juegan los Estados, así como las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales para la consecución de los objetivos deseados. Circunstancias de múltiples aristas que rodean al fenómeno turístico y que vienen siendo tratadas en el ámbito internacional desde hace décadas, donde se llegó a calificar el turismo como una actividad humana fundamental, como un elemento vital en el Derecho de las Naciones Unidas¹.

El turismo a día de hoy es considerado uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta la economía mundial y consecuentemente como una fuente generadora de empleo de carácter esencial en el panorama internacional y muy especialmente en aquellos territorios con una situación más precaria. Dada la dimensión que alcanza se le viene otorgando la denominación de industria turística, pese a que en puridad no debe ser considerada como tal, ya que su actividad principal no es la producción de bienes sino la prestación de servicios, incluso dando un paso más, en algún momento ha llegado a ser calificada singularmente como “industria sin chimenea”².

Paradójicamente, en los últimos tiempos el sector propiamente industrial viene abordando un proceso de transición energética con la reducción de emisiones de carbono y la búsqueda de energías más limpias que ayuden a combatir el cambio climático. El sector turístico pese a no ser técnicamente una industria, ni aun usando ese otro calificativo tan particular de industria sin chimenea, no está exento a la hora de generar una huella de carbono que ha llevado a replantearse el modelo actual y a tratar de paliar sus efectos negativos, buscando la descarbonización del turismo a través de un modelo de desarrollo sostenible que sea capaz de mejorar el plano medioambiental y el plano social.

¹ FERNÁNDEZ FÚSTER, Luis. *Historia general del turismo de masas*. Alianza Universidad Textos, 1991, p. 692-702. Plasma el documento completo de las Recomendaciones sobre el Turismo Internacional aprobadas en la Conferencia de las Naciones Unidas en Roma 1963, bajo el patrocinio de la ONU y que el autor llegó a considerar durante varios años como un verdadero código turístico.

² MONTANER MONTEJANO, Jordi. *Estructura del mercado turístico*. Editorial Síntesis, 1991, p. 97.

Desde esta perspectiva, la Organización Mundial del Turismo (OMT) como organismo especializado de las Naciones Unidas, se encarga de promover con carácter universal este tipo de turismo responsable, sostenible y accesible en este ámbito de actividad para el cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)³. Por lo que este modelo sostenible se convierte en la gran apuesta para conseguir los retos que se plantean alrededor de la descarbonización del turismo, donde este organismo viene orientando sobre esta circunstancia a distintas escalas, en las que se propugna, bien de forma general, bien de manera más específica, la necesidad de mantener un equilibrio adecuado de los recursos medioambientales, respetar la autenticidad sociocultural y asegurar actividades económicas viables a largo plazo⁴.

Siguiendo la misma dirección de este compromiso internacional, se adopta en nuestro país una Declaración ante la Emergencia Climática y Ambiental, estableciendo como una de sus líneas prioritarias la de abordar el vínculo entre el cambio climático y el sector del turismo⁵. Una circunstancia por la que se está diseñando la Estrategia de Turismo Sostenible de España 2030, cuyo objetivo principal es sentar las bases de la transformación del turismo español hacia un modelo de crecimiento sostenido y sostenible, que contribuya entre otros aspectos a la mejora de los valores medioambientales en los destinos; no en vano España es una potencia turística mundial y este sector constituye una de sus principales fuentes de ingreso (11,7% del PIB) y de generación de empleo, ya que emplea al 12,2% del total de afiliados en España⁶.

Desde esta óptica, el diseño de un nuevo modelo de turismo sostenible ha de venir marcado por la consecución de esos objetivos, entre los que se encuentra esa reducción de la huella de carbono, sin que ello signifique una pérdida de competitividad del sector. Las posibles contribuciones para tratar de alcanzar tal finalidad, pueden y deben venir proyectadas desde muy diversos ámbitos, entre los cuales podemos situar aquellas que derivan de una perspectiva laboral.

En este sentido, podemos recordar como la materia laboral ha estado entrelazada al mundo del turismo en distintas etapas de su desarrollo, siendo la más significativa la que acontece a partir de la segunda mitad del siglo pasado, que contribuyó al período de mayor crecimiento histórico del turismo. Aunque algunas de esas mejoras socio laborales se habían iniciado con anterioridad, podemos señalar como de especial significado para esta circunstancia, el reconocimiento de las vacaciones pagadas, la semana inglesa de cinco días de trabajo, la reducción de la jornada laboral a 40 horas, sin olvidar otra también relevante como la ampliación de las coberturas de la seguridad social (desempleo, jubilación, invalidez, etc.)⁷. Entre otras cuestiones, estas mejoras de las condiciones de trabajo permiten a la clase social trabajadora disponer de los elementos necesarios para poder viajar, que básicamente podemos resumir en dos grandes máximas: tiempo y dinero.

³ Visible en: <https://www.unwto.org/es/turismo-por-los-ods>

⁴ Visible en: <https://www.unwto.org/es/desarrollo-sostenible>

⁵ Declaración del Gobierno ante la Emergencia Climática y Ambiental, cuestión reconocida entre las líneas prioritarias con el número 25, que se encuentra visible en el siguiente enlace: https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/prensa/declaracionemergenciaticmica_tcm30-506551.pdf

⁶ Información visible en el siguiente enlace: <https://turismo.gob.es/es-es/estrategia-turismo-sostenible/paginas/index.aspx>

⁷ VOGELER RUIZ, C. y HERNÁNDEZ ARMAND, E., *El mercado turístico: estructura, operaciones y procesos de producción*. Ramón Areces, 2000, p. 26.

2. LAS CONDICIONES LABORALES COMO CONTRIBUCIÓN A LA CAUSA

La constante evolución en la que nos encontramos inmersos, nos lleva en la actualidad a una nueva visión en la que las condiciones laborales siguen entrelazadas al mundo del turismo, aunque desde una dimensión bien distinta en la que, de alguna manera, pueden contribuir al proceso de descarbonización del turismo. Desde esta perspectiva, algunas de las circunstancias laborales ya citadas pueden seguir estando presentes en el ámbito turístico, aunque sea desde una nueva orientación. De tal forma, que una mayor flexibilidad en el disfrute de las vacaciones puede coadyuvar a desestacionalizar el turismo, una reducción de la jornada semanal fijándola en cuatro días puede permitir el desplazamiento en medios de transportes más sostenibles y el teletrabajo puede combinar ambas posibilidades, tanto por el hecho de poder ser desarrollado en núcleos turísticos durante su temporada baja, como por lo que pueda suponer en cuanto a disminución o mejora en los desplazamientos.

2.1. Flexibilidad en las vacaciones

Las vacaciones anuales están concebidas con un doble objetivo, por un lado, pretende la recuperación del sujeto trabajador del desgaste que supone la realización de la prestación de trabajo y por otro, garantizar el reconocimiento del derecho al descanso. Un reconocimiento que viene avalado por normas de orden laboral tanto internacionales, como supranacionales, así como por nuestra CE, y que se encarga de regular el ET⁸ y que distingue el derecho a vacaciones anuales retribuidas de otros tipos de permisos con distintas finalidades⁹. Aunque este reconocimiento de las vacaciones remuneradas de las personas trabajadoras, no solo encuentra su plasmación desde un plano estrictamente laboral, sino que también viene siendo proclamado históricamente desde no pocos documentos internacionales de orientación turística¹⁰.

Una consideración que vuelve a poner de manifiesto la vinculación que tiene la materia laboral con el mundo del turismo y muy especialmente el derecho a las vacaciones, cuya materialización puede influir significativamente no solo en las cifras de viajeros, sino que dependiendo de la forma en la que se lleve a cabo su concreción, puede también incidir en la saturación o no de los destinos turísticos durante determinadas épocas. Así, la determinación del momento del disfrute tiene especial trascendencia para las personas trabajadoras y por vía indirecta puede repercutir también en el mundo de los viajes, entre otras consideraciones por proporcionar un tiempo libre en el cual se pueden desarrollar una pluralidad de actividades ajenas al trabajo¹¹.

⁸ Convenio OIT 132 (1970), Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, art. 40.2 CE y art. 38 ET.

⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V., La necesaria proactividad empresarial para el disfrute de las vacaciones. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, núm. 9, p. 1-9.

¹⁰ Declaración de Manila sobre el turismo mundial (Conferencia Internacional del Turismo convocada por la OMT, 1980), donde se hace un recorrido por todos los parabienes del turismo, resaltando el derecho al descanso, con especial incidencia en el derecho a las vacaciones anuales pagadas de los trabajadores y la repercusión que esta circunstancia causó catapultando el turismo, siendo de especial significado el párrafo 4, que menciona “El derecho al uso del tiempo libre y especialmente el derecho de acceso a las vacaciones y a la libertad de viaje y de turismo, consecuencia natural del derecho al trabajo, están reconocidos, por pertenecer al desarrollo de la misma personalidad humana en la Declaración Universal de Derechos Humanos así como acogidos en la legislación de muchos Estados”. Documento de Acapulco (Reunión Mundial de Turismo convocada por la OMT, 1982), donde cabe destacar el reconocimiento del derecho al tiempo de descanso y ocio, el derecho a vacaciones pagadas y periódicas, así como la creación del marco adecuado tanto social como legislativo, para extender esta circunstancia a todas las clases sociales. Carta del Turismo y Código del Turista (aprobados por la OMT, 1985), destacando el art. 1.1 del primer documento, donde se hace eco del reconocimiento universal a todas las personas de los derechos al descanso y tiempo libre, a la limitación de jornada, al reconocimiento de las vacaciones pagadas y a la libertad de viajar; así como el art. 3, apartado d) que emplaza a los Estados a la ordenación de diversas cuestiones de índole socio-laboral.

¹¹ NORES TORRES, L. E., La influencia “Comunitaria” en la configuración “interna” del derecho a las vacaciones anuales retribuidas. *Revista Galega de Dereito Social*, 2020, núm. 10, p. 53-82.

El art. 38.2 ET, admite su materialización de una sola vez o en distintos periodos, una previsión que admite el fraccionamiento de las vacaciones en distintas fechas y que salvaguarda lo establecido en el art.8 C132 (OIT), sobre el derecho a que una de las fracciones consista al menos en dos semanas consecutivas. Tradicionalmente las vacaciones han sido disfrutadas durante la época estival convirtiéndose en uno de los detonantes que han provocado uno de los grandes problemas que acarrea el turismo, como es el de la estacionalidad. Una cuestión sobre la que ya se alertaba desde el panorama turístico donde se atribuía esa concentración de la demanda en determinados meses del año, no solo a cuestiones climatológicas, sino también al cierre anual de industrias forzadas por ciertas normas del sector y al disfrute de vacaciones pagadas en el periodo coincidente con el de las vacaciones escolares¹². Planteando a este respecto una recomendación muy concreta dirigida a los países emisores de turismo, para que escalonasen tanto las vacaciones escolares como la de los propios trabajadores.

El legislador deja en manos de las partes interesadas la concreción del acuerdo, por lo que a priori serán empresario y trabajador los que deberán ponerse de acuerdo, eso sí, de conformidad con lo establecido en su caso por los convenios colectivos sobre su planificación¹³. Aunque esa teórica libertad de acuerdo entre las partes va a venir condicionada por ciertos factores, tales como: el número de sujetos trabajadores que componen la plantilla o más concretamente el departamento o puesto que en cada caso deba quedar cubierto, la actividad productiva de la empresa que puede supeditar la posibilidad de incluir o excluir determinadas fechas e incluso si se produce o no, el cierre total de la empresa.

Otra cuestión a tener en consideración, es la previsión que hace el apartado 3 del art. 38 ET, en relación al derecho de los trabajadores a conocer las fechas que le correspondan, al menos dos meses antes de la fecha del disfrute, un reconocimiento de especial trascendencia para la situación personal de cada uno, que desde la óptica turística se acentúa aún más al permitir una planificación de los viajes con suficiente antelación y evitar problemas de última hora y todo lo que ello conlleva.

Aunque la falta de acuerdo admita una solución por la vía judicial, cuestión que también puede venir motivada por la falta de entendimiento entre los propios compañeros, en la mayoría de los casos van a primar los intereses de la empresa a la hora de fijar los periodos, más o menos, adecuados para su ejercicio por lo que salvando aquellas consideradas microempresas donde el acuerdo puede ser más fácil, la realidad es que el protagonismo principal va a quedar en manos de la capacidad negociadora en el ámbito de empresa.

Fruto de todo lo cual, se podrían alcanzar acuerdos más flexibles que permitan desdibujar el panorama actual y permitir un mayor escalonamiento en el disfrute de las vacaciones y consecuentemente con más posibilidades de viajar en temporada baja. Una circunstancia que sin duda puede contribuir a reducir la huella de carbono evitando la concentración masiva en determinadas fechas y lugares, a la vez que permite un tipo de viaje más respetuoso con el entorno no solo evitando esa masificación, sino contribuyendo a desestacionalizar los destinos con todo lo que ello supone en cuanto a circunstancias ambientales y sociales, sin por supuesto olvidar, la ineludible creación o mantenimiento del empleo durante esa temporada baja.

¹² Declaración de la Haya sobre Turismo, de la Conferencia Interparlamentaria sobre Turismo, organizada de forma conjunta por la Unión Interparlamentaria y la OMT (1989). Considerando estas cuestiones sobre la estacionalidad en la Conclusión número 14 que enlaza a este respecto con el apartado número 28 de las Recomendaciones.

¹³ CASTRO ARGÜELLES, M. A., Elaboración del calendario y fijación de los turnos de vacaciones en empresas sin representación de los trabajadores.: STS-SOC núm. 715/2019, de 16 de octubre. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2019, núm. 8, p.1-9.

2.2. Jornada laboral de cuatro días

La regulación de la jornada de trabajo ha sido uno de los elementos de especial trascendencia en el panorama laboral, una circunstancia que se viene manifestando a lo largo de los tiempos, siendo especialmente significativo su aparición en el primer Convenio de la OIT sobre las horas de trabajo (1919). La constante preocupación del tiempo de trabajo se ha ido contrastando a lo largo de las distintas regulaciones que lo contemplan y de la que nuestro texto constitucional también se hace eco en su art. 40.2, reconociendo la limitación de la jornada laboral, como uno de los mecanismos para garantizar el descanso necesario.

Desde esta perspectiva podemos apreciar como el tiempo de trabajo va inexorablemente unido al tiempo de descanso, circunstancia que igualmente se manifiesta en la regulación que de ello hace el ET en su sección 5^a. La delimitación del tiempo dedicado al trabajo, así como la forma en que ha de desarrollarse viene establecido en sus extremos y condicionantes, dejando a partir de ahí un margen de actuación para que sea la negociación colectiva la que regule en cada caso el sistema de organización que mejor se adapte a cada ámbito de actuación, siempre y en todo caso respetando los límites establecidos.

El referente de partida que hace el art.34 ET de la jornada, es el modulo semanal con la fijación de las cuarenta horas de trabajo efectivo, aunque a renglón seguido recurre al cómputo anual para la fijación de su promedio, sin olvidar los topes de jornada ordinaria diaria o los descansos entre jornadas o semanal. Siendo habitual recurrir al modelo anual ya que los sistemas productivos no suelen ser uniformes a lo largo del año y con ello se permite una distribución irregular con la que alcanzar un mayor rendimiento.

En cualquier caso, lo que hasta ahora permanecía más o menos invariable era la jornada semanal de cinco días de trabajo, sin embargo, esta fórmula tradicional empieza a replantearse en pro de una semana laboral de cuatro días, lo que viene generando un cierto debate no solo doctrinal, sino también desde otros foros como el político¹⁴ o el sindical¹⁵, además de constatar como ya se ha convertido en una realidad en determinadas empresas y que incluso ha sido objeto de ayudas tanto estatales¹⁶ como autonómicas¹⁷ para favorecer su implantación.

La implantación de la semana laboral de cuatro días no se encuentra actualmente regulada de manera específica, lo que no quiere decir que no pueda derivar de la vía negociada, incluso a través de otros mecanismos menos recomendables como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), o el de inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET), e incluso como consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo (art. 47 ET). Ya que una medida de esa naturaleza que conlleva una reducción de tiempo de trabajo, sería bien recibida por la parte trabajadora siempre y cuando no suponga una minoración en la retribución¹⁸.

¹⁴ Más País-Equo, *Un acuerdo verde para España. Adelanto de programa electoral 2019*, p.21-22, en: <https://maspais.es/uploads/Programa-verde-Mas-Pais.pdf>

¹⁵ UGT, *Por una jornada laboral de 32 horas semanales*, Servicio de Estudios de la Confederación, Madrid, 2021, p. 34-36, en: <https://servicioestudiosugt.com/por-una-jornada-de-32-horas-semanales/>

¹⁶ Orden ICT/1238/2022, de 9 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras de subvenciones para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral (BOE núm. 301, de 16 de diciembre de 2022).

¹⁷ Resolución de 2 de agosto de 2022, de la Dirección General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral, por la cual se convocan ayudas destinadas al establecimiento de incentivos a la reducción de la jornada laboral a cuatro días o treinta y dos horas semanales y a la mejora de la productividad en las empresas con centros de trabajo situados en la Comunidad Valenciana, para el ejercicio 2022 (DOCV de 24 de agosto de 2022).

¹⁸ TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E., El debate sobre la reducción de la jornada laboral. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 2021, núm. 36, p. 255-267.

Las ventajas que este cambio de jornada puede reportar a las personas trabajadoras pueden ser múltiples y variadas, muy singularmente en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, aunque de lo que se trata ahora es de centrar la cuestión en la posible incidencia que pudiese originar en un plano turístico, desde una doble dimensión, por un lado, en cuanto a lo que puede suponer la disponibilidad de más tiempo de descanso, y por otro, en lo relativo a la cuestión medioambiental.

Llegar a alcanzar la jornada semanal de cuatro días de forma voluntaria, no es fácil de desarrollar en todo el tejido productivo y particularmente en un sector como el turístico donde suele imperar esa máxima de trabajar cuando los demás descansan, por aquello de ser un tipo de actividad vinculada al sector del ocio. No quiere ello decir que determinadas empresas turísticas no puedan optar por este sistema de organizar el trabajo en cuatro días trabajo a la semana, pero su principal beneficio puede venir impulsado por el crecimiento que supondría para la industria del ocio y del tiempo libre, una reducción de tiempo de trabajo generalizada por parte de las personas trabajadoras¹⁹.

La preferencia establecida por el legislador como regla general es la de hacer coincidir el descanso semanal con el fin de semana, tal y como se desprende de lo preceptuado en el art. 37.1 ET, por el contrario, los días denominados laborables son aquellos que no coinciden con domingos o festivos. Aunque lógicamente no en todos los ámbitos de actividad, pero una redistribución de jornada para convertirla en cuatro días laborables puede conllevar un alargamiento del popular fin de semana, algo que sin duda favorece el interés por los desplazamientos en cualquier época del año, lo que a su vez puede contribuir a superar la estacionalidad de los destinos, a la vez que puede crear más empleo.

Desde la perspectiva medioambiental, hay que considerar como uno de los beneficios que ofrece la jornada laboral semanal de cuatro días es la de emitir menos gases contaminantes, estimando que si la reducción de la jornada ordinaria fuese de un 25%, o lo que viene a suponer un día laboral menos, las emisiones de gases como el CO₂ podrían disminuir un 36,6%, lo que sin duda contribuiría a minimizar el calentamiento global y el cambio climático²⁰. Además, en relación al mundo de los viajes, la existencia de una mayor disponibilidad de tiempo libre permite desplazamientos en medios de transportes más sostenibles, toda vez que pueden surgir nuevas alternativas, fundamentalmente al transporte aéreo, que, si bien es el medio más rápido para viajar, es también el más contaminante, por lo que disfrutar de un mayor tiempo de descanso admite el uso de un tipo de transporte más ecológico como puede ser el tren.

2.3. Teletrabajo

El trabajo realizado a distancia del centro de trabajo tradicional ha sido una práctica utilizada desde hace tiempo para acoger básicamente tareas artesanales realizadas en el domicilio del trabajador, circunstancia que con el devenir de los tiempos ha ido evolucionando. El sistema de trabajo por cuenta ajena en el que su rasgo más significativo es el lugar donde materialmente se va a desarrollar la prestación de servicios es el denominado “trabajo a distancia” o trabajo remoto. Una forma de desarrollar la actividad laboral que desde su propia calificación ya anuncia la posibilidad de ser ejecutada desde un lugar diferente al del centro de trabajo tradicional.

Cuestiones relativas a la organización del trabajo, a la flexibilidad laboral, a la conciliación de la vida laboral y familiar, pero, sobre todo, como consecuencia del

¹⁹ MIÑARRO YANINI, M., *Del fallido debate de la jornada de «35» horas al de «32»: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 456, 2021, p. 5-10.

²⁰ Información disponible en: <https://factorialhr.es/blog/jornada-laboral-4-dias/>

desarrollo tecnológico experimentado en los últimos tiempos, han permitido nuevas posibilidades alrededor de esta forma de trabajar descentralizada, que también se conoce como “teletrabajo”²¹.

Este calificativo de teletrabajo que proviene del acervo de la UE, encuentra su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico en un momento posterior a la pandemia con la Ley 10/2021, de trabajo a distancia, que en su art. 2, define el Teletrabajo como aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Un sistema que sin embargo ya existía de facto como subespecie del trabajo a distancias, en el que las TIC son fundamentales para su desarrollo y que son precisamente estas las que hacen posible el desplazamiento del trabajador fuera de la empresa²². Una posibilidad de desplazamiento que se convierte en clave principal para poder analizar este modelo de trabajo en un panorama turístico.

La diversidad que permite este sistema de prestar el trabajo a distancia hace que tengan cabida además del domicilio del trabajador como lugar pionero de esta modalidad, otras opciones alternativas que pueden adaptarse hoy en día a la actividad laboral en cualquier lugar, de hecho, es mucho más frecuente utilizar las nuevas tecnologías para respaldar el trabajo desde lugares remotos²³, e incluso sin una localización determinada denominado teletrabajo nómada o itinerante²⁴.

La organización del trabajo a través de esta fórmula de teletrabajo permite una flexibilidad laboral que se traduce no solo en una adaptación del tiempo de actividad, sino también del espacio donde se ha de desarrollar el mismo. El lugar de la prestación se convierte así en el eje esencial que posibilita analizar situaciones más allá de fronteras geográficas, posicionando a estos teletrabajadores en cualquier lugar del panorama internacional. De hecho, esta modalidad ya se contemplaba otorgándole incluso un calificativo a la medida como “Teletrabajo *offshore* o transnacional” para definir el trabajo prestado en un Estado diferente a aquel donde está instalada la empresa matriz²⁵.

Una de las ventajas que ofrece el teletrabajo es sin duda la posibilidad de ser realizado desde cualquier lugar del mundo, incluso aquellos con especial atractivo turístico. Así, algunos de estos lugares se han dotado de los equipamientos necesarios tanto para teletrabajar como para el ocio, aunando la idea de trabajo y turismo, bajo la denominación de oficina vacacional (*Resort Office*), constituyendo una clase de teletrabajo mediante el uso de instalaciones turísticas más allá del turismo vacacional²⁶.

Esta situación permite una ocupación más prolongada y escalonada en el tiempo, no sometándose al yugo estacional donde la masificación de los destinos impide un mejor

²¹ Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 2002 (revisado en 2009), firmado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito comunitario -Confederación Europea de Sindicatos (CES), Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP)-, a instancias de sendas decisiones auspiciadas por el propio Consejo y la Comisión de la UE.

²² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y LAZARO SÁNCHEZ, J. L., “Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión”. *Derecho y Conocimiento*, 2002, vol. 2, p. 151-173.

²³ ALFARO DE PRADO SAGRERA, A., “Flexibilidad laboral y nuevas tecnologías: e-trabajo”. *Trabajo: Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, 2004, n° 14, p. 131-152.

²⁴ THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas Laborales*, 2003, n° 72, p. 35-68. Según los autores, además del teletrabajo a domicilio o en centros de teletrabajo o telecentros, se establece esta modalidad de teletrabajo nómada o itinerante, en el que el puesto de trabajo no se encuentra en ningún lugar determinado, al estar sometido a esos cambios de localizaciones permanentes.

²⁵ SACO BARRIOS, R. G., “El teletrabajo”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2007, n° 60, p. 325-350. Señalando además el autor determinados países que se han convertido en los principales destinatarios de esta modalidad.

²⁶ JIMÉNEZ QUINTERO, J. A.; PADILLA MELÉNDEZ, A.; DEL ÁGUILA OBRA, A. R., “Aspectos económicos y organizativos de los telecentros o centros de teletrabajo. Análisis del caso español a través de un estudio

uso de los recursos, a la vez que puede liberar en cierta medida la huella de carbono que generan la masificación de turistas en los distintos enclaves turísticos, evitando al menos el uso constante de desplazamientos, así como disponer de un mayor tiempo para la llegada o salida del destino que le permita el uso de medios de transportes menos contaminantes. Eso sí, siempre y cuando este cambio de hábitos no suponga una frecuencia desmesurada en aras de esas otras actividades turísticas, lo que a la larga podría originar lo que se conoce como efecto rebote y consecuentemente no solo no sería beneficioso, sino que, muy al contrario, sería contraproducente, pese a ello los estudios empíricos realizados sobre este tema evidencian la relación positiva entre trabajo y reducción de desplazamientos²⁷.

Este trabajo a distancia desarrollado al amparo de las nuevas tecnologías está conociendo un impulso significativo cuyos límites están aún por determinar, permitiendo acomodar el lugar de la prestación laboral a cualquier ámbito designado por el trabajador. Estas otras localizaciones pasan en la actualidad, desde la adaptación de lugares pensados para otro tipo de uso, hasta otros que han sido diseñados a la medida para esta finalidad, todo lo cual hace pensar en la posibilidad no solo de trabajar en cualquier punto geográfico mundial por muy alejado que se encuentre, sino en una clara alternativa a su desarrollo en entornos rurales más cercanos, que puedan adaptar las necesidades que conlleva este tipo de trabajo y poder servir como mecanismo de desarrollo turístico sostenible en dichos espacios.

3. EL EMPLEO VERDE EN EL TURISMO

Según la OIT los empleos verdes son empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medio ambiente ya sea en los sectores tradicionales o en nuevos sectores emergentes relacionados con las energías renovables y la eficiencia energética²⁸. De lo cual se desprende, que más allá de los que se generan en los sistemas de producción y tecnologías verdes, también obtienen dicha consideración todos aquellos que se gestan en otros sectores cuyos procesos de producción sean más respetuosos con el medio ambiente, aunque no siempre culminen en bienes o servicios ambientales.

Es fundamental considerar que cualquiera de las propuestas señaladas para determinar alguna tipología de empleo verde pasa por alcanzar la consideración de trabajo decente, lo que conlleva el cumplimiento de todas las claves que rodean este concepto de trabajo, en cuanto a estabilidad, ingresos justos, seguridad y protección social, igualdad de oportunidades y trato para todos, etc. En esa misma dirección se pronuncia la Agenda 2030 (ODS), que promueve el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, con una especial referencia al ámbito turístico, con el mensaje de elaborar y poner en práctica políticas encaminadas a promover un turismo sostenible que cree puestos de trabajo y promueva la cultura y los productos locales²⁹.

El desarrollo de un turismo respetuoso con el medio ambiente sirve para crear empleos verdes en aquellas empresas que cumplan con estos sistemas de producción, además de generar nuevas oportunidades de empleo orientados a profesionales especializados en esta

empírico". *RAE: Revista Asturiana de Economía*, 2001, n° 20, p. 117-146. Se plantea la cuestión como una utilización para cortos periodos de tiempo, cuestión que por otro lado podría encajar en el ámbito del teletrabajo de carácter itinerante, ya que de otra forma pasaría a formar parte de otro tipo de situaciones en el marco de la movilidad geográfica e incluso en la llamada prestación de servicios transnacional.

²⁷ PÉREZ PÉREZ, M. y AAVV. El impacto medioambiental del teletrabajo. *Factores determinantes y estudio de un caso*. Universidad de Zaragoza, 2002, vol. 14, p. 143-156.

²⁸ Enlace de la OIT disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_325253/lang-es/index.htm

²⁹ OIT, Trabajo Decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, Objetivo 8.9, p. 4, visible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf

materia. Máxime, en un país como el nuestro donde, el turismo tiene un gran peso específico, donde esas otras formas de turismo sostenible se convierten un objetivo prioritario para la recuperación económica y el cambio de modelo productivo³⁰.

Por lo que la gestión medioambiental tanto en los productos clásicos que integran el turismo, de mediación, transporte, alojamiento y restauración, han de convertirse en una realidad, así como las políticas de desarrollo de los destinos turísticos, se convierten en pieza clave para la descarbonización del turismo y la creación de ese empleo verde. Aunque las estrategias utilizadas en este sector con la existencia de códigos de conducta, guías de buenas prácticas, ecoetiquetas, certificaciones o sistemas de gestión ambiental son instrumentos cada vez más generalizados en este sector, no deben restar competitividad ni a los destinos ni a las empresas turísticas³¹.

Luego, es importante una buena planificación en materia de desarrollo turístico sostenible que abra las puertas a nuevos yacimientos de empleo vinculados a este modelo, con la aparición de nuevas profesiones, o no tan nuevas, a cubrir en materias relacionadas con esta tipología de turismo³². El desarrollo de naturaleza sostenible supone una oportunidad del sector turístico a la transición ecológica y para originar un empleo potencial en el sector ligado al turismo activo, la restauración o a determinados productos de la economía local, lo que permite no solo la generación de esos puestos de trabajo, sino también la dinamización de su economía y la fijación de la población³³.

Todo ello sin olvidar, como recuerda la OIT, que estos empleos verdes son empleos decentes, por lo que dentro de este replanteamiento del sector turístico ha de tenerse muy presente que la precariedad laboral no debe tener cabida en este campo de actuación. Una consideración de mejora laboral que ya se venía demandando desde hace décadas desde el ámbito del turismo, que emplazaba a los Estados para que fomentasen mejores condiciones de empleo para los trabajadores de la actividad turística³⁴.

El principal problema con el que se encuentra el sector turístico es la gran concentración que se genera en el tiempo y en el espacio, provocando una alta estacionalidad, esta circunstancia repercute negativamente a muy distintos niveles entre los que se encuentran los ecosistemas y el medio ambiente, pero también con cierto impacto a otros niveles como el laboral, donde se manifiesta una alta temporalidad en los empleos, con contrataciones de personal no siempre bien cualificados y con sometimiento a largas jornadas de trabajo, que contribuyen a mirar a otros sectores de actividad que se consideren más atractivos para estas personas trabajadoras.

La mejora de las condiciones laborales puede contribuir a la mejora del desarrollo sostenible del turismo, al empleo y al desarrollo económico, generando un incremento de actividad en el sector sobre todo ante la posibilidad de ser realizado durante la temporada baja. Cuestión que va a contribuir a una mejora en cuanto a la rentabilidad y beneficios económicos del sector turístico por el alargamiento de la temporada alta, y a la creación

³⁰ RAMOS DÍAZ, J., Economía Verde y Empleo: las potencialidades y limitaciones laborales de la transición ecológica en España, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, núm. 34,2, 433-453.

³¹ GÓMEZ MARTÍN, M. B. Retos del turismo español ante el cambio climático. *Investigaciones Geográficas* (España), 2017, núm. 67, p. 31-47.

³² Entre estos nuevos profesionales especializados se citan entre otros los de gestor de reservas naturales, diseñador de actividades de aventura, administrador de ecoturismo y algunos más tradicionales que se reinventan como el de monitor de naturaleza, guía interpretativo de turismo activo o especialista en compras verdes. Información disponible en: <https://www.turijobs.com/blog/turismo-sostenible-una-nueva-oportunidad-laboral/>

³³ Informe sobre Empleo y Transición Ecológica, Yacimientos de Empleo, Transformación Laboral y Retos Formativos en los Sectores Relacionados con el Cambio Climático y la Biodiversidad en España, 2023, apartado 5.3.11. Eje BIO4: Turismo de naturaleza sostenible, p.73-75. Disponible en: https://fundacion-biodiversidad.es/wp-content/uploads/2023/05/Estudio-Empleo-y-Transicion-Ecologica_def.pdf

³⁴ Declaración de Manila sobre el turismo mundial (Conferencia Internacional del Turismo-OMT, 1980), párrafo 17.

de un empleo de mayor calidad durante todo el año, en definitiva, contrarrestando los efectos negativos a los que habitualmente condiciona la estacionalidad de la actividad turística. Según la OMT, este provecho debe extenderse a todos los agentes implicados y no solo a las empresas, sino también a las comunidades anfitrionas, además de generar esas oportunidades de empleo estable³⁵.

Por último, cabe al menos señalar, como existe un mecanismo que trata de corregir de alguna forma la alta estacionalidad a la que está sometida este sector en materia de empleo, así, se establece como incentivo a la contratación laboral una medida de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de las personas trabajadoras con contrato fijos-discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística³⁶.

4. CONCLUSIONES

El sector turístico tiene una especial sensibilidad ante las condiciones medioambientales que pueden suponer una degradación no solo del ecosistema global, sino de los distintos territorios en los que se viene desarrollando, donde los problemas que se vienen gestando por una mala planificación o por un uso desmedido, pasan por situaciones como la denominada turistificación, o de otra índole como la que nos ocupa, en relación a la huella de carbono que se origina. Ante esta realidad, todas las contribuciones son pocas, no solo para cumplir con los distintos compromisos adquiridos desde distintos ámbitos, sino para no quebrar un sector de actividad que es uno de los pilares básicos de nuestra economía. Es por eso, que también desde un plano laboral se puede contribuir a la causa, a través de una serie mejoras o adaptaciones de las condiciones laborales, que pueden influir en la llamada descarbonización del turismo desde diferentes perspectivas.

Así, una mayor flexibilidad en la distribución de las vacaciones de las personas trabajadoras permite desestacionalizar el turismo evitando la masificación y cooperando para crear nuevos empleos o alargar el mantenimiento de los mismos durante la temporada baja. La implantación de la jornada laboral de cuatro días a la semana, puede permitir una mayor predisposición para los viajes de forma más escalonada en el tiempo, a la vez que esa mayor disponibilidad de tiempo libre admite el uso de otros medios de transportes menos contaminantes que el avión. Además, el crecimiento en cuanto a uso del sistema de teletrabajo supone la posibilidad de poder ser desarrollado en cualquier lugar del mundo y su contribución al desarrollo sostenible del turismo, puede venir avalado tanto por la limitación de desplazamientos que suele conllevar este sistema de organización del trabajo, como por el hecho de ocupar destinos durante la temporada baja e incluso por la opción de trasladarse a entornos rurales vaciados o menos masificados.

En cuanto al empleo verde en el turismo, hay que considerar como también es viable en este sector de actividad siempre y cuando se desarrollen de forma respetuosa por aquellos agentes que intervienen en los procesos turísticos. Siempre entendiendo que han de llevarse a cabo bajo el paraguas del trabajo decente, convirtiéndose en una esencia fundamental que se cumplan todos los parámetros que rodean a este tipo de empleo. Ante dicho

³⁵ Información de la OMT disponible en: <https://www.unwto.org/es/desarrollo-sostenible>

³⁶ Real Decreto-ley 1/2023 (BOE núm. 9, de 10 de enero), de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. Que en su art. 30, establece el contenido de esta medida con el siguiente tenor literal: "Las empresas, excluidas las pertenecientes al sector público, dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo, así como los de comercio y hostelería, siempre que se encuentren vinculados a dicho sector del turismo, que generen actividad productiva en los meses de febrero, marzo y noviembre de cada año y que inicien y/o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de las personas trabajadoras con contratos de carácter fijo-discontinuo, podrán aplicar en dichos meses una bonificación en la cotización, en los términos establecidos en el artículo 10, de 262 euros/mes".

escenario la incidencia laboral planteada sirve de igual modo para un desarrollo sostenible y para la creación de este tipo de empleos, pero además esas mejoras de las condiciones de trabajo van a coadyuvar a fomentar nuevos yacimientos de empleo verde, al suscitar nuevas oportunidades profesionales con la aparición de nuevos perfiles de trabajo o por la reinención de algunos existentes.

5. BIBLIOGRAFÍA:

ALFARO DE PRADO SAGRERA, A., “Flexibilidad laboral y nuevas tecnologías: e-trabajo”. *Trabajo: Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, 2004, núm. 14, p. 131-152.

CASTRO ARGÜELLES, M. A., Elaboración del calendario y fijación de los turnos de vacaciones en empresas sin representación de los trabajadores.: STS-SOC núm. 715/2019, de 16 de octubre. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, 2019, núm. 8, p.1-9.

FERNÁNDEZ FÚSTER, L., Historia general del turismo de masas. *Alianza Universidad Textos*, 1991, p. 692-702.

GÓMEZ MARTÍN, M. B. Retos del turismo español ante el cambio climático. *Investigaciones Geográficas (España)*, 2017, núm. 67, p. 31-47.

JIMÉNEZ QUINTERO, J. A.; PADILLA MELÉNDEZ, A.; DEL ÁGUILA OBRA, A. R., “Aspectos económicos y organizativos de los telecentros o centros de teletrabajo. Análisis del caso español a través de un estudio empírico”. *RAE: Revista Asturiana de Economía*, 2001, núm. 20, p. 117-146.

MIÑARRO YANINI, M., Del fallido debate de la jornada de «35» horas al de «32»: la dialéctica entre reducción o distribución de la jornada de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 456, 2021, p. 5-10.

MONTANER MONTEJANO, J., Estructura del mercado turístico. *Editorial Síntesis*, 1991, p. 97.

NORES TORRES, L. E., La influencia “Comunitaria” en la configuración “interna” del derecho a las vacaciones anuales retribuidas. *Revista Galega de Dereito Social*, 2020, núm. 10, p. 53-82.

PÉREZ PÉREZ, M. y AAVV., El impacto medioambiental del teletrabajo. Factores determinantes y estudio de un caso. *Universidad de Zaragoza*, 2002, vol. 14, p. 143-156.

RAMOS DÍAZ, J., Economía Verde y Empleo: las potencialidades y limitaciones laborales de la transición ecológica en España. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, núm. 34,2, 433-453.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., “Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión”. *Derecho y Conocimiento*, 2002, vol. 2, p. 151-173.

SACO BARRIOS, R. G., “El teletrabajo”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2007, nº 60, p. 325-350.

SEMPERE NAVARRO, A. V., La necesaria proactividad empresarial para el disfrute de las vacaciones. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, núm. 9, p. 1-9.

TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E., El debate sobre la reducción de la jornada laboral. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 2021, núm. 36, p. 255-267.

THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”, *Temas Laborales*, 2003, núm. 72, p. 35-68.

VOGELER RUIZ, C. y HERNÁNDEZ ARMAND, E., El mercado turístico: estructura, operaciones y procesos de producción. *Ramón Areces*, 2000, p. 26.

**PREMIADAS DEL SEGUNDO PANEL:
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

**LA MEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA EFECTIVA EN LOS PROCESOS DE
DESCUELGO CONVENCIONAL: GARANTIZANDO LA RESOLUCIÓN DEL
CONFLICTO DESDE UN ENFOQUE COLABORATIVO**

RAQUEL CASTRO MEDINA
Universidad de Málaga
Profesora Sustituta Interina
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DESCUELGO Y SU PROCEDIMIENTO
3. GESTIÓN DEL DESACUERDO: ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN
COMO SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL
4. EL ACUERDO
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN:

El descuelgue del convenio colectivo presenta unas singularidades específicas propias que han ido afianzando su papel como mecanismo de flexibilidad interna preventivo de la pérdida masiva de empleos y, en su caso, del cierre de la empresa a causa de situaciones económicas, técnicas, organizativas o productivas desfavorables. Bien es cierto que puede ser considerado como una medida destinada a evitar grandes agravios a las empresas pero, en cualquier caso, tiene aparejada como contrafuerte la obligada intervención heterónoma sustitutiva de la autonomía colectiva. De hecho, al no ser un mecanismo de flexibilidad interna sustentado, se presupone, en el poder de decisión unilateral de la empresa reduce esa importante vertiente de concienciación de los sujetos negociadores en la necesidad de tal determinación. Dicho lo cual, en ese clima de desconcierto el choque de intereses puede ser un fuerte obstaculizador del entendimiento y, por ende, del buen fin del proceso de negociación. Recurrir a la mediación puede otorgar una mayor perspectiva de las iniciativas e intereses de las partes a través de la identificación de los límites o puntos de resistencias, las zonas en común y la mejor alternativa para el acuerdo.

1. INTRODUCCIÓN

El término “conflicto”, en cualquier contexto, generalmente se percibe de manera negativa; sin embargo, la experiencia nos enseña que cada conflicto representa una oportunidad para mejorar y transformar las expectativas de una situación. Los conflictos son inevitables y forman parte natural de la vida¹. Además, el conflicto es un proceso que influye en las actitudes y comportamientos de las partes involucradas. Se manifiesta como disputas que surgen debido a antagonismos o incompatibilidades entre dos o más partes, resultado de diversas valoraciones, intereses, instintos, emociones, creencias, entre otros factores. Estos desacuerdos pueden abordarse de diversas maneras, desde la negociación hasta la violencia, dependiendo de las respuestas que las partes elijan para enfrentar el conflicto. En última instancia, cada conflicto presenta una oportunidad para el crecimiento y el cambio, permitiendo a las personas mejorar su comprensión mutua y encontrar soluciones constructivas para los desafíos que enfrentan².

En esta línea, es esencial entender que el conflicto en sí mismo no debería llevar consigo una connotación negativa, ya que puede manifestarse de maneras tanto positivas como negativas. La clave radica en la gestión que se haga de este conflicto. Se define el conflicto como una confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes, y se destaca que esta confrontación no necesariamente debe ser vista de forma negativa, ya que los conflictos también tienen aspectos positivos que pueden conducir a un desarrollo beneficioso para todas las partes involucradas. Cuando un conflicto resulta perjudicial para alguna o todas las partes afectadas, esto indica que el conflicto no ha sido manejado adecuadamente. La gestión inadecuada puede llevar a un enfrentamiento dañino. En última instancia, la forma en que se aborde y gestione el conflicto determina si este se convierte en una fuerza constructiva que promueva el entendimiento y el crecimiento, o si degenera en un enfrentamiento perjudicial para todas las partes involucradas³.

¹ Vid. CALDERÓN CONCHA, P., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista de paz y conflictos*, núm. 2, 2009, págs. 60-81.

² Vid. FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998.

³ VINYAMATA CAMPS, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.

Ciertamente, los conflictos surgen debido a la confrontación de intereses, percepciones y actitudes entre las partes involucradas⁴, ya sean empresarios y trabajadores u otros actores en distintos contextos. Esta tensión es inherente a las relaciones humanas y, en particular, en el ámbito laboral, donde las diferencias en recursos, poder, identidad y valores pueden generar desacuerdos significativos. En el trasfondo de estas disputas se encuentra una lucha por encontrar soluciones que se alineen con los intereses de cada parte, lo que puede abordarse desde distintas perspectivas, ya sea como conflictos jurídicos, que implican la interpretación y aplicación de normativas, o como conflictos de intereses, relacionados con la modificación de dichas normativas para adecuarlas a las necesidades de las partes involucradas⁵.

El Estado se erige como mediador y garante de la equidad en estas relaciones. Dada la creciente complejidad de las relaciones laborales y las posibles desigualdades entre trabajadores y empresarios, se han establecido mecanismos para resolver las diferencias de manera justa. Los órganos jurisdiccionales, como se estipula en el artículo 24.1 de la Constitución Española, se han convertido en un recurso esencial para asegurar la tutela judicial efectiva y mantener un equilibrio mínimo entre las partes comprometidas en el conflicto⁶. Ante este precepto constitucional cabría cuestionarse la admisibilidad de los medios extrajudiciales más aún cuando entra en juego la Directiva 2008/52/CE que impone a los estados miembros la previsión legal de la mediación. Pero la respuesta parece obvia puesto que si bien la constitución atribuye en exclusiva a los órganos del Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional no impide que los conflictos jurídicos puedan ser resueltos por otras vías que se presenten más convenientes y ágiles⁷.

Es crucial subrayar que estos procedimientos no aspiran a reemplazar el sistema judicial existente. En cambio, buscan llenar el vacío dejado por los ineficaces y pasivos mecanismos de conciliación administrativa. Estos sistemas ofrecen una alternativa complementaria, especialmente valiosa en conflictos donde intervienen consideraciones más allá del ámbito estrictamente legal, como factores económicos, técnicos, de oportunidad, sindicales, comparativos o de equidad pura. Además, son especialmente útiles en situaciones donde la solución judicial no es viable, como es el caso de las negociaciones⁸.

Todo lo cual adquiere una especial importancia en complejo escenario del actual panorama económico donde las relaciones laborales se encuentran inmersas en una dinámica de constante tensión entre empleadores y empleados. La incertidumbre económica y las fluctuaciones del mercado han exacerbado estos desafíos, generando una necesidad urgente de adaptación y resolución. Ante esta realidad, se han desplegado una serie de medidas reguladoras y planes de contingencia destinados a mitigar las complejidades del entorno laboral. Estas estrategias han implicado ajustes temporales en la actividad empresarial y han dado lugar a la implementación de mecanismos específicos para hacer frente a la evolución impredecible de la pandemia, al tiempo que se busca facilitar la transición y reactivación de la actividad laboral.

⁴ FISAS ARMENGOL, V., op. cit., pág. 30.

⁵ FERNÁNDEZ-RÍOS, M., *Condiciones de éxito y fracaso de la mediación laboral*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 1996.

⁶ Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M L., *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2004.

⁷ MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación*, Marcial Pons, 2010, pág. 48.

⁸ ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., "Solución autónoma de conflictos laborales", en AA.VV. CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, M.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*. 2017, Bomarzo, Murcia, págs. 541-559.

No obstante, la entrada en vigor de la nueva reforma laboral para el 2022, según el Real Decreto Ley 32/2021 del 28 de diciembre, ha generado tensiones y gran incertidumbre en las relaciones laborales, dando lugar a nuevos conflictos y la necesidad urgente de encontrar soluciones efectivas. En este contexto, se hace más evidente la necesidad de desarrollar medidas extrajudiciales para la resolución de controversias laborales. Los medios extrajudiciales, como la mediación y el arbitraje, se destacan por su flexibilidad e informalidad. Por ejemplo, según el artículo 25.1 de la ley de arbitraje, las partes tienen la libertad de acordar el procedimiento al que se ajustarán los árbitros en sus actuaciones. Estos métodos ofrecen una vía rápida y efectiva para resolver conflictos laborales, proporcionando una alternativa valiosa en un entorno laboral cada vez más complejo y desafiante.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DESCUELGO Y SU PROCEDIMIENTO

En un mundo laboral caracterizado por la incertidumbre y la variabilidad económica, la flexibilidad laboral se ha convertido en una palabra clave⁹. La persistencia del desempleo masivo ha llevado a una profunda revisión de las prácticas laborales, dando lugar a debates complejos y a la emergencia de nuevos enfoques en el análisis del mercado laboral. En este contexto, la flexibilidad laboral se ha convertido en un tema crucial que abarca diversas dimensiones, desde contratos temporales hasta ajustes salariales y cambios en las horas de trabajo.

En el caso específico del mercado laboral español, dos olas de flexibilidad, una externa y otra interna, han transformado significativamente las dinámicas laborales. La primera ola de flexibilidad, impulsada en gran medida por las conexiones económicas internacionales, se gestó en la segunda mitad de los años ochenta. Se caracterizó por el auge del empleo temporal, que se convirtió en un rasgo distintivo de sus políticas. Por otro lado, la segunda ola, interna y surgida durante la crisis económica de principios de la última década, se centró en la reorganización del tiempo laboral, las funciones y los salarios. Mientras que la primera ola fue el foco principal de las reformas desde los años noventa hasta la crisis actual, la segunda se ha convertido en el objetivo central de las reformas laborales más recientes¹⁰.

La flexibilidad laboral es un concepto polisémico¹¹ que, con carácter general, responde a una táctica empresarial diseñada para retomar el control sobre la estructura laboral, que en épocas anteriores implicaba la participación activa de los trabajadores en la toma de decisiones. Esta estrategia, sin embargo, se traduce en una reducción de los costes para las empresas. Para los trabajadores, esto significa enfrentar una clara contrapartida: una incertidumbre creciente en sus condiciones de vida y empleo.¹² No obstante, parece claro que los empleos de “baja calidad” no son simplemente el resultado de la flexibilidad laboral en sí, sino más bien de situaciones donde los trabajadores han perdido su capacidad de negociación como grupo. Cuando los trabajadores tienen un

⁹ RECIO, A., “Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm.5, 1994, págs. 57-74.

¹⁰ MANZANERA-ROMÁN, S., ORTIZ GARCÍA, P. y OLAZ CAPITÁN, A., “Trabajo y flexibilidad laboral en un escenario de crisis económica: situación del caso español”, *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2017, núm. 36, págs. 87-95.

¹¹ MARTÍNEZ PASTOR, J.I. y BERNARDI, F., “La flexibilidad laboral: significados y consecuencias”, *Política y Sociedad*, vol. 48, núm. 2, págs. 381-402.

¹² MIGUÉLEZ LOBO, F., “La flexibilidad laboral”, *Trabajo*, núm.13, 2004, págs. 17-36.

poder de negociación efectivo, los efectos negativos, especialmente en términos de inseguridad laboral, se minimizan significativamente¹³.

Así pues, de esta dinámica resalta la importancia del poder de negociación colectiva en la determinación de la calidad del empleo, incluso en situaciones donde ciertas condiciones pueden ser modificadas según los convenios colectivos. En este contexto, la legislación laboral establece que los convenios colectivos tienen una eficacia general, según el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores - en adelante ET- , siempre que se sigan los procedimientos detallados en el Título III. Esta disposición legal refleja el cumplimiento del mandato constitucional que garantiza el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos para empleadores y trabajadores.

Sin embargo, el mismo artículo del ET también prevé la posibilidad de inaplicar o modificar ciertas condiciones de trabajo acordadas en el convenio colectivo. Este mecanismo, considerado como un “mecanismo suspensivo”¹⁴, permite ajustes en situaciones específicas sin invalidar por completo el convenio. La capacidad de negociación colectiva, por lo tanto, se convierte en un elemento crucial en la protección de los derechos laborales incluso en situaciones donde las condiciones pueden ser modificadas, asegurando así un equilibrio justo entre las necesidades de los empleadores y los derechos de los trabajadores en el mercado laboral.

Además, con una regulación legal al servicio de tal fin, las empresas gestionan sus procesos de ajuste y recurren a mecanismos como el descuelgue convencional, el agotamiento de la ultraactividad o el uso del despido colectivo. Estas medidas no solo han llevado a un aumento del desempleo y a la disminución de las condiciones laborales, especialmente en los primeros tiempos de aplicación de las reformas, sino que también han contribuido a expandir estas prácticas. No obstante, estas acciones terminan siendo aceptadas como un mal menor debido a las altas tasas de desempleo que afectaban al país en ese momento¹⁵.

Es especialmente notable el papel que se le asigna a la negociación colectiva como herramienta de flexibilidad interna en el marco de la “Flexiseguridad”¹⁶. El legislador ha recurrido repetidamente a esta práctica como respuesta a situaciones adversas de crisis económica para abordar las deficiencias relacionadas con el empleo. Esta solución se ha convertido en un patrón recurrente, independientemente de las particularidades de cada crisis, dando forma al Estatuto de los Trabajadores desde su instauración en 1980. Esta persistente presión por la flexibilización ha perdurado durante 42 años, alcanzando niveles notablemente elevados en la actualidad. No sorprende, por tanto, la estrecha relación entre la reforma laboral de 2012 y estas medidas, dado este contexto de evolución constante y adaptación del marco laboral.

La reforma laboral de 2012, establecida en el Capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, destinada a la reforma del mercado de trabajo, implementó diversas medidas para fomentar la flexibilidad interna en las empresas. Esta reforma permitió a las empresas enfrentar fluctuaciones en la demanda mediante mecanismos alternativos al despido, como reducciones temporales de salario o de jornada, preservando así el capital humano

¹³ MIGUÉLEZ LOBO, F. y PRIETO RODRÍGUEZ, C., “Transformaciones del empleo, flexibilidad y relaciones laborales en Europa”, *Política y Sociedad*, vol. 46, núm. 1, 2019, págs. 275-287.

¹⁴ LÓPEZ LÓPEZ, J., “Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): Una interpretación acorde con el modelo constitucional, Relaciones laborales: *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 4, 2014, págs. 17-32.

¹⁵ VILA TIERNO, F., “Empleo, reformas laborales y sostenibilidad del sistema de pensiones”, CEF, 2017, pág. 21-57.

¹⁶ Vid. LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F., “La flexiseguridad laboral en España”, *Documentos de trabajo*, núm. 157, 2010, págs. 1-64.

de la empresa¹⁷. Así pues, en virtud de tales medidas, la reforma otorgó a las empresas la capacidad temporal para alterar o inaplicar lo establecido en los convenios colectivos. Además, se concedió prioridad absoluta al convenio colectivo de empresa sobre niveles superiores de negociación en la regulación de diversas materias. Asimismo, se impuso una limitación temporal a la ultraactividad de los convenios colectivos, que quedó establecida en un año desde su denuncia, a menos que existiera un acuerdo en contrario.

La opción de la inaplicación definitiva del convenio colectivo durante la etapa de ultraactividad (según el artículo 86.3 ET) sigue siendo una alternativa para las empresas en la actualidad. A pesar de que el artículo 82.3 del ET establece la obligatoriedad de los convenios colectivos para todos los empresarios y trabajadores dentro de su ámbito de aplicación y durante toda su vigencia, el descuelgue convencional a través de un acuerdo de empresa o, en su defecto, un arbitraje, representa una excepción significativa a la eficacia general del convenio colectivo, cuyo alcance no puede pasarse por alto¹⁸.

A sensu contrario, otro de los cometidos reformistas se trata de la modificación del art. 82.3 ET -el denominado descuelgue convencional-, si aparenta querer volver a la dirección marcada en el citado RDL 7/2011 por cuanto se ve circunscrito al “descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves”. En efecto, se planteó suprimir la facultad de modificar cuestiones como el tiempo de trabajo, mejoras voluntarias, etc. pero nada se decía frente a la posibilidad de descolgarse del propio convenio de empresa -en el 2011 y antes solo era respecto al sectorial-, ni si las causas económicas graves son las contempladas o definidas en aquel RDL 7/2011 que es, al fin y al cabo, lo inmediatamente anterior a la reforma de 2012¹⁹.

Tras la implementación de la Ley 3/2012, se han introducido cambios significativos en el marco legal del descuelgue de las condiciones laborales establecidas en los convenios colectivos. Estos cambios no solo amplían las áreas en las que una empresa puede apartarse de las disposiciones convencionales, sino que también unifican su regulación en un único artículo, específicamente el artículo 82.3. Además, se ha establecido la obligatoriedad y el carácter vinculante de recurrir a un arbitraje en caso de desacuerdo, permitiendo que cualquiera de las partes involucradas someta la discrepancia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC). Estos requisitos no son particularmente complejos, lo que sugiere un esfuerzo por hacer que sean fácilmente adaptables a las diversas situaciones empresariales. Es importante señalar que los requisitos de fondo, como la existencia de una causa, se han reducido significativamente en comparación con las normativas anteriores. Incluso se ha simplificado el proceso, eliminando la necesidad de que un juez laboral evalúe la relación causa-efecto entre la medida tomada y el objetivo perseguido. Esta disposición legislativa crea una similitud con las condiciones del despido colectivo según el artículo 51 ET, presentando el descuelgue como una opción menos drástica, casi como una fase previa al despido²⁰.

Es importante destacar un último punto sobre la causalidad. Además del procedimiento, la causalidad es el único requisito legalmente necesario para llevar a cabo el descuelgue, y esta normativa es imperativa en el sentido de que la negociación colectiva no puede aumentar los requisitos de causalidad establecidos por ley ni imponer condiciones

¹⁷ Vid. CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2021, págs. 231- 248.

¹⁸ Vid. VILA TIERNO, F., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Aranzadi, Navarra, 2022.

¹⁹ VILA TIERNO, F., y CASTRO MEDINA, R., “La negociación colectiva en la flexibilidad interna de la empresa” en AA.VV. *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-pandemia COVID-19 y recientes reformas*

²⁰ NAVASCUÉS SARRATEA, A., “Descuelgue salarial y ultraactividad de convenios colectivos.” *Actualidad Jurídica*. núm.36, 2014, págs. 87-92.

diferentes²¹. Tal exigencia parece buscar equilibrar, de alguna manera, el poder entre empleadores y empleados, asegurando que las empresas no utilicen el descuelgue como un medio para reducir costes arbitrariamente.

Por su parte, el proceso del descuelgue se convierte en el elemento central de la reforma legislativa en este ámbito, y su importancia es crucial, a pesar de partir del mantenimiento de la estructura inicialmente establecida por reformas anteriores²². Con el fin de salvaguardar el derecho constitucional a la negociación colectiva, el proceso de descuelgue implica la necesidad de llevar a cabo un periodo de negociaciones en el cual los representantes de los trabajadores participen activamente. Además, es esencial obtener un consenso entre las partes involucradas para poder proceder con la modificación de las condiciones originalmente acordadas en el convenio colectivo²³.

Para lo cual, en primer lugar, y con carácter perceptivo, el empresario deberá abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores autorizados para negociar, el cual puede culminar en un acuerdo mutuo. La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponde a los sujetos indicados en el artículo 41.4 ET, para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo²⁴.

Durante el periodo de consultas, las partes involucradas deben entablar negociaciones sobre las razones del descuelgue y la posibilidad de mitigar o evitar sus implicaciones. En este proceso, no se requieren formalidades excesivas; lo esencial es llevar a cabo una negociación efectiva basada en la buena fe y un genuino espíritu de diálogo²⁵. La empresa tiene la responsabilidad de proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información y documentación necesaria para facilitar las negociaciones y asegurar su éxito²⁶. Este requisito de buena fe que guía el periodo de consultas implica que los representantes de los trabajadores puedan evaluar adecuadamente las razones detrás del descuelgue y negociar las medidas específicas propuestas. El objetivo es evitar o reducir los efectos del descuelgue, y en última instancia, minimizar las repercusiones para los empleados afectados²⁷.

Los acuerdos de empresa son una expresión particular del derecho a la negociación colectiva en el ámbito empresarial. A diferencia de los convenios colectivos estatutarios, estos acuerdos no tienen aplicabilidad general y su naturaleza es principalmente la de un contrato normativo. Estos acuerdos establecen obligaciones entre las partes negociadoras y las personas a las que se destinan²⁸.

Este acuerdo puede abarcar aspectos cruciales como la jornada laboral, el horario, el sistema de remuneración, entre otros, siempre y cuando existan razones económicas, organizativas, técnicas o de producción que lo justifiquen. Es esencial resaltar que esta modificación está sujeta a restricciones específicas y solo puede aplicarse en circunstancias

²¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., "El descuelgue del convenio colectivo", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 16, 2022, págs. 45-95.

²² CRUZ VILLALÓN, J., "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", *Revista de Dereito Social*, núm. 57, 2012, págs. 231-248.

²³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013.

²⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., "El descuelgue ..." op. cit.

²⁵ Vid. POQUET CATALÁ, R., "La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe", *IUSLabor*, núm. 1, 2016, págs. 1-22.

²⁶ COLÁS NELIA, E., "Descuelgue e inaplicación del contenido normativo del convenio colectivo", en AA.VV. JÁVEGA CHACARTEGUI, C. y LÓPEZ LÓPEZ, J., *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*, Bomarzo, Murcia, 2016, págs. 87-112.

²⁷ Por todas, STS de 30 junio 2011 (rec. 173/2010).

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P., "ACUERDOS COLECTIVOS, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LOS DESCUELGUES", *TEMAS LABORALES*, núm. 154, 2020, págs. 251-277.

particulares. Además, el acuerdo alcanzado tiene un plazo máximo de vigencia, que está limitado por la duración del convenio colectivo que se pretende modificar, asegurando así una regulación laboral flexible y adaptativa a las necesidades cambiantes de las empresas y los trabajadores.

Este acuerdo solo puede ser impugnado ante la jurisdicción social en caso de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su celebración. Es decir, si las partes alcanzan un acuerdo, se reconoce implícitamente la existencia y concurrencia de circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas. Además, debe especificar con precisión las nuevas condiciones laborales aplicables en la empresa y su duración, la cual no puede extenderse más allá del momento en que sea aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Y, en ningún caso, el acuerdo de inaplicación puede llevar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio, tales como aquellas relacionadas con la eliminación de discriminaciones por género o las contempladas en el plan de igualdad aplicable en la empresa. Es fundamental notificar este acuerdo a la comisión paritaria del convenio colectivo correspondiente.

Por otro lado, en caso de no alcanzar un acuerdo durante el período de consultas, este hecho no puede ser suplido por la decisión unilateral del empresario una vez finalizado el mismo y antes de recurrir a la intervención externa y obligatoria, se han establecido otras instancias para resolver la discrepancia. Se ha creado así un sistema escalonado para gestionar el desacuerdo, que primero implica la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y, en última instancia, la intervención de los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos²⁹.

El Estatuto de los Trabajadores establece que en caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes involucradas tiene la opción de remitir la discrepancia a la comisión, aunque esto no es obligatorio. Esta comisión tiene un plazo máximo de siete días para pronunciarse desde que se le plantea la discrepancia. Si no se solicita la intervención de la comisión o si esta no logra llegar a un acuerdo, las partes deben recurrir a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, contemplados en el artículo 83. Estos procedimientos incluyen el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante. En este caso, el laudo arbitral tiene la misma validez que los acuerdos obtenidos durante el periodo de consultas y solo puede ser impugnado siguiendo el procedimiento y los motivos establecidos en el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores (artículo 82.3, párrafo séptimo del ET).

Cuando el periodo de consultas concluye sin acuerdo y no son aplicables los procedimientos mencionados anteriormente o estos no resuelven la discrepancia, cualquiera de las partes puede presentar la situación ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos si la inaplicación de las condiciones de trabajo afecta a centros de trabajo de la empresa ubicados en más de una comunidad autónoma. En otros casos, se debe recurrir a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas. Estos órganos, ya sea en su conjunto o a través de un árbitro designado por ellos mismos para garantizar su imparcialidad, deben tomar una decisión en un plazo máximo de veinticinco días a partir de la fecha en que se presenta el conflicto. La decisión tomada tiene la misma validez que los acuerdos obtenidos durante el periodo de consultas y solo puede ser impugnada siguiendo el procedimiento y los motivos establecidos en el artículo 91 ET.

²⁹ SÁEZ LARA, C., “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, págs. 313- 368.

Entendemos que en la práctica será el empresario el interesado en dar comienzo a cualquiera de estas fases, asegurando de esta forma la finalización del procedimiento, reuniendo los requisitos para llevar efectivamente a cabo el descuelgue. Pero basta que una sola de las partes tenga la voluntad de seguir para situar la discrepancia ante un tercero.

3. GESTIÓN DEL DESACUERDO: ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN COMO SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Anteriormente, ya se permitía la solución extrajudicial en caso de desacuerdos durante el período de consulta. Sin embargo, ahora las partes pueden optar por someterse directamente a mediación o arbitraje, siempre que se realice dentro del plazo máximo establecido para el período de consultas. Este acuerdo puede limitarse a mediación o incluir arbitraje, con la necesidad de suscribir un compromiso arbitral detallado si se elige esta opción. A pesar de la rigidez de los plazos, las partes podrían acordar extensiones, aunque la interpretación práctica de los plazos podría plantear desafíos. Si se llega a un acuerdo durante la mediación, se considera equivalente a un acuerdo en el período de consultas y solo puede impugnarse en casos de fraude, dolo, coacción o abuso³⁰.

La mediación, regulada por la Ley 5/2012 del 6 de julio, representa un proceso voluntario de resolución de disputas en el cual las partes en conflicto son asistidas por un mediador neutral. Este mediador desempeña un papel fundamental como facilitador de la comunicación, permitiendo que las partes expresen libremente sus puntos de vista, opiniones, intereses y necesidades. Durante el proceso mediador, las partes colaboran y dialogan bajo la guía experta del mediador, quien facilita la aproximación de sus posiciones para alcanzar un acuerdo mutuo. Aunque el mediador no tiene la obligación de proponer acuerdos, su capacidad para ofrecer sugerencias constructivas es de gran utilidad. La mediación se convierte en un recurso valioso cuando las partes no pueden resolver sus diferencias a través de negociaciones directas. Es crucial destacar que, a diferencia de la jurisdicción o el arbitraje, el mediador no impone una solución; su función se limita a colaborar y asistir a las partes para encontrar una resolución a través del diálogo y la negociación³¹.

Desde una perspectiva histórica y de justicia social, la mediación se considera un medio invaluable para unir a las personas en torno a intereses compartidos, promoviendo la creación de vínculos y estructuras comunitarias más sólidas³². Esta práctica, que tiene raíces profundas en diversas culturas a lo largo de la historia, ha demostrado ser un método eficaz para resolver disputas mediante el razonamiento y la comprensión mutua, en lugar del conflicto y la confrontación. En la actualidad, la promoción de una cultura de mediación se presenta como una alternativa fundamental para evitar conflictos judiciales innecesarios. Esto implica no solo la capacitación de los profesionales del derecho en técnicas de mediación, sino también una reconfiguración de los currículos universitarios para incorporar una comprensión profunda de estas prácticas alternativas³³. La mediación,

³⁰ ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., "Solución autónoma de conflictos laborales", en AA.VV. CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, M.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*. 2017, Bomarzo, Murcia, págs. 541-559.

³¹ SAN CRISTÓBAL REALES, S., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, págs. 39-62.

³² GONZÁLEZ-CAPITEL, C., *Manual de Mediación*, Atelier, Barcelona, 2001.

³³ MANUEL ROSALES, C. y TÉLLEZ ORTEGA, J.L., "Lo inútil del Derecho", *Foro, Nueva época*, vol. 25, núm. 1, 2022, págs. 169-197.

cuando se aborda con seriedad y compromiso, puede transformarse en un pilar esencial para el acceso a la justicia y la resolución de conflictos en nuestra sociedad.

En 1996, surgió en España la primera propuesta formal para recurrir a la mediación y al arbitraje laboral a través del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC). Este acuerdo, respaldado por asociaciones sindicales, empresariales y el Gobierno nacional, se enfoca en los conflictos colectivos, dejando fuera los conflictos individuales o interpersonales. El ASEC respeta las competencias de los sistemas autonómicos y permite a las partes dar preferencia a estos sistemas incluso si el conflicto está bajo la jurisdicción del ASEC.

En el ámbito andaluz, el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales (SERCLA) se estableció en 1996 a través de un acuerdo interprofesional firmado por la Confederación Empresarial de Andalucía y los sindicatos UGT y CC.OO. El SERCLA, respaldado por el Gobierno andaluz, inició su funcionamiento en enero de 1999 y está vinculado al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

El servicio de mediación del SERCLA es administrado por un equipo compuesto por cuatro mediadores, dos designados por la confederación empresarial y dos por las asociaciones sindicales. Estos mediadores facilitan el proceso de mediación sin actuar como representantes de las partes involucradas. Además, una persona en funciones de secretaria, proporcionada por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, asiste a las sesiones de mediación y documenta cada caso.

El SERCLA aborda principalmente dos tipos de conflictos: los conflictos jurídicos, relacionados con la aplicación e interpretación de normas establecidas, y los conflictos de intereses, que se centran en las condiciones de empleo. Estos últimos pueden ser presentados como “conflictos generales” cuando las partes buscan la intervención del SERCLA debido a un estancamiento en las negociaciones, o como “conflictos previos a huelga” cuando la falta de acuerdo ha llevado a una amenaza de huelga. A través del SERCLA, se promueve una resolución autónoma y colaborativa de los conflictos laborales en Andalucía³⁴.

El equipo de mediación en el SERCLA opera con autonomía en sus intervenciones, aplicando diversas técnicas para facilitar la resolución de conflictos. Sin embargo, se ha establecido un Modelo de Referencia³⁵ para la mediación en el SERCLA, el cual se describe a continuación. Este modelo se enfoca en resolver los casos a través de diferentes etapas y concibe la mediación como una aproximación para solucionar problemas³⁶.

- A) La primera fase del proceso de mediación se enfoca en la preparación del equipo mediador. Se lleva a cabo una reunión previa donde los mediadores coordinan su trabajo en equipo y planifican el proceso y el primer encuentro con las partes involucradas. Durante esta reunión, se discuten las estrategias a utilizar, cómo se presentarán y en qué momento intervendrá cada miembro del equipo. También se aborda la imparcialidad en la mediación, destacando que los mediadores no representan a ninguna de las partes, sino que trabajan en conjunto para proteger los intereses de todos los involucrados. Además, se realiza una breve exposición del caso para anticipar y gestionar posibles dinámicas negativas entre las partes

³⁴ MARTÍNEZ PECINO, R., Efectividad de la mediación en los conflictos laborales, Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2007.

³⁵ Vid. ENGEL, A. Y BENEDIKT, K. *Negotiation and mediation techniques for natural resource management*. Vol. 3. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2005.

³⁶ MUNDUATE, L., BUTTS GRIGGS, T., MEDINA, J.F. y MARTÍNEZ-PECINO, R., “Guía para la Mediación Laboral”, Quito: Raymi, 2017.

durante el proceso de mediación. La coordinación efectiva entre los mediadores es fundamental para garantizar un proceso colaborativo y exitoso.

- B) En la segunda fase del proceso de mediación, se lleva a cabo una reunión conjunta del equipo de mediadores con las partes involucradas. Durante esta fase preliminar, se presenta la comisión de mediación y se explica detalladamente el proceso de mediación. El equipo mediador se asegura de que las partes comprendan su función y las responsabilidades que deben asumir en el proceso. Además, se establece una relación positiva y de confianza entre las partes y el equipo mediador. Las intervenciones del equipo están diseñadas para alentar a las partes a utilizar la mediación como una herramienta útil para resolver sus disputas, creando un ambiente cómodo y sin presiones para ambas partes. Esta fase es crucial para establecer un tono positivo y colaborativo para el trabajo conjunto entre las partes y el equipo mediador. En un segundo momento, el equipo mediador recopila información relevante sobre el conflicto sin enfocarse aún en encontrar soluciones. Las partes son alentadas a compartir sus experiencias utilizando preguntas abiertas. Cada parte expone su punto de vista y el equipo mediador resume estas exposiciones, haciendo preguntas para aclarar y entender mejor los problemas. Durante este proceso, se presta atención tanto al contenido como a las emociones involucradas, con el objetivo de flexibilizar posiciones y fomentar un diálogo constructivo. Esta fase sienta las bases para analizar posibles soluciones en etapas posteriores del proceso de mediación.
- C) Durante la tercera fase, el equipo mediador se comunica para analizar la información recopilada anteriormente y determinar cómo proceder en la sesión. Pueden hacerlo en presencia de las partes o en privado. Durante esta comunicación, se enfocan en los temas identificados y preparan un resumen de la situación. Las partes pueden colaborar en establecer el temario o el equipo mediador puede hacerlo solo y luego presentarlo. Aunque reunirse sin las partes puede ser útil para discutir problemas y estrategias, puede generar desconfianza y hacer que las partes se sientan excluidas del proceso. Es crucial encontrar un equilibrio para mantener la confianza y el protagonismo de las partes en la mediación.
- D) En la cuarta fase, se generan opciones sin compromiso, con la presencia de todos los miembros del equipo mediador. El objetivo es cambiar de las posiciones de las partes a sus intereses y aumentar las alternativas para resolver el problema. Se busca crear un ambiente creativo y de diálogo para encontrar soluciones que satisfagan a ambas partes. Esto se puede hacer en una sesión conjunta con todas las partes y mediadores, o en una sesión privada con un mediador y una de las partes. Es crucial mantener la colaboración y evitar dividir a los miembros del equipo mediador para preservar la confianza en el proceso.
- E) En la quinta fase se evalúan las opciones propuestas para encontrar una solución. Esto se puede hacer en una sesión conjunta mientras se negocian las opciones o en sesiones privadas. El equipo mediador no indica qué opción elegir, sino que las partes consideran si alguna alternativa satisface sus intereses o si pueden modificar alguna para lograr un acuerdo mutuo. Se contrastan las opciones viables con la realidad y se valoran sus posibles consecuencias antes de llegar a una decisión final.
- F) En la sexta fase se produce la mayor parte de la negociación en la mediación. Las partes discuten y seleccionan entre las opciones y alternativas generadas. Se busca desbloquear posiciones si es necesario. Esto puede implicar revisar las

concesiones realizadas, repasar los pre-acuerdos, discutir sobre otros temas o invitar a personas con información relevante. El equipo mediador ayuda a las partes a definir una solución adecuada, reformulando propuestas creativas y facilitando el progreso hacia un acuerdo mutuo. Esta fase puede llevarse a cabo tanto en sesiones conjuntas como en privadas.

- G) En caso de que las partes lleguen a un punto muerto durante la mediación, el equipo mediador puede ofrecer sugerencias como último recurso para superar el estancamiento. Estas sugerencias deben presentarse como opciones ofrecidas por todo el equipo mediador, evitando que alguna de las partes perciba favoritismo hacia la otra. El equipo puede presentar varias alternativas para que las partes elijan la que mejor se ajuste a sus necesidades. Además, si las partes llegan a acuerdos en ciertos aspectos, el equipo mediador puede intervenir solo en los temas pendientes. El objetivo es finalizar las negociaciones con un acuerdo amistoso entre las partes, evitando rupturas. Todo ello constituiría una séptima fase.
- H) Por último, en la final de la mediación, se detalla y redacta el acuerdo, asegurando una redacción clara que proteja la imagen de ambas partes. El acuerdo puede incluir cláusulas sobre los pasos a seguir en caso de incumplimiento. El equipo mediador agradece a las partes por sus esfuerzos, ya sea que hayan alcanzado un acuerdo o no. En los casos sin acuerdo, el equipo mantiene una actitud positiva y fomenta la confianza en el proceso y en la capacidad de las partes para resolver futuros problemas. El objetivo no es solo lograr un acuerdo, sino también comprometer a las partes y fomentar una mejor comprensión para resolver disputas futuras de manera autónoma.

Desde la preparación del equipo mediador hasta la redacción del acuerdo final, cada fase se enfoca en establecer una comunicación efectiva entre las partes involucradas y los mediadores. En los primeros ocho meses del año 2023, el SERCLA registró un total de 565 casos de conflictos colectivos, que involucraron a 20,771 empresas y 469,991 trabajadores. Esta cifra muestra un ligero aumento en comparación con el mismo período del año anterior, que tuvo 552 casos en 2022. Las provincias de Málaga y Sevilla destacaron con 106 y 105 casos respectivamente. En cuanto a los procedimientos efectivos, se tramitaron 381 casos en total. De los casos no resueltos, 40 expedientes concluyeron como “Intentado sin efecto”, lo que representa el 7.08% del total de los casos, un aumento con respecto al año anterior (5.80%). En términos generales, el índice de acuerdos alcanzó el 36.94% de los casos tramitados durante los primeros ocho meses del 2023. Es relevante destacar que el 47.57% de los casos relacionados con procedimientos previos a huelgas llegaron a acuerdos, mientras que este porcentaje fue del 48.28% para conflictos de intereses o bloqueos de negociación y del 25.53% para conflictos previos a la vía judicial³⁷.

El índice de acuerdos del 36.94% es un indicador mixto. Por un lado, demuestra los esfuerzos por llegar a soluciones, pero por otro lado, resalta la complejidad de los problemas que dificultan alcanzar acuerdos satisfactorios para ambas partes. Es interesante observar las diferencias en los porcentajes de acuerdos según el tipo de conflicto, siendo los procedimientos previos a huelgas ligeramente menos exitosos en comparación con los conflictos de intereses o bloqueos de negociación y los conflictos previos a la vía judicial.

³⁷ Informe actuaciones conflictos colectivos datos 1/1/2023 a 31/8/2023 Enlace web: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/car1/sercla/informes-estadisticas.html>

La mediación es un proceso dinámico e interactivo, cuya efectividad, viene determinada por un conjunto muy amplio de variables concerniente tanto a los sujetos implicados y sus conductas como a factores situacionales y contextuales³⁸. La intervención de una tercera parte en un proceso de negociación no siempre es eficaz para la consecución de un acuerdo. Sin embargo, una intervención ajena a las propias partes interesadas puede generar dificultades que pocas veces son reconocidas por los mediadores y sus más entusiastas defensores³⁹. Las estrategias empleadas por el mediador son profundamente relevantes para el resultado de la mediación⁴⁰.

A través de diversas estrategias diseñadas para resolver disputas, es posible evitar que los desacuerdos se agraven y lleguen a situaciones no deseadas como juicios o arbitrajes. Cuando las partes se comprometen sinceramente en el proceso de mediación, dispuestas a dejar de lado las emociones derivadas del conflicto, existe la posibilidad de encontrar una solución justa para el problema⁴¹. Aunque la mediación no asegura una solución satisfactoria para ambas partes en todos los casos, el proceso en sí mismo actúa como un mecanismo para prevenir la escalada del conflicto⁴².

La mediación se destaca por su notable flexibilidad, una característica que se traduce en diversas ventajas. La capacidad para llevar a cabo sesiones conjuntas entre las partes y el mediador, así como reuniones privadas individuales, ofrece un enfoque adaptable y personalizado. La duración de las sesiones y el propio procedimiento son maleables, lo que lo convierte en una alternativa ágil en comparación con los procesos judiciales rígidos. Además, la mediación permite que las partes sean coautoras de su acuerdo, lo que no solo aumenta la probabilidad de cumplimiento, sino que también promueve una mayor satisfacción con el resultado. En última instancia, la mediación ofrece a las partes la oportunidad de resolver sus conflictos de manera colaborativa y eficaz, facilitando la transición de estilos más individualistas a enfoques evolucionados de resolución de conflictos, como la colaboración y el compromiso⁴³.

Un desafío adicional supone la extensión de la mediación online desde la pandemia del COVID- 19 puesto que ya de entrada, no existe una definición legalmente establecida de lo que se entiende por mediación en línea. Como hemos mencionado anteriormente, ni la Ley de Mediación Civil y Mercantil (LMACM), ni el Proyecto de Real Decreto, ni el Real Decreto del 13 de diciembre de 2013 proporciona una definición precisa de la mediación en línea, limitándose a referirse a la mediación realizada a través de medios electrónicos. Por lo tanto, es necesario elaborar un concepto basado en los preceptos mencionados: el artículo 24 y la Disposición Adicional Primera de la LMACM, junto con lo establecido en el artículo 1 del mismo texto legal que define la mediación. Así, podemos entender la mediación en línea como un proceso de resolución y gestión de conflictos en el cual dos partes, con la asistencia de un mediador, dialogan sobre su problema o disputa a distancia en un entorno virtual facilitado por medios electrónicos, con el objetivo de llegar a un acuerdo de manera voluntaria y autónoma⁴⁴.

³⁸ SERRANO, G. y MÉNDEZ, M., "La mediación en los procesos de negociación: Un estudio experimental." *Revista de Psicología Social* vol. 1, núm. 2, 1986, págs. 137-152.

³⁹ FERNÁNDEZ-RÍOS, M., *Condiciones de éxito...* op. cit.

⁴⁰ MARTÍNEZ-PECINO, R., MUNDUATE, L. y MEDINA, F., "La gestión de conflictos organizacionales por medios extrajudiciales." *Papeles del Psicólogo* vol. 29, núm.1, 2008, págs. 41-48.

⁴¹ ORTEGA HERNÁNDEZ, J., "La mediación" en *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos*, JMBosch, Barcelona, 2019, págs. 281-343.

⁴² Vid. ZARISKI, A., "In Theory. A Theor y of Matrix for Mediators", *Negotiation Journal*, vol.26, núm.2, 2010, págs. 203-235.

⁴³ DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., "LA mediación en la resolución de conflictos", *Educar*, núm. 32, 2003, págs. 125-136.

⁴⁴ TALAVERA HERNÁNDEZ, J.A., "La figura del Mediador en la Mediación online", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm.38, 2015, págs. 203-230.

Y, es que, la mediación online implica el uso de herramientas tecnológicas como gestores documentales y salas de videoconferencia seguras para facilitar la gestión de conflictos en línea. Los mediadores deben desarrollar habilidades adaptadas al entorno digital, incluyendo técnicas tradicionales de mediación y manejo emocional en línea. Además de desafíos técnicos, como la conectividad y la falta de familiaridad con la tecnología, la mediación electrónica también enfrenta obstáculos relacionados con la confianza de los participantes y la interpretación del lenguaje corporal en un contexto virtual. A pesar de estos desafíos, la mediación electrónica es una realidad en desarrollo que ofrece oportunidades significativas en el campo de la gestión de conflictos y la informática jurídica. Adaptarse a estas nuevas formas de mediación implica no solo dominar las herramientas tecnológicas, sino también cultivar habilidades emocionales y comunicativas específicas para el entorno digital⁴⁵.

4. EL ACUERDO

La existencia del acuerdo implica que la justa causa no sea un requisito preciso y estricto para el descuelgue de las condiciones de trabajo, lo que relativiza la exigencia causal establecida por el artículo 82.3 ET, convirtiéndola en una disposición flexible. En cuanto a la posibilidad de impugnar el descuelgue por falta de causa, las opciones para impugnar el acuerdo son limitadas y se restringen a casos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Esta limitación afecta solo al acuerdo y no se aplica a las decisiones de la comisión paritaria, los sistemas autónomos de solución de conflictos o las resoluciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos equivalentes.

En términos de posibilidades impugnatorias, se permite recurrir el acuerdo si se sospecha que ha sido alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Es importante destacar que la impugnación no está relacionada con la falta de causa del descuelgue, sino con la presunta utilización de prácticas rechazadas por la legislación. Si bien las limitaciones para impugnar el acuerdo son claras, otras vías de impugnación permanecen abiertas⁴⁶. Por ejemplo, la legitimidad de los sujetos que participan en la negociación del acuerdo de empresa puede ser controlada judicialmente. Este control se extiende a todos los sujetos dentro del ámbito de aplicación del acuerdo, y el descuelgue solo afecta a los trabajadores cubiertos por el convenio colectivo modificado. Sin embargo, surgen preguntas cuando el acuerdo tiene un alcance más restringido, como en el caso de un grupo específico de trabajadores, donde se deben evitar situaciones discriminatorias. Además, existe la posibilidad de que el acuerdo de empresa afecte no solo a los trabajadores activos, sino también a antiguos empleados, como los pensionistas, según lo establecido en el artículo 82.3 del ET, que permite el descuelgue en mejoras voluntarias de la Seguridad Social. En conclusión, aunque las limitaciones para impugnar el acuerdo son específicas, otros aspectos relacionados con la negociación y los sujetos involucrados en el acuerdo de empresa siguen siendo objeto de escrutinio judicial.

Las consecuencias del descuelgue pueden extenderse hasta que entre en vigor un nuevo convenio. Esto implica que no solo se aplican durante el período normal de vigencia del convenio, sino también en casos de prórroga y ultraactividad, hasta que un nuevo convenio sea implementado en la empresa⁴⁷. En relación a este tema, es relevante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de junio de 2012 (RJ\2012\6844).

⁴⁵ FRANCO CONFORTI, O., "Mediación electrónica (e-mediación)", *Diario La Ley*, 2015, págs. 6-13.

⁴⁶ BARRIOS BAUDOR, G. L., y BABARRO CID., C., "El procedimiento judicial de impugnación de los despidos colectivos: Una visión práctica", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2016, págs. 51-94.

⁴⁷ ÁLVAREZ CUESTA, H., "Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: la reforma de la prioridad del convenio de empresa", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022, págs. 73-93.

Este fallo judicial contempla dos posibilidades frente a la situación previamente descrita: la primera es el acuerdo entre las partes para la aplicación de un convenio colectivo de alcance superior; la segunda, en caso de que no se logre dicho acuerdo tras agotar el proceso de negociación, implica la aplicación automática de dicho convenio. Es importante señalar que en este último escenario, es necesario demostrar la imposibilidad de llegar a un acuerdo durante las negociaciones, lo que hace que este enfoque sea notablemente significativo⁴⁸.

En cuanto a la eficacia jurídica del descuelgue⁴⁹. Sobre este asunto, la eficacia subjetiva general o erga omnes, cabe entender que el acuerdo ha de tener eficacia jurídica normativa. Y es que, si no fuera así, no existiría el descuelgue de condiciones pactadas en convenio estatutario. No obstante, el hecho de que el acuerdo de descuelgue pueda tener eficacia normativa no significa, que estemos ante un convenio colectivo estatutario; estamos ante una manifestación distinta de la negociación colectiva, tal como se ocupa de subrayar el propio ordenamiento legal.

5. CONCLUSIONES

El estudio detenido del descuelgue del convenio colectivo revela su complejidad y singularidad en el contexto laboral. Este mecanismo, diseñado para brindar flexibilidad interna a las empresas en situaciones adversas, se erige como una herramienta poderosa pero delicada en el equilibrio entre los derechos laborales y las necesidades empresariales. En este escenario, la mediación se presenta como una vía esencial para gestionar desacuerdos. Facilita un espacio neutro donde las partes pueden explorar sus intereses, limitaciones y áreas comunes. La mediación no solo identifica puntos de resistencia, sino que también ofrece soluciones creativas y alternativas para llegar a un acuerdo beneficioso para todas las partes involucradas. Su enfoque colaborativo fomenta un diálogo constructivo, allanando el camino para la resolución de conflictos de manera eficaz y justa.

Es crucial reconocer que la negociación colectiva, en el contexto del descuelgue, requiere un entendimiento profundo de las leyes laborales, así como habilidades de comunicación y empatía por parte de todas las partes implicadas. La mediación, al proporcionar un terreno neutral y estructurado, puede superar obstáculos y facilitar un proceso de toma de decisiones informado. Con todo, la combinación de un procedimiento legal claro con la intervención estratégica de la mediación puede transformar los desafíos del descuelgue del convenio colectivo en oportunidades para la colaboración, el entendimiento y la resolución de conflictos. Al adoptar enfoques flexibles y proactivos, las empresas y los trabajadores pueden construir relaciones laborales sólidas y equitativas, promoviendo así un entorno laboral armonioso y productivo para todas las partes involucradas.

Además, el descuelgue del convenio colectivo se revela como una medida esencial de flexibilidad para las empresas en tiempos de desafíos económicos, técnicos, organizativos o productivos. Esta flexibilidad interna no solo preserva empleos, sino que también salvaguarda la viabilidad de las empresas en situaciones adversas. La mediación, como complemento a este mecanismo, no solo aborda los conflictos, sino que también sirve como un medio para transformar desafíos en oportunidades de colaboración, entendimiento y

⁴⁸ Vid. VILA TIERNO, F., *Cuestiones actuales en ...* op. cit.

⁴⁹ Vid. ALFONSO MELLADO, C.L.: "EL control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica", *RDS*, núm. 62, 2013, págs. 17-52.

resolución de disputas. Así, al adoptar enfoques flexibles y proactivos, las empresas y los trabajadores pueden construir relaciones laborales sólidas y equitativas, promoviendo un entorno laboral armonioso y productivo para todas las partes involucradas.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., “Solución autónoma de conflictos laborales”, en AA.VV. CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, M.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*. 2017, Bomarzo, Murcia, págs. 541-559

ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., “Solución autónoma de conflictos laborales”, en AA.VV. CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, M.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*. 2017, Bomarzo, Murcia, págs. 541-559.

ALFONSO MELLADO, C.L.: “EL control judicial de la modificación sustancial de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *RDS*, núm. 62, 2013, págs. 17-52.

ÁLVAREZ CUESTA, H., “Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: la reforma de la prioridad del convenio de empresa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022, págs. 73-93.

BARRIOS BAUDOR, G. L. y BABARRO CID, C., “El procedimiento judicial de impugnación de los despidos colectivos: Una visión práctica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2016, págs. 51-94.

CALDERÓN CONCHA, P., “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista de paz y conflictos*, núm. 2, 2009, págs. 60-81.

COLÁS NELIA, E., “Descuelgue e inaplicación del contenido normativo del convenio colectivo”, en AA.VV. JÁVEGA CHACARTEGUI, C. y LÓPEZ LÓPEZ, J., *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*, Bomarzo, Murcia, 2016, págs. 87-112.

CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2021, págs. 231- 248.

CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 231-248.

DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “LA mediación en la resolución de conflictos”, *Educación*, núm. 32, 2003, págs. 125-136.

ENGEL, A. y BENEDIKT, K. *Negotiation and mediation techniques for natural resource management*. Vol. 3. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2005.

FERNÁNDEZ-RÍOS, M., *Condiciones de éxito y fracaso de la mediación laboral*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 1996.

FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998.

FISAS ARMENGOL, V., op. cit., pág. 30.

FRANCO CONFORTI, O., “Mediación electrónica (e-mediación)”, *Diario La Ley*, 2015, págs. 6- 13.

GONZÁLEZ-CAPITEL, C., *Manual de Mediación*, Atelier, Barcelona, 2001.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*. Comares, Granada, 2013.

LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F., “La flexiseguridad laboral en España”, *Documentos de trabajo*, núm. 157, 2010, págs. 1-64.

LÓPEZ LÓPEZ, J., “Descuelgue del convenio colectivo y cambio de unidad aplicativa (2012): Una interpretación acorde con el modelo constitucional, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 4, 2014, págs. 17-32.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “El descuelgue del convenio colectivo”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 16, 2022, págs. 45-95.

MANUEL ROSALES, C. y TÉLLEZ ORTEGA, J.L., “Lo inútil del Derecho”, *Foro, Nueva época*, vol. 25, núm. 1, 2022, págs. 169-197.

MANZANERA-ROMÁN, S., ORTIZ GARCÍA, P. y OLAZ CAPITÁN, A., “Trabajo y flexibilidad laboral en un escenario de crisis económica: situación del caso español”, *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2017, núm. 36, págs. 87-95.

MARQUÉS CEBOLA, C., *La mediación*, Marcial Pons, 2010, pág. 48.

MARTÍNEZ PASTOR, J.I. y BERNARDI, F., “La flexibilidad laboral: significados y consecuencias”, *Política y Sociedad*, vol. 48, núm. 2, págs. 381-402.

MARTÍNEZ PECINO, R., Efectividad de la mediación en los conflictos laborales, Monografías de Temas Laborales, *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2007.

MARTINEZ-PECINO, R., MUNDUATE, L. y MEDINA, F., “La gestión de conflictos organizacionales por medios extrajudiciales.” *Papeles del Psicólogo* vol. 29, núm.1, 2008, págs. 41-48.

MIGUÉLEZ LOBO, F. y PRIETO RODRÍGUEZ, C., “Transformaciones del empleo, flexibilidad y relaciones laborales en Europa”, *Política y Sociedad*, vol. 46, núm. 1, 2019, págs. 275-287.

MIGUÉLEZ LOBO, F., “La flexibilidad laboral”, *Trabajo*, núm.13, 2004, págs. 17-36.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P., “Acuerdos colectivos, mediación y arbitraje en los descuelgues”, *Temas Laborales*, núm. 154, 2020, págs. 251-277.

MUNDUATE, L., BUTTS GRIGGS, T., MEDINA, J.F. y MARTÍNEZ-PECINO, R., “Guía para la Mediación Laboral”, *Quito: Raymi*, 2017.

NAVASCUÉS SARRATEA, A., “Descuelgue salarial y ultraactividad de convenios colectivos.” *Actualidad Jurídica*. núm.36, 2014, págs. 87-92.

ORTEGA HERNÁNDEZ, J., “La mediación” en *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos*, JMBosch, Barcelona, 2019, págs. 281-343.

POQUET CATALÀ, R., “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”, *IUSLabor*, núm. 1, 2016, págs. 1-22.

RECIO, A., “Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm.5, 1994, págs. 57-74.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M L., *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2004.

SÁEZ LARA, C., “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, págs. 313- 368.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013, págs. 39-62.

SERRANO, G. y MÉNDEZ, M., “La mediación en los procesos de negociación: Un estudio experimental.” *Revista de Psicología Social* vol. 1, núm. 2, 1986, págs. 137-152.

TALAVERA HERNÁNDEZ, J.A., “La figura del Mediador en la Mediación online”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm.38, 2015, págs. 203-230

VILA TIerno, F., “Empleo, reformas laborales y sostenibilidad del sistema de pensiones”, CEF, 2017, pág. 21-57.

VILA TIerno, F., *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Aranzadi, Navarra, 2022.

VILA TIerno, F., y CASTRO MEDINA, R., “La negociación colectiva en la flexibilidad interna de la empresa” en AA.VV. *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral: Las relaciones de trabajo post-pandemia COVID-19 y recientes reformas*

VINYAMATA CAMPS, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.

ZARISKI, A., “In Theory. A Theory of Matrix for Mediators”, *Negotiation Journal*, vol.26. núm.2, 2010, págs. 203-235.

EL ALCANCE DE LAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN LAS CONTRATAS TRAS LA REFORMA 32/2021¹

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ TORRADO
Contratado Predoctoral
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. CONTEXTO NORMATIVO PREVIO A LA REFORMA LABORAL DE 2021 Y ALGUNOS DE SUS EFECTOS
2. LAS REGLAS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LAS CONTRATAS
3. CLÁUSULAS DE CONVENIOS DE SECTOR GARANTISTAS DE CONDICIONES LABORALES MÍNIMAS EN CONTRATAS
4. CONSIDERACIONES FINALES

¹ Este trabajo es parte de la ayuda PRE2022-104936, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+. Asimismo, este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “*La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*” (PID2021-12225377NB-I00), Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. CONTEXTO NORMATIVO PREVIO A LA REFORMA LABORAL DE 2021 Y ALGUNOS DE SUS EFECTOS

1.1. Situación previa a la reforma 32/2021 y algunos efectos

La reforma laboral aprobada a través del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo², tanto en materia de negociación colectiva como de subcontratación, ha incidido de forma favorable en las relaciones laborales en el marco de una contrata, frenando el uso de la externalización basado en la precarización de las condiciones laborales, siendo esta una práctica extendida al amparo de la desregulación del convenio colectivo aplicable a las contratas y la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial operada por la reforma laboral de 2012³. A pesar del efecto positivo de la reforma 32/2021 en este campo, el alcance resulta cuestionado por no neutralizar de forma total la utilización de la externalización productiva con el fin de reducir costes laborales, ni garantizar la igualdad de condiciones laborales ante dos trabajos de igual valor en el marco de las relaciones triangulares.

Con carácter previo a la reforma 32/2021, la normativa no establecía ninguna disposición relacionada con el convenio colectivo aplicable a la contrata y, además, se preveía la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial, entre otras⁴. En este contexto, como apuntan numerosos estudios sobre la materia, se incrementó la firma de los convenios colectivos de empresa utilizados como una vía para realizar un descuelgue de facto del convenio colectivo del sector en materia salarial. En esta tesitura, se multiplicó la creación de empresas multiservicios (EMS en adelante) con el fin de eludir la aplicación del convenio colectivo sectorial de referencia, para prestar servicios en otras empresas a precios más competitivos a costa de la precarización de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras⁵.

A mero título ilustrativo, la STS de 2 de febrero de 2021 (rec. 128/2019) establece la nulidad del convenio colectivo de una empresa contratista dedicada a la hostelería por vulneración del principio de correspondencia⁶, convenio de empresa con retribuciones equivalentes al SMI. Si bien, este tipo de prácticas empresariales agresivas, en busca de competitividad en detrimento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras, encontró un obstáculo legal en el principio de correspondencia⁷. Según este principio, debe existir una identificación o correspondencia entre la representación social y el ámbito de aplicación del convenio⁸. En este sentido, con la vigencia de la prioridad aplicativa salarial del convenio de empresa y la ausencia de ultractividad operada por la Ley 3/2012

² Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE 30-12-2021).

³ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 8-7-2012).

⁴ A pesar de la desregulación en esta materia, ha habido propuestas normativas. *Vid.* Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados (BOE 9-9-2016). A este respecto, *vid.* Rodríguez Piñero Royo, M., “Un cambio de paradigma en la regulación laboral de las contratas”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2021, pp. 11-23.

Vid. et. Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, relativa a igualar las condiciones salariales de los trabajadores subcontratados (núm. 161/001782) (BOCG 22-12-2020).

⁵ Vivero Serrano, J. B., Cruz Villalón, J., Pérez Rey, J., Sepúlveda Gómez M., Morato García R. “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, en AA.VV. *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Alfonso Mellado, C. L., Almendros González, M. A., Merino Segovia, A., Sanguinetti Raymond, W., Vivero Serrano, J. B., Casas Baamonde, M.E. (Coords.), Observatorio de la negociación colectiva, Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 121-125.

⁶ ECLI:ES:TS:2021:401.

⁷ *Vid.* STS de 8 de febrero de 2022 (rec. 20/2020). ECLI:ES:TS:2022:615.

⁸ *Vid.* STS de 28 de enero de 2017 (rec. 24/2017). ECLI:ES:TS:2017:206.

se crearon multitud de convenios de empresa que vulneraban el referido principio⁹. Concretamente, en muchas ocasiones se aprobaba un convenio colectivo de empresa con diferentes centros de trabajo, a pesar de que solo había sido negociado en un centro de trabajo, normalmente, el más cercano a la dirección de la empresa. Consecuentemente, esta práctica fue causante de una gran cantidad de sentencias de nulidad de convenios colectivos de empresa por una vulneración de la conformación de la representación de la bancada social conforme a lo dispuesto en el art. 87 ET¹⁰.

Además de la huida del convenio colectivo sectorial hacia el convenio colectivo de empresa al amparo del art. 84.2 ET de la Ley 3/2012, se observaba también una huida a través del uso de contratas, desde convenios colectivos sectoriales más garantistas (convenios sectoriales específicos) hacia convenios sectoriales con peores condiciones laborales (convenios sectoriales generales). Por ejemplo, de hostelería hacia limpieza, de finca urbanas hacia limpieza o desde banca a consultoría. En este sentido, nos encontramos ante dos convenios sectoriales que presentan un ámbito funcional parcialmente común. En ese marco, la empresa principal con base en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) puede externalizar un servicio perteneciente a su propia actividad que podría incluirse en el ámbito funcional de un convenio colectivo sectorial distinto al aplicable a la empresa principal, cuyas condiciones laborales son inferiores tanto al convenio sectorial de la principal como a su posible convenio de empresa. Ante esta circunstancia, como indica la doctrina, la empresa principal decide si subcontratar o no y “al hacer esta elección en la forma de producción, y a través de la elección misma, está también determinando qué convenio colectivo, de entre los varios posibles, es el que se va aplicar a los trabajadores que participen en su proceso productivo”, lo cual supone una ventaja y una causa determinante de la proliferación de las contratas¹¹.

En el contexto descrito previamente, la negociación colectiva ha regulado la externalización con el fin de evitar los efectos más gravosos para las personas trabajadoras en contratas. Más concretamente, nos referimos a la práctica negocial sectorial a través de la cual se extiende las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo sectorial de la empresa principal a las personas trabajadoras externalizadas, para evitar la precarización de sus condiciones salariales por el hecho de prestar servicio a través de una contrata. Esta regulación convencional, reconocida por la jurisprudencia, plantea cuestiones controvertidas como, entre otras, su compatibilidad con el principio de correspondencia o con el derecho de la competencia y las garantías de las partes en caso de incumplimiento. En este sentido, resulta de interés analizar si tras la reforma laboral de 2021 se relativiza esta función de la negociación colectiva, o sigue resultando necesaria para evitar la discriminación en las condiciones laborales de los trabajadores de las contratas y subcontratas respecto de los trabajadores de la empresa principal.

1.2. Objetivos de la reforma 32/2021 en materia de contratas

La reforma operada por el RDL 32/2021 pretende incidir en la realidad existente en materia de contratas y convenio colectivo aplicable, caracterizada por la ausencia de regulación específica al respecto.

⁹ En relación a los límites de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, *vid. et.* Gómez Gordillo, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012, en AA.VV., *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*. Cruz Villalón, J. (Dir.), Cinca, Madrid, 2017, pp. 54-75.

¹⁰ Rojo Torrecillas, E. “El principio de correspondencia: significado y consecuencias”, en AA.VV., *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Cruz Villalón, J., González-Posada Martínez, E., y Molero Marañón, M. L., (Dir.), Boamarzo, Albacete, 2021, pp. 330-340.

¹¹ Sepúlveda Gómez M., “La estructura de la negociación colectiva: problemas a resolver”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 127, 2005, p. 337.

Las medidas previstas en esta reforma son fruto del dialogo social lo cual puede explicar la complejidad de la misma, resultando el ejemplo más paradigmático el art. 42.6 ET. Asimismo, el origen de la norma puede explicar también dos desajustes observados en relación con el artículo citado: el primero, más normal, entre el texto de la norma que se esperaba aprobar y el articulado finalmente aprobado; y, el segundo, más atípico, entre los objetivos de la exposición de motivos y el tenor literal de la norma aprobada¹². Por ello, con carácter inicial, sostenemos que la norma nace ineficaz parcialmente debido a la imposibilidad del nuevo art. 42.6 ET de alcanzar los objetivos marcados por la exposición de motivos, como indicamos seguidamente.

En materia de negociación colectiva y contratas y subcontratas, el preámbulo de la norma destaca tres problemas: primero, la utilización de convenios colectivos como mecanismos de flexibilidad interna, actuando a modo de convenios de descuelgue; segundo, la falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables en el marco de la descentralización; y, tercero, las reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa. Según la exposición de motivos, estas situaciones provocan un aumento de la inseguridad jurídica, afectación a la transparencia competitiva y una distorsión de la capacidad competitiva de aquellas empresas que no reducen las condiciones laborales de las personas trabajadoras.

Consecuentemente, la reforma pretende modernizar la arquitectura de negociación colectiva abordando la ultraactividad y la correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa. Asimismo, en materia de contratas y subcontratas, el preámbulo de la norma sostiene la necesidad de abordar una reforma que impida que se utilice la externalización de servicios como mecanismos de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas¹³.

De esta forma, el incremento en el uso de la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la precariedad laboral. Por ello, procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es mero instrumento de reducción de costes. Asimismo, pretende avanzar hacia la equiparación de condiciones de trabajo de quienes trabajan en contratas, y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan.

No obstante, lo expuesto anteriormente no significa que la normativa limite en modo alguno la contratación de obras y servicios, fórmula organizativa que encuentra respaldo en el derecho constitucional de libertad de empresa (art.38 CE). Así, las múltiples realidades que pueden considerarse dentro de los procesos de descentralización pueden observarse desde dos puntos de vista, como sostiene la doctrina. Por un lado, se puede entender que la descentralización empresarial “no tiene otro camino que adaptarse a las nuevas condiciones del mercado y que, además de repercutir favorablemente a la economía, supone un mecanismo eficaz de creación de empleo, mejorar la productividad y la competitividad, reducir los costes de producción y mejorar los salarios”. Si bien, por otro lado, la descentralización referida podría empujar al cierre de departamentos o áreas en las empresas matrices, generando una disminución de las condiciones o prestaciones

¹² En este sentido, la regulación que se propone no parece coherente con los objetivos perseguidos por la ley, ya que la garantía de aplicación de un convenio colectivo sectorial no siempre consigue eliminar la desigualdad de condiciones laborales ante trabajos de igual valor en el marco de una contrata.

¹³ Exposición de motivos del RDL 32/2021 (BOE 30-12-21), p.8.

laborales, ya que normalmente las condiciones de trabajo en las empresas subcontratistas son inferiores a las que proporcionan las empresas principales¹⁴.

Por tanto, como se deduce de la exposición de motivos del RDL 32/2021, la reforma pretende incidir en las contrataciones y subcontrataciones utilizadas como mecanismos de ahorro laboral y no se observa una limitación a la gestión empresarial indirecta especializada. De esta forma, se justificaría su existencia en la especialización técnica o productiva, no observándose en estos casos una precarización de las condiciones laborales de las personas trabajadoras externalizadas.

En el presente trabajo, tras referirnos al contexto normativo previo a la aprobación de la reforma laboral y a la finalidad de la norma, en segundo lugar, analizamos los medios que articula la norma para conseguir los objetivos referidos, concretamente, las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable. (apdo.2). En tercer lugar, de forma breve, atenderemos al papel de la negociación colectiva trayendo a colación sentencias recientes que analizan las cláusulas de garantía mínima de condiciones laborales para el trabajo en contratas (apdo.3). En este sentido, conviene analizar si la reforma legal puede producir algunos cambios respecto del papel que venía desempeñando la negociación colectiva para evitar los efectos más lesivos de la subcontratación. Finalmente, aportaremos unas consideraciones finales sobre la materia (apdo. 4).

2. LAS REGLAS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LAS CONTRATAS

El nuevo apartado 6 del art. 42 ET establece por primera vez unas reglas para determinar el convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas, constituyendo una regla especial respecto de las reglas generales establecidas en el Título III del ET, para cuya aplicación deberán relacionarse ambos marcos.

De partida se puede afirmar el carácter complejo del nuevo apartado 6 del art. 42 ET, probablemente por su origen pactado en el marco del dialogo social. Así pues, los propios actores de la norma reconocen que fue el precepto más difícil de aprobar de toda la reforma, debido a la complejidad del mismo y a los intereses contrapuestos que había que conjugar¹⁵. Asimismo, el nuevo precepto hay que ponerlo en relación con el régimen jurídico general de la negociación colectiva, cuya aplicación también presenta algunas cuestiones abiertas¹⁶. Consecuentemente, la relación de la regla especial del art. 42.6 ET con el régimen general de la negociación colectiva dota de mayor complejidad la aplicación de la norma y la determinación del alcance de la misma.

Concretamente, la norma referida establece lo siguiente:

“El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

¹⁴ Monereo Pérez, J. L., Vicente Palacio, A., López Insúa, B., Perán Quesada, S., *La regulación de la gestión indirecta en la negociación colectiva. Subcontratación y empresas de trabajo temporal*, Laborum, Murcia, 2022, p. 45.

¹⁵ De La Puebla Pinilla, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022, Wolters Kluwer, pp. 4 y 5.

Martínez Moreno, C. “Presente y futuro de la negociación colectiva”, en AA.VV. *El derecho del trabajo que viene. Reflexiones sobre la reforma laboral que necesitamos*, Colex, A Coruña, 2023, p. 90.

¹⁶ Sobre cuestiones abiertas del régimen general de la negociación colectiva, *Vid.* Cruz Villalón, J. “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos*, V. 3, núm. 1, pp. 136 y 137.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulte del art. 84”.

Seguidamente, examinaremos cada una de estas reglas y la interacción entre las mismas para comprobar el alcance de la norma. Para ello, atenderemos a las numerosas interpretaciones doctrinales, destacando los aspectos que hemos considerado más controvertidos en relación a la aplicación de la norma. Asimismo, traemos a colación pronunciamientos judiciales recientes que, aunque no aplique la nueva norma, presentan una vinculación directa con el supuesto de hecho en el que opera la misma, permitiéndonos prever la posible incidencia del nuevo precepto en las resoluciones referidas.

Respecto al ámbito de aplicación del art. 42.6 ET, existe consenso en la doctrina en que el precepto referido se aplica a todo tipo de contrata y subcontratas sean o no relativas a la propia actividad de la principal¹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, se observa en algún pronunciamiento judicial la posición contraria, entendiéndose que el art. 42.6 ET solo es aplicable en caso de que concurra el requisito de la propia actividad¹⁸.

Asimismo, la norma alcanza a todo tipo de empresas independientemente de su objeto social y su forma jurídica. Es decir, se aplica tanto a las EMS como a las empresas especializadas en un único servicio, a pesar de que la regla general de la norma referida “convenio colectivo sectorial de la actividad de la contrata” se acuñara por la jurisprudencia para dar solución al problema relativo a la determinación del convenio colectivo sectorial para las empresas multiservicios¹⁹. En este sentido, conviene anticipar que “la actividad de la contrata” se refiere a la actividad que realizan los trabajadores de la contratista en la organización productiva de la empresa principal o comitente, y que no siempre coincide con la actividad que realiza la contratista.

En una primera aproximación al precepto, en atención a las salvedades y excepciones previstas a la regla general, la doctrina propone una lectura inversa del precepto, según la cual: en primer lugar, se aplicaría el convenio colectivo de la empresa contratista o subcontratista; en segundo lugar, otro convenio colectivo conforme al Título III y, por último, el convenio colectivo sectorial de la actividad que realice la contrata.

En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA sostiene que “la exégesis de este precepto permite entender que el orden a seguir para identificar el convenio aplicable a las personas trabajadoras de las contrata y subcontratas es precisamente el inverso al que ofrece el propio precepto en su redacción”²⁰. No obstante, THIBOUT se posiciona en contra de

¹⁷ Entre otros autores, *vid.*: Cruz Villalón, J. “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *op. cit.* p.141.

Gárate Castro, J., “Sobre la pretendida y no conseguida modernización del régimen laboral de la subcontratación”, en AAVV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega*, Barcelona Cobedo, S, Carrero Domínguez, C. y Soto Rioja, S. (Coords.), Monografías de Temas Laborales, núm. 64, 2022, p. 65.

Thibout Aranda, J., “Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contrata”, en AA.VV. *La regulación laboral de las contrata y subcontratas: puntos críticos*, Pérez de los Cobos Orihuel, F (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 119 y 120.

¹⁸ *Vid.* Beltrán De Heredia, I., “Contratas, subcontratas y externalización productiva” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (<https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa-42/#426>, acceso 05.11.2023). *Vid. et.* STSJ de Castilla y León de 5 de octubre de 2023, rec. 615/2023. ECLI:ES:TS-JCL:2023:3734.

¹⁹ STS de 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019) ECLI:ES:TS:1957.

Respecto al ámbito de aplicación de la norma, hay que destacar que el art. 42.6 ET no resulta aplicable en contrata y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo, según lo dispuesto en la Disposición adicional vigesimoséptima del RDL 32/2021 (STS de 20 de diciembre de 2022, rec. 1817/2019, ECLI:ES:TS:2022:4814).

Asimismo, para las contrata desarrolladas en el marco de la contratación pública, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 122.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE 9-3-2018).

²⁰ De La Puebla Pinilla, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contrata y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *op. cit.*, p. 6. En este sentido, la autora indica que “solo a falta de convenio propio de la empresa contratista, entrará en juego la aplicación del convenio co-

la lectura inversa ya que “aunque la empresa disponga de convenio propio, tendremos necesariamente que desentrañar cuál es el convenio colectivo de sector aplicable, pues solo así podemos saber cuál es el convenio de aplicación preferente”, concluyendo que los dos párrafos de art. 42.6 ET se complementan²¹. Por su parte, BELTRÁN DE HEREDIA sostiene que, “desde el punto de vista de los efectos, el mandato que contiene el art. 42.6 ET está descrito conforme a una especie de lógica inversa”. En este sentido, considera que “lo que, al albur de la exposición de motivos, parece ser el propósito de la norma (cierta equiparación de las condiciones de trabajo), en realidad, es el efecto residual resultante de la inaplicación de dos reglas anteriores prevalentes”²². Sin embargo, ESTEVE SEGARRA, sostiene que el orden del precepto no es casual, “sino que responde a una clara intención de los agentes sociales y en su aplicación, no debe de ser alterado, so riesgo de subvertir la estructura del precepto”²³. El presente debate podría exceder de una cuestión académica e incidir en los efectos prácticos de la norma por los motivos que veremos después de analizar el contenido de cada regla de aplicación (apdo. 2.2.3).

2.1. Convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica

En una primera aproximación a este primer criterio, observamos que la norma designa el nivel sectorial, pero no determina un convenio colectivo concreto, residiendo la clave de la determinación en la “actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”. La expresión anterior tiene origen en la jurisprudencia para dar respuesta a la controversia de la determinación del convenio colectivo en las EMS. Si bien, como hemos indicado anteriormente, se establece como regla general para la determinación del convenio colectivo en la contrata y subcontrata, ya sea multiservicios o especializada en una actividad.

En este sentido, debemos de tener presente el supuesto de hecho en el que opera la norma y, concretamente, la naturaleza de las relaciones triangulares²⁴. Así, la empresa contratista especializada en una actividad podría incluirse en un convenio colectivo sectorial cuando presta servicios directamente para el mercado y, sin embargo, la actividad que realice en el marco de una contrata para una empresa principal puede incluirse en otro sector de actividad. De esta forma, la empresa contratista podría quedar incluida en un ámbito funcional de un convenio colectivo sectorial distinto al que afecta la contrata, debido a la actividad que se realiza en esta última. Consecuentemente, el criterio determinante para decidir el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista será la actividad que se lleve a cabo en la contrata, resultando intrascendente el objeto social y la forma jurídica de la empresa contratista.

Así, la cuestión a dilucidar es cuál es la actividad que se desarrolla en la contrata. La pregunta anterior no tiene una respuesta directa, sino que hay que ir analizando caso

lectivo a que se refiere el primer párrafo del artículo 42.6 ET que se remite, literalmente, al del «sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata». Si bien, seguidamente, indica que solo la referencia final “en los términos que resulten del 84 ET” evita el efecto búmeran al que aboca la literalidad.

²¹ Thibout Aranda, J., “Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas”, *op. cit.* p. 120. En este sentido, según este autor “el párrafo primero y el párrafo segundo operan en planos distintos. Con el primero se fija el criterio que permite seleccionar el convenio colectivo del sector aplicable a los trabajadores que prestan servicios en las contratas. En cambio, con el segundo se articula la relación entre el convenio de empresa y los convenios colectivos del sector. Es decir, cumplen una función distinta y complementaria”.

²² Beltrán De Heredia Ruiz, I. Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6 como medida correctora. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, Vol. 11, Nº1, 2023, pp.546 y 547.

²³ Esteve Segarra, A., *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 34.

²⁴ Pedrosa González, J., *Incidencia sobre la relación laboral del trabajo en contratas*, Boonmarzo, 2008, pp. 229-244.

por caso para determinar la actividad desarrollada en cada contrata. En este sentido, la doctrina se acerca al significado de esta primera regla aplicativa utilizando la lógica negativa, indicando que “la actividad que desarrolle la contrata” excluye tanto la aplicación directa del convenio colectivo sectorial de la empresa contratista como el de la empresa principal. Es decir, la actividad de la contrata podría ser distinta tanto de la actividad de la contratista como de la principal, si bien, podría coincidir materialmente²⁵.

En relación a la aplicación de esta regla, hemos considerado relevante analizar tres cuestiones: primero, la coincidencia de la actividad de la contrata con la actividad de la empresa principal; segundo, el papel del principio de especialidad como parámetro para determinar la actividad de la contrata; y, tercero, el significado a estos efectos de la expresión final de la regla general “con independencia del objeto social o forma jurídica”.

2.1.1. *Concurrencia de misma actividad en la contrata y empresa principal*

Para abordar la situación de concurrencia, o de ausencia de la misma, de la actividad de la contrata y la empresa principal, consideramos de interés dos pronunciamientos judiciales recientes que, aunque no se pronuncian sobre este objeto y son previos a la vigencia del 42.6 ET, podrían representar situaciones futuras en las que resultaría de aplicación la reciente norma.

En primer lugar, la STS de 12 de febrero de 2021 (rcud. 2839/2019) dilucida el convenio colectivo aplicable a las camareras de piso de una empresa contratista que presta sus servicios para una empresa hotelera²⁶. La doctrina sostiene, relacionando este supuesto de hecho con el art. 42.6 ET, que “es, a fin de cuentas, el convenio sectorial que aplique la empresa matriz el que habrá de prevalecer cuando las actividades externalizadas no tengan carácter accesorio o auxiliar, por corresponderse con el núcleo de actividad de la comitente”²⁷.

Según esta doctrina, el art. 42.6 ET sin mencionar de forma expresa el convenio colectivo sectorial que aplica la empresa principal sí puede deducirse de su tenor literal, al incluir la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. De esta forma, decidiéndose el precepto a favor de la actividad efectivamente desarrollada por la contrata, en el caso de las Kellys se aplicará el convenio colectivo sectorial de la empresa principal dado que las tareas que desarrolla la contrata son propia actividad de la empresa principal²⁸. No obstante, otra parte de la doctrina, en relación al mismo supuesto con la reciente norma, sigue sosteniendo que “el convenio aplicable será el de limpieza de edificios y locales y no el de hostelería, por mucho que éste se aplique a la empresa principal, porque la empresa de servicios no realiza una actividad de alojamiento”²⁹. Si bien, a nuestro parecer, esta última posición parece no tener en cuenta la actividad efectiva que realizan las trabajadoras de la contrata y podría estar utilizando como criterio el objeto social de

²⁵ Cruz Villalón, J., “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 142.

²⁶ ECLI: ES:TS:2021:484.

²⁷ Merino Segovia, A., Grau Pineda, C. “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso”, *Revista de derecho social*, núm. 96, 2021, p. 39. En el mismo sentido, *vid.* Goñi Sein, J.L., *Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable*, Estudios Latinoa., núm. 13, Vol. 1. 2022, p. 94.

²⁸ STS de 12 de febrero de 2021 (rcud. 2839/2019) ECLI:ES:TS:2021:486 y STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018) ECLI:ES:TS:2020:1718. Según la doctrina de las sentencias anteriores “el silencio del legislador en esta materia, con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contratas o subcontratas no están obligadas a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal”.

²⁹ Thibout Aranda, J., *Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas*, *op. cit.*, p. 122.

la empresa contratista, siendo este último parámetro rechazado de forma expresa por la norma referida.

A la vista de las dudas interpretativas que presenta esa situación y a la a la luz de la nueva norma, convendría preguntarse si se aplica a la contrata en todo caso el convenio colectivo sectorial de la empresa principal cuando la actividad que realice aquélla pertenezca a la propia actividad de la principal. A nuestro parecer, considerando que es un criterio finalista adecuado a los objetivos de la norma y a la espera de la interpretación judicial al respecto, del texto vigente no se deduce ese resultado³⁰. Asimismo, consideramos que el criterio de la propia actividad está previsto como elemento decisorio para dilucidar la posible responsabilidad de la empresa contratista en tanto que utilizarlo para determinar en todo caso el convenio colectivo aplicable podría generar mucha inseguridad jurídica y conflictividad³¹.

A nuestro parecer, en el caso referido, con la nueva normativa se debería aplicar el convenio colectivo sectorial de la empresa principal, más allá de que la actividad de la contrata forme parte de la propia actividad de la empresa principal -sin duda hecho influyente-, porque la actividad que realiza la contrata resulta más identificable con el ámbito funcional del convenio colectivo de la hostelería que con el ámbito funcional del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales. Por tanto, entendemos que el elemento determinante será el conjunto de actividades que desarrollan las personas trabajadoras asignadas a la contrata³².

En segundo lugar, la STS de 6 de octubre de 2022 (rec. 35/2021) dilucida cuál es el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de una contrata, adjudicataria del servicio de limpieza y lavandería en las residencias de personas mayores de la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias³³. Los trabajadores demandan la aplicación del convenio colectivo de limpieza del Principado de Asturias, en tanto que la empresa sostiene que se aplica el convenio colectivo estatal del sector de la dependencia, alegando la aplicación del principio de especialidad.

El TS sostiene que el objeto del litigio reside en cuál es el único convenio colectivo aplicable a la vista de los ámbitos de aplicación de los convenios alegados, destacando que la actividad de los trabajadores afectados por el conflicto encaja dentro del ámbito funcional del convenio colectivo de limpieza referido. Consecuentemente, la Sala IV sostiene que el criterio de la actividad realizada por los trabajadores afectados por el conflicto es el que determina el convenio colectivo aplicable³⁴. En este caso, los trabajadores que prestan servicios en la contrata únicamente realizan actividades de limpieza, sin que estos realicen tarea alguna de atención a las personas dependientes o de desarrollo de la promoción de su autonomía personal. La propia sentencia reconoce que,

³⁰ En este sentido, la Proposición de Ley de modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados si preveía la aplicación de las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal, cuando la contrata fuese correspondiente a la propia actividad del empresario.

³¹ Vila Tierno, F. A., “La propia actividad como ejemplo de concepto jurídico indeterminado”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2023.

³² A este respecto Goñi Sein, sostiene que “se abre una zona franca de gran incertidumbre, porque, en principio, la norma, al no concretar nada, permite identificar el convenio colectivo aplicable en la subcontratación tanto por referencia a la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista como atendiendo a la actividad desarrollada en la principal”. *Vid.* Goñi Sein, J.L., “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *op. cit.*, p. 94.

³³ ECLI:ES:TS:2022:3649.

³⁴ *Vid.* STS de 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019) ECLI:ES:TS:2020:1957. Esta sentencia, en un supuesto similar, sostiene que se ha de aplicar el convenio sectorial “cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata”, aplicando el criterio de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación a la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente.

por motivos temporales, no se aplica el art. 42.6 ET. Si bien, en una hipotética aplicación del precepto, la resolución no cambiaría dado que no consta que la empresa contratista tenga convenio colectivo propio.

Por tanto, como hemos podido comprobar de los pronunciamientos anteriores, la actividad desarrollada en la contrata deberá determinarse caso por caso, resultando aplicable el convenio colectivo sectorial con un ámbito funcional más identificativo con la actividad que desarrollan los trabajadores de la contrata, independientemente de si la actividad forme parte o no de la propia actividad de la empresa principal³⁵.

2.1.2. *Principio de especialidad y actividad de la contrata*

Como se deduce de los pronunciamientos anteriores, el principio de especialidad debe guiar la elección del convenio colectivo sectorial de la actividad que desempeñe la contrata. En este sentido, la STS de 17 de marzo de 2023 (rcud. 933/2020) aplica el principio de especialidad en un supuesto en el que se discute, a efectos de una reclamación salarial, si se aplica a la trabajadora externalizada el convenio colectivo del sector de la limpieza de edificios y locales de la provincia de Cuenca o el XXI convenio colectivo de contratas ferroviarias³⁶. En relación a los hechos probados destacamos que la actora, trabajadora en FISSA S.L, presta sus servicios en la estación de AVE de Cuenca, con una jornada laboral de 16,65 horas semanales y, además, 10 horas semanales en el Organismo Autónomo de Recaudación de Cuenca³⁷.

Sobre el principio de especialidad en supuestos similares al anterior, la Sala IV declara la aplicación del convenio colectivo de contratas ferroviarias porque abarca actividades situadas más allá de la mera limpieza como son la desinfección, desinsectación y desratificación, todas ellas referidas a una actividad empresarial peculiar como la que desarrollan las empresas ferroviarias. Consecuentemente, el TS declara que rige el convenio colectivo de ámbito estatal de contratas ferroviarias aplicando el criterio de especialidad en función de la clase de trabajo prestado, considerándose este como el criterio con mayor dosis de objetividad³⁸.

Por lo que respecta a la segregación de la relación laboral de la trabajadora y de la ruptura del principio de unidad de convenio a la propia trabajadora, la Sala IV tiene en cuenta que la trabajadora presta servicios en dos contratas con contenidos materiales y temporales singulares y sometidos a sus propias vicisitudes, aplicando en este caso el principio de especialidad funcional dimanante de la concreta contrata conforme a unas determinadas condiciones de licitación. En este sentido, el TS sostiene que debe primar el principio de especialidad sobre el de generalidad al regular los dos convenios una misma actividad. Será, por tanto, la decisión de asignar y vincular a la trabajadora a dos contratas diversas e independientes la que pautará las condiciones de la relación en cada una de ellas. Ello, sigue indicando el TS, abundaría en la diversificación de las condiciones laborales en función de las contratas afectadas.

En base a la sentencia anterior, observamos como el principio de especialidad no solamente permite la superación del principio de unidad de empresa, sino que posibilita

³⁵ En relación a la relevancia de la actividad desarrollada en la contrata a efectos de convenio colectivo aplicable, en este caso en materia de subrogación, *vid.* STS de 17 de octubre de 2022 (rcud. 2931/2021) ECLI:ES:TS:2022:3779.

³⁶ ECLI:ES:TS:2023:963.

³⁷ En suplicación, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de diciembre de 2019 (rec. 1487/2018) desestima el recurso de la actora y sostiene que la empresa demandada tiene un amplio objeto social y que la actividad principal es la limpieza de edificios y locales y organismos públicos, y que la trabajadora demandante se dedica de manera claramente mayoritaria a labores de limpieza, de manera que el convenio colectivo que procede aplicar en materia salarial es el de limpieza.

³⁸ *Vid.* STS de 21 de octubre de 2010 (rec. 56/2010) ECLI:ES:TS:2010:6520 y la STS de 15 de junio de 1994 (rec. 2149/1993).

que una misma relación laboral pueda ser regulada por dos convenios colectivos, si la empresa contratista tiene a la trabajadora prestando sus servicios en dos contrataciones de actividades diferenciadas. En este sentido, aunque no se pronuncie la sentencia sobre la posible aplicación del 42.6 ET por no encontrarse vigente, observamos que sigue la misma doctrina que la STS de 6 de octubre de 2022 (rec. 35/2021) ya comentada³⁹.

2.1.3. Con independencia del objeto social o forma jurídica

La delimitación que hace el art. 42.6 ET respecto del convenio colectivo aplicable “con independencia de su objeto social o forma jurídica” supone la exclusión como parámetro decisorio para la determinación del convenio colectivo sectorial aplicable tanto el objeto social de la empresa como la forma jurídica de la empresa, debiendo atenderse exclusivamente a la actividad real de la contrata. De esta forma, la norma consigue neutralizar la práctica de las empresas comitentes de elegir el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que participan en su organización productiva a través de la empresa contratista⁴⁰.

Asimismo, la expresión supone el desplazamiento del principio de unidad de empresa y del principio de la actividad preponderante⁴¹. En este sentido, como sostiene la doctrina, la nueva regla de determinación prevista en el art. 42.6 ET afecta con especial intensidad a las EMS impidiendo considerar como aplicable un único convenio colectivo sectorial cuando realiza varias actividades incluida en diferentes convenios colectivos. De esta forma, se abre la posibilidad de que la empresa contratista aplique varios convenios colectivos a sus trabajadores cuando estos realicen distintas actividades en una misma contrata, lo que se conoce por la doctrina como “contratas multiservicios”. En este caso, no se aplicaría el principio de actividad preponderante, sino que se aplicaría tantos convenios como actividades diferenciadas se realicen en la misma⁴². Si bien, la doctrina no considera incompatible la aplicación del principio de la actividad preponderante para el caso de que una o varias actividades asumidas en régimen de subcontratación no encajen en el ámbito funcional del convenio colectivo alguno⁴³.

A mayor abundamiento, en el caso de que una persona trabajadora prestara servicios para una empresa contratista, pero desempeñara su prestación para dos contrataciones, podría sostenerse la aplicación de dos convenios colectivos para una misma relación laboral, supuesto que debe ser objeto de análisis por los efectos negativos que puede provocar para la seguridad jurídica, aunque escapa del objeto de nuestro estudio⁴⁴.

2.2. La excepción de existencia de otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III

El art. 42.6 ET contempla una primera excepción a la regla general vista anteriormente, consistente en que dicha regla general no se aplica en caso de que exista “otro convenio sectorial aplicable”, que en hipótesis desplazaría la aplicación del convenio sectorial

³⁹ En relación con los problemas que plantea el principio de especialidad, Cabeza Pereiro, J., “Empresas multiservicios y negociación colectiva: Balance en tiempos de cambio”, *Revista de derecho social*, núm. 90, 2020, p. 218.

⁴⁰ Sepúlveda Gómez, M., “La estructura de la negociación colectiva: problemas a resolver”, *op. cit.*, p. 339.

⁴¹ En este sentido conviene precisar que la jurisprudencia ya había superado, antes de la aprobación de la reforma 32/2021, la aplicación de los principios referidos para dar solución a la determinación del convenio colectivo aplicable en las EMS. En ese sentido, *vid.* Sepúlveda Gómez, M., “La gestión del cambio laboral en las empresas multiservicios desde la perspectiva del convenio colectivo aplicable”, en AA.VV. *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cruz Villalón, J., Cinca, Madrid, 2017, pp. 54-75.

⁴² Cruz Villalón, J. “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 142.

⁴³ Gárate Castro, J., “Sobre la pretendida y no conseguida modernización del régimen laboral de la subcontratación”, *op. cit.* p.68.

⁴⁴ STS de 17 de marzo de 2023 (rcud. 933/2020), ECLI:ES:TS:2023:963.

de la actividad desarrollada en la contrata. La doctrina muestra incertidumbre sobre su significado, dado que no se hace referencia a los supuestos concretos, ni siquiera *numerus apertus*, que podrían quedar cubiertos por esta primera excepción o salvedad a la regla general.

En este contexto de confusión o indeterminación, pasamos a comentar dos supuestos que tendrían cabida en esta disposición, como apunta la doctrina⁴⁵.

2.2.1. Acuerdo marco y convenios colectivos previstos en el art. 83.2 ET

En hipótesis, cabe la posibilidad de que la expresión “salvo que exista otro convenio colectivo aplicable conforme al Título III” se podría referir a un convenio sectorial contemplado por parte de los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos previstos en el art. 83.2 ET, que pudiera ser diferente al convenio del sector de la actividad desarrollada⁴⁶. De este modo, el convenio colectivo sectorial previsto por esta vía tendría carácter preferente al de actividad de la contrata, que entrará en juego en ausencia de previsión de la negociación colectiva referida. No obstante, el otro convenio colectivo sectorial aplicable fijado conforme al art. 83.2 ET deberá cumplir con las reglas previstas en el título III, entre otras, las reglas de legitimación negocial⁴⁷.

De esta forma, los convenios colectivos sectoriales del art. 83.2 ET, tanto el que afecte a la empresa contratista como a la principal, podrían establecer como aplicable a la contrata las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo sectorial de la empresa principal, para evitar la posible distinción de condiciones laborales entre los trabajadores de la contrata y los trabajadores de la empresa principal:

La primera hipótesis podría ser que el convenio colectivo sectorial de la empresa contratista estableciera como aplicable las condiciones de trabajo del convenio colectivo sectorial de la empresa principal para los trabajadores de la contrata. En este caso, dicho convenio sectorial de la empresa contratista debería incluir las actividades susceptibles de ser prestadas a otras empresas en régimen de externalización en su ámbito funcional y permitir a los trabajadores destinados a esas contratas acceder a las condiciones de trabajo esenciales, entre ellas las salariales, que prevea el convenio colectivo de la empresa principal. En este caso, con carácter general, se cumplirían las normas del artículo 87 ET, si bien esta hipótesis sería difícilmente viable en atención a la fuerza negocial presente en el sector que impediría muy probablemente un acuerdo en este sentido, puesto que parte del beneficio empresarial de las empresas contratistas reside en las diferencias salariales prevista entre los convenios sectoriales referidos. A este respecto, GÁRATE sostiene que para lograr este tipo de regulación se precisa capacidad de persuasión e influencia sobre los representantes de los empresarios, disposición de aceptación de contrapartidas y suficiente poder negociador de la parte social, reconociendo la dificultad de materialización⁴⁸.

Una segunda opción consistiría en que el convenio colectivo sectorial de la empresa principal estableciera como aplicable sus condiciones laborales para los trabajadores de la

⁴⁵ Esteve Segarra, A., *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, *op. cit.* p. 42-46.

⁴⁶ Merino Segovia, A., Grau Pineda, C. “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso”, *op. cit.* p. 40. Según esta doctrina, la primera salvedad conduce a los convenios colectivos de eficacia general “a las relaciones que traban entre sí las distintas unidades de contratación, trasladando la excepcionalidad que recoge el art. 42.6 ET a los arts. 83.2 y 84 ET. Según la misma, esta fórmula en el caso de las Kellys conduce a la aplicación de los convenios sectoriales de hostelería coordinados por el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería.

⁴⁷ Cruz Villalón, J. “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *op. cit.* pp. 142 *in fine* y 143.

⁴⁸ Gárate Castro, J., “Sobre la pretendida y no conseguida modernización del régimen laboral de la subcontratación”, *op. cit.*, p. 69.

contrata. Este supuesto provoca una tensión con el principio de representatividad previsto en el art. 87 ET que ha sido resuelta por la Sala IV del Tribunal Supremo validando esta práctica negocial. En este sentido, se discute por la doctrina si estas cláusulas encuentran cobertura legal en el art. 42.6 ET, y si la anterior norma puede incidir en hipótesis referida. Asimismo, existe un debate sobre la efectividad de las mismas en caso de incumplimiento del empresario como nos referiremos de forma posterior.

2.2.2. *Convenio colectivo de empresas multiservicios*

La aplicación de un hipotético convenio colectivo sectorial de las EMS podría encajar en la primera salvedad del art. 42.6 ET. Según la doctrina, la aprobación de este tipo de convenio podría resultar positivo para darle cobertura convencional a las personas trabajadoras que prestan servicios en actividades que no cuentan con regulación sectorial específica, aunque para los que sí contasen con regulación sectorial específica seguirían rigiéndose por éstas. No obstante, la aplicación de un hipotético convenio colectivo sectorial de las EMS podría provocar una distinción de condiciones de trabajo basada en el objeto social de la empresa respecto de los trabajadores dedicados a la misma actividad en empresas especializadas en un único sector, pudiendo provocar competencia desleal con los sectores de actividad afectados. En este sentido, según la doctrina, “desde una perspectiva jurídico-formal, cabe argüir que el de multiservicios es un sector artificioso, configurado a partir de un criterio que no aporta sustantividad funcional, sino que se basa solo en el contenido múltiple de la actividad productiva de la empresa”⁴⁹.

Por ello, consideramos que un hipotético convenio colectivo sectorial de las EMS debería mejorar o, al menos, igualar las condiciones previstas en los convenios sectoriales afectados por la nueva unidad negocial, puesto que de lo contrario se podría incurrir en competencia desleal⁵⁰. En este sentido, la doctrina sostiene que “el principal elemento en contra de la apertura de un espacio funcional nuevo para las empresas contratistas es que ello implicaría el riesgo de vaciar de contenido una buena parte de los convenios colectivos sectoriales típicos”⁵¹. Por tanto, se debería evitar crear una nueva unidad de negociación, conformada por varias unidades de negociación preexistente, con el objetivo de precarizar las condiciones laborales previamente reguladas por otros convenios sectoriales.

De lo expuesto, podemos deducir que al igual que ocurre con la regla general del art. 42.6 ET, la excepción a esa regla tampoco resulta clara, ya que genera una gran incertidumbre sobre las situaciones que podrían tener cabida en la misma, y a su vez alta litigiosidad ante la duda de a qué convenios sectoriales se refiere el precepto.

2.3. **La excepción de existencia de convenio colectivo propio de la empresa contratista o subcontratista en los términos que resulten del art. 84 ET**

La norma contempla una segunda excepción a la regla general, que conduce a la aplicación del convenio colectivo de la empresa contratista o subcontratista conforme a lo dispuesto en el art. 84 ET⁵². Sin embargo, el último párrafo del art. 42.6 ET no está recogiendo una prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa que desplace al

⁴⁹ Cabeza Pereiro, J., “Empresas multiservicios y negociación colectiva: Balance en tiempos de cambio”, *Revista de derecho social, op. cit.*, p. 225.

⁵⁰ Esteve Segarra, A., *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación, op. cit.*, p. 43.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² De La Puebla Pinilla, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *op. cit.*, p. 6. La autora considera que, cuando el art. 42.6 ET *in fine* hace referencia al convenio colectivo propio de la empresa contratista, se refiere tanto al convenio de empresa como al convenio de centro de trabajo.

convenio colectivo sectorial de la actividad de la contrata, sino que la concurrencia de ambos convenios deberá resolverse conforme a los criterios establecidos en el art. 84 ET.

A este respecto, podría surgir una controversia aplicativa cuando la empresa contratista viniese aplicando un convenio colectivo sectorial de referencia distinto al que resultaría aplicable según lo dispuesto en el primer párrafo del art. 42.6 ET (por ejemplo, un convenio colectivo sectorial en atención a su objeto social). Es decir, la última regla aplicativa no aclara el convenio colectivo sectorial de referencia -si realizamos una lectura inversa-, necesario para aplicar las reglas de concurrencia. En la situación descrita una lectura inversa del artículo 42.6 ET podría incidir en la efectividad de la norma⁵³.

Por ejemplo, si realizamos una lectura inversa llevándola al extremo, en el supuesto de que una empresa dedicada a la limpieza tenga convenio colectivo propio, el convenio colectivo sectorial de cobertura será el convenio colectivo de limpieza con carácter general, aunque los trabajadores que prestan servicios para la comitente realicen tareas propias del servicio de habitaciones de un hotel, adicionales a la limpieza. Sin embargo, si realizamos una lectura siguiendo el orden literal del precepto y utilizando el criterio teleológico, antes de observar la posible existencia del convenio colectivo de empresa de la contratista, debemos de fijar un convenio colectivo sectorial de referencia siguiendo lo dispuesto en el primer párrafo del art. 42.6 ET.

Por tanto, en el supuesto en el que la empresa contratista tenga convenio colectivo de empresa se aplicará éste conforme a lo dispuesto en el art. 84 ET, siendo el convenio sectorial de referencia el convenio colectivo sectorial de la actividad de la contrata u otro sectorial aplicable conforme lo dispuesto en el Título III.

Por otra parte, respecto a la aplicación del convenio de la empresa contratista, destacar el carácter absoluto y materialmente limitado de la prioridad aplicativa de empresa y la eliminación del apartado a) relativo a la cuantía del salario base y de los complementos salariales⁵⁴.

Sin perjuicio de todo lo comentado anteriormente, el convenio colectivo de empresa podría aplicarse con carácter prioritario en diferentes supuestos, entre ellos: primero, en ausencia de convenio colectivo sectorial de referencia; segundo, cuando convenio colectivo de empresa tenga una vigencia anterior al convenio colectivo sectorial de referencia, sin previsión contraria de los acuerdos del art. 83.2 ET; o, en tercer lugar, en las materias prevista en el art. 84.2 ET. La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial resulta imprescindible para evitar que el objetivo pretendido con la regulación de la determinación del convenio colectivo de las contratas y subcontratas deviniera ineficaz a través del convenio colectivo de empresa. En este sentido, la doctrina sostiene “que el alcance de esta remisión al art. 84 ET, y su verdadera eficacia como garantía de aplicación de las condiciones laborales del convenio del sector, solo puede entenderse en el contexto de la reforma del citado precepto”⁵⁵.

⁵³ Esteve Segarra, A., *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, op. cit., p. 47. En este sentido, según la doctrina, “el disponer de un convenio de empresa ya no excluye la aplicación o la comparación con el convenio sectorial de la contrata”. *Vd. et.* Thibout Aranda, J., “Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas”, op. cit., p. 120.

⁵⁴ Absoluta, porque es indisponible en otros niveles de la negociación colectiva y puede negociarse en cualquier momento de la vigencia del convenio de ámbito superior y, materialmente limitada, porque se ciñe a unas materias concretas. A este respecto, las materias recogidas en el art. 84.2 ET no quedan reservadas para el convenio de empresa, por lo que pueden ser negociadas en otros niveles, aunque no tengan preferencia frente al convenio de empresa.

⁵⁵ De La Puebla Pinilla, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, op. cit., p. 21. *Vid. et.* Esteve Segarra, A., *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, op. cit., pp. 53-62.

3. CLÁUSULAS DE CONVENIOS DE SECTOR GARANTISTAS DE CONDICIONES LABORALES MÍNIMAS EN CONTRATAS

Después de realizar un acercamiento a las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas, y en atención al llamamiento que realiza la segunda regla a la negociación colectiva “salvo que exista otro convenio colectivo sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III” (apdo. 2.2.1), resulta de interés abordar la práctica negocial consistente en garantizar a los trabajadores en contratas las condiciones laborales esenciales previstas en el convenio colectivo sectorial de la empresa principal a los efectos de comprobar la función que cumpliría, y su alcance tras la vigencia del art. 42.6 ET⁵⁶.

Antes de la reforma laboral de 2021 se observa el interés de muchos convenios sectoriales de introducir cláusulas para evitar la discriminación de condiciones de trabajo entre trabajadores que realizan trabajos del mismo valor por el hecho de la empresa en la que presten servicios (principal o contratista) y, así, neutralizar la competencia desleal en sectores a través de la precarización de las condiciones laborales.

Asimismo, la propia jurisprudencia había señalado a la negociación colectiva como vía para establecer cláusulas de garantía de condiciones laborales mínimas para el trabajo en contrata. En este sentido, la STS de 12 de febrero de 2021 (rcud. 2839/2019) declara que “el art. 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal. De ahí que haya sido la negociación colectiva la que haya establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad”⁵⁷.

El supuesto referido anteriormente, consiste en el establecimiento de condiciones de trabajo en el convenio colectivo sectorial de la principal para los trabajadores externalizados, no está exento de controversia. En este caso, se produce una interacción conflictiva entre dos preceptos. Por un lado, el art. 83.1 ET que consagra la libertad de los negociadores para determinar el ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Y, por otro lado, el principio de correspondencia, considerado un límite a la libertad referida que impide afectar a sujetos no representados por los negociadores del convenio colectivo⁵⁸. En este contexto normativo surge la controversia en torno a las cláusulas referidas, incluidas en el convenio colectivo sectorial de las empresas principales, que afectan a los trabajadores de las empresas contratistas, estableciendo las condiciones laborales aplicables para estos trabajadores. En este sentido, se observa mucha variedad de cláusulas que, con diferente intensidad, afectan a las condiciones laborales de las personas trabajadoras externalizadas⁵⁹.

A este respecto, STS de 13 de septiembre de 2022 (rec. 10/2021) dilucida la validez de una cláusula, relativa al ámbito de aplicación, del convenio colectivo de la hostelería

⁵⁶ Sobre las cláusulas en materia de subcontratación en la negociación colectiva sectorial, *vid.* Palomo Balda, E. “El estatus laboral de los trabajadores de las empresas multiservicios y la problemática determinación del convenio colectivo sectorial de referencia”, AA.VV., *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*. Alfonso Mellado, C. L., Almendros González M. A., Cruz Villalón, J., Esteve Segarra, A., Monereo Pérez J. L., Muñoz Ruiz, A. B., Vivero Serrano, J. B., Observatorio de la negociación colectiva, Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 44-60 y 65-73.

⁵⁷ *Vid.* STS de 12 de marzo de 2020 (rec.209/2018) ECLI:ES:TS:2020:1718.

⁵⁸ Art. 87 ET.

⁵⁹ Monereo Pérez, J.L., Vicente Palacio, A., López Insúa, B., Perán Quesada, S., *La regulación de la gestión indirecta en la negociación colectiva. Subcontratación y empresas de trabajo temporal, op. cit.*, pp. 61-64. Con carácter ilustrativo la doctrina señala diferentes tipos: inclusión en el ámbito funcional y personal del convenio a los trabajadores de los contratistas siempre que desarrollen su labor en el ámbito de las empresas incluidas en el ámbito del

de Gran Canaria⁶⁰, según la cual “afectará a todas aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación de personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional de este convenio colectivo, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que éstos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidos en el mismo y en particular la tabla salarial ...”.

La Sala IV, después de repasar la doctrina judicial relacionada con el supuesto, valida la cláusula sosteniendo que, pese a que la literalidad del precepto podría indicar que los negociadores han pretendido incorporar directamente en su ámbito funcional a las empresas contratistas y subcontratistas, una lectura hermenéutica lleva a concluir que los destinatarios de la obligación controvertida son los empresarios principales.

Para llegar a la conclusión anterior el TS destaca los siguientes aspectos: primero, los negociadores pretenden que los trabajadores de la empresa contratista que efectúan tareas propias de los trabajadores incluidos en el ámbito personal del convenio tengan las mismas condiciones salariales; segundo, la materialización del objetivo se realiza a través de los contratos de servicios cuando la empresa decida externalizar el servicio; tercero, si la empresa principal decide externalizar servicios, cuyo desempeño podría efectuarse por el personal afectado directamente por el convenio, estará obligada a formalizar un contrato de servicios, en el cual deberá asegurar que la empresa contratista o subcontratista aplicará las condiciones del convenio a sus trabajadores durante la vigencia de la contrata, lo cual afectará necesariamente al importe de la contrata; y, cuarto, resulta preciso que los trabajadores desplegados en la contrata realicen actividades sujetas al ámbito funcional del convenio del sector de la hostelería y que éste se encuadre en las categorías previstas en su convenio. Por todo, el TS valida la cláusula negocial, no considerándola lesiva para la empresa contratista, dado que se dirige a las empresas afectadas por el convenio, que se obligan a garantizar dicha equiparación lo que comporta una repercusión en el precio de la contrata⁶¹.

A este respecto, la doctrina considera que se puede considerar lícito que los convenios colectivos lleguen a incorporar un plus de tutela a los trabajadores que prestan servicios en supuestos de descentralización, siempre que el convenio colectivo de referencia respete el principio de correspondencia negocial, “en el sentido de que tales reglas se dirijan a las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del correspondiente convenio colectivo y quienes negocian se encuentren legitimados para representar a esas empresas”⁶².

En ese marco, aunque las cláusulas de garantías de condiciones laborales mínimas referidas se validan porque no implican su aplicación a terceras empresas⁶³, sino que obligan solo a las estrictamente incluidas en la unidad de negociación, surgen algunas cuestiones que de forma sintética conviene dejar apuntadas para futuros análisis.

convenio; en otra ocasión la afectación a los trabajadores de la contratista se realiza a través de un contrato mercantil. Asimismo, como observa la doctrina no todos los supuestos de inclusión en el campo del convenio de del sector de la principal se limitan a las actividades correspondientes a la propia actividad de la empresa anterior.

⁶⁰ ECLI:ES:TS:2022:3348.

⁶¹ En este sentido, *vid.* STS de 1 de marzo de 2020 (rec.59/2020) ECLI:ES:TS:2022:1341 y STS de 13 de julio de 2022 (rcud. 161/2020) ECLI:ES:TS:2022:2881.

⁶² Cruz Villalón, J. “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 147/2019, p. 38.

⁶³ No obstante, aunque no tratándose de supuestos comparables, la jurisprudencia invalida las restricciones previstas en diferentes convenios colectivos sectoriales que afectan a la actividad de las empresas de trabajo temporal, como hacen STSS de 31 de marzo de 2022 (RJ/2022/1934) y de 6 de abril de 2022 (RJ/2022/1996). Para Goerlich existen soluciones divergentes respecto a los supuestos en los que los convenios colectivos pretenden afectar a terceros no representados en las comisiones negociadoras del proceso negociador del convenio. *Id.* Goerlich Peset, J.M., “Afectación de terceros por el convenio colectivo. Aspectos sustantivos y procesales”, *Labos*, Vol.4, núm. 1, pp. 4 y 10.

Primero, qué sucede si la empresa contratista no cumple con las cuantías salariales previstas para los trabajadores de la contrata en el convenio colectivo del sector de la comitente; en segundo lugar, si cabría la acción directa ante la empresa comitente si el convenio colectivo no resulta aplicable a la persona trabajadora externalizada. A este respecto, debemos tener en cuenta que el reconocimiento de salario correspondiente a un trabajador de la empresa principal se realiza a través del contrato de trabajo entre la empresa contratista y la persona trabajadora, lo cual no le habilita, con carácter general, a accionar ante un posible incumplimiento contra la empresa principal. Finalmente, en el supuesto que el convenio colectivo sectorial de la principal prevea una acción directa o subsidiaria para el trabajador de la contratista, qué sucedería si la empresa principal no cumple lo dispuesto en el convenio colectivo, qué sanción se prevé al respecto y ante quién responde la misma. En este sentido, cabe plantearse si podría la persona trabajadora demandar a la empresa principal por incumplimiento salarial previsto en el convenio colectivo sectorial de la empresa comitente cuando este no le resulta aplicable al trabajador de la empresa contratista.

Por lo que respecta a la relación entre las cláusulas de garantía referidas y el art. 42.6 ET, DE LA PUEBLA PINILLA, sostiene que “la norma puede referirse a supuestos en que el convenio sectorial impone a las empresas incluidas en su ámbito funcional la obligación de garantizar, en caso de que recurran a la externalización de alguna de sus actividades, la aplicación de las condiciones convencionales en él incluidas a las personas trabajadoras de las contratas”⁶⁴.

Asimismo, según GÁRATE en la primera excepción prevista en la norma “se esconde la pretensión de favorecer, prestándole un cierto sustento legal del que hasta ahora carecía, la vocación imperialista de determinado convenio colectivos propios de sectores (...) que son objeto, con frecuencia, de descentralización productiva y que extiendan su aplicación a las empresas colaboradoras que asuman la realización de tales actividades, aun cuando estas cuenten convenio colectivo propio o sectorial específico”⁶⁵.

Por otra parte, GOERLICH, en este sentido, sostiene “que en este nuevo contexto, podría ser difícil aceptar la concurrencia de la finalidad que se exige a los convenios colectivos para poder interferir en el funcionamiento del mercado sin lesionar los imperativos de la competencia; cabría pensar, en este sentido, que tras la intervención legislativa ha desaparecido el déficit de protección que legitimaba la extensión del convenio colectivo más allá de sus límites naturales; y, si así fuera, cabría pensar en la futura revisión de las interpretaciones jurisprudenciales”⁶⁶.

En este sentido, sin entrar a analizar las diferentes posiciones referidas debido a la limitación del objeto de este trabajo, debemos de indicar que esta cuestión también se plantea en un reciente pronunciamiento judicial, justificando un voto particular al respecto⁶⁷.

⁶⁴ De La Puebla Pinilla sostiene que “la validez de este tipo de cláusulas no es cuestión desde la perspectiva de la delimitación funcional del convenio puesto que las empresas sobre las que recae la obligación de garantizar la aplicación de dicho convenio a las empresas contratistas sin las empresas incluidas en el ámbito funcional del convenio y están representadas legalmente por las asociaciones patronales negociadoras del convenio”. *Vid.* De La Puebla Pinilla, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ Si bien, respecto al anterior práctica negocial, el autor destaca que las inclusiones de las actividades descentralizadas en el ámbito funcional de los convenios referidos precisan que los empresarios y trabajadores afectados se encuentre debidamente representados por los sujetos negociadores. Gárate Castro, J., “Sobre la pretendida y no conseguida modernización del régimen laboral de la subcontratación”, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁶ Goerlich Peset, J.M., “Afectación de terceros por el convenio colectivo. Aspectos sustantivos y procesales”, *op. cit.*, p. 13. *Vid. et.* Esteve Segarra, A., *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, *op. cit.*, p. 148-149.

⁶⁷ *Vid.* STSJ de 28 de abril de Islas Canarias, rec. 2284/2022, ECLI:ES:TSJICAN:2023:1338. *Vd.* Beltrán De Heredia, I., “Contratas, subcontratas y externalización productiva” en *Una mirada crítica a las relaciones la-*

4. CONSIDERACIONES FINALES

Tras el estudio de las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a las contrata y subcontratas previstas en el art. 42.6 ET, y tras observar la problemática situada en la negociación colectiva sectorial respecto de la regulación de condiciones de trabajo de las personas trabajadoras en las contrata pertenecientes a empresas de otros sectores, destacaremos de forma breve algunas consideraciones que hemos considerado relevantes.

Primero, los objetivos de la reforma 32/2021 para mejorar las condiciones laborales de las personas trabajadoras externalizadas se pretenden alcanzar a través de dos medidas: por un lado, la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y, por otro lado, el establecimiento de reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a la contrata. En atención al contenido de las dos modificaciones referidas, resulta imprescindible la supresión de la prioridad aplicativa salarial del convenio de empresa para conseguir los objetivos de la reforma. En este sentido, sin la supresión referida, el art. 42.6 ET devendría ineficaz en los supuestos en los que se negociara un convenio colectivo de empresa fijando un salario inferior al convenio sectorial de referencia.

Segundo, el art. 42.6 ET, fruto del diálogo social, consagra una novedosa regulación para determinación del convenio colectivo aplicable a la contrata. El precepto establece como criterio general “la actividad que realice la contrata con independencia del objeto social o la forma jurídica de la empresa”, positivizando el criterio acuñado por la jurisprudencia previamente para las empresas multiservicios. Si bien, la regla referida también se aplica a las empresas especializadas en un sector⁶⁸.

Tercero, en atención al carácter ambiguo del precepto, es muy probable que no disminuya la litigiosidad relativa a la determinación del convenio colectivo aplicable a las contrata. En este escenario, consideramos importante realizar una interpretación teleológica del precepto, considerando como criterio general el de aplicación del convenio colectivo sectorial de la actividad de la contrata en detrimento de posibles lecturas descontextualizadas al amparo de la complejidad y falta de claridad que desprende el precepto.

Cuarto, para una correcta aplicación de la regla general del citado precepto, el convenio de aplicación será el del sector de la actividad que desarrolle la contrata, resulta esencial el protagonismo del principio de especialidad para determinar la actividad de la contrata cuando la misma se encuentre incluida en el ámbito funcional de dos convenios colectivos sectoriales. En este sentido, consideramos que el principio de especialidad persigue descubrir la actividad efectivamente realizada en la contrata y el ser de las cosas. Asimismo, este principio, desplaza con carácter general a principios como el de unidad de empresa o actividad prevalente, ya en desuso por la jurisprudencia.

Quinto, consideramos que la reforma operada en materia de subcontratación tendrá un efecto positivo para las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras externalizadas, y para neutralizar la competencia desleal en el sector por parte de empresas que utilizan la externalización buscando competitividad a costa de la precarización de las condiciones

borales (<https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa-42/#426>, acceso 05.11.2023).

⁶⁸ En este sentido, en atención a la distinción entre la actividad de la empresa contratista y la actividad objeto de contrata, la doctrina observa una posible afectación al personal de “estructura” de la contrata, es decir, el que no se encuentra afecto a la ejecución de ninguna contrata; para el que se debe de analizar cuál es el objeto de la actividad de la contratista a efectos de determinar el convenio colectivo de aplicación. *Vid.* Cruz Villalón, J. “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *op. cit.* p. 142.

laborales. No obstante, a la espera de doctrina jurisprudencial al respecto, y del papel que desarrollará la negociación colectiva al amparo de la nueva regulación legal, es difícil prever actualmente el alcance que pueden desplegar las remisiones realizadas por la ley a la negociación colectiva. Más concretamente, queda por comprobar, entre otros efectos de la norma, si a través las remisiones referidas y aplicando las reglas de concurrencia de los convenios, se podría alcanzar la igualdad salarial de los trabajadores de la empresa comitente y de la contrata que realicen trabajos de igual valor, incluidas las retribuciones salariales reconocidas por vía contractual.

Sexto, respecto a la última regla del art. 42.6 ET en relación con las tesis de lectura inversa del precepto, nos posicionamos en contra de la misma debido al riesgo de debilitar el propósito buscado por la norma. En primer lugar, consideramos relevante partir de la regla general, determinando el convenio colectivo sectorial de la actividad de la contrata; seguidamente, observar la posible existencia de otro sectorial aplicable, con carácter preferente respecto a la regla anterior; y, finalmente, si la empresa contratista tiene convenio colectivo de empresa se aplicará este conforme al art. 84 ET. Consecuentemente, incluso cuando la empresa contratista tenga un convenio propio la regla general no queda desplazada -y salvo la existencia de otro convenio sectorial aplicable conforme al título III- dado que se tendrá en cuenta para aplicar las reglas de concurrencia.

Para finalizar, considero que las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a las contratas y la supresión de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial, garantizan para los trabajadores externalizados una base mínima de condiciones laborales, fijadas en el convenio colectivo sectorial de la actividad de la contrata. Si bien, la norma legal no garantiza *per se* la igualdad de condiciones laborales entre los trabajadores de la contrata y los trabajadores de la empresa principal cuando realizan trabajos de igual valor, sin perjuicio de la función que pueda desplegar la negociación colectiva al respecto. Por tanto, pese a que la nueva norma persigue evitar la precarización de las condiciones de trabajo en las contratas, sin embargo, no se garantiza en todos los casos la consecución de las mismas condiciones laborales para los trabajadores de la contratista y de la empresa principal, sobre todo cuando la empresa principal prevé mejoras salariales a través del convenio colectivo de empresa, acuerdos extraestatutarios o contractuales. En todo caso, y pese a las dificultades interpretativas que presenta el precepto en algunos supuestos complejos, en otros sí supondrá un avance para la mejora de las condiciones de trabajo a través de contratas.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA SOCIOS TRABAJADORES COOPERATIVISTAS

ALEXANDRA LENIS ESCOBAR

*Investigadora Predoctoral**
Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE SOCIOS TRABAJADORES DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO
3. LA FIJACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES EN LA COOPERATIVA
4. REFLEXIONES FINALES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva es un pilar del derecho del trabajo y una institución central en el sistema de relaciones laborales en España¹. Este mecanismo, necesario en cualquier sistema democrático, tiene reconocimiento constitucional en el art. 37, enlazado con el artículo 28.1 que recoge el derecho fundamental de libertad sindical, alzándose la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical².

En las cooperativas de trabajo asociado, los derechos laborales—entre los cuales se encuentra la negociación colectiva— para los socios trabajadores tienen un tratamiento diferenciado: la exclusión de estas personas de la aplicación de las instituciones tradicionales del derecho del trabajo, consecuencia del art. 80 de la Ley 27/99 de 16 de julio de cooperativas que califica la relación de los socios trabajadores de la cooperativa como relación societaria.

Los argumentos para tal limitación para los socios trabajadores podrían encontrarse en la ausencia de dos partes con intereses contrapuestos al ser los interesados a la vez propietarios de los medios de producción y trabajadores de la cooperativa. No obstante, existen supuestos en los que los socios trabajadores pueden tener intereses contrapuestos con su propia cooperativa, especialmente en cooperativas de grandes dimensiones, donde la posición del socio trabajador queda debilitada por la escasa posibilidad real que tiene de influir en la adopción de acuerdos.

Así pues, en el ámbito de las cooperativas de trabajo asociado nos encontramos con dos sujetos que prestan su trabajo personal para la misma con distintos instrumentos que regulan sus condiciones de trabajo: de una parte, los trabajadores contratados por cuenta ajena, amparados por el convenio colectivo en virtud de su relación laboral y, de otra parte, los socios trabajadores que se rigen por el reglamento de régimen interno, acordado democráticamente en asamblea. El trabajo realizado por unos y otros puede ser idéntico, sin embargo, las condiciones de trabajo aplicadas a unos y otros pueden ser muy distintas y no siempre iguales o más favorables para los socios trabajadores³.

Esta diferenciación resultaría irrelevante si con la regulación actual no se dieran supuestos de auto explotación⁴ en las cooperativas de trabajo asociado, al existir escasos límites y garantías en relación con condiciones de trabajo mínimas. Es necesario atender a estas situaciones para evitar que la relación cooperativa se convierta en elemento de ventaja comparada frente a la propia laboral a través de la reducción o limitación de derechos laborales, al escapar de las garantías propias del Derecho del Trabajo, sobre todo frente entidades como las Sociedades Laborales que compaginan el control del capital social por las personas trabajadoras, con la existencia de un contrato de trabajo, de una relación laboral con sus consecuencias⁵.

Esta comunicación pretende contribuir a la reflexión y al debate en torno a si la negociación colectiva es un derecho aplicable a las personas socias trabajadoras de cooperativas y si es un mecanismo necesario y conveniente para garantizar unas condiciones de trabajo mínimas estas personas.

¹ CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E., Y MOLERO MARAÑÓN, M. L. *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales: estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré* (J. LAHERA FORTEZA Y A. MURCIA CLAVERÍA Eds.): Bomarzo. Madrid, 2021.

² BENAVENTE TORRES, M.I. *El convenio colectivo estatutario*. Editorial Comares, Granada, 2022, pp.

³ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *Empleo de calidad y cooperativas de trabajo asociado: trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores*. CIRIEC- Revista jurídica de economía social y cooperativa, N.º 24, 2013, pp. 9

⁴ GARCÍA JIMÉNEZ, M. *El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado*. RGDTS, n.º 37, 2014, pp. 108.

⁵ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios cooperativistas*. Revista de Derecho Social, N.º 49, 2010, pp. 2.

2. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS SOCIO-TRABAJADORES DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

2.1. Libertad sindical para socios-trabajadores de cooperativas: SAN 277/2017 y STS 1944/2019

Para iniciar este análisis, es insoslayable acercarse de antemano a la existencia o no del Derecho a la libertad sindical para las personas socias trabajadoras de cooperativas, puesto que, dentro de la libertad sindical en su vertiente colectiva, se encuentra el derecho a la negociación colectiva. La respuesta, es que tradicionalmente se ha excluido a los socios trabajadores del ejercicio del derecho de libertad sindical, el argumento para tal exclusión se encontraba en el art. 80 de la Ley 27/99 de Cooperativas, el cual declara que la relación que une a socios trabajadores con la cooperativa es de tipo societario, exclusión que ha sido fuertemente criticada por la doctrina y matizada por la jurisprudencia en STS del año 2019. A continuación, se analizan brevemente dos sentencias paradigmáticas en esta materia, que recogen las principales posiciones de los tribunales para la exclusión y el posterior reconocimiento del derecho de libertad sindical para las personas socias trabajadoras o de trabajo de cooperativas.

En línea con la exclusión del derecho, encontramos la sentencia de la Audiencia Nacional que declaró la inexistencia de libertad sindical para los socios trabajadores de cooperativas SAN 277/2017 de 17 de noviembre de 2017, argumentando que *debe descartarse todo atisbo acerca de que estemos en presencia de una relación laboral, ni siquiera como concurrente con la societaria o de naturaleza híbrida porque en otro caso no habría tenido necesidad el legislador de dejar claro que las percepciones periódicas de los socios trabajadores “no tienen la consideración de salario”, sino que son anticipos a cuenta de los excedentes de la cooperativa*⁶.

Para reforzar el argumento, el Tribunal alude a la separación que hace la propia Ley de cooperativas Estatal en el tratamiento de diversas materias laborales, atendiendo por un lado a la categoría de trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena y por otro a socios trabajadores de la cooperativa. Por tanto, la sala concluye que la relación entre socios trabajadores y cooperativas de trabajo asociado no es laboral, ni tampoco una relación laboral de carácter especial, tratándose por el contrario de una relación societaria.

Adicionalmente, se niega el derecho a afiliarse a los sindicatos en base al art. 3.1 de la LOLS (que prevé que los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica).

La sala considera que los socios trabajadores de sociedades cooperativas de trabajo asociado no pueden afiliarse a sindicatos de trabajadores, con amparo en el art. 3.1 LOLS, porque no son propiamente trabajadores por cuenta propia, sino socios de la cooperativa, con la que mantienen una relación societaria y que los conflictos que surjan en el seno de esta deben resolverse democráticamente a través de la asamblea. Lo contrario, según la sala, desnaturalizaría la relación societaria entre la cooperativa y sus socios trabajadores, quienes sin perder la condición de socios (y por tanto de empresarios), crearían una suerte

⁶ SAN 277/2017 de 17 de noviembre de 2017. FD 8º.

de contrapoder enfrentado a los órganos sociales elegidos democráticamente por ellos mismos, frente al cual ejercitarían sus derechos sindicales incluido el derecho a huelga. Así pues, el argumento lleva a la conclusión de que existen de ámbitos propios y vías específicas de participación para las personas socias en la cooperativa, cosa distinta es si estos se utilizan o no correctamente, dependiendo si la cooperativa respeta los principios cooperativos y es una cooperativa auténtica o no lo es.

La tesis mantenida en esta sentencia niega la existencia de intereses contrapuestos dentro de la cooperativa, pero en la práctica estos intereses contrapuestos existen, como se ha mencionado anteriormente. Adicionalmente, se esgrime como motivo de oposición a cualquier forma de participación sindicalizada de los socios el carácter asambleario y la autogestión de la sociedad cooperativa⁷, pero los intereses del socio trabajador en cuanto a sujeto que presta sus servicios a la cooperativa, pueden verse afectados debido al nivel de autonomía que en la práctica acaban adquiriendo los órganos directivos de la cooperativa, sobre todo en aquellas de grandes dimensiones, lo cual acaba convirtiendo en muchos casos los derechos societarios del socio trabajador y su condición de copropietario en una mera formalidad, no en algo real y efectivo⁸, debido a la escasa capacidad de influencia real del socio en la determinación de la voluntad de la cooperativa.

Contrario al punto de vista tradicional, la STS 1944/2019 de 8 de mayo de 2019, Recurso de Casación para la unificación de la doctrina, estima en parte el recurso interpuesto por el Sindicato CNT contra SERVICARNE Sociedad Cooperativa CL y casa y anula la sentencia de la Audiencia Nacional, sala 4ª 277/2017 y reconoce que *los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado tienen derecho a afiliarse al sindicato de su elección y, lo que resulta más importante, el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas*⁹.

Las razones que han llevado a la sala a tan importante conclusión se encuentran en los fundamentos de derecho 4º y 5ª de la Sentencia analizada y son los siguientes:

a) Interpretación de la nota de subordinación en relación del socio con la cooperativa

La sala entiende que, si bien la Ley de cooperativas estatal califica la relación de las personas socias trabajadoras con la cooperativa como una relación societaria, esto no puede *ocultar o esconder que insita en dicha relación existe una realidad que no es posible desconocer y que consiste en la presencia de trabajo subordinado realizado por el socio trabajador que está sujeto al ámbito de organización y de dirección de la cooperativa que se personifica en su Consejo Rector*.

La concurrencia o no de las notas de laboralidad en la relación del socio trabajador con la cooperativa ha sido ampliamente analizada por la doctrina¹⁰. No en vano, la propia sentencia de referencia alude a la existencia de una *prestación subordinada, aunque las notas de dependencia y ajenidad ofrezcan un perfil menos intenso*.

En este sentido, cabe recordar que las personas socias trabajadoras de cooperativas de trabajo o socias de trabajo de otro tipo de cooperativas, están sometidas al régimen disciplinario en materia de prestación del trabajo fijado en

⁷ CABEZA PEREIRO, J. *Cooperativismo, sindicalismo y participación de los trabajadores en las empresas de economía social*. RGDTS N.º 37, 2014, pp. 92.

⁸ LÓPEZ GANDIA, J. *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 550.

⁹ STS 1944/2019. FD 5º

¹⁰ Véase SANTIAGO REDONDO, K.M. *Socio de Cooperativa y relación laboral*. IBIDEM, 1998, pp. 236 y ss; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *Cooperativas de trabajo asociado... Op. Cit.* pp. 3y ss; SORIANO CORTÉS, D. *Las cooperativas de trabajo asociado: una alternativa de trabajo digno, sostenible e inclusivo*. CIRIEC- Revista jurídica de economía social y cooperativa, N.º 30, 2021, pp. 16.

los reglamentos de régimen interno. Dicho régimen disciplinario incluye entre sus posibles sanciones, la extinción del contrato del socio-trabajador y su posible expulsión de la cooperativa.

b) Existencia de intereses contrapuestos

La sala reconoce la existencia de intereses contrapuestos en el seno de la cooperativa, de un lado se sitúan los intereses del socio trabajador en tanto que es copropietario de los medios de producción, y a la vez existen intereses del mismo socio en calidad de persona que presta sus servicios a la cooperativa: *No cabe duda de que tales socios trabajadores pueden construir y defender intereses alternativos estrictamente laborales que vayan más allá de la relación societaria, para cuya defensa puedan resultar notoriamente insuficientes los cauces de participación en los órganos de gobierno de la cooperativa derivados de su condición de socios. Especialmente en cooperativas de dimensiones importantes donde los órganos de dirección pueden estar alejados de los intereses de los socios que prestan trabajo.*

Adicionalmente, la sala recuerda que se ha pronunciado en otras ocasiones sobre el estatus jurídico del socio-trabajador como una relación de carácter mixto, que tiene una vertiente societaria y otra de prestación de una actividad de trabajo con tratamiento laboral en gran medida y que en otras ocasiones (en un caso de jubilación) se ha producido la asimilación de los socios trabajadores a todos los trabajadores de la cooperativa (socios y asalariados), así pues en materia del ejercicio de un derecho fundamental del calado de la libertad sindical, cabe tal asimilación.

Finalmente, la considera relevante el hecho de que para determinadas cuestiones litigiosas entre la persona socia trabajadora y la cooperativa, en lo que se refiere a la prestación del trabajo, sea competente el orden jurisdiccional social, *es indicativa del nivel del nivel y ámbito de protección que quiere el legislador para este tipo de trabajadores.*

c) Inexistencia de exclusión normativa de libertad sindical para socios trabajadores de cooperativas

El sindicato CNT argumenta que la interpretación realizada por la Audiencia Nacional, del ámbito subjetivo del art. 28 CE, excluye de su ejercicio a los socios trabajadores de las cooperativas vulnera los principios de interpretación según los principios generales del derecho: *Donde la ley no distingue no lo puede hacer el intérprete y de interpretación de las normas legales de conformidad con la constitución y el sentido más favorable la efectividad del derecho fundamental*¹¹.

El Tribunal Supremo argumenta que, el art. 28.1 CE no excluye explícita ni implícitamente a los socios trabajadores de las cooperativas del derecho a la libertad sindical. La literalidad del precepto al proclamar que *Todos tienen derecho a sindicarse* y al no incluir este colectivo dentro de las excepciones o limitaciones dan indicios de que el legislador pretendía hacer un reconocimiento amplio del derecho. Por su parte el art. 1.1 de la LOLS tampoco incluye a este colectivo entre los excluidos del ámbito de aplicación de la norma, y en la misma línea cita los convenios 87 y 98 de la OIT, por tanto, la sala sostiene que las exclusiones al ejercicio de este derecho fundamental deben interpretarse de forma restrictiva, pues en ausencia de previsión legal contraria, cabe la asimilación atendiendo

¹¹ Séptimo motivo del recurso de casación.

al carácter mixto de la relación del socio-cooperativista y la interpretación de prestación de trabajo subordinada vista anteriormente.

d) La Recomendación 193 de la OIT

La sala otorga gran relevancia a la Recomendación 193 sobre promoción de las cooperativas de la OIT y, si bien reconoce que las recomendaciones e informes de la OIT no tienen eficacia vinculante, son textos orientativos y actúan como criterio interpretativo o aclaratorios de los Convenios. Así pues, dicha recomendación recoge que *debería alentarse a las organizaciones de trabajadores a afiliarse y prestar asistencia a los trabajadores de las cooperativas para que se afilien a dichas organizaciones*. De lo anterior no queda si no inferir, que las normas de la OIT parten del reconociendo del derecho a la libertad sindical de los trabajadores cooperativistas, sin distinción entre socios trabajadores y asalariados.

2.2. Contenido del Derecho a la libertad sindical para socios trabajadores de cooperativas

Así pues, tras la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, el elenco de derechos sindicales para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado incluye:

a) Derecho a afiliarse al sindicato de su preferencia

La sentencia de referencia reconoce el *derecho de las personas socias trabajadoras a afiliarse al sindicato de su preferencia*, ahora bien, no se especifica en el pronunciamiento si tal reconocimiento se limita al derecho de afiliación al sindicato de su elección, o ha de entenderse que incluye también el derecho a fundar sindicatos específicos que representen los intereses de este colectivo (art. 1.a) LOLS). La sala se ha limitado a reconocer específicamente el derecho de afiliación, y la omisión del derecho a fundar sindicatos específicos no parece descuidada. Como señala alguna autora, tal limitación podría estar fundada en la peculiaridad de la posición jurídica de los socios trabajadores con respecto a la cooperativa¹².

Los derechos inherentes a la condición de afiliado sindical en el seno de la empresa, recogidos del art. 8.1 de la LOLS no parecen incompatibles con la condición de socio trabajador, incluyen la facultad de:

- Constituir Secciones Sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos del Sindicato.
- Celebrar reuniones, previa notificación al empresario, recaudar cuotas y distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa.
- Recibir la información que le remita su sindicato.

b) Derecho a la actividad sindical

Cuestión más controvertida resulta del reconocimiento a la actividad sindical, pues si bien la sentencia reconoce que *el sindicato tiene derecho al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas*, no se pronuncia sobre el alcance del ejercicio de la libertad sindical en el marco de las cooperativas, esto es, despejar que matices

¹² SORIANO CORTÉS, D. *Las cooperativas de trabajo ... Op cit.* pp. 46.

o limitaciones que tendrá el ejercicio de las actividades que el sindicato puede promover¹³.

No cabe duda, tras el análisis de los hechos a que dieron lugar a la sentencia, que el reconocimiento a la actividad sindical por parte de los sindicatos con afiliados en la cooperativa incluye el derecho de información y expresión con fines sindicales, nada se menciona sobre el desarrollo de los derechos recogidos en el art. 2 d) de la LOLS: *derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal [...] en los términos previstos en las normas correspondientes.*

2.3. ¿Negociación colectiva para socios trabajadores o de trabajo de cooperativas?

Teniendo en cuenta la literalidad del art 2 d) LOLS, es necesario acudir a *los términos previstos en las normas correspondientes*. A priori, en virtud de la disposición adicional primera del RD 1844/1994 de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa; los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado carecen de legitimación para ser electores en las cooperativas, pues solo los trabajadores asalariados en los que no concurra la cualidad de socio cooperativista están legitimados para ser electores y/o elegibles para la designación de representación de trabajadores en la empresa.

Por otra parte, el art. 8.2 de la LOLS reconoce a *las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegado de personal, tendrán derecho a [...] la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica*. Es esta remisión a la regulación específica es la que lleva a la conclusión que las secciones sindicales constituidas en la cooperativa no tienen legitimación para representar los intereses de los socios trabajadores en procesos de negociación colectiva, pues las reglas del art 87 ET afectan solo a trabajadores por cuenta ajena y a los empresarios, teniendo en cuenta la definición empresarial contenida en el art. 1.2 ET.

Esta definición *excluye tanto las cooperativas de trabajo asociado que no empleen trabajadores asalariados como los propios trabajadores cooperativistas, en los que no concurre propiamente tal condición de trabajadores asalariados [...]*¹⁴. Así pues, tampoco podrían los socios trabajadores negociar en calidad de empresarios un convenio colectivo que les resulte de aplicación, de no ser así, el Tribunal Supremo en recurso casación se ha pronunciado y entiende que el convenio colectivo alcanzado es nulo, al producirse una confusión de intereses patronales y sociales pues se representarían a la vez intereses empresariales y laborales de los socios trabajadores¹⁵.

En definitiva, se excluye del derecho a la negociación colectiva por la vía de hecho¹⁶ a los socios trabajadores de las cooperativas, dejando la fijación de sus las condiciones de trabajo a los Estatutos de la cooperativa o a los reglamentos de régimen interno o, como señala una autora, *el convenio colectivo está ausente en el ámbito societario por no concurrir los elementos esenciales que presiden todo proceso negocial, y que las representaciones de empresa solo están legitimadas para negociar convenios que afectan a los trabajadores por cuenta ajena; no a los socios cooperativistas, cuyas condiciones*

¹³ GARCÍA MURCIA, J. y QUIROGA, M. A. La libertad sindical en las sociedades cooperativas de trabajo asociado. STS-SOC núm. 347/2019, de 8 de mayo, Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL), nº 5, 2019, pp. 9.

¹⁴ STS de 3 de julio de 2012 Rec. 83/2011. FD 5º

¹⁵ STS 18 de septiembre de 2004 rec. 75/2003. FD 3º.

¹⁶ CABEZA PEREIRO, J. *Cooperativismo... Op cit.* pp. 104.

*laborales quedan al albur de reglamentos internos, de naturaleza jurídica incierta y desprovistos de las garantías que ofrece el convenio colectivo de eficacia general*¹⁷.

Pese a ello, no son escasas las referencias de leyes cooperativas autonómicas a la aplicación subsidiaria de la legislación laboral en lo no dispuesto en los estatutos, o al respeto de los mínimos de la legislación laboral común. Algunas de estas referencias las encontramos, por ejemplo, en la ley de cooperativas Andaluza¹⁸, o la Ley de cooperativas Asturiana, que establece los mínimos a fijar en el Estatuto profesional -el equivalente a Reglamento de Régimen Interno-, en materia de permisos parentales¹⁹ a lo establecido en la legislación vigente para trabajadores asalariados, o referencias que van incluso más allá y remiten de forma directa al convenio colectivo que resulte de aplicación para la fijación de condiciones laborales en los RRI, como el caso de la Ley de cooperativas de Castilla y León²⁰. También hay algunas remisiones específicas en materia de subcontratación como es el caso de la Ley de cooperativas Catalana y la Ley de Cooperativas de Extremadura²¹.

3. LA FIJACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS SOCIOS TRABAJADORES EN LA COOPERATIVA

3.1. Los Reglamentos de Régimen Interno

Los Estatutos de la cooperativa son la norma interna básica que regulan los aspectos esenciales del funcionamiento de la sociedad cooperativa²². Su aprobación es asamblearia y previa a la constitución de la cooperativa, además han de adjuntarse al acta de constitución para la inscripción de la cooperativa en el Registro de Sociedades Cooperativas. No obstante, los Estatutos de la cooperativa pueden ser desarrollados mediante un Reglamento de Régimen Interior²³ en determinados aspectos. En este apartado se analizarán los Reglamentos de Régimen Interno (RRI) -llamados en algunas leyes autonómicas Estatuto profesional de la persona socia-, pues suele ser este el instrumento utilizado en mayor medida para la fijación de las condiciones de trabajo de los socios trabajadores de la cooperativa.

Los art. 82-87 de la Ley de Cooperativas Estatal y las Leyes de Cooperativas autonómicas, realizan una remisión a los Estatutos sociales o Reglamentos de Régimen

¹⁷ MERINO SEGOVIANO, A. *Sindicalismo y participación en las cooperativas de trabajo asociado*. En Cooperativas de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores. FAJARDO GARCÍA, G., & SENET VIDAL, M.J. Dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 561

¹⁸ Art 87.1 Ley 14/2011 de Cooperativas Andaluzas: *Cualquier materia vinculada a los derechos y obligaciones del socio o socia como persona trabajadora será regulada por los estatutos, por el reglamento de régimen interior o por acuerdo de la Asamblea General, respetando las disposiciones que determinen los derechos y garantías legalmente establecidos en el derecho laboral común con las especificidades que se establezcan reglamentariamente.*

¹⁹ Art. 142 Ley 4/2010 de cooperativas de Asturias: *En cualquier caso, la regulación que se haga de la jornada, descanso semanal, fiestas, vacaciones y permisos respetará los mínimos establecidos en la legislación estatal de cooperativas. Asimismo, serán de plena aplicación las reglas sobre reducciones de jornada por razones familiares, suspensiones por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento establecidas en la legislación vigente para los trabajadores asalariados.*

²⁰ Art 103 Ley 4/2002 de Cooperativas CyL: *Los Estatutos o el Reglamento de Régimen Interno aprobados en Asamblea General, regularán la movilidad funcional y geográfica, la forma de organización de prestación de trabajo, la duración de la jornada de trabajo, la clasificación profesional, la jornada, turnos y descanso semanal, las fiestas, las vacaciones anuales, los permisos, las suspensiones de trabajo y las excedencias, y en general cualquier otra materia relacionada con la actividad laboral, respetando la legislación laboral vigente y los convenios colectivos que resulten de aplicación.*

²¹ Art. 132.8 Ley 12/2015 de Cooperativas de Cataluña y Art. 149.3 de la Ley 9/2018 de Cooperativas de Extremadura.

²² ALZOLA BERRIOZABALGOITIA, I. *Derechos y obligaciones en Estatutos, Reglamentos Internos y acuerdos sociales de la cooperativa de trabajo asociado*. En FAJARDO GARCÍA, G. & SENET VIDAL, M.J. Dir. Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores. Tirant Lo Blanch. 2016. pp. 375.

²³ Art. 11.4 de la Ley 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas.

interno para fijar condiciones relativas a la prestación del trabajo cooperativizado, tales como: organización del trabajo; tiempo de trabajo: jornada, descanso semanal, fiestas y vacaciones; permisos retribuidos, suspensiones y excedencias; régimen disciplinario y cuestiones litigiosas, entre otras.

El Reglamento de Régimen Interno viene a ocupar el lugar que en teoría correspondería al convenio colectivo, para los socios trabajadores, cuyo límite en cuanto a la determinación del régimen del trabajo está en respetar “condiciones laborales dignas” según los estándares de la OIT, pero, puesto que se trata de un concepto que deja juego a la interpretación, y dado que uno de ellos principios cooperativos es de la capacidad de autogestión, a la hora de concretar que son condiciones de trabajo dignas, son las propias personas socias de la cooperativa, en asamblea, las que decidan qué condiciones consideran dignas²⁴.

Se ha señalado por la doctrina²⁵ que este instrumento responde principalmente a dos circunstancias: por una parte, a la huida del campo de aplicación del convenio colectivo aplicable sectorialmente, dado que a los socios trabajadores cooperativistas, están excluidos de su ámbito de aplicación, y por otra parte, responde a la necesidad de regular colectivamente las condiciones en la cuales se desarrollará la prestación de trabajo de los trabajadores cooperativistas.

Es preciso mencionar que los RRI tienen importantes diferencias con respecto a los convenios colectivos, como señala Escribano²⁶, estas diferencias pueden resumirse en:

1. *Ausencia del carácter bilateral*, pues los RRI son fruto de la voluntad única de la cooperativa, debatidos y aprobados en el seno de la Asamblea donde los intereses de los distintos miembros pueden ser muy distintos -socios de capital y socios trabajadores-, y como ha reconocido la STS 347/2019, si pueden existir intereses contrapuestos.
2. *Fuerza vinculante* del convenio colectivo, a diferencia de los RRI que poseen eficacia contractual. Adicionalmente, los RRI poseen un rango inferior al de los estatutos que desarrollan²⁷, y tienen menores exigencias formales, por ejemplo, no necesitan ser elevados a escritura pública para su validez, teniendo un método más ágil para la modificación de su contenido.
3. *Proceso de negociación*, los convenios colectivos son fruto de un procedimiento de negociación regulado y garantista, mientras que de los RRI solo se señala que deben ser ratificados en asamblea, pero se omite la descripción de proceso de elaboración.

Adicionalmente, los RRI debido a su naturaleza, pueden ser instrumentos con escasa estabilidad, pues basta la voluntad de la cooperativa para modificarlos, siguiendo los requisitos de mayorías para su aprobación en Asamblea.

²⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F. J. *Alcance y contenido de la participación de las personas socias cooperativistas en cuanto a la determinación de sus condiciones de trabajo. Una visión desde la Ley de Cooperativas de Euskadi*. Cooperativismo e Economía Social. n.º. 44, 2023, Pp. 111.

²⁵ ESCRIBANO GUTIERREZ, J. *Reglamentos de Régimen Interno de las cooperativas de trabajo asociado y determinación de las condiciones de trabajo*. REVESCO: revista de estudios cooperativos, n.º 143, 2023, pp. 3.

²⁶ ESCRIBANO GUTIERREZ, J. *Reglamentos... Op cit. 5 y ss.*

²⁷ SENET VIDAL, M. J. *El Reglamento de Régimen Interno de la cooperativa: Instrucciones de uso*. CI-RIEC-Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, N.º 16, 2005, pp. 4.

3.2. Otras formas de participación: El consejo social y otros órganos potestativos

El Consejo social es un órgano potestativo contemplado en algunas leyes cooperativas autonómicas²⁸. Está integrado en su totalidad por personas socias trabajadoras o de trabajo y tiene como finalidad la información, asesoramiento y consulta de las personas administradoras de la cooperativa, en aspectos que afectan a la relación de trabajo, debiendo emitir informes preceptivos estas materias. Se trata de un órgano de participación de las personas socias trabajadoras y de trabajo en la empresa, aunque su creación dentro de la cooperativa no es de carácter obligatorio y sus informes no tienen carácter vinculante.

Si bien no se contempla con carácter general un órgano con este nombre específico y con la misma finalidad en otras leyes cooperativas autonómicas; bajo la rúbrica de “otros órganos potestativos”²⁹ que recogen varias leyes cooperativas³⁰ sería posible la creación de órganos similares vía estatutos sociales, con el alcance y las competencias que la Asamblea quiera dotarlos, aunque su creación queda al albur de la democracia interna de la cooperativa. Existen varios ejemplos de órganos potestativos con competencias en cuestiones relacionadas con la prestación laboral de los socios, como los delegados medioambientales, los comités de igualdad³¹; y los comités de seguridad y salud.

3.3. Breve mención a las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados

Tras la aprobación de las *Directrices (2022/C 374/02) sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados*, sería interesante explorar la opción de los acuerdos colectivos entre las cooperativas de trabajo asociado y las empresas a las que presten sus servicios en supuestos de subcontratas y externalización de servicios.

Las Directrices abren la posibilidad de pactar acuerdos entre la representación de la cooperativa subcontratada y las empresas mercantiles que contraten sus servicios en aquellos supuestos que las partes encajen en las definiciones contenidas en las Directrices, evitando en gran medida las situaciones de diferencias materiales en condiciones de trabajo entre trabajadores subcontratados de la cooperativa y trabajadores de la mercantil que contrata sus servicios.

Además, la aplicación de acuerdos colectivos justos, contribuiría a despejar las dudas sobre la corrección de su uso, dudas que en algún caso, han supuesto que el convenio colectivo sectorial recoja cláusulas³² que limiten la subcontratación con cooperativas de trabajo asociado en un determinado sector, por sospechas de que su utilización se realiza en fraude de ley y supone el deterioro de la calidad del empleo en ese ámbito³³. Estas

²⁸ Art. 57 de la Ley 11/2019, de Cooperativas de Euskadi y art. 73 de la Ley 11/2010 de Cooperativas de Castilla la Mancha; art. 46 DL 2/2014, Texto refundido de la Ley Cooperativas Aragón.

²⁹ Sobre estos órganos véase ARRIETA IDIAKEZ, F. J. *Alcance y contenido de la participación... Op. cit.* pp. 120.

³⁰ Así lo recogen el art. 45 de Ley de Cooperativas de Andalucía; el art. 56 de la Ley de Cooperativas de Castilla y León; el art. 62 de la Ley de cooperativas de Canarias; el art. 46 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; art. 42.2 de Ley de Cooperativas del Principado de Asturias; art. 79 de la Ley de cooperativas de Baleares, art. 58 de la Ley de cooperativas de Cantabria...

³¹ En algunas leyes cooperativas autonómicas se contempla de forma específica, por ejemplo el art. 64 de la Ley de cooperativas de Extremadura y el art. 81 de la Ley de cooperativas de Baleares.

³² Disposición adicional primera del Convenio colectivo estatal de industrias cárnicas, BOE de 16 de julio de 2022. Y art 63 del Convenio colectivo del sector de mataderos de aves y conejos. BOE de 12 de enero de 2022.

³³ Sobre esta cuestión trata extensamente SORIANO CORTÉS, D. *Cooperativas y subcontratación en las*

cláusulas han sido declaradas legítimas por su proyección *ad intra* de la empresa y por ello no suponer una práctica limitativa a la competencia³⁴.

Las definiciones dadas a efectos del campo de aplicación de las Directrices³⁵, podrían resultar apropiadas para algunas cooperativas:

- *Persona que trabaja por cuenta propia sin asalariados*: persona que no tiene un contrato de trabajo o que no mantiene una relación laboral y que dependen principalmente de su propio trabajo personal para la prestación de los servicios que se trate.
- *Contraparte*: la empresa o empresas a la que personas que trabajen por cuenta propia sin asalariados prestan sus servicios, es decir, sus clientes profesionales, incluidas las asociaciones de tales empresas.
- *Convenio colectivo*: un acuerdo negociado y celebrado colectivamente entre personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados o sus representantes, y sus contrapartes, en la medida en que, por su naturaleza y finalidad, se refiera a las condiciones de trabajo de dichas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados.

Las Directrices aluden al fenómeno de la subcontratación y externalización de actividades de forma específica³⁶, señalando que la Comisión no intervendrá en los convenios colectivos celebrados entre personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y su contraparte en los casos que exista un claro desequilibrio en el poder de negociación, y los convenios colectivos de trabajadores por cuenta propia que se encuentren en una situación equiparable a la de quienes trabajan por cuenta ajena no entran en el ámbito de aplicación del art. 101 del TFUE sobre prohibición de acuerdos entre empresas que menoscaben la libre competencia.

En cuanto al tipo de acuerdos cubiertos por las Directrices, se aplican a todas las formas de negociación colectiva llevadas a cabo de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, desde las negociaciones a través de los interlocutores sociales u otras asociaciones hasta la negociación directa por un grupo de personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados o sus representantes con su contraparte. También cubren los casos en que las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, *tanto de forma individual como en grupo*, desean estar cubiertas por un convenio colectivo vigente celebrado entre la contraparte para la que trabajan y un grupo de trabajadores por cuenta ajena o un grupo de trabajadores por cuenta propia sin asalariados.

4. REFLEXIONES FINALES

La exclusión de la aplicación de las instituciones básicas del derecho del trabajo es para los socios trabajadores de las cooperativas es una opción legislativa que presenta serios inconvenientes en la práctica, la aplicación por goteo de la normativa laboral en determinados supuestos resulta insuficiente, vistos los problemas técnicos que entraña la aplicación parcial de determinadas instituciones.

legislaciones autonómicas: necesaria regulación de garantías laborales para mejorar el bienestar de las personas socias trabajadoras. Lan Harremanak, nº 46, 2021, pp. 60-83.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, J. *El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva*. Temas Laborales nº 147/2019, pp. 38.

³⁵ Art. 1. 2) de las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (2022/C 374/02)

³⁶ *Ibidem*...Art. 1. 5) y 6).

Un buen ejemplo de ello es el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los socios trabajadores y el derecho que el sindicato tiene al ejercicio de la acción sindical en defensa de los derechos e intereses de sus afiliados en este tipo de cooperativas, pero con importantes limitaciones en los instrumentos que pueden utilizar en dicha defensa. Una de esas limitaciones se encuentra en la exclusión del derecho a la negociación colectiva para los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, argumentando que existen ámbitos propios y vías específicas de participación para las personas socias en la cooperativa, -cosa distinta es si estos se utilizan o no correctamente, dependiendo si la cooperativa es una cooperativa auténtica que respeta los principios cooperativos o no lo es- y haciendo una remisión a la auto regulación a través de los RRI para la determinación de las condiciones de trabajo, pero con las escasas garantías en términos de participación real de los socios trabajadores en su adopción -sobre todo en cooperativas de grandes dimensiones- y la frágil estabilidad temporal que tiene este instrumento.

Es necesario avanzar en el reconocimiento de unas condiciones mínimas en la prestación de trabajo de los socios trabajadores cooperativistas, con independencia del nombre que el legislador quiera dar a la relación que les une con la cooperativa -aunque es innegable la concurrencia de cierta laboralidad- o el instrumento que decida utilizar para realizar tal protección, siempre que sea un instrumento garantista, así como avanzar hacia formas de negociación colectiva entre las cooperativas y las empresas mercantiles en los supuestos de subcontratación y externalización de servicios.

Ello limitaría en gran medida las inexplicables situaciones de diferencia material en condiciones de trabajo entre trabajadores asalariados y socios de trabajo de la cooperativa que realizan idéntico trabajo y evitaría la instrumentalización perniciosa de la relación cooperativa, para que no se convierta en elemento de ventaja comparada frente a la propia laboral, a través de la reducción o limitación de derechos laborales en estas entidades que escapan de las garantías propias del Derecho del Trabajo, sobre todo frente entidades como las Sociedades Laborales que compaginan el control del capital social por parte las personas trabajadoras, con la existencia de una de una relación laboral con todos sus efectos.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALZOLA BERRIOZABALGOITIA, I. *Derechos y obligaciones en Estatutos, Reglamentos Internos y acuerdos sociales de la cooperativa de trabajo asociado*. En FAJARDO GARCÍA, G. & SENET VIDAL, M.J. *Dir. Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*. Tirant Lo Blanch. 2016.

ARRIETA IDIAKEZ, F. J. Alcance y contenido de la participación de las personas socias cooperativistas en cuanto a la determinación de sus condiciones de trabajo. Una visión desde la Ley de Cooperativas de Euskadi. *Cooperativismo e Economía Social*. nº. 44, 2023.

CABEZA PEREIRO, J. *Cooperativismo, sindicalismo y participación de los trabajadores en las empresas de economía social*. RGDTS N.º 37, 2014.

CRUZ VILLALÓN, J. El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva. *Temas Laborales* nº 147, 2019.

CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E., Y MOLERO MARAÑÓN, M. L. *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales: estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré* (J. Lahera Forteza y A. Murcia Clavería Eds.): Bomarzo. Madrid, 2021.

BENAVENTE TORRES, M.I. *El convenio colectivo estatutario*. Editorial Comares, Granada, 2022.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *Cooperativas de trabajo asociado y derechos laborales colectivos de los socios cooperativistas*. Revista de Derecho Social, N.º 49, 2010.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *Empleo de calidad y cooperativas de trabajo asociado: trabajadores por cuenta ajena y socios trabajadores*. CIRIEC- Revista jurídica de economía social y cooperativa, N.º 24, 2013.

ESCRIBANO GUTIERREZ, J. *Reglamentos de Régimen Interno de las cooperativas de trabajo asociado y determinación de las condiciones de trabajo*. REVESCO: revista de estudios cooperativos, n.º 143, 2023.

GARCÍA JIMÉNEZ, M. *El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado*. RGDTS, n.º 37, 2014.

GARCIA MURCIA, J. y QUIROGA, M. A. La libertad sindical en las sociedades cooperativas de trabajo asociado. STS-SOC núm. 347/2019, de 8 de mayo, Revista de Jurisprudencia Laboral (R JL), n.º 5, 2019.

LÓPEZ GANDÍA, J. *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

MERINO SEGOVIANO, A. *Sindicalismo y participación en las cooperativas de trabajo asociado*. En Cooperativas de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores. FAJARDO GARCÍA, G., & SENET VIDAL, M.J. Dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SANTIAGO REDONDO, K.M. *Socio de Cooperativa y relación laboral*. IBIDEM, 1998.

SENET VIDAL, M. J. *El Reglamento de Régimen Interno de la cooperativa: Instrucciones de uso*. CIRIEC-Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, N.º 16, 2005.

SORIANO CORTÉS, D. *Cooperativas y subcontratación en las legislaciones autonómicas: necesaria regulación de garantías laborales para mejorar el bienestar de las personas socias trabajadoras*. Lan Harremanak, n.º 46, 2021..

SORIANO CORTÉS, D. *Las cooperativas de trabajo asociado: una alternativa de trabajo digno, sostenible e inclusivo*. CIRIEC- Revista jurídica de economía social y cooperativa, N.º 30, 2021.

**PREMIADAS DEL TERCER PANEL:
LA CONFLICTIVIDAD LABORAL**

LOS SERVICIOS ESENCIALES EN CASO DE HUELGA: MARCO CONCEPTUAL, DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL E IMPUGNACIÓN*

CRISTINA RAMÍREZ BANDERA
Investigadora predoctoral contratada FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
<https://orcid.org/0000-0002-5794-8789>

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS SERVICIOS ESENCIALES EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL
3. EL PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER LOS SERVICIOS MÍNIMOS QUE GARANTICEN EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD: QUIÉN, CUÁNDO Y CÓMO
4. LA IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD GUBERNATIVA ACERCA DE LOS SERVICIOS ESENCIALES
5. CONCLUSIÓN
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

* Esta comunicación ha sido realizada en el marco del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social”, financiado por la Junta de Andalucía.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la huelga se encuentra reconocido, a día de hoy, como un derecho fundamental en el artículo 28.2 de la Constitución Española (en adelante, CE). No obstante, esto no siempre fue así, pues el empleo de medidas de conflicto colectivo por parte de los trabajadores estuvo durante largo tiempo vetado en nuestro país, e incluso sancionado penalmente, debido a los grandes recelos que históricamente ha despertado en empresarios e instituciones políticas la posibilidad de conceder un derecho con tal contenido.

De hecho, el artículo 222 del Código Penal de 1944 castigaba como reos de sedición, en su apartado tercero, a aquellos que participasen en huelgas de obreros, y en su apartado primero, a aquellos “funcionarios o empleados encargados de todo género de servicios públicos y los particulares que por su profesión prestasen servicios de reconocida e inaplazable necesidad, que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, de perturbar su normal actividad o de perjudicar su autoridad o prestigio, suspendieren su trabajo o alteraren la regularidad del servicio”, imponiéndose en su artículo 223.1º un agravamiento en la pena para aquellos que hubieren promovido, organizado o dirigido dichos actos.

Sin embargo, en el año 1965, la huelga fue parcialmente despenalizada¹, modificándose la dicción del referido artículo 222 de modo que tan solo fueran considerados como reos de sedición los sujetos mencionados en el ya reproducido apartado primero (funcionarios, empleados y particulares que prestasen servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad), así como los “patronos y obreros que, a fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, perturbar su normal actividad o, de manera grave, la producción nacional, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo”. Por tanto, pese a la tendencia hacia la despenalización de las medidas de conflicto colectivo en el ámbito laboral que inspiró esta modificación normativa, aún se consideró que merecían reproche penal aquellos sujetos que, no solo participasen o promoviesen una huelga, sino que lo hiciesen en aquellos sectores estratégicos o esenciales de la economía, de modo que se causase un grave perjuicio al Estado con ello.

Posteriormente, fue promulgado el Decreto-ley 5/1975², primera norma que consagró la legitimidad del recurso a la huelga, aunque con numerosos requisitos de fondo y de forma -entre ellos, la imposibilidad de acudir a esta medida de conflicto colectivo en caso de que la empresa o entidad estuviera encargada de la prestación de cualquier género de servicio público o de reconocida e inaplazable necesidad- y, finalmente, la huelga fue reconocida plena y formalmente como un derecho mediante el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, norma aún vigente en la actualidad. Tal y como reza la exposición de motivos de la misma, con ella se pretendió -además de aligerar el procedimiento para el ejercicio del derecho a la huelga- fijar su límite en la “salvaguardia de los intereses de la comunidad”.

Finalmente, la CE vino a reconocer, en 1978, el derecho a la huelga como un derecho fundamental, si bien, en el mismo precepto en el que se otorga a este derecho la máxima protección conocida por nuestro ordenamiento jurídico, se establece su limitación: “*La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

¹ Mediante la Ley 104/1965, de 21 de diciembre, sobre modificación del artículo 222 del Código Penal. BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1965.

² Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo”. BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1975.

En suma, la historia de la huelga en nuestro país es turbulenta. Salpicada de múltiples intereses económicos y políticos, ha experimentado una rápida evolución por la que, tan solo en un lapso temporal de 13 años (1965-1978), se pasó de considerar esta medida de conflicto colectivo como un delito, a consagrarla como un derecho fundamental. No obstante, debe hacerse notar una regularidad en su devenir normativo hasta la actualidad: la especial protección que se ha brindado en toda ocasión al correcto funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad por el especial perjuicio que su quebranto implicaría para la sociedad. Así, cuando la huelga fue despenalizada, no lo fue en caso de que la misma afectase a estos servicios esenciales, y en la actualidad, el mantenimiento de estos servicios se configura como el único límite para este derecho fundamental. En consecuencia, la protección que debe dispensarse a las personas trabajadoras ante la decisión de suspender su actividad laboral en defensa de sus intereses puede -y debe- ceder en caso de que esta misma suspensión suponga un perjuicio excesivo para la sociedad, llevando al sacrificio de otros bienes constitucionalmente protegidos. Esto se debe a que la conflictividad en el marco de un conjunto de relaciones jurídico-privadas (como son las establecidas entre un empresario y sus trabajadores) no debería perjudicar a terceros en el disfrute de aquellos derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos, de modo que, si bien “[...] la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma «la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad» [...], aumentando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre [sic.] los usuarios de las prestaciones de servicios públicos [...]” (STC 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5º.e)).

Una vez realizado este breve recorrido histórico, cabe preguntarse qué debe entenderse por “servicios esenciales de la comunidad” y cuáles son las “garantías” que deben establecerse para su mantenimiento. Estas cuestiones han generado una gran litigiosidad desde hace décadas, motivada por un marco regulatorio deficiente y obsoleto en el que el derecho fundamental a la huelga sigue siendo regulado por una norma preconstitucional -el referido Real Decreto-ley 17/1977- cuya redacción ha sido objeto de numerosos reproches de inconstitucionalidad por parte de nuestro Tribunal Constitucional³, y ello debido a la falta de consenso político-social para dar cumplimiento al desarrollo orgánico de este derecho que impone el artículo 28.2 CE.

En consecuencia, el concepto de servicios esenciales de la comunidad y su configuración como límite a este derecho fundamental han sido perfilados a través de una consolidada jurisprudencia tanto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, la cual será analizada a continuación a fin de dar respuesta a los interrogantes jurídicos antes planteados.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS SERVICIOS ESENCIALES EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

El concepto de servicios esenciales contenido en el artículo 28.2 CE encuentra su desarrollo normativo actual tan solo en un único precepto del Real Decreto-ley 17/1977 (en adelante, RDL 17/1977), en concreto, en su artículo 10, cuyo párrafo segundo establece lo siguiente:

³ Sin embargo, si se ha considerado conforme a la Constitución el hecho de que el desarrollo normativo del derecho fundamental a la huelga sea realizado por una norma que reviste la forma de Real Decreto-ley (y ello pese a tratarse de una de las materias reservadas a la regulación mediante ley orgánica por el art. 81.1 CE), pues la STC 11/1981, de 8 de abril, consideró que esta previsión no puede tener carácter retroactivo.

“Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”.

Parece entonces que este precepto establece una identidad entre la expresión “servicios esenciales” recogida en el artículo 28.2 CE y “cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”, siempre y cuando se dé una condición: que concurran circunstancias de especial gravedad. El problema de esta construcción normativa es que sustituye el concepto jurídico indeterminado “servicios esenciales”, por otros tantos conceptos jurídicos indeterminados, tales como “reconocida e inaplazable necesidad”, o “circunstancias de especial gravedad”, lo que genera una notoria inseguridad jurídica en torno a los límites de la huelga como derecho fundamental.

Ha sido, por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que ha venido a clarificar qué debe entenderse por “servicios esenciales” a la luz del referido artículo 10 RDL 17/1977, doctrina⁴ de la que podemos extraer las siguientes ideas básicas que nos ayudarán a perfilar esta noción:

1. No debe tenerse en cuenta la actividad en sí, sino los concretos intereses referidos a bienes constitucionalmente protegidos que satisface la misma.

A la hora de determinar si una actividad productiva resulta esencial o no, no debe atenderse a las características propias de dicha actividad, sino a su contribución a la realización y protección de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos⁵. En consecuencia, *“Al caracterizarse a estos servicios de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquellas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan”* (STC 51/1986, de 24 de abril, FJ 2°).

2. La esencialidad del servicio como límite del derecho a la huelga no impregna a la totalidad del mismo, sino tan solo a aquella parte cuyo funcionamiento se requiere para garantizar la salvaguarda de los referidos bienes constitucionalmente protegidos.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“[...] la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal”* (STC 184/2006, de 19 de junio, FJ 3°).

Por tanto, el hecho de que una actividad (v.gr: atención sanitaria) sea considerada como esencial -no en atención a sus propias características, como ya se ha comentado, sino por permitir la salvaguarda de un bien o interés constitucionalmente protegido (v. gr:

⁴ Dicha doctrina encuentra sus máximos exponentes en las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 26/1981, de 17 de julio; 33/1981, de 5 de noviembre; 51/1986, de 24 de abril; 53/1986, de 5 de mayo; 63/1986, de 21 de mayo; 27/1989, de 3 de febrero; 43/1990, de 15 de marzo; 122/1990, de 2 de julio; 8/1992, de 16 de enero; 148/1993, de 29 de abril; y 184/2006, de 19 de junio, entre otras.

⁵ *“[...] son servicios esenciales aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos [...]”* (STC 51/1986, de 24 de abril, FJ 2°).

la vida y a la integridad física conforme al art. 15 CE), no genera automáticamente una exclusión del derecho fundamental a la huelga -de modo que resulte imposible para los profesionales dedicados a esta actividad ejercitar el referido derecho-, sino tan solo una limitación del mismo para garantizar el mantenimiento -que no el normal funcionamiento- de la citada actividad, y ello en la medida estrictamente necesaria para no causar un quebranto absoluto de aquellos bienes constitucionalmente protegidos (v.gr. el personal médico de un hospital podría secundar una huelga siempre y cuando se garantizase, por ejemplo, el mínimo personal imprescindible para atender a los pacientes críticos en UCI y las operaciones quirúrgicas sin las cuales podría peligrar la vida del paciente).

Así, de la aplicación de la primera de las ideas expuestas, obtenemos aquellos servicios que son susceptibles de ser considerados esenciales, entre los que cabría destacar, realizando una revisión de la doctrina judicial:

- El transporte ferroviario (STC 26/1981, de 17 de julio) -incluido el realizado mediante metro (STC 53/1986, de 5 de mayo, FJ 2ºA c)- o el transporte aéreo (STC 51/1986, de 24 de abril, FJ 2º), al hacer posible la circulación por el territorio nacional y, por tanto, el derecho fundamental a la libre circulación reconocido en el artículo 19 CE.
- Los servicios sanitarios (STC 45/2016, de 14 de marzo, FJ 2º, entre otras muchas), por resultar esenciales, como se ha indicado, para la realización del derecho fundamental a la vida y a la integridad física -art. 15 CE-.
- Los servicios de restauración en la zona restringida de los terminales de un aeropuerto (STC 2/2022, de 24 de enero), por las consecuencias que la privación de comida y bebida podrían tener para la salud.
- Los servicios de radiodifusión sonora y televisión (STC 193/2006, de 19 de junio), por su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales a comunicar y recibir información veraz -art. 20.1.d) CE-.
- Las actividades de estiba y desestiba portuaria (STC 233/1997, de 18 de diciembre), pues el transporte marítimo es un instrumento para la recepción de productos que pueden ser cruciales para la realización de intereses constitucionalmente protegidos⁶.
- La enseñanza en general, incluida la de ámbito universitario (STS-3ª 21/2021, de 18 de enero, rec. 3083/2019, FJ 4º), al permitir realizar el derecho fundamental a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE.
- El servicio público de suministro de energía (STC 8/1992, de 16 de enero, FJ 3º), por resultar crucial para los intereses generales y permitir la salvaguarda de bienes constitucionalmente protegidos. En este sentido, incluso, se ha considerado como esencial la carga de camiones de coque y azufre con el fin de no saturar la capacidad de almacenamiento, y, con ello, paralizar el proceso de producción de una planta refinadora de petróleo (STSJ- Cont. País Vasco 203/2023, de 20 de abril, rec. 985/2022, FJ 2º, párrafo 35 *in fine*).
- El servicio de los centros asistenciales de la tercera edad -residencias de ancianos- (STC 122/1990, de 2 de julio, FJ 3º), por su importancia para preservar la vida y salud de los usuarios de los mismos -art. 15 CE-.

⁶ Tal y como expresa la exposición de motivos del Real Decreto 516/1985, de 19 de abril, sobre garantía de prestación de servicios portuarios por el personal incluido en los censos de la organización de trabajos portuarios. BOE núm. 95, de 20 de abril de 1985.

- Los servicios que prestan las empresas que cubren los números telefónicos de urgencias y emergencias de orden público, bomberos, policía, violencia de género, protección civil, salvamento marítimo, urgencias de servicios sanitarios y otros análogos (STS-3ª 1769/2016, de 14 de julio, rec. 4057/2014, FJ 1º), ya que su interrupción afectaría a derechos y bienes constitucionalmente protegidos, pues mediante estas comunicaciones se atienden los servicios mencionados.

Puede concluirse, entonces, que todos estos servicios tienen la relevancia suficiente como para poder ser considerados necesarios o esenciales para la comunidad en términos abstractos.

No obstante, el concepto de “servicios esenciales” es obtenido solo tras aplicar la segunda de las ideas anteriormente expuestas, es decir, cuando, en el marco de aquellos servicios que en abstracto pueden ser considerados como esenciales, determinamos qué proporción de los mismos resulta realmente esencial para salvaguardar los intereses constitucionalmente protegidos a los que estos contribuyen. En suma, la aplicación del juicio en abstracto antes realizado al plano de lo concreto -esto es, a unas circunstancias fácticas específicas-, será el último “paso” que deba realizarse para poder determinar, conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, qué son los servicios esenciales y, por tanto, cuáles deben ser los límites del derecho a la huelga en la concreta situación analizada. Así, por ejemplo, los servicios de transporte o de enseñanza pueden ser considerados esenciales en términos abstractos, pero no puede afirmarse que, frente al ejercicio de otro derecho fundamental -como es el derecho a la huelga- la totalidad de los mismos resulte imprescindible para salvaguardar los intereses constitucionales a los que contribuyen, sino que parte de estos deberá ceder, aunque solo hasta aquel límite en el que verdaderamente aquellos intereses constitucionales se verían frustrados. Toda aquella proporción de servicios que quede por debajo de este límite constituirá, en puridad, lo que denominaremos “servicios esenciales”.

En consecuencia, esta noción resulta absolutamente casuística, y en su determinación se debe realizar necesariamente un ejercicio de ponderación -al cual nos referiremos en mayor profundidad en el epígrafe siguiente del presente trabajo-, pues, atendiendo a las circunstancias concretas, se pretenderá alcanzar un aristotélico equilibrio en el que el funcionamiento del servicio se garantice en la justa medida necesaria para preservar aquellos bienes constitucionales a los que sirve, pues de lo contrario se estaría vaciando el derecho de huelga de su contenido. Esta reflexión nos lleva necesariamente a la conclusión de que, en principio, el funcionamiento de un servicio que sirve a los intereses de la comunidad debe verse afectado en caso de huelga, pues de lo contrario esta última resultaría inocua.

Finalmente, debe destacarse que “*Según la jurisprudencia constitucional “la principal técnica que viene utilizándose para garantizar el mantenimiento de los referidos servicios esenciales es la de la fijación de los servicios mínimos a cumplir por los trabajadores” [...] (STC 2/2022, de 24 de enero, FJ 3º).* Por tanto, aunque suelen emplearse como sinónimos, no debe identificarse los “servicios mínimos” con los “servicios esenciales”, puesto que, en puridad, los primeros son el principal instrumento del que disponemos para salvaguardar los segundos.

Se propone, a modo de cierre, un ejemplo a fin de fijar cada uno de los conceptos descritos hasta ahora: imagínese que se comunica la intención de iniciar una huelga en el servicio de cercanías de una ciudad, de modo que se desea determinar si procede limitar la misma en algún grado por considerar que existen servicios esenciales que deben ser preservados. En primer lugar, razonaremos que, efectivamente, el servicio de

cercanías contribuye a la realización del derecho fundamental a la libre circulación por el territorio nacional (art. 19 CE), de modo que debe garantizarse su funcionamiento en cierta medida. En segundo lugar, ponderaremos los intereses en liza atendiendo a las concretas circunstancias y tratando de determinar aquel nivel de funcionamiento que resulta imprescindible para salvaguardar aquella garantía constitucional, llegando a la conclusión, por ejemplo, de que constituyen “servicios esenciales” aquellos que son realizados por las personas trabajadoras encargadas de la conducción de los trenes, la operación de los puestos de control, el mantenimiento de las vías y los puntos de atención al cliente, especialmente durante los días laborables. En consecuencia, estableceremos unos porcentajes a modo de “servicios mínimos” que deberán ser respetados para mantener estos servicios esenciales, y que podrían ser -tomando como referencia el funcionamiento del servicio durante un día habitual-, del 50% para los puestos de conductor, del 50% para los puestos de operador de control, del 40% para los de operario de mantenimiento y del 25% para los puestos de información al cliente, los cuales podrían reducirse en un 15% durante los fines de semana y festivos.

3. EL PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER LOS SERVICIOS MÍNIMOS QUE GARANTICEN EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD: QUIÉN, CUÁNDO Y CÓMO

Una vez ha sido conceptualizada la noción de “servicios esenciales”, conviene exponer el procedimiento mediante el cual estos deben ser determinados, pues serán los errores en este proceso los que permitirán que prosperen las posibles impugnaciones que pudieran darse contra la decisión por la que estos servicios son concretados, lo que podría determinar su nulidad.

Cabe destacar que, a nivel normativo, el único precepto con el que contamos que especifica en qué modo deben ser establecidos los servicios esenciales es el ya referido artículo 10, párrafo segundo, del RDL 17/1977 -reproducido en el epígrafe anterior-, conforme al cual “[...] *la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios* [públicos o de reconocida e inaplazable necesidad] [...]”. Obsérvese, por tanto, que la norma determina quién debe establecer estos servicios, si bien no determina cómo debe realizarse este proceso, cuestión que ha tenido que ser concretada, nuevamente, por una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Respecto a la cuestión de quién debe establecer cuáles son los servicios esenciales y concretar los servicios mínimos que permitirán garantizar su mantenimiento, resulta claro que, a tenor de lo expuesto por la norma, esta potestad es atribuida a la “autoridad gubernativa”, debiendo concretarse que “la autoridad gubernativa a quien corresponde determinar el mínimo de mantenimiento del servicio, a fin de preservar los derechos o bienes constitucionales comprometidos por la huelga, es aquella autoridad, estatal o autonómica, que tiene competencia y, por consiguiente, la responsabilidad política del servicio en cuestión” (STC 31/2010, de 28 de junio, párrafo 106), puesto que “privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional, como es el reconocido en el art. 28.2 C.E., es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno” (STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 11º). Considera nuestro Tribunal Constitucional que “La adopción de las medidas restrictivas del derecho de huelga por parte de quien ejerce potestades de gobierno -con los controles jurisdiccionales ulteriores- asegura que “las limitaciones sean impuestas en atención a los

intereses de la comunidad, de una manera imparcial y de acuerdo con las características y necesidades del servicio afectado por la huelga [...], en otros términos, que la decisión responda “no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar los servicios esenciales para la comunidad” [...],” añadiendo que “Es evidente, en este sentido, “la exclusión de los órganos de gestión y administración de la empresa del círculo de titulares integrados en la noción ‘autoridad gubernativa’” (ibidem).

Por tanto, la decisión de establecer servicios mínimos a fin de garantizar los servicios esenciales de la comunidad en un contexto de huelga no corresponde en ningún caso al empresario, sino a la autoridad gubernativa competente, de modo que se garantice la necesaria imparcialidad en este proceso⁷. Es cierto que frecuentemente esta autoridad tomará tal decisión tras haber procedido a realizar negociaciones entre el empresario y el comité de huelga, si bien, ello no es preceptivo, y tales negociaciones en ningún caso vinculan a la autoridad gubernativa⁸. No obstante, una vez concretados los servicios mínimos que se deberán garantizar, sí será la dirección de la empresa la encargada de determinar los singulares trabajadores que deberán mantener aquellos servicios mínimos, decisión que siempre deberá atender a criterios objetivos -v.gr. prioritariamente, y salvo razones de peso, deberían asignarse al cumplimiento de estos servicios a aquellos trabajadores que no deseen secundar la huelga⁹-.

Respecto al plazo del que dispone la autoridad gubernativa para fijar los servicios mínimos que garanticen los servicios esenciales de la comunidad, nada indica el RDL 17/1977, si bien, no resulta sino lógico que esta decisión tenga que adoptarse en el plazo de diez días naturales de preaviso con que debe comunicarse en estos casos el comienzo de la huelga al empresario y a la autoridad laboral, tal y como establece el artículo 4 de la referida norma.

Finalmente, una vez clarificado quién y en qué plazo debe concretar los servicios mínimos en caso de huelga, tan solo resta exponer cómo debe tomarse esta decisión. Sobre este extremo no contamos con ninguna referencia normativa que, siquiera de soslayo, determine los requisitos a cumplir para realizar este proceso¹⁰, de modo que, como se ha mencionado, deberá acudirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁷ Por tanto, esta decisión no puede en ningún caso ser delegada por la autoridad administrativa al empresario, pues ello supondría la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad de la decisión administrativa, tal como aconteció en el supuesto enjuiciado por la STC 27/1989, de 28 de febrero (FJ 3º): “*nada impide, desde luego, que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la autoridad competente, sea confiada a los órganos de dirección y gestión de la entidad afectada o discorra por los cauces propios de la autonomía colectiva. Pero ello no significa de ningún modo que la fijación de los servicios, que sólo corresponde a quien tiene responsabilidades y potestades de gobierno (STC 26/1981), pueda ser delegada en la práctica a la Dirección empresarial, como en este supuesto ha ocurrido. La autoridad gubernativa es la que tiene la potestad y también el deber de determinar esos servicios, sin que pueda abandonar esa determinación (distinta de la simple ejecución o puesta en práctica) en manos de la entidad empleadora*”.

⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2023.

⁹ No obstante, indica la STC 123/1990, de 2 de julio (FJ 3º) en este sentido lo siguiente: “*No cabe negar que, en determinadas circunstancias, en huelgas parciales o minoritarias de alguna duración el respeto al derecho de huelga puede llevar a dar preferencia para la realización de los servicios esenciales a los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga convocada. Sin embargo, esto no supone que pueda exigirse siempre y en todo caso a la empresa que excluya en principio de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga. En la huelga que está en la base del presente caso, de muy breve duración, y en relación a una empresa de grandes dimensiones, resulta evidente que no existía ningún medio que permitiese a la dirección de la empresa conocer de antemano quiénes se iban a sumar o no a la huelga, para poder asignar preferentemente los servicios mínimos a los no huelguistas.*”

¹⁰ Es cierto que, desde el poder ejecutivo, se han promulgado algunos Reales Decretos (RD) que han venido a concretar -con mayor o menor profundidad, aunque siempre de forma muy sucinta-, ciertas reglas o limitaciones a seguir en la concreción de los servicios mínimos a establecer para garantizar los servicios esenciales en concretas actividades de gran impacto público. Así, puede señalarse el RD 776/1985, de 25 de mayo, sobre garantía de prestación de servicios esenciales en materia de Aviación Civil; el RD 58/1994, de 21 de enero, por el que se garantiza la prestación de los servicios portuarios esenciales de la competencia de puertos del Estado, autoridades portuarias y sociedades de estiba y desestiba; el RD 524/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la seguridad privada en situaciones de huelga; o el RD 130/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen

Así, la decisión de la autoridad gubernativa deberá ser emitida bajo la forma de una resolución administrativa, la cual deberá satisfacer dos requerimientos materiales a fin de no vulnerar el derecho fundamental a la huelga que pretende limitar:

- Contar con una motivación suficiente

Respecto al requisito de la motivación, el mismo no solo deriva del artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹, sino también -y especialmente- de la naturaleza limitativa de un derecho fundamental de la resolución administrativa que se dicta, lo que ocasiona que esta deba ser objeto de una rigurosa y cuidada motivación. Como ha señalado la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, esta motivación “*responde a una triple necesidad ya que, por una parte, expresa la voluntad de la Administración al realizar la interpretación de la norma que permite imponer esa limitación [...]; en segundo lugar, los destinatarios del acto pueden conocer esas razones y eventualmente someterlas a crítica y, por último, permite la fiscalización por parte de los tribunales de lo contencioso en los recursos contra el acto o disposición impugnados, con el alcance previsto en el art. 106.1. CE, y satisfacer así adecuadamente el derecho a la tutela judicial proclamado en el art. 24.1. CE*” (SAN-Cont. 218/2016, de 8 de abril, rec. 13/2015), de modo que resulta necesario que esta “*justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales*” (STC 184/2006, de 19 de junio, FJ 3º.e).

Por tanto, “*en la motivación aportada por la autoridad gubernativa han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación han conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas, sin que sean suficientes “indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto”, de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para “tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho”. En definitiva, han de hacerse explícitos, siquiera sea sucintamente “los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que, por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas*” (ibidem).

En suma, la resolución administrativa que establezca los servicios mínimos a realizar a fin de preservar los servicios esenciales de la comunidad debe contener todos aquellos criterios o aspectos que resulten necesarios para poder comprender las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a adoptar tal decisión, de modo que los individuos afectados por la misma conozcan las razones por las que les ha sido limitado su derecho fundamental a la huelga y, en caso de que deseen impugnar dicha resolución, esta pueda ser fiscalizada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. De ello se deriva, en consecuencia, que toda decisión que no se encuentre motivada o que lo esté pobremente, será declarada contraria a la Constitución y, por tanto, nula.

Por supuesto, nada impide que esta motivación se realice de forma concisa, ahora bien, la misma deberá ser completa y contener todos aquellos aspectos que permitan a los destinatarios de la resolución articular correctamente, en su caso, la impugnación de la misma, motivo por el que se encuentra estrictamente vedada la justificación *ex post*

las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en la corporación RTVE, S.A., y en las sociedades mercantiles estatales TVE, RNE. Sin embargo, no existe ninguna norma con rango de ley que haya determinado, a nivel general, los criterios o aspectos a tener en cuenta para determinar los servicios mínimos.

¹¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015. Indica su artículo 35.1 que “*Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos*”.

libere, no siendo posible subsanar la falta de motivación y, por tanto, el vicio de nulidad de la resolución administrativa, mediante su justificación *a posteriori* en sede judicial¹².

En suma, “*La decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado, siendo insuficientes a este propósito las indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone*” (ibidem).

- Ponderación y justificación de la proporcionalidad de la decisión

Como se expuso en el epígrafe anterior, la identificación de los servicios esenciales de la comunidad constituye una cuestión altamente casuística que requiere de un ejercicio de ponderación. Así, en atención a las circunstancias concurrentes (tales como la naturaleza del servicio, el bien jurídico constitucionalmente protegido al que contribuya, las características de la huelga, etc.), la autoridad gubernativa deberá determinar qué servicios deben ser considerados esenciales en dicha situación fáctica y fijar, por tanto, aquel porcentaje de servicios mínimos que resulte proporcional para dicho caso, esto es, que permita preservar los aspectos más cruciales del servicio para la realización los bienes y derechos constitucionales, aunque sin vaciar de contenido el derecho fundamental a la huelga de aquellas personas trabajadoras que decidan acogerse a la misma.

Así, “*En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos*” (STC 183/2006, de 19 de junio, FJ 3º.d)), ponderación que deberá realizar la autoridad gubernativa teniendo en cuenta “*la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute*” (ibidem, FJ 3º.c)). La justificación de esta proporcionalidad deberá ser tanto mayor cuanto mayores sean los porcentajes de servicios mínimos que se deseen establecer (v.gr. el establecimiento de un porcentaje del 50% o del 70% requerirá una mayor justificación de su proporcionalidad que la fijación de un 10% o un 20%), y a ella puede contribuir la mayor protección constitucional del bien jurídico al que contribuya el servicio afectado (v.gr. el derecho a la vida y a la integridad física es objeto de una mayor protección por parte de nuestra jurisprudencia constitucional que, por ejemplo, el derecho a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta ha sido, a su vez, objeto de aplicación e interpretación por parte de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo, dando lugar a la denominada “doctrina de la causalización”, la cual no constituye sino un reflejo de la primera, pues idénticos son los dos requisitos exigidos por la misma respecto al contenido de la decisión administrativa de la autoridad gubernativa:

¹² “*Si es lícito distinguir entre la motivación expresa del acto — “que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa” — y las razones que en un proceso posterior se pueden alegar para justificar la decisión tomada, ello no implica que la justificación ex post libere del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopta [se encuentre permitida], pues la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y control material o de fondo de la medida*” (STC 184/2006, de 19 de junio, FJ 3º e)).

“El estudio de lo suscitado [...] aconseja recordar, en primer lugar, la doctrina de esta Sala sobre el significado general de la “causalización” o motivación de los servicios mínimos [...]. Esa doctrina viene declarando que se cubrirá satisfactoriamente el canon constitucionalmente exigible para la validez de dichos servicios mínimos cuando se cumpla con esta doble exigencia. En primer lugar, que sean identificados los intereses afectados por la huelga (el inherente al derecho de los huelguistas y el -o los- que puedan ostentar los afectados por el paro laboral). Y en segundo lugar, que se precisen también los factores de hecho y los criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados; esto es, cuales son los hechos y los estudios concretos que se han tenido en cuenta para determinar las actividades empresariales que deben continuar durante la situación de huelga y el preciso número de trabajadores que dichas actividades requieren para que queden garantizados esos otros intereses o derechos, tan relevantes como el derecho de huelga, cuya atención pretende garantizarse a través de los servicios mínimos.

La primera de esas exigencias impone señalar los intereses de los afectados por la huelga que, por encarnar un derecho fundamental o un interés de urgente atención constitucionalmente tutelado, o por estar así dispuesto en una norma, merecen ser considerados servicios esenciales.

La segunda exigencia, relativa a la ponderación de los intereses en conflicto, se traduce en la debida observancia en dicho juicio del principio de proporcionalidad. Y esta Sala y Sección ha declarado [...] que, con arreglo al criterio inherente a dicho principio, la validez de los servicios mínimos depende en último término de lo siguiente: que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos” (STS-3ª de 3 de julio de 2013, rec. 5284/2011, FJ 3º).

4. LA IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD GUBERNATIVA ACERCA DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

Una vez conceptualizadas las nociones de servicios esenciales y de servicios mínimos, y establecidos los requisitos jurisprudenciales que han de seguirse para su identificación y establecimiento, nos encontramos en posición de identificar aquellas patologías que pudieran darse durante este proceso y que podrían fundamentar una impugnación exitosa de la resolución administrativa de la autoridad gubernativa y, por tanto, la anulación de la citada decisión.

Debe comenzarse indicando que, pese a que el derecho fundamental a la huelga -y por extensión, su único límite constitucionalmente establecido, cual es el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad- cuente con profundas raíces laborales, la jurisdicción competente para conocer de la impugnación de la resolución administrativa por la que aquellos sean garantizados no será la social, sino la contencioso-administrativa. Tal es la distribución competencial que ha sido sentada por el artículo 3.d) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹³ (en lo sucesivo, LRJS)

¹³ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011. Indica el art. 3 LRJS que “No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: d) De las disposiciones que establezcan las garantías tendentes a asegurar el mantenimiento

y clarificada por la Sala Tercera del Tribunal de Supremo en su reciente sentencia 199/2023, de 16 de febrero (rec. 7222/2020). No obstante, ello no impide que, cuando lo que se pretende impugnar sea un concreto comportamiento empresarial derivado del cumplimiento de la resolución administrativa emitida por la autoridad gubernativa (v. gr. designación de las concretas personas trabajadoras que habrán de ejecutar los servicios mínimos, sustitución de trabajadores huelguistas por otros que ocasionalmente suplen a aquellos, reclamación por vulneración del derecho de huelga interpuesta tras haber sido anulada la resolución administrativa de fijación de servicios mínimos a cuyo amparo los actores fueron designados a cumplirlos -STS-4^a 1007/2021, de 13 de octubre, rec. 4919/2018-, etc.) la competencia corresponda a la jurisdicción social, y ello conforme al artículo 2.f) LRJS¹⁴.

Una vez clarificado este aspecto procesal, debe señalarse que, por la propia construcción jurisprudencial antes descrita acerca del modo en que han de establecerse los servicios mínimos para preservar los servicios esenciales de la comunidad, son tres los principales defectos que, analizada la abundante doctrina judicial en la materia, pueden apreciarse como fundamento de las impugnaciones de las resoluciones administrativas por las que esta decisión es tomada por la autoridad gubernativa:

- Falta de competencia de la autoridad gubernativa que fijó los servicios mínimos

El primer gran motivo de impugnación de la resolución administrativa por la que son fijados los servicios mínimos suele hallarse en la falta de competencia de la concreta autoridad gubernativa que ha dictado la misma, lo cual podría fundamentar, a tenor de los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, la nulidad de dicha resolución.

La determinación de cuál es la concreta autoridad administrativa competente para establecer los servicios mínimos que permitan garantizar los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga puede resultar en numerosas ocasiones muy conflictiva, especialmente en relación a servicios desarrollados en el marco de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. En no pocas ocasiones se han planteado controversias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la hora de determinar a quién compete esta tarea, tal y como puede observarse en las SSTC 124/2013, de 23 de mayo; 233/1997, de 18 de diciembre; y 33/1981, de 5 de noviembre¹⁵.

Igualmente, también se ha empleado con cierta frecuencia como argumento de impugnación la delegación al empresario por parte de la autoridad gubernativa de la fijación de los servicios mínimos que deben garantizar los servicios esenciales de la

de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga y, en su caso, de los servicios o dependencias y los porcentajes mínimos de personal necesarios a tal fin, sin perjuicio de la competencia del orden social para conocer de las impugnaciones exclusivamente referidas a los actos de designación concreta del personal laboral incluido en dichos mínimos, así como para el conocimiento de los restantes actos dictados por la autoridad laboral en situaciones de conflicto laboral conforme al Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo”.

¹⁴ Conforme al cual esta jurisdicción conocerá “sobre la tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas [...] contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios [...]”.

¹⁵ En este sentido, en CRUZ VILLALÓN, J. “Una valoración general de las competencias autonómicas en materia laboral y social: novedades recientes”, *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, p. 37, indica el profesor Cruz Villalón que “para el Tribunal Constitucional [...], dicha competencia autonómica “debe interpretarse con la salvedad de que se trate de un servicio público de titularidad y gestión estatales”, de modo que a la Comunidad autónoma sólo le corresponde dicha competencia cuando le corresponda “la responsabilidad política del servicio en cuestión”. De este modo, por poner un ejemplo, en una huelga en el sector del transporte lo que resulta decisivo es si ese concreto servicio público es gestionado o es responsabilidad en su correcto funcionamiento del Estado, de la Comunidad Autónoma, de una Corporación local o incluso de cualquier otro poder público que ejerza responsabilidades de “autoridad gubernativa” en el sentido amplio del término. Así, por ejemplo, en una huelga en el sector de la estiba y desestiba en un concreto puerto de interés general lo que prima es la competencia exclusiva del Estado de este tipo de puertos (art. 149.1.20 CE); del mismo modo que idéntico título competencial estatal se reconoce respecto de los aeropuertos de interés general (art. 149.120 CE)”.

comunidad, posibilidad que se encuentra vedada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, tal y como se mencionó con anterioridad (*vid.* STC 27/1989, de 3 de febrero).

- Falta de motivación suficiente de la resolución por la que se fijan los servicios mínimos

El segundo motivo más frecuente de impugnación de la resolución administrativa por la que se fijan los servicios mínimos es su falta de motivación. Recuérdese que, en tanto dicha resolución pretende limitar un derecho fundamental, la misma debe ser objeto de una especial y rigurosa motivación que permita a sus destinatarios conocer los motivos por los que se ha alcanzado tal decisión, y posibilite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa valorar la razones que han llevado a la autoridad gubernativa a adoptar la citada resolución.

Resulta importante hacer hincapié en que la motivación de la resolución administrativa que se dicte debe alcanzar a múltiples aspectos puestos de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre los que cabe destacar -como se indicó en el epígrafe anterior- *“los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado”* (STC 184/2006, de 19 de junio, FJ 3º.e)). Asimismo, deberá concretarse por qué se establece un concreto porcentaje de servicios mínimos -y no otro-, especialmente si los mismos resultan elevados, y ello atendiendo a criterios vinculados con las circunstancias concurrentes, sin que tal justificación pueda descansar en meras consideraciones genéricas.

Así, podemos encontrar numerosas resoluciones en las que se ha declarado la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad de la resolución administrativa dictada por la autoridad gubernativa, debido a su deficiente motivación. Entre ellas, cabe destacar la STS 46/2018, de 17 de enero (rec. 16/2017) -por la que se confirma la nulidad de una resolución administrativa en la que se fijan servicios mínimos, al no haber explicitado la autoridad gubernativa los concretos criterios que la llevaron al establecimiento de los mismos-, la STS de 29 de abril de 2024 (rec. 371/2013) - por la que se declara la nulidad de la resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial al no concretar por qué los concretos servicios que declara como esenciales lo son, ni explicitar los criterios que le llevaron a establecer los servicios mínimos indicados en la misma- o la STS de 17 de enero de 2014 (rec. 3893/2012) -en la que se aprecia la falta de motivación tanto del carácter esencial de los servicios de seguridad privada existentes en hospitales, Juzgados y Tribunales y dependencias de la Administración Pública, como de los concretos porcentajes de servicios mínimos establecidos-.

Indica esta última resolución que *“la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...] requieren, para que pueda considerarse justificada la limitación del derecho fundamental a la huelga, una explicación en la resolución que se dicte para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, una motivación, de la esencialidad de dichos servicios y, también, de la entidad de los mínimos que deben respetarse. Motivación que ha de hacerse en concreto, es decir a la vista de las particulares circunstancias que concurren en la singular convocatoria de que se trate de manera que no sirva la que sea genérica e indeterminada y, por tanto, desentendida del contexto específico de la huelga de que se trate. Concreción que debe observarse, igualmente, en la definición del porcentaje o del número de trabajadores afectados por el mantenimiento de los servicios considerados imprescindibles. Esto significa, en casos como el presente en los que se acude a*

porcentajes, que debe explicarse por qué se señala uno determinado y no otro distinto. Es decir, por qué el 25%, el 50% o el 75% y no, por ejemplo, el 30%, el 45% o el 70. Explicación siempre imprescindible cualquiera que sea el que se establezca porque siempre implicará una limitación al ejercicio del derecho fundamental a la huelga. Y, si se elevan al 75% o, no digamos, al 100% que significa, no ya una limitación, sino la imposibilidad de ejercer ese derecho, la necesidad de la explicación se hace, si cabe, aún más imprescindible”.

- Falta de proporcionalidad de la resolución por la que se fijan los servicios mínimos

Si bien la motivación de la resolución administrativa por la que se fijan los servicios mínimos que preservarán los servicios esenciales de la comunidad resulta crucial, la misma no presupone su proporcionalidad, pues bien pudiera ocurrir que una resolución se encontrase perfectamente motivada y, pese a ello, adoleciese de una gran desproporción en la determinación de qué servicios deben ser considerados como esenciales y en el establecimiento de los concretos porcentajes de servicios mínimos que deben realizarse para preservarlos. Por tanto, la motivación constituye tan solo una condición necesaria, aunque no suficiente, de la legalidad de la resolución, pues sin ella no podría enjuiciarse por la jurisdicción contencioso-administrativa su carácter proporcionado o no¹⁶, pero el hecho de que este requisito concurra no excluye su desproporción.

De ahí que, de hecho, el principal y más empleado motivo de impugnación de la resolución por la que se fijan los servicios mínimos sea, precisamente, el carácter desproporcionado de los mismos. Como ya se indicó en el epígrafe anterior, la determinación de la proporcionalidad de los servicios mínimos requiere de un juicio de ponderación realizado tomando en consideración las concretas circunstancias concurrentes, de modo que *“el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos.”* (STS-3^a de 3 de julio de 2013, rec. 5284/2011, FJ 3^o).

La realidad es que este juicio de ponderación suele tomar especialmente en consideración la cuantía de porcentajes de servicios mínimos que son establecidos. Así, la STS 21/2021, de 18 de enero (rec. 3083/2019), declara el carácter desproporcionado de la fijación de unos servicios mínimos que alcanzan a la totalidad del personal docente e investigador laboral universitario en época de exámenes; la STS 1769/2016, de 14 de julio (rec. 4057/2014), consideró desproporcionada la fijación *de facto* en un 100% de los servicios de atención telefónica a prestar en todo tipo de urgencias y emergencias (sanitarias, policiales...); la STS de 14 de diciembre de 2015 (rec. 989/2014) falló en el mismo sentido en relación a unos servicios mínimos del 100% establecidos en el ámbito de los servicios de urgencias hospitalarias; la STS de 26 de mayo de 2015 (rec. 1187/2014) estimó desproporcionados los servicios mínimos del 100% establecidos en el ámbito del metro de Madrid en sábados, domingos y festivos -pues la afluencia de usuarios es menor durante estos días-; y la STS 1489/2017, de 2 de octubre (rec. 3091/2016), reputa desproporcionados los servicios mínimos establecidos por ADIF en un 18,84%, pues dicho dato se había reducido de forma engañosa -al no tomar en consideración los turnos horarios de la empresa- y pretendía camuflar que, realmente, fueron prestados el 100% de los servicios programados. Especial consideración merece la STS de 13 de

¹⁶ Indica la STS de 11 de marzo de 2009 (rec. 3784/2005) que *“Debe subrayarse una vez más que la motivación y el carácter o no abusivo de los servicios mínimos son cuestiones íntimamente ligadas, y esto hace que, faltando esa motivación, sea inviable emitir un juicio favorable a la validez de los servicios mínimos”* (FJ 6^o).

enero de 2014 (rec. 959/2011), en la que se consideran abusivos los servicios mínimos establecidos por parte de la autoridad gubernativa en hasta un 75%, excediendo con ello el porcentaje propuesto por la propia empresa, pues ello no resulta admisible “*sin una expresa justificación de la necesidad de dicha elevación*” (FJ 3º).

Como ha podido observarse, el concreto porcentaje de servicios mínimos a establecer para que la resolución administrativa sea considerada proporcionada variará en función de las circunstancias del caso concreto, si bien, con carácter general, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo rechaza el establecimiento de unos servicios mínimos del 100%, y ello, aunque tal cifra vaya referida tan solo a concretos procesos de la actividad afectada por la huelga. El motivo de ello se encuentra, -como ya se señaló, aunque se reproduce de nuevo por su importancia- en que “*la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisfice dicho servicio, sin que ello exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal*” (STC 184/2006, de 19 de junio, FJ 3º).

Por tanto, debe tenerse en cuenta que toda huelga, en caso de ser secundada, está llamada a tener un impacto en el servicio al que afecta, siendo este impacto precisamente el elemento que otorga al derecho fundamental a la huelga su fuerza, y, por tanto, determina su contenido esencial. En consecuencia, este derecho no puede verse cercenado mediante el establecimiento de unos servicios mínimos del 100% que garanticen la normalidad del servicio afectado como si nada ocurriese.

Tan solo cabe razonar un supuesto en el que resultaría admisible tal porcentaje de establecimiento de servicios mínimos, el cual se daría en el caso de que dicha cifra afectase tan solo a puestos singulares, necesarios y de plantilla mínima, siempre que el impacto global de la huelga en el usuario no sufra menoscabo¹⁷ (v.gr. imagínese que una empresa cuenta con una plantilla de 2 operarios de mantenimiento, uno en turno de día y otro en turno de noche. En este caso, podría quedar justificado el establecimiento de unos servicios mínimos del 100% en el área de mantenimiento, por tratarse de puestos singulares y necesarios cuya plantilla es ya de por sí extremadamente reducida como para disminuirla aún más, especialmente ante la importancia de su labor para el resto del proceso productivo).

5. CONCLUSIÓN

Como ha podido observarse, la determinación de los servicios esenciales de la comunidad como límite al derecho fundamental a la huelga recogido en los artículos 28.2 CE y 10 del RDL 17/1977 esconde una compleja e intrincada construcción jurisprudencial que descansa, a su vez, sobre dos nociones esenciales: la motivación y la proporcionalidad.

Sin embargo, este loable esfuerzo jurisprudencial por clarificar el indeterminado concepto jurídico de “servicios esenciales” ha desembocado, a su vez, en la sustitución del mismo por otros dos conceptos jurídicos indeterminados, pues solo realizando un

¹⁷ Excepción expuesta por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid en su Sentencia de 5 de febrero de 2014 (rec. 175/2014) y asumida por la STS-3ª de 26 de mayo de 2015 (rec. 1187/2014). Indica la primera que “*si bien una fijación del 100% para determinados puestos de trabajo, podría considerarse que implica un vaciamiento del derecho de huelga de los trabajadores concernidos, no es menos cierto que tal porcentaje podrá llegar a ser proporcionado cuando afecte a puestos singulares, necesarios y de plantilla mínima, siempre que el impacto global de la huelga en el usuario no sufra un menoscabo*”.

ejercicio de ponderación que tome en consideración todas las circunstancias concurrentes podrá determinarse si la resolución administrativa dictada por la autoridad gubernativa se encuentra suficientemente motivada y si la misma resulta proporcionada. En suma, la falta de un marco normativo claro -y postconstitucional¹⁸- que establezca una mayor y mejor regulación del derecho fundamental a la huelga y del límite que constitucionalmente se ha impuesto a este derecho -el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad- ha tenido que ser enmendada por una interpretación jurisprudencial que hace descansar el contenido fundamental del derecho a la huelga exclusivamente en un juicio de ponderación, instrumento jurídico que, si bien puede resultar de gran utilidad -especialmente en la disciplina del Derecho Constitucional- genera soluciones extremadamente casuísticas y, por tanto, inciertas.

La solución a esta situación generadora de inseguridad jurídica resulta clara: habría de darse cumplimiento al mandato impuesto por el poder constituyente en el artículo 28.2 CE, elaborando y promulgando una ley orgánica que desarrolle el contenido del derecho fundamental a la huelga y, por extensión, delimite de una forma concreta el concepto de servicios esenciales de la comunidad, estableciendo las pautas, criterios y pasos que han de seguirse en su establecimiento. Me uno, por tanto, a esta reivindicación que desde hace tanto tiempo realizan numerosos autores¹⁹, así como nuestros más altos Tribunales²⁰, y ello aun sabiendo que la misma probablemente no se materialice ante la falta de consenso político-social en la regulación de un derecho que ha demostrado ser tan sensible, que su desarrollo no ha sido posible en los 45 años de vigencia de nuestra Constitución.

En el interin -que parece, será largo-, seguiremos contando con la jurisprudencia al respecto que tan afanosa y cuidadosamente han ido construyendo nuestro Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo.

¹⁸ En la medida en que el RDL 17/1977 es anterior a la CE de 1978, el mismo no ha podido tener en cuenta la estructura política actual de nuestro país, siendo este uno de los principales motivos por los que, ante la ausencia de regulación alguna al respecto en su contenido, se dan tantos conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la determinación de los servicios esenciales de la comunidad. Idénticos conflictos podrían darse también entre las anteriores y las corporaciones locales.

¹⁹ Vid. CRUZ VILLALÓN, J. “Una valoración general...”, *op. cit.*, p. 36 (“Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que la parquedad de la regulación de esta materia en nuestra normativa sobre huelga provoca significativos problemas de implementación del mandato constitucional [...]”; SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre el modo de...”, *op. cit.* “[...] la ausencia de una regulación armónica sobre el derecho de huelga aboca a situaciones procesalmente poco deseables”); DURÁN LÓPEZ, F., “Huelga y servicios esenciales”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 8, núm. 1, 2010, p.127 (“Transcurridos más de treinta años desde la entrada en vigor de la Constitución española, el legislador sigue sin dar cumplimiento al mandato, claro e inequívoco, de su artículo 28.2 [...]”); así como ALFONSO MELLADO, C.L., “Jurisprudencia de la última década de la Sala Social del Tribunal Supremo en materia de derecho de huelga”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019.

Este último autor señala que “Sin duda la labor de esta jurisprudencia es importante y necesaria ante la insuficiente regulación normativa [...]. Pese a esa importancia, queda siempre la duda que produce la inseguridad jurídica de remitir a la solución jurisprudencial los complejos problemas que se plantean en esta materia, que afecta a un derecho fundamental esencial en el Estado Social por su vocación de instrumento de igualdad, de equilibrio y reforzamiento del poder de los trabajadores. Sería, pues, deseable un amplio consenso que permitiese una regulación normativa, si no se quiere promocional, al menos sí de garantía -y por tanto no de restricción o limitación- del derecho de huelga, desde esa perspectiva esencial de conseguir un equilibrio de fuerzas, ampliamente necesario en el marco de unas relaciones, como las laborales, en las que la negociación colectiva es esencial y la defensa de la igualdad social requiere de elementos de reforzamiento del poder del conjunto de los trabajadores y de sus organizaciones”.

²⁰ Indica el Tribunal Constitucional que “[...] es evidente que la falta de la inexcusable ley postconstitucional no puede valer para adoptar actitudes de tolerancia respecto de la utilización de criterios restrictivos del ejercicio del derecho y de la laxitud de sus limitaciones establecidas por la autoridad gubernativa con base en una norma preconstitucional, el art. 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, en el que los elementos del supuesto de hecho de la norma que permite el establecimiento de las limitaciones ni tan siquiera coinciden estrictamente con los del supuesto de hecho del art. 28.2 CE” (STC 184/2006, de 19 de junio, FJ 6º). Del mismo modo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acusado la falta de este desarrollo orgánico, tal y como se muestra en la siguiente afirmación: “[...] esta Sala ha descartado que en el artículo 10.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, pueda verse una habilitación legal para la regulación reglamentaria en abstracto de servicios mínimos, sin referencia a una huelga concreta, y sin la previa base de la ley a la que el artículo 28.2 de la Constitución española se refiere [...]” (STS de 29 de abril de 2014, rec. 371/2013, FJ 6º).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSO MELLADO, C.L., “Jurisprudencia de la última década de la Sala Social del Tribunal Supremo en materia de derecho de huelga”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019.

CRUZ VILLALÓN, J. “Una valoración general de las competencias autonómicas en materia laboral y social: novedades recientes”, *Temas Laborales*, núm. 160, 2021.

DURÁN LÓPEZ, F., “Huelga y servicios esenciales”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 8, núm.1, 2010.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre el modo de impugnar los servicios mínimos y sus lesivas consecuencias”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2023.

LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS: ¿OPCIÓN POLÍTICA O EXIGENCIA CONSTITUCIONAL?

MARÍA ISABEL GRANADOS ROMERA
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: LA SUPRESIÓN DEL SERLA, UNA AGRESIÓN AL MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES
2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS: DIMENSIÓN Y LÍMITES
3. LA DEROGACIÓN DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: VULNERACIÓN NORMATIVA Y REGRESIÓN SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN: LA SUPRESIÓN DEL SERLA, UNA AGRESIÓN AL MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES

Nuestro ordenamiento jurídico dispone de un consolidado sistema de procedimientos autónomos para la solución de conflictos laborales, fruto de un proceso largo y complicado de más de dos décadas, en el que fue necesario la realización de un gran esfuerzo y tenacidad por parte de los interlocutores sociales, y un importante apoyo institucional y económico de la Administración Pública¹. Ciertamente los datos estadísticos publicados por los distintos sistemas (estatal y autonómicos) evidencian los numerosos efectos positivos de su actividad²: millones de horas de trabajo no perdidas por haber alcanzado una solución antes de iniciar una huelga; la consecución de acuerdos de difícil alcance que han beneficiado a millones de trabajadores y han contribuido sobremanera a una gestión eficaz de la empresa y, en definitiva, la rápida solución de numerosos conflictos sobre derechos con un efecto colateral de descongestión de la Administración de Justicia. Lo que permite afirmar, que actualmente los procedimientos autónomos de solución de conflictos no sólo se encuentran totalmente asentados en nuestro sistema jurídico, sino que son una institución fundamental del mismo³.

No obstante, el análisis de los datos de actividad de los distintos sistemas también pone de relieve que el número de conflictos resueltos, en algunos de ellos, es manifiestamente mejorable, pues difícilmente supera el 30% de media de los conflictos planteados⁴, porcentaje que se mantiene, e incluso empeora, cuando se trata del planteamiento de conflictos colectivos sobre derechos, pese a ser el tipo de conflicto que se plantea con mayor frecuencia⁵. Igualmente, es un dato negativo, el hecho de que haya conflictos de determinada naturaleza que no se plantean en esta instancia, como ocurre con los conflictos de inaplicación, cuya presencia es testimonial o los conflictos individuales cuando el sometimiento es voluntario⁶.

Entiendo que esa baja efectividad en la resolución de determinado tipo de conflictos, que sin duda afecta a la eficiencia del sistema, obliga al planteamiento de modificaciones que mejoren técnicamente su funcionamiento, e incluso se puede considerar necesaria una transformación del modelo que implique un avance importante en la gestión del conflicto laboral por parte de la autonomía colectiva, pero en ningún caso, esos datos estadísticos, no especialmente satisfactorios, o una mala gestión, pueden conducir a cuestionarse la existencia de procedimientos autónomos de solución de conflictos.

La supresión del Sistema de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla León, en enero de 2023, con más de veintiséis años de vigencia, alegando como motivo la insuficiencia presupuestaria, supone no sólo cercenar un espacio al diálogo social, que ciertamente había costado mucho abrir y consolidar; sino que a mi juicio supone

¹ Sobre el papel fundamental de la Administración para garantizar el éxito de los sistemas autónomos de solución de conflictos véase OLARTE ENCABO, S. (2021), “El papel de la administración autonómica andaluza a través del CARL en la resolución de conflictos colectivos de trabajo del SERCLA”, *Temas Laborales*, núm. 160, pp. 189-215.

² En este sentido vid. CRUZ VILLALÓN, J. (2020), “Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales”, *Temas laborales*, núm. 154, p. 19.

³ “[E]l grado de madurez y civilización, también de productividad, de un sistema de relaciones de trabajo viene marcado, en gran medida, por el modo en el que hace frente a esta necesidad de canalización pacífica, institucionalizada, de los numerosos y muy diversos conflictos desarrollados en su seno. A mayor autonomía en el gobierno de la solución [...] mayor justicia sociolaboral”, MOLINA NAVARRETE, C. (2020), “Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales: balance de convergencias y divergencias 30 años después”, *Temas Laborales*, 154, p. 81.

⁴ Vid. GRANADOS ROMERA, M.I., (2021) “Procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales: una reflexión crítica a la luz de las recientes renovaciones de los acuerdos estatal y autonómicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 465, pp. 23 y ss.

⁵ *Ibid.* pp. 25 y ss.

⁶ *Ibid.* pp. 26 y ss.

la vulneración de varios derechos constitucionales y un ataque directo al modelo de relaciones laborales que también el texto constitucional diseñó.

A mi juicio, un modelo de relaciones laborales cuya estructura se sostiene sobre la negociación colectiva y la autotutela colectiva debe contar igualmente con un sistema extrajudicial de solución de conflictos basado en la autonomía colectiva, lo contrario atentaría contra el espíritu de la Constitución de 1978.

Por ello, considero que la existencia de sistemas autónomos de solución de conflictos laborales, en ningún caso puede considerarse opción política, especialmente cuando el convenio colectivo se establece como el primer medio de solución de conflictos laborales. No hay otra posibilidad dogmáticamente viable, los procedimientos de solución de conflictos han de ser esencialmente autónomos. Es decir, que su creación y funcionamiento sean un ejercicio constante del propio derecho de negociación colectiva, sólo estos procedimientos son los que se encuentran en verdadera sintonía con la legitimidad constitucional.

La argumentación anterior no excluye el diseño por parte del legislador de procedimientos de solución de conflictos basados en la autonomía colectiva, ahora bien, estimo que la ausencia de medios cuyos artífices y principales protagonistas sean los interlocutores sociales, supondría desatender el mandato constitucional y numerosos compromisos internacionales que el Estado español tiene al respecto. Son varios los argumentos jurídicos en los que se fundamenta tal afirmación, dar cuenta de ellos será el objetivo de la presente comunicación.

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS COLECTIVOS: DIMENSIÓN Y LÍMITES

El art. 37.1 de la Constitución de 1978 regula el derecho a la negociación colectiva, es decir, reconoce a los trabajadores y empresarios capacidad normativa creadora para que, a través de sus representantes, regulen las relaciones de trabajo en las que se encuentran inmersos, es decir, tienen capacidad para crear Derecho a través del convenio colectivo.

Ciertamente, el texto constitucional no delimita materia alguna sobre la que puede regular el convenio, simplemente añade el calificativo de “laboral” a los términos negociación colectiva, es decir, en principio cualquier materia de dicho ámbito podría tratarse, pues de la Constitución no se infiere límite alguno. En consecuencia, y dada la amplitud del ámbito objetivo del derecho, mediante convenio colectivo es lícito y coherente el establecimiento de procedimientos de solución de conflictos laborales, pues es una manifestación más del ejercicio del derecho de negociación colectiva.

Conclusión anterior, que corroboran los tratados internacionales ratificados por España sobre la materia. Así el Convenio 154 de la OIT de 19 de junio de 1981, sobre fomento de la negociación colectiva⁷, en su art. 2 establece, que objeto de negociación a través de convenio colectivo no sólo serán las condiciones de trabajo y empleo, sino también la regulación de “*las relaciones entre empleadores y trabajadores*”. Es decir, la Constitución y las normas internacionales ratificadas por España sobre la materia consagran el principio de libertad de contratación, posibilitando, de este modo, el establecimiento de procedimientos de solución de conflictos para la resolución de aquellas controversias que no queden resueltas en la negociación, o que surjan después en el mismo ámbito.

⁷ Ratificado por España en 26 de julio de 1985, BOE de 9 de noviembre.

No obstante, la delimitación del derecho a la solución de conflictos colectivos requiere tener en cuenta el art. 37.2 del texto constitucional, en el que se regula el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, la determinación del sentido de dicho precepto es imprescindible para conocer la dimensión exacta de la constitucionalización de la solución autónoma de conflictos. Tarea que se aborda a continuación.

2.1. La delimitación del contenido esencial del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo

2.1.1 La génesis del art. 37.2 de la Constitución: la voluntad histórica del constituyente

La determinación del sentido del artículo 37.2 del texto constitucional no ha sido una cuestión precisamente pacífica. La redacción fruto del consenso alcanzado en las Cortes Constituyentes tuvo su contrapartida. Como en otros preceptos constitucionales provocó una redacción ambigua y técnicamente deficiente, de modo que la génesis de la norma no ayudará en el proceso interpretativo como evidencian los debates parlamentarios.

La lectura del diario de sesiones del Congreso y del Senado relativo al proceso constituyente, permite constatar que las razones por las que el precepto se aprobó eran muy distintas para cada grupo parlamentario⁸, no obstante, se podrían agrupar en dos corrientes; quienes consideraban como medida de conflicto, tanto los medios directos como la negociación, pero también la huelga y el cierre patronal, de modo que con tal precepto quedaba constitucionalizado el cierre⁹, frente a quienes consideraban que a pesar de la mala técnica y la ambigüedad de los términos utilizados, se constitucionalizaba la autotutela colectiva, es decir, el conjunto de medidas de carácter autónomo que pueden adoptar los interlocutores sociales para resolver los conflictos de intereses: conciliación, mediación y arbitraje¹⁰, pero en ningún caso, quedaría regulado el cierre, al que no se hacía referencia alguna¹¹, ni tampoco los medios de presión.

Un repaso pormenorizado de los debates de las Cortes Constituyentes pone de manifiesto que la intención reguladora del legislador, a pesar de ser un criterio imprescindible en el proceso de interpretación normativa, no será en este caso especialmente fecundo. Ciertamente, el artículo se acaba aprobando, pero las razones que conducen a cada grupo parlamentario a la toma de tal decisión son contrarias. Precisamente la génesis de la norma apunta las dos corrientes básicas, que posteriormente se han fraguado, sobre la interpretación del citado artículo.

De todos modos, y aunque la interpretación auténtica del Texto Constitucional fuese especialmente clarificadora, en ningún caso la intención del legislador (para el supuesto, del poder constituyente) puede ser el único elemento determinante del sentido de la norma, pues, como indica LARENZ¹², la finalidad de la interpretación es averiguar lo jurídicamente decisivo hoy, que no se identifica únicamente con la voluntad del legislador¹³.

⁸ Un análisis detallado de los debates de las Cortes Constituyentes sobre la elaboración del art. 37.2 se pueden encontrar en GRANADOS ROMERA, M.I. (2009), *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 172 y ss.

⁹ Esta fue la postura final (distinta a la inicial) del Grupo Parlamentario de UCD, defendida en el debate del Pleno del Senado por el Sr. Pérez Puga (Vid. Diario de sesiones del Senado, sesión de 28 de septiembre de 1978, núm. 61, pp. 3061-3063).

¹⁰ Postura esta mantenida por el sr. VIDA SORIA del Grupo Socialista del Senado (Vid. Diario de Sesiones del Senado, núm. 61, Sesión plenaria núm. 35, 1978, p. 3064).

¹¹ En este sentido vid. VIDA SORIA, J. (1980), "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en VV.AA., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, p. 257.

¹² Vid. LARENZ, K. (1996), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Trad. Esp. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, p. 315.

¹³ En este sentido, entre otros, ENGISCH, K., (2001), *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp. E. Garzón Valdés, Granada, Comares, pp. 106-107, y RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M. (1987), *Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, p. 26.

Por ello será imprescindible la utilización simultánea¹⁴ de los distintos métodos que la Dogmática ofrece¹⁵ para alcanzar una interpretación técnicamente rigurosa.

2.1.2 La interpretación del art. 37.2 de la Constitución: el derecho al planteamiento y a la solución autónoma de conflictos colectivos

En el proceso de interpretación normativa la determinación del sentido gramatical de los términos utilizados, es vital, considero que ha de ser el punto de partida. Por ello, la primera tarea que conviene realizar consistirá en precisar el sentido de la expresión “medidas de conflicto colectivo”. Labor esta, que difícilmente puede llevarse a cabo, sin tomar en consideración la doctrina de BAYÓN CHACÓN sobre la materia¹⁶. Según el autor, la huelga y el cierre patronal son actos (no los únicos) de exteriorización y perfección del conflicto colectivo¹⁷, es decir, medios a través de los cuales, de forma inequívoca, una parte hace saber a la otra que no desiste de su pretensión sino todo lo contrario, que quiere hacerla valer y si es preciso imponerla. Tales actos manifiestan de forma definitiva la existencia de una controversia. En cambio, las medidas de conflicto son el conjunto de técnicas dirigidas a solucionarlo, a ponerle fin¹⁸.

Se ha de tener presente que la tesis de BAYÓN fue aceptada de forma generalizada por la doctrina, y sólo a partir de la ambigua redacción del artículo 37.2 parece haberse olvidado¹⁹. Pero nuestra tradición normativa se encuentra en sintonía con esta tesis, pues las regulaciones que durante el franquismo y en la transición se realizaron del conflicto colectivo, están dirigidas a establecer sistemas de solución; y la huelga -medida de presión por excelencia-, con independencia de que durante largo tiempo fue tipificada como delito, era regulada como un fenómeno distinto, muy relacionado pero distinto. De modo que el conflicto colectivo era considerado como un fenómeno, si bien indeseable o anormal²⁰, inevitable y por tanto de necesaria regulación al objeto de conseguir una rápida solución; frente a la huelga, tratada como una figura de distinta naturaleza, delictiva, o cuando menos ilícita.

La consulta de las normas que regularon los conflictos colectivos en épocas precedentes corrobora la anterior afirmación. Así el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo se limitaba a establecer procedimientos de solución de conflictos colectivos. La huelga, que se consideraba ilegal, estaba regulada por otros textos normativos, lo mismo ocurría con el Decreto de 22 de mayo de 1970, que regulaba el procedimiento de solución del conflicto colectivo de intereses o sobre derechos, pero no el régimen jurídico de la huelga. Es cierto que el Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación

¹⁴ En este sentido, entre otros, VILLAR PALASÍ, J. L. (1975), *La interpretación y los apogemas jurídico lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 15.

¹⁵ Según el prof. RODRÍGUEZ PANIAGUA «éstos pueden reducirse a cuatro: el literal, filológico o gramatical, el lógico-sistemático, el histórico y el teleológico». (*Vid. Métodos para el conocimiento del Derecho, Op. Cit.*, p. 26).

¹⁶ *Vid.* BAYÓN CHACÓN, G. (1959), “Aspectos jurídico-formales de la génesis de los conflictos de trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, pp. 823-835. Y “Actos de perfección de los conflictos de trabajo”, *Revista de Derecho Privado* (1960), pp.187-198. Las tesis de estos trabajos fueron desarrolladas y completadas por: “Los conflictos colectivos de trabajo. Introducción”, y “La vida de la relación jurídica del conflicto de trabajo” (1968) en VV. AA., *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid, pp. 9-20 y pp. 21-31, respectivamente.

¹⁷ *Vid.* BAYÓN CHACÓN, G., “Actos de perfección de los conflictos...”, *Op. Cit.*, p. 190.

¹⁸ Denominado por BAYÓN, actos de conflicto: “entre el acto de perfeccionamiento de la situación de conflicto y el acto extintivo de la misma, existirán una serie de «actos de conflicto» de valor jurídico procesal y de finalidad resolutoria del conflicto”. BAYÓN CHACÓN, G., “La vida de la relación...”, *Op. Cit.*, p. 21.

¹⁹ En este sentido VIDA SORIA, J. (1983), “Artículo 37.2”, en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo III, Dir. O. ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, EDESA, p. 632-633.

²⁰ Ciertamente durante el franquismo el conflicto colectivo no fue aceptado por el Ordenamiento Jurídico, pero sí que hubo normas que lo regularon, pues ante su inevitable existencia, se pretendía impedir cualquiera de sus perniciosos efectos.

de los conflictos de trabajo²¹, y especialmente el Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo, prestaban atención a la huelga entre sus preceptos, pero la regulaban de forma claramente separada.

La tesis de BAYÓN CHACÓN impide la identificación del cierre patronal con la medida de conflicto, al menos desde un punto de vista dogmático²², pues la finalidad de aquél es presionar a la otra parte²³. Es cierto que la presión puede favorecer la negociación *inter partes*, y el encuentro de una solución, pero ésta será un efecto indirecto de aquélla, el uso exclusivo de los medios de presión no proporciona la solución del conflicto.

Ciertamente la argumentación del Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril²⁴, no contribuyó a clarificar el sentido del art. 37.2. Y es que la lectura detenida de dicha sentencia pone de manifiesto importantes contradicciones, pues tras afirmar que el cierre patronal está reconocido en el texto constitucional, inmediatamente establece que en ningún caso el “lock-out” podrá vaciar de contenido el derecho constitucional de huelga, y que no es inconstitucional si se entiende como un poder de autoprotección del empresario dirigido a preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones, y por el tiempo imprescindible para asegurar la reanudación de la actividad. Es decir, en la propia argumentación parece retractarse y concluir en sentido contrario a lo inicialmente manifestado.

No obstante, el valor de dicha argumentación jurídica es relativo, pues posteriormente el Tribunal Constitucional hizo numerosos pronunciamientos que permiten la consolidación de una doctrina en un sentido totalmente opuesto. Precisamente en la sentencia 217/1991, de 14 de noviembre considera que el derecho a la adopción de medidas de conflicto reconocido en el art. 37.2 no sólo implica el derecho a plantear el conflicto sino también a “crear medios propios y autónomos para solventarlo”²⁵. El máximo garante constitucional declaraba que la creación de los medios autónomos de solución de conflictos a través del convenio colectivo, no solo es manifestación de la negociación colectiva, sino también del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo previsto en el art. 37.2 CE.

En la misma línea interpretativa, conviene recordar los numerosos pronunciamientos en los que el alto tribunal establece que tanto la negociación colectiva, como el ejercicio del derecho de huelga y el planteamiento de conflictos colectivos, forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, y ello en virtud de la interpretación en conexión del art. 28.1 del texto constitucional con los preceptos 7, 28.2 y 37 del citado cuerpo normativo. Ciertamente, aunque tal previsión no estuviera en la mente del constituyente, sí se trata de una doctrina deducible de la Constitución, en tanto en cuanto los derechos colectivos laborales constitucionalizados no pueden interpretarse de un modo aislado, hacerlo implicaría un recorte de su contenido, es por ello imprescindible la puesta en práctica del criterio lógico sistemático.

Tal doctrina la iniciaría el Tribunal Constitucional con las Sentencias 70/1982, de 29 de noviembre, y 37/1983, de 11 de mayo, y precisamente a raíz de la limitación a los sindicatos del planteamiento de procesos judiciales de conflicto colectivo. Pero el

²¹ *Vid. Supra.*

²² Así también lo expresan VIDA SORIA, J., y GALLEGO MORALES, A. J., “Art. 37.2 Conflictos colectivos”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Tomo I), *Op. Cit.*, p. 707. Quienes indican que considerar que en el art. 37.2 se encuentra constitucionalizado el cierre es querer ir más allá de la letra del precepto.

²³ En contra, entre otros, OJEDA, para quién las medidas de conflicto coinciden con las medidas de presión: “Podemos definir las medidas de conflicto como las presiones unilaterales dirigidas a acelerar la solución del conflicto en la dirección que se juzga propicia para los actuantes”. (*Vid. OJEDA AVILÉS, A. [2003], Derecho Sindical*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, p. 457). En parecidos términos PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1996), *Derecho Sindical Español*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, p. 260.

²⁴ *Vid. Fundamento jurídico 22º.*

²⁵ *Vid. Fundamento Jurídico 5º.*

máximo garante constitucional considera que el art. 37. 2 CE contempla el derecho al planteamiento de conflictos y a la intervención en su solución a través de medios pacíficos, de modo que la limitación de tal actividad a los sindicatos supone la vulneración del derecho de libertad sindical: «*sería paradójico que quien puede defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación o la huelga no pudiera hacerlo mediante la utilización de los procedimientos legalmente previstos para el planteamiento y solución pacífica de los conflictos colectivos. De esta forma, el artículo 37.2 de la Constitución se conjuga con el artículo 37.1 y con el 28.2 para definir el ámbito de ejercicio de la libertad sindical*» (STC 37/1983, f.j.2º).

Es esta una doctrina totalmente consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como lo pone de manifiesto el elevado número de sentencias en este sentido²⁶, mediante las que se reconoce que la intervención del sindicato en la solución del conflicto colectivo, bien con intervención directa en el propio procedimiento, o en el diseño del mismo, es contenido del derecho de libertad sindical.

La argumentación precedente permite afirmar que en el art. 37.2 se contempla el derecho a la autotutela colectiva, es decir, la posibilidad de que trabajadores y empresarios resuelvan los conflictos colectivos en los que se ven inmersos a través de medios autónomos. El art. 37 de la Constitución proporciona una regulación completa del principio de autonomía colectiva. En el apartado primero se regula la autonomía normativa, y en el apartado segundo la autotutela colectiva: la capacidad para establecer procedimientos de solución de conflictos colectivos sobre intereses, basados en la negociación colectiva. Es decir, procedimientos alternativos previstos para cuando la negociación directa regulada en el número uno del precepto no fue posible; lo cierto es que una conclusión en otro sentido rompería el principio de coherencia del Ordenamiento Jurídico²⁷.

Por último, y atendiendo al criterio de interpretación teleológico, el reconocimiento del derecho de huelga como fundamental, que viene a acabar con el tradicional desequilibrio entre obreros y patronos, y la condición de social que la Constitución atribuye al Estado español conduce necesariamente a la interpretación ya apuntada, es decir, garantizar la participación de la clase trabajadora en la gestión del conflicto colectivo²⁸.

No cabe duda de que el derecho a la creación de procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos sobre intereses se encuentra constitucionalizado, por tanto, el desmantelamiento de los sistemas autónomos, su limitación o recorte implicará la lesión del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, pero también el de negociación colectiva, y del derecho de libertad sindical²⁹.

Llegado este punto, es necesario cuestionarse sobre la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos. ¿Es posible ubicarlo en el contenido del art. 37.2 CE?, o en su caso, ¿goza de protección constitucional? Preguntas ineludibles si se pretende precisar las consecuencias de la eliminación de cualquiera de los sistemas de solución de conflictos laborales de carácter autónomo vigentes actualmente en nuestro país.

²⁶ Entre otras muchas: STC 118/1983, de 13 de diciembre (BOE de 11-1-1984); STC 94/1995 de 19 de junio (BOE de 24 de julio); STC 145/1999, de 22 de julio (BOE de 26 de agosto); STC 132/2000, de 16 de mayo (BOE de 20 de junio); STC 103/2004, de 2 de junio (BOE de 23 de junio).

²⁷ El legislador y el aplicador del Derecho como principales operadores jurídicos se ven vinculados por el deber de coherencia. (Vid. BOBBIO, N. [1996], *Teoría General del Derecho*. Trad. Esp. E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, pp. 189 y ss.).

²⁸ Vid. CASCAJO CASTRO, J.L. (1993), "La configuración del Estado Social en la Constitución Española", en VV.AA., *Estudios sobre el Estado Social*. Coord. CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J., Madrid, Tecnos, p. 41.

²⁹ En este sentido BAZ RODRÍGUEZ, J. (2023), "La solución autónoma de conflictos laborales en Castilla y León: ¿ejecución de la legislación laboral sin financiación pública del SERLA?", Briefs AEDTSS, 5, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2. ¿Protección constitucional para la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos?

Es suficientemente conocido que los procedimientos autónomos de solución de conflictos resuelven cualquier modalidad de conflicto colectivo también aquellos sobre derechos, es más, y como ya se ha indicado anteriormente, aproximadamente el 70% de las controversias que se plantean en los sistemas de solución de conflictos autónomos, estatal o autonómicos son sobre derechos³⁰.

Podría considerarse que la diferenciación entre conflictos sobre derechos y conflictos sobre intereses es una creación doctrinal artificiosa diseñada para explicar la teoría del conflicto, no obstante se ha de negar tal consideración ya que es posible verificar que se trata de una realidad jurídica constitucionalizada: el artículo 37.2 -como se acaba de exponer- prevé cómo resolver los conflictos sobre intereses, y los artículos 117.3 y 24 del texto constitucional regulan el modo de solución de los conflictos sobre interpretación y/o aplicación de normas. ¿Significa ello que la solución de conflictos sobre derechos que se encuentra constitucionalizada es únicamente la judicial?

Ciertamente la Constitución no reserva la exclusividad de la solución de conflictos sobre derechos a los órganos jurisdiccionales, por ello, no existe impedimento jurídico alguno para que los sujetos afectados por una controversia opten por una mediación o arbitraje, en lugar de utilizar un procedimiento judicial, pero es obligado preguntarse si la utilización de un procedimiento autónomo para resolución de este tipo de conflictos, implica el ejercicio de un derecho constitucional. Porque lo que sí es evidente que cuando la vía de solución es la judicial, sí que se trata del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. ¿Hay cabida para un derecho constitucional a la solución autónoma de conflictos sobre derechos?

La respuesta a tal interrogante requiere detenerse en el contenido del derecho a la tutela judicial y en las peculiaridades de su ejercicio en el ámbito laboral.

2.2.1. *El derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito laboral: peculiaridades y límites*

Como se acaba de señalar, la solución de conflictos colectivos sobre derechos a través de los órganos jurisdiccionales implica el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En virtud de este derecho toda persona física o jurídica, ha de tener garantizado el acceso a los órganos jurisdiccionales para obtener de éstos la protección de derechos subjetivos o intereses legítimos a través de una resolución fundada en Derecho. De modo que, en virtud del art. 24 CE, ningún trabajador o empresario, individualmente considerado, pero tampoco sus respectivos representantes: sindicatos, secciones sindicales, representación unitaria o asociaciones empresariales, pueden ver impedido el acceso a los órganos jurisdiccionales, para la resolución del conflicto, que tendrá lugar a través de la interpretación y/o aplicación de una norma. Potestad ésta que el art. 117.3 CE reserva con carácter exclusivo a los citados órganos judiciales. Tales garantías en ningún caso se pueden ver afectadas, y tampoco por la puesta en práctica de los sistemas autónomos.

Se considera que el carácter voluntario de los procedimientos de conciliación/mediación o arbitraje deja indemne el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores y empresarios afectados por el conflicto, en tanto en cuanto han sido ellos mismos a través de sus representantes quienes han optado por no ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva y optar por una vía de solución alternativa.

³⁰ GRANADOS ROMERA (2021), "Procedimientos autónomos de solución de conflictos...", Op. Cit., pp. 26 ss.

Ahora bien, en el ámbito laboral existe la peculiaridad que sobre un mismo conflicto se pueden iniciar de modo simultáneo acciones judiciales individuales y colectivas. Por esa razón, aunque los sujetos colectivos decidieran no ejercer el derecho a la tutela judicial y someterse a un procedimiento autónomo, tal desistimiento en ningún caso podría afectar a cada uno de los trabajadores singulares por los mismos representados y en ellos integrados, pues el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho subjetivo de carácter personal, intransmisible e indisponible, cuyo ejercicio corresponde a cada titular.

Además, para este supuesto, no es posible aducir la existencia de un contenido colectivo y otro individual de la tutela judicial efectiva, como puede ocurrir por ejemplo en el derecho de huelga, contenido colectivo del que sí disponen los sindicatos, sino que se trata de derechos con contenidos coincidentes para sujetos de distinta naturaleza. Tampoco existen fundamentos jurídicos que permitan otorgar preferencia al ejercicio del derecho por parte de los sujetos colectivos respecto de los individuales. Y ello incluso a pesar de que los sujetos colectivos -en virtud del derecho de negociación colectiva- tengan capacidad para disponer de los derechos individuales, porque dicha potestad deberá ejercerse con escrupuloso respeto al derecho necesario absoluto, a los mínimos de derecho necesario y al orden público, del que el derecho a la tutela judicial efectiva forma parte.

Es decir, el razonamiento planteado conduce de modo inexorable a la siguiente conclusión: el derecho a la tutela judicial efectiva es un límite del derecho de negociación colectiva, en virtud del cual los sistemas autónomos de solución de conflictos no pueden impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales a los sujetos individuales inmersos en un conflicto colectivo, so pena de vulneración del derecho a la tutela de éstos. Y ello incluso a pesar del control judicial posterior del acuerdo o laudo que resuelva el conflicto colectivo, pues en tales casos, la impugnación sólo procede por incumplimiento de las normas de procedimiento (en cuanto al laudo, también, en los supuestos de extralimitación de la actuación arbitral, laudo “*extra petita*”, o en la que no resuelva sobre todo lo pedido “*infra petita*”), o porque sean contrarios a normas de rango superior, pero no se cuestiona el sentido de la solución dada. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial permite el libre acceso a los órganos jurisdiccionales para obtener, de éstos, la protección de derechos subjetivos e intereses legítimos a través de una resolución fundada en Derecho que, en su caso, se pronuncie sobre el fondo de la cuestión³¹.

Con la argumentación precedente no se pretende evidenciar que la solución autónoma de conflictos sobre derechos carezca de viabilidad jurídica, pero sí, que no se encuentra constitucionalizada de un modo paralelo a la referida a los conflictos sobre intereses. Ello podría conducir a obtener una conclusión rápida, y a mi juicio errónea, de que en tal caso el desmantelamiento de los sistemas autónomos cuando se trata de resolver procedimientos sobre conflictos sobre derechos no lesiona ningún derecho constitucional, estimo, que existen argumentos técnicos para refutar tal consideración, y que sí existe protección constitucional de la solución autónoma de conflictos sobre derechos, como a continuación se expondrán.

2.2.2. *La interpretación normativa vinculante como solución de conflictos colectivos sobre derechos: un escollo difícilmente salvable*

Ciertamente desde la dogmática jurídica, la solución de un conflicto sobre derechos ha de tener lugar mediante la interpretación y/o aplicación de una norma, pero esta es una

³¹ Sobre esta cuestión véase in extenso GRANADOS ROMERA, M.I. (2012), “La desjudicialización de las relaciones laborales: ¿una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva?”, *R.L.*, núms. 21 y 22, 2012, páginas 65-78.

técnica que está reservada a los órganos jurisdiccionales en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues únicamente la interpretación y/o aplicación realizada por estos tendrá carácter vinculante, pretender que los interlocutores sociales realicen una interpretación jurídica sustitutiva de la realizada por jueces y tribunales es imposible, pues como anteriormente se ha explicado el derecho a la tutela judicial efectiva lo impide.

Considero que el error, en el enfoque de la configuración de los sistemas autónomos, reside en pretender que los interlocutores sociales realicen una labor interpretativa para resolver estos conflictos, cuando la Constitución lo que hace es dotarlos de poder normativo creador. Los interlocutores sociales no tienen que procurar un “sucedáneo” de la actividad judicial, no es esa su función, por mucho que, la utilización de los sistemas autónomos de solución de conflictos sobre derechos, tengan un impacto muy positivo en las relaciones laborales. Desde mi punto de vista es un error intentar la promoción de los procedimientos autónomos sobre la base de una continua comparación con los procesos judiciales, se trata del ejercicio de distintos derechos, con actores, dinámicas y lógicas muy diferentes, y aunque los objetivos sean próximos, no son susceptibles de equiparación.

Por otro lado, existe otro inconveniente de tipo técnico en la intervención de los interlocutores sociales como sustitutos de los órganos jurisdiccionales. Considerar que los representantes de los trabajadores y empresarios cuando resuelven un conflicto sobre derechos, llevan a cabo una interpretación vinculante sustitutiva de la que podría hacer un órgano judicial, es contrario a la eficacia de convenio colectivo que el legislador reserva para tales actos.

Ciertamente, los acuerdos o laudos que resuelven un conflicto colectivo, tienen eficacia de convenio según disponen el art. 91.2 del Estatuto de los Trabajadores, el art. 156.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y el art. 24 del Decreto Ley sobre Relaciones de Trabajo de 1977³²). Evidentemente cuando el conflicto es sobre intereses no hay reproche alguno que hacer, todo lo contrario, es coherente atendiendo a la capacidad normativa creadora reconocida a los interlocutores sociales a través del art. 37 de la Constitución Española.

Sin embargo, cuando el conflicto es sobre derechos, a mi juicio, no es correcto. Pues se haría de la interpretación una regla jurídica, lo que implicaría una alteración del sistema de fuentes fijado en la Constitución. Y es que mediante la interpretación jurídica se pretende determinar o captar el sentido de la norma³³, pero no la creación de la misma. LARENZ, lo indicaba en su obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*: interpretación

³² También la jurisprudencia reconoce tales efectos, así a título de ejemplo, se pueden consultar las siguientes sentencias: STS de 13-10-1995, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1045/1995, (f.j. 2º); STS de 30 de enero de 1997, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2792/1995 (ff.jj. 3º y 4º); STS de 22-12-2000, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 411/2000 (f.j. 3º); 12 de noviembre 2002, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 24/2002 (f.j. 2º). También Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 51 de 2012, de 14 de mayo de 2012 (f.j. 3º).

Como indica la STS de 26-9-2002, Recurso de Casación núm. 3543/2000: “deben concurrir la legitimación y el quórum necesario para que el acuerdo alcance ese grado de eficacia, aparte de otras formalidades como la escritura y la publicación” (f.j. 6º). En parecidos términos STS de 20-12-1996, Recurso de Casación núm. 3492/1995 (f.j.5). También en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sevilla), de 9 de mayo de 2003, Recurso de Suplicación núm. 729/2003 (f.j. 2º); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de mayo de 2006, Recurso de suplicación núm. 694/2006 (f.j. 4º).

³³ Hans NAWIASKY, definió la interpretación como la indagación del sentido de la norma (en su obra: *Teoría General del Derecho*, Trad. Esp. J. Zafra Valverde, Granada, Comares, 2002, p. 146).

DÍEZ-PICAZO, recuerda que “la locución latina *interpres* procede del griego *meta fraxtes* e indica al que se coloca entre dos que hablan para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho o está diciendo. [...] Ello indica que la interpretación es sobre todo una «atribución de sentido» o de «significados»” (véase su obra: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Op. Cit. pp. 235 y 236).

En parecidos términos LATORRE, A. (1998), *Introducción al Derecho*, 14ª ed, Barcelona, Ariel, p. 77, considera que la interpretación de la norma es “determinar el sentido exacto” de la misma.

es “la «separación», difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto, pero, en cierto modo, todavía oculto”³⁴. Y añade el propio autor: “La intención del intérprete no se dirige ciertamente a desarrollar la norma, sino sólo a conocer y expresar aquel significado que está decretado en el texto. La intención de expresar sólo aquello que el texto, ‘rectamente entendido’, afirma de por sí, constituye la actitud típica del intérprete”³⁵.

Por todo ello, es evidente que la utilización de los procedimientos autónomos para resolver conflictos sobre derechos no puede encauzarse en el desistimiento del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de sindicatos y/o asociaciones empresariales, pues encuentra numerosos inconvenientes técnicos. Además de que tampoco es acorde con la intención reguladora del texto constitucional, al diseñar el modelo de relaciones laborales y el marco jurídico de los derechos sociales colectivos.

Si la Constitución ha dotado a los interlocutores sociales de capacidad normativa creadora en virtud del derecho a la negociación colectiva, y también de libertad sindical, entiendo que la capacidad de resolver conflictos jurídicos solo tendrá una protección constitucional si se enmarca en el contenido de tales derechos.

Por todo ello, considero que el conflicto sobre derechos se ha de tratar lo mismo que un conflicto sobre intereses, es decir, cada vez que se plantee la controversia se deberá realizar un nuevo pacto que sustituya a la norma cuya interpretación o aplicación se discuta. Es esta una actividad para la que los interlocutores sociales están constitucionalmente legitimados, y cuando menos es manifestación del ejercicio del derecho de negociación colectiva y de libertad sindical, de modo que también la solución de conflictos sobre derechos gozaría de protección constitucional, y su limitación o desmantelamiento provocaría igualmente la lesión de un derecho constitucional.

Ahora bien, la propuesta que realizo de resolución del conflicto sobre derechos creando una nueva norma, requiere un análisis profundo y una argumentación detallada para descartar cualquier problema técnico. Precisamente el proceso de indagación sobre la viabilidad jurídica de la misma permitirá confirmar o descartar la protección constitucional de la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos.

2.2.3. El derecho constitucional a la solución autónoma de conflictos colectivos sobre derechos: una propuesta desde la dogmática jurídica

El conflicto interpretativo puede plantearse en relación a una norma estatal o convencional, la problemática que se genera es distinta y por ello se analizarán de modo separado.

- a) La solución autónoma de conflictos colectivos interpretativos sobre normas estatales: inconveniente técnicos y viabilidad jurídica

Cuando el conflicto se plantea sobre una norma estatal, resolverlo creando una nueva norma puede plantear diferentes problemas técnicos, para cuyo análisis conviene tener presente las relaciones entre ley y convenio, que no son sólo de jerarquía. Se ha de recordar que entre ambas fuentes del Derecho existen una serie de relaciones funcionales, que delimitan su ámbito de colaboración en la regulación de las relaciones laborales. Evidentemente si la norma estatal sobre la que se plantea el conflicto es de derecho necesario absoluto, queda prohibida cualquier intervención del convenio colectivo en el contenido de la misma.

³⁴ Barcelona, Editorial Ariel, 1994, pp. 192 y 309.

³⁵ *Ibid.* p. 309 y 360.

Sin embargo, cuando la norma sobre la que se plantea el conflicto interpretativo presenta una relación de complementariedad con el convenio colectivo, entiendo que es técnicamente posible la resolución de la controversia mediante acuerdo o pacto alcanzado en un procedimiento de origen autónomo. El fin de la controversia no residirá en la determinación del sentido interpretativo de la norma conflictiva, sino que se tratará de elaborar una nueva norma -como antes apuntaba- ahora de carácter convencional, que contempla el mismo supuesto de hecho que aquella sobre la que se discute su aplicación y/o interpretación. De este modo, es cierto que se acaba invadiendo el espacio competencial de la norma estatal, pero ello no plantea problema técnico alguno, si el pacto o el laudo contempla una regulación más favorable que mejora lo previsto en el precepto estatal como mínimo de derecho necesario.

Es decir, no se lleva a cabo la resolución del conflicto sobre derechos, sino la creación de una nueva norma para evitar aplicar aquella que plantea problemas interpretativos, pero el efecto es el mismo. Realmente, mediante la intervención de los procedimientos autónomos, se acaba resolviendo un conflicto de intereses, pues, si bien no existe propiamente un vacío normativo, la norma estatal no satisface las pretensiones de las partes. Razonamiento este que es igualmente aplicable cuando la relación que se describe es de supletoriedad. Teniendo en cuenta que en ese caso la autonomía colectiva goza de total capacidad reguladora sobre la materia tratada en la norma estatal³⁶, nada impide que se cree una norma convencional que trate el mismo supuesto de hecho.

Cuando la relación que se describe entre norma estatal y convencional es de complementariedad ambas normas deben aplicarse, o al menos atender a ellas, para obtener una regulación completa del supuesto de hecho. No obstante, en este caso el tipo de relación no permite determinar las posibilidades de disposición del convenio, sino que es necesario analizar si la norma que hace remisión al convenio, es de derecho necesario absoluto, relativo o dispositivo.

Considero que, si la autonomía colectiva no goza de potestad para llevar a cabo la resolución de un conflicto sobre derechos a través de la interpretación vinculante, no existe impedimento para que resuelva el conflicto de intereses que es posible detectar de modo simultáneo a la exteriorización de aquel³⁷. La invasión del campo competencial de la norma estatal es totalmente legítima en virtud del principio de norma más favorable, si se trata de un mínimo de Derecho necesario, o simplemente debido al carácter dispositivo de la misma si se trata de Derecho supletorio.

No obstante, y aunque desde el punto de vista de la relación ley y convenio no pueda hacerse objeción técnica alguna a la propuesta que se presenta, sí que obliga a plantearse las posibles interferencias que podrían generarse con el sistema judicial, o incluso con el principio de irretroactividad de las normas.

Empezando por este último, estimo imprescindible constatar en qué medida el principio de irretroactividad queda indemne, si se crea de modo expreso una norma para resolver la controversia. Se ha de recordar que, en virtud del mismo, los actos se rigen por las normas del tiempo en que nacieron, es decir, el conflicto debe resolverse aplicando el precepto vigente en el momento de su exteriorización.

³⁶ En este sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1987), *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, p. 293.

³⁷ La creación de una norma convencional para la solución de un conflicto interpretativo es la situación reflejada en las sentencias del TS de 27-5-1998, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1611/1997, de 2-6-1998 Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina 3074/1997, de 4-2-1999 Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1537/1988, de 8-3-1999 Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1795/1998, de 4-12-2000 Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 3867/1999; es cierto que en estos casos la interpretación conflictiva era de normas convencionales, no obstante, en la conciliación previa se crea una nueva norma que acaba sustituyendo a aquellas cuya interpretación se discutía.

Es cierto, que la norma se crea para la resolución del conflicto de intereses que se manifiesta de modo simultáneo al de derechos, y en tal situación el momento de creación de la norma es el correcto, según el proceso de negociación colectiva: conflicto-convenio. No obstante, conviene preguntarse si dicha afirmación es extensible a los casos en los que ya existe una norma estatal que podría ser aplicada al caso, y a pesar de ello, se elabora un pacto de modo expreso para su resolución. Para responder a tal cuestión es necesario recordar la dimensión del principio de irretroactividad de las normas y las singularidades, si las hubiera, de su aplicación en el ámbito laboral.

El art. 9.3 CE junto con el art. 2.3 del Código Civil constituyen el régimen jurídico básico en materia de vigencia temporal de las normas. En virtud del art. 9.3 CE se proclama la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, debiendo entender por tales, a tenor de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional³⁸, los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en los arts. 14-29 CE, es decir, los recogidos en la Sección 1ª, del Capítulo II, del Título I, el principio de igualdad y la objeción de conciencia prevista en el art. 30.2 CE³⁹. De modo que, a *sensu* contrario, se ha de interpretar que está permitida la retroactividad del resto de las normas, idea que corrobora el art. 2.3 del Código Civil al formular de un modo dispositivo el principio de irretroactividad de las leyes⁴⁰.

Además, el máximo garante constitucional matiza⁴¹ que, si bien es en ese campo material donde opera la irretroactividad, ha de tratarse de situaciones jurídicas «agotadas» o «consolidadas»⁴² nacidas al amparo de una legislación anterior. Es decir, «*lo que se prohíbe en el art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores*»⁴³, o, en otros términos, la pretensión de «*anular efectos jurídicos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la Ley y ya consumadas*»⁴⁴.

Por el contrario, no parece existir obstáculo alguno en la incidencia de una nueva norma sobre «*situaciones en curso de adquisición*»⁴⁵, es decir, no se trata de un supuesto de retroactividad si la nueva norma afecta a «*situaciones jurídicas actuales y aún no concluidas*»⁴⁶. Como pone de manifiesto DÍAZ AZNARTE, «los efectos futuros o no consumados de situaciones jurídicas creadas conforme a la normativa anteriormente vigente, sólo son expectativas de derecho y, como tales, pueden verse afectadas por lo dispuesto en una disposición normativa posterior»⁴⁷.

De modo que el principio de irretroactividad solamente se podrá oponer cuando se plantee un conflicto en relación a situaciones jurídicas ya consolidadas en virtud de normativa precedente.

La argumentación previa es totalmente aplicable al convenio colectivo⁴⁸. No obstante, en relación a la negociación colectiva, existe la especificidad de que el Estatuto de los

³⁸ Sobre el concepto de derechos fundamentales *vid. in extenso* TAJADURA TEJADA, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 26 y ss.

³⁹ *Vid.* STC 42/1986, de 10 de abril *cit.*, f.j.3º.

⁴⁰ En este sentido STSJ País Vasco de 18-1-2000, Recurso de Suplicación núm. 2276/1999, (f.j. 2º).

⁴¹ La inoportuna utilización por parte del legislador del Código Civil de la expresión «derechos adquiridos» ha obligado a la jurisprudencia constitucional a abordar la delimitación negativa del concepto al hilo de la interpretación del art. 9.3 CE.

⁴² «...situaciones jurídicas cuyos efectos ya se hayan producido en el momento de la entrada en vigor de la nueva normativa», *Vid.* DÍAZ AZNARTE, M.T. (2002), *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo*, Valencia, Tirant lo blanch, p. 111.

⁴³ *Vid.* STC 99/1987, de 11 de junio, BOE de 26 de junio (f.j. 6º).

⁴⁴ *Vid.* STC 197/1992, de 19 de noviembre, BOE 23 de diciembre (ff.jj. 4º y 5º).

⁴⁵ *Vid.* STC 97/1990, de 24 de mayo, BOE de 20 de junio (f.j. 4º).

⁴⁶ *Vid.* STC 197/1992, *cit.*, (ff.jj. 4º y 5º).

⁴⁷ *Vid.* *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo*, *Op. Cit.*, pp. 110-111.

⁴⁸ Así se considera en la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 22 de mayo de 2012, Recurso de Su-

Trabajadores da libertad absoluta a las partes para determinar el momento de entrada en vigor del convenio (artículo 86.1) permitiendo incluso efectos retroactivos (art. 90.4).

Por otro lado, se ha de señalar la constatada dificultad con la que se encuentra el jurista para determinar la naturaleza imperativa o relativa de buena parte de los preceptos legales y reglamentarios⁴⁹, implica la traslación de una tremenda inseguridad jurídica sobre el precepto creado que resuelve el conflicto, lo que sin duda podría generar interferencias con el sistema judicial, pues una sentencia judicial posterior que determinase que la norma mejorada no es un mínimo, sino un precepto imperativo, provocaría la nulidad radical del pacto.

Ahora bien, esa incertidumbre que planea sobre el precepto normativo creado para la resolución del conflicto sobre derechos, es la misma que existe en cualquier supuesto de negociación colectiva, cualquier exceso en la negociación llevado a cabo por los interlocutores sociales puede provocar la nulidad radical de los preceptos de un convenio.

Otro inconveniente que puede plantear la propuesta realizada es la iniciación simultánea por parte de otros sujetos colectivos, del ámbito del conflicto, de un procedimiento judicial de conflicto colectivo con objeto de solicitar la interpretación de la norma sobre la que se plantea la controversia, algo que no sólo es posible, sino que se ha de garantizar para evitar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁰.

Sin embargo, el inicio del proceso de conflicto colectivo tampoco desvirtúa la solución del conflicto mediante negociación, ya que el órgano judicial dictará sentencia interpretando la norma estatal, pero si se pacta una norma en la que se regule el mismo supuesto de hecho ésta gozará de preferencia de aplicación para todos los supuestos presentes y futuros, perdiendo toda la virtualidad la sentencia colectiva, aplicándose únicamente a los derechos adquiridos (como ya se ha comentado).

Todo ello permite concluir que la creación de una norma convencional específica para la resolución de un conflicto colectivo previamente exteriorizado, a pesar de la existencia de norma estatal reguladora del supuesto de hecho, no plantea problema de retroactividad alguno⁵¹, ni tampoco interferencia con el sistema judicial. Pues si bien el convenio se aplicará sobre una situación anterior, sus efectos no se han consumado, por ello se pondrán en juego meras expectativas de derecho, pero en ningún caso se trata de derechos adquiridos⁵². Además, como ya se ha apuntado, la norma convencional, en virtud del principio de norma más favorable, goza de preferencia de aplicación, y si se trata de norma dispositiva, igualmente, prevalece respecto de aquella.

- b) La solución autónoma de conflictos colectivos interpretativos sobre normas convencionales: la apuesta por un sistema dinámico de negociación colectiva

plicación 235/2010 (f.j. 2º). Sobre situaciones ya consolidadas, en las que no es posible aplicar el convenio colectivo posterior, véase entre otras: STS de 10 de mayo de 2018, Recurso de Casación núm. 92/2017 o STSJ de Andalucía (Sevilla), de 9 de febrero de 2022, Recurso de Suplicación núm. 1338/2020, entre otras.

⁴⁹ En este sentido *vid.* SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A. (2001), “Acercas de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate”, en VV.AA., *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Dir. por T. SALA FRANCO, Madrid, MTAS, p. 18.

⁵⁰ Precisamente es la situación que evidencia la STS núm. 337/2017, de 20 de abril, se intenta poner fin al conflicto mediante acuerdo, sin contar con un sindicato inicialmente legitimado para negociar y que no firma el pacto, y que decide iniciar un proceso de conflicto colectivo para resolver el conflicto interpretativo.

⁵¹ En el ámbito del Derecho del Trabajo “tampoco encuentra justificación el recurso al principio de irretroactividad de las leyes [...] cuando las situaciones jurídicas en cuestión no hayan alcanzado la calificación de verdaderos derechos consolidados, esto es, cuando nos enfrentemos a meras expectativas”, *vid.* DIAZ AZNARTE, M.T., *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Op. Cit., pp. 11-12.

⁵² Como indica la STSJ Madrid (sala de lo social) de 6-6-1996 Recurso de Suplicación núm. 3577/1994, los derechos adquiridos son un límite a la retroactividad de las normas laborales “*al ser de aplicación, con carácter supletorio, las disposiciones transitorias del Código Civil*” (f.j. 2º). En el mismo sentido STSJ Extremadura (sala de lo social) núm. 67/1998, de 2 de febrero (f.j. único).

Si el conflicto interpretativo afecta a una norma convencional, la problemática se plantea en un sentido distinto. Resolver tal controversia, como si fuera un conflicto de intereses requiere la modificación de la norma, es decir, la negociación del convenio “ante tempus”, de modo que vigente un convenio colectivo, sin que medie denuncia (ya que no ha concurrido la causa que habilite para ello), se inicia un proceso negociador.

Considero que se trata de una opción técnicamente viable pues, ni el Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco el Derecho Civil, como derecho supletorio, establecen precepto normativo alguno que apunte en un sentido contrario. El Estatuto de los Trabajadores, incluso, reconoce esa posibilidad en su art. 86.1 párrafo segundo: “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 ET podrán negociar su revisión”, en ningún momento se exige que se haya llegado a término final, sino que indica que podrá tener lugar durante la vigencia del convenio.

Además, una interpretación en conexión de los preceptos reguladores de la negociación colectiva estatutaria corrobora tal postura. La duración del convenio viene regulada por el Estatuto de los Trabajadores con carácter dispositivo, el art. 86.1 deja a la autonomía de las partes la competencia para fijar el período de vigencia del convenio.

Tampoco la consulta del Código Civil, nos permite obtener conclusiones en un sentido distinto. En tanto norma, puede ser derogada en cualquier momento por otro convenio posterior (art. 2.2 del Código Civil). Por otro lado, su carácter de pacto, refuerza la tesis de la modificación “ante tempus”. Pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Código Civil) las partes poseen el poder de modificar el contrato, sin que ello suponga necesariamente su extinción⁵³. La novación modificativa, de carácter objetivo, es una institución del derecho de obligaciones que, en virtud del acuerdo de ambas partes, permite la modificación de alguna o algunas de las estipulaciones de la relación obligacional, provocando la transformación del contrato, sin que éste pierda su identidad.

La interpretación sistemática realizada permite concluir que la modificación del convenio colectivo “ante tempus” a través del mutuo acuerdo es técnicamente posible. Es cierto que no tiene cabida una denuncia unilateral, es decir, no es lícito compeler a una de las partes para que negocie, sin embargo, nada parece impedir la renegociación libremente decidida por ambas partes⁵⁴. Ciertamente es un principio básico la no afectación de un convenio por otro de ámbito distinto, pero precisamente la interpretación a contrario permite afirmar la posibilidad de afectación por el propio convenio⁵⁵.

Ahora bien, esa renegociación del convenio admitida por nuestro sistema jurídico ha de tener unos rasgos determinados, pues de lo contrario se produciría la vulneración de cualquiera de los preceptos estatutarios antes mencionados. Ha sido principalmente la jurisprudencia la que se ha ocupado de señalar los límites.

La renegociación “ante tempus” del convenio colectivo, para que sea jurídicamente viable, tiene que producirse en la misma unidad de negociación.

⁵³ Vid. OSSORIO MORALES, J. (1996), *Lecciones de Derecho Civil*, 3ª ed., revisada y puesta al día por J.M. Ossorio Serrano, Granada, Comares, p. 164.

⁵⁴ En este sentido vid. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. (1985), “Vigencia de los convenios colectivos de trabajo”, en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII, vol 2º, dir. Por E. BORRAJO DACRUZ, Madrid, EDESA, p. 107, y ALBIOL MONTESINOS, I. et. alt. (2005) *Derecho del Trabajo*, Tomo I, 7ª ed, 2005, p. 463.

⁵⁵ Vid. STS 21-2-2000, Recurso de Casación 686/1999: “La garantía de la estabilidad del convenio se logra, en primer lugar, a través de la regla de concurrencia que contiene el art. 84.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pero esta regla no es aplicable al caso, pues sólo establece una garantía para el convenio anterior frente a los «convenios de ámbito distinto», lo que además conduciría a la conclusión de que un convenio durante su vigencia sí puede ser afectado sin ninguna limitación por otro del mismo ámbito” (f.j. 3º).

En segundo lugar, es la comisión negociadora⁵⁶ la que tiene potestad para llevar a cabo tal modificación del convenio, es decir, los sujetos que negociaron y aprobaron la norma convencional. Por ello, si se trata de un convenio de empresa y se negoció con la representación unitaria, sólo con ésta se podrá llevar a cabo la renegociación⁵⁷. No obstante, se ha de puntualizar que con ello no se exige una coincidencia exacta con los sujetos integrantes de las partes de la negociación inicial. Los sujetos legitimados para llevar a cabo la modificación del convenio son los designados por los arts. 87, 88 y 89.3 ET⁵⁸, por lo que se ha de entender que si durante el tiempo de vigencia del convenio se han producido cambios de representatividad éstos se habrán de reflejar, de lo contrario el convenio colectivo podría ser impugnado. Por supuesto, en ningún caso la modificación podrá ser llevada a cabo por una comisión que no goce de legitimación plena⁵⁹.

En tercer lugar, la modificación del convenio colectivo habrá de cumplir con todos los requisitos de tramitación y las distintas formalidades exigidas por el Estatuto de los Trabajadores para la elaboración del convenio de eficacia general⁶⁰, pues de lo contrario, el nuevo pacto sólo podrá aspirar a tener el carácter extraestatutario.

Por último, he de recordar, una vez más, que dicha negociación tendrá que tener lugar de mutuo acuerdo⁶¹, sin que una parte pueda compeler a la otra para llevar a cabo la misma.

A mí parecer, esa menor estabilidad del convenio, por la negociación antes de que expire su vigencia, en ningún caso afecta a la fuerza vinculante del convenio, que es el contenido garantizado en el texto constitucional, pues lo realizan los mismos sujetos que lo negociaron, de forma voluntaria, y no por una razón caprichosa sino porque el pacto inicial no resolvió plenamente el conflicto de intereses y hace conveniente una nueva redacción. Esa menor estabilidad en la vigencia del convenio es el coste de la solución autónoma, es decir, es consecuencia del ejercicio de otro derecho constitucional previsto en el art. 37.2 CE: la adopción de medidas de conflicto colectivo. Pero en ningún caso ello tiene lugar en detrimento del derecho de negociación colectiva, todo lo contrario, redimensiona el convenio como institución gestora del conflicto.

En definitiva, la solución de los conflictos colectivos sobre derechos a través de sistemas autónomos es también manifestación del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, de modo que la limitación o eliminación de aquellos supone igualmente la afectación del citado derecho.

⁵⁶ Vid. STSJ Madrid 27-9-2000, sentencia núm. 424 (f.j. 3º).

⁵⁷ En este sentido STS de 29-10-2002, Recurso de Casación 1244/2001: "*como es lógico, la facultad de introducir posibles modificaciones en un Convenio vigente, queda reservada a las partes que los negociaron, en este caso a RENFE, y su Comité General Intercentros. No se produjo por consiguiente para la CGT ninguna lesión de su derecho fundamental invocado*" (f.j. 4º).

⁵⁸ "*Pero que fuese la misma comisión negociadora u otra de composición distinta es irrelevante en orden a su legitimación, porque lo decisivo aquí no es la identidad del órgano, sino sus poderes de negociación en función de las exigencias de representatividad en la unidad de negociación y éstas son las que se establecen en los artículos 87.1, 88.1.1º y 89.3 ET*", STS 30-6-1998, Recurso de Casación 2987/1997 (f.j. 2º). La SAN de 15-6-2001, sentencia núm. 62 (f.j. 8º) se hace igualmente eco de esta doctrina, al remitir al art. 154.2 LPL para indicar los requisitos de legitimación que se han de cumplir para que tenga lugar la modificación del convenio. En esta línea la STSJ Cataluña de 5-3-1999, sentencia núm. 1621, manifiesta: "*Si el convenio colectivo nace como fruto de la negociación que la partes llevan a efecto de acuerdo con las normas de los arts. 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, cualquier modificación de su contenido en aquellos aspectos de naturaleza normativa [...] tan sólo puede hacerse respetando los trámites y requisitos que para la negociación de convenios colectivos establecen estos preceptos legales*" (f.j. 2º).

⁵⁹ En este sentido STSJ Galicia de 1-12-2003, Recurso de suplicación 5600/2003 (f.j. 2º).

⁶⁰ En este sentido STSJ de Cantabria 16-1-1995, Recurso de Suplicación núm. 933/1994 (f.j.3º); STSJ Galicia de 1-12-2003, *cit.* (f.j. 2º).

⁶¹ Vid. STS de 18-10-2004, *cit.* (f.j. 3º). También SAN de 15-6-2001, *cit.*, (f.j. 8º).

3. LA DEROGACIÓN DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: VULNERACIÓN NORMATIVA Y REGRESIÓN SOCIAL

El análisis realizado permite constatar que los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales no son una opción que el ordenamiento jurídico ofrece a los poderes públicos, sino que responden a una exigencia constitucional. El derecho a la negociación colectiva y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo regulados en los números 1 y 2, respectivamente, del art. 37 de la Constitución Española, contemplan como parte de su contenido la creación de procedimientos alternativos de solución de conflictos de carácter autónomo.

La retirada por parte de las Cortes de Castilla y León, en diciembre de 2022, de la subvención de la Fundación SERLA, para hacer inviables los procedimientos autónomos previstos en el Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla y León (ASACL), a partir del año 2023, supone la vulneración del derecho de libertad sindical de los trabajadores de dicha comunidad autónoma que ven cercenada toda posibilidad de que los conflictos en los que se encuentran inmersos puedan resolverse vía autónoma, pero también genera una clara desigualdad con el resto de trabajadores pertenecientes a otras Comunidades Autónomas que sí disponen de tales procedimientos autónomos.

Es cierto, que las últimas noticias sobre la cuestión revelan que se mantiene el funcionamiento del SERLA, si bien, únicamente en cuanto a los procedimientos que resuelven conflictos colectivos⁶². Las presiones recibidas por parte del Gobierno de la nación⁶³, por la OIT⁶⁴, por el Consejo Económico y Social de Castilla y León⁶⁵, y por las propias organizaciones sindicales y patronales⁶⁶ han provocado ese “frenazo” en el proceso de desmantelamiento, más que un cambio de criterio. El Gobierno de Castilla y León, a través de las declaraciones realizadas a la prensa por su consejero de Industria, Comercio y Empleo, parece considerar que los procedimientos autónomos de solución de conflictos constituyen un tema privado de los sindicatos⁶⁷, que la Administración no está obligada a atender. Es evidente que se parte de un gran desconocimiento técnico jurídico, pues como se ha puesto de manifiesto en páginas precedentes, la solución autónoma de

⁶² Vid. “Veganzones acepta financiar el SERLA para los conflictos colectivos”, El Norte de Castilla, 29 de marzo de 2023 (disponible en <https://www.elnortedecastilla.es/castillayleon/veganzones-acepta-financiar-serla-conflictos-colectivos-20230329201920-nt.html>, consultado el 12 de octubre de 2023).

⁶³ Vid. “El Gobierno presenta un requerimiento judicial para que Castilla y León recupere la solución de conflictos laborales”, el Diario.es, 13 de marzo de 2023 (disponible en https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/politica/gobierno-presenta-requerimiento-judicial-junta-castilla-leon-reponga-serla_1_10028269.html, consultado el 12 de octubre de 2023).

⁶⁴ “La OIT advierte que suprimir el Serla sería una «decisión sin precedentes»”, Diario de León, 3 de junio de 2023 (disponible en <https://www.diariodeleon.es/articulo/castillayleon/oit-advierde-que-suprimir-serla-seria-decision-precedentes/202306030333262341587.html>, consultado el 12 de octubre de 2023). “El Gobierno tomará medidas ante la situación del Serla tras una nueva advertencia de la OIT”, EFE, 2 de junio de 2023 (disponible en <https://efe.com/castilla-y-leon/2023-06-02/el-gobierno-adoptara-medidas-sobre-el-serla-tras-la-carta-de-la-oit/> consultado el 12 de octubre de 2023).

⁶⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN (2023), *El sistema de solución autónoma de conflictos laborales de Castilla y León* (INFORME).

⁶⁶ Vid. “Patronal y sindicatos se unen para salvar un Serla en “peligro de extinción” y alertan del impacto de su cierre”, SORIANoticias.com, 28 de febrero de 2023 (disponible en <https://sorianoticias.com/noticia/2023-02-28-patronal-y-sindicatos-se-unen-para-salvar-un-serla-en-peligro-de-extincion-y-alertan-del-impacto-de-su-cierre-98219>, consultado el 12 de octubre de 2023).

⁶⁷ En este sentido vid. “Castilla y León replica al Gobierno que “no existe obligatoriedad” de financiar la mediación laboral tras intentar Vox su eliminación”, el Diario.es, 3 de abril de 2023 (disponible en https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/castilla-leon-replica-gobierno-no-existe-obligatoriedad-financiar-mediacion-laboral-vox-eliminacion_1_10093100.html, consultado el 12 de octubre de 2023); también vid. Veganzones: “El Serla es un capricho de los sindicatos” en el Diario de Burgos, 29 de noviembre de 2022 (disponible en <https://www.diariodeburgos.es/noticia/zab05d090-e9bf-a437-30e5141de0ac1779/202211/veganzones-el-serla-es-un-capricho-de-los-sindicatos>, consultado el 12 de octubre de 2023).

conflictos se encuentra constitucionalizada, por tanto, su limitación o recorte implicará la lesión del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, pero también el de negociación colectiva, y de libertad sindical.

Pero la supresión de los sistemas autónomos de solución de conflictos colectivos también conduce al incumplimiento de distintos compromisos internacionales que el Estado español ha contraído. Si nos retrotraemos al más reciente se ha de mencionar la Agenda 2030 Desarrollo Sostenible, adoptada en la cumbre especial de Naciones Unidas, en septiembre de 2015, que señala el trabajo decente como uno de los diecisiete objetivos a alcanzar. Los derechos fundamentales como la libertad sindical y la prohibición de discriminación son componente básico del “trabajo decente”; igualmente la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan resolver de modo autónomo los conflictos en los que se encuentran inmersos, o puedan crear sus propios procedimientos de solución de conflictos, constituyen un componente básico del diálogo social, a su vez pilar fundamental del trabajo decente.

Pero no es posible olvidar, en cuanto a los pactos internacionales, firmados por España, el Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre negociación colectiva, de 1981, ratificado, y que por tanto forma parte de nuestro Ordenamiento Interno, establece que un modo de fomentar la negociación colectiva es favorecer la participación voluntaria de trabajadores y empresarios en instituciones de conciliación y arbitraje. También se ha de aludir a la Carta Social Europea revisada, en virtud del art. 6.3, nuestro país se compromete a “fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales”.

En definitiva, la eliminación de cualquiera de los sistemas autónomos que actualmente se encuentran en vigor supondría un retroceso de cuarenta años en el diálogo social. Este intento de supresión del SERLA, efectivo para para conflictos individuales, puede ser el inicio de una dinámica peligrosa de limitación encubierta de una de las manifestaciones básicas del derecho de negociación colectiva y por ende de libertad sindical. De esta situación, es responsable directo el Gobierno de Castilla y León, no cabe duda, pero el Gobierno de la nación en cuanto obligado a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, en virtud del artículo 149.1.1ª de la Constitución Española⁶⁸, no debe tolerar esta situación, y actuar de inmediato en aquellas otras que pudieran generarse, pues de lo contrario involuntariamente se estaría convirtiendo en cómplice de tal vulneración de derechos.

⁶⁸ Sobre el contenido y dimensión del precepto *vid. in extenso* PEMÁN GAVÍN, J. (2018): “La cláusula de igualdad en las condiciones básicas”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II., Dir. por RORIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Madrid, BOE, pp. 1212 y ss.

NUEVAS FORMAS DE SUSTITUCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HUELGUISTAS EN LA INDUSTRIA 4.0

ALEJANDRO MUROS POLO

*Investigador en Periodo de Orientación Postdoctoral FPU**
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA: LOS LÍMITES EN LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL
3. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DENOMINADO ESQUIROLAJE “TRADICIONAL” EXTERNO E INTERNO
4. LA FIGURA DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Y SU OSCILANTE INTERPRETACIÓN JUDICIAL
5. CONCLUSIONES CRÍTICAS: PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA DOCTRINA SOBRE LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HUELGUISTAS ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO DE LA INDUSTRIA 4.0

* Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades y concedidas por Orden de 7 de octubre de 2020.

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la robótica avanzada, de los algoritmos y en especial de la inteligencia artificial está conllevando (y conllevará) importantes cambios en el mundo del trabajo. Además de las numerosas afectaciones que la conocida como Cuarta Revolución Industrial¹ causa sobre el nivel de empleo en su creación, destrucción y transformación, así como sobre los derechos individuales laborales (vigilancia empresarial, protección de datos personales...), el cambio tecnológico actual también despliega importantes consecuencias sobre el ámbito colectivo de la relación de trabajo.

Para autorizada doctrina “es evidente que la transformación tecnológica lleva consigo un alejamiento de lo colectivo, una especie de desagregación que se traduce en una manifiesta desindicalización”², que ya se venía produciendo con anterioridad. En efecto, los nuevos y no tan nuevos modelos organizativos empresariales auspiciados en gran parte por las nuevas tecnologías, basados en la dilución de la figura del empleador (descentralización productiva a través de grupos, contratas, teletrabajo y, en última instancia, plataformas digitales y trabajadores independientes), se caracterizan por una dispersión geográfica que, a su vez, genera la atomización e individualización de las relaciones laborales, así como el extrañamiento respecto a los sindicatos y representantes de los trabajadores³.

Del mismo modo, si bien es cierto que el uso de internet y las redes sociales pueden suponer un adecuado mecanismo de comunicación, organización y de presión para alcanzar reivindicaciones sociales, el cambio digital y tecnológico en el que estamos inmersos también provoca ciertos riesgos para el conflicto social y su principal mecanismo de expresión, en lo que se ha denominado la “erosión tecnológica de la huelga”⁴. El empresario, con la ayuda de robots, *software* o inteligencia artificial, puede reducir o mitigar los efectos lesivos de la huelga en la paralización de la actividad y la producción. Con ello, se alerta del peligro que supone la utilización de esta nueva tecnología para la efectividad del derecho fundamental a la huelga en la consecución de mejoras en las condiciones laborales y la defensa de los derechos de la clase trabajadora.

Lejos de ser ciencia ficción, ya existen numerosas profesiones que pueden ser sustituidas por mano de obra tecnológica, más allá de las rutinarias o las fácilmente automatizables⁵. Basta mirar a la larga huelga de guionistas contra las principales plataformas audiovisuales estadounidenses, donde una de las mayores reivindicaciones del colectivo ha sido su protección frente al uso indiscriminado de inteligencia artificial generativa para evitar la destrucción de la profesión⁶. Ante este nuevo panorama, no resulta

¹ Schwab, K., *La cuarta revolución industrial*, Editorial Debate, Barcelona, 2016.

² Mercader Uguina, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 174.

³ Aguilar González, M.C., “La acción colectiva en contextos digitales”, en AA.VV., *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto* (J.M. Gómez Muñoz, Dir., y J.M. Moreno Díaz, Coord.), Bomarzo, Albacete, p. 65.

⁴ Sobre esta relación ambivalente entre huelga y nuevas tecnologías, vid., Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, en VV.AA.: *Huelga y conflicto colectivo de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios ofrecidos a María del Mar Ruiz Castillo*, Krk Ediciones, Oviedo, 2021, pp. 413 y ss.

⁵ Gordo González, L., “¿Existirán trabajadores por cuenta ajena en el futuro? La necesidad de desarrollar un Estatuto de los Trabajadores para el Siglo XXI (...y para el XXII)”, *El Foro de Labos*, entrada web del 20 de diciembre de 2022, recuperada de: <https://www.elforodelabos.es/2022/12/existirán-trabajadores-por-cuenta-ajena-en-el-futuro-la-necesidad-de-desarrollar-un-estatuto-de-los-trabajadores-para-el-siglo-xxi-y-para-el-xxii/> donde se habla de los avances que la inteligencia artificial supone para aquellas profesiones que se creían reservadas a la actividad humana (algoritmo *Watson*, *Chat GPT* o *Dall-e-2*). Sobre la automatización de los empleos de clase media y el riesgo de polarización del mercado de trabajo, cfr. Fernández Domínguez, J.J., “Automatización y empleo: la “Paradoja de Polanyi” revisitada”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 1/2021, pp. 63-93.

⁶ Gómez Abelleira, F.J., “La regulación de la inteligencia artificial en el trabajo de guionistas de cine, televisión, teatro”, *El Foro de Labos*, entrada web del 10 de octubre de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es>.

descabellado afirmar que el empresario, casi en cualquiera de los sectores, se puede valer en cierto modo de estas herramientas informáticas para mantener su producción durante la huelga y así paliar sus efectos nocivos. Si la Cuarta Revolución Industrial es capaz de sustituir la mano de obra humana y de destruir puestos de trabajo (y también crear), más aún es capaz de sustituirla temporalmente durante el lapso que dure la huelga, para suplir los daños que acarrea la falta de asistencia por parte de los trabajadores huelguistas a sus puestos de trabajo⁷.

Cabe preguntarse, por ende, si la regulación española del derecho fundamental de huelga ofrece la adecuada protección ante una eventual sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas. Y a ello se dirige el presente trabajo de investigación, que para responder a dicha cuestión aborda un estudio del contenido esencial del derecho de huelga y de la prohibición del denominado “esquirolaje tradicional” (externo e interno), así como un análisis de la interpretación judicial que se ha venido fraguando en torno a la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas o el “esquirolaje tecnológico”. Se finalizará con unas conclusiones críticas, en las que se reflexionará sobre el encaje de la doctrina del esquirolaje tecnológico en las nuevas formas de trabajo de la Industria 4.0⁸.

2. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA: LOS LÍMITES EN LA ACTUACIÓN EMPRESARIAL

El derecho de huelga se configura como un procedimiento de presión y protesta colectiva en el ámbito del sistema de relaciones laborales a través de la perturbación del normal desenvolvimiento del proceso de producción de bienes y servicios (frecuentemente por medio de la suspensión temporal y concertada del trabajo), con el fin de defender los intereses colectivos o generales de los trabajadores. Así, la huelga es un poder de contrapeso que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas, restableciendo el equilibrio entre las partes de fuerza económica desigual⁹.

En este sentido, nuestro sistema constitucional reconoce el derecho de huelga en el art. 28.2 CE dentro de la categoría de derecho subjetivo público fundamental de libertad, lejos del sistema más estricto de huelga-libertad, en íntima relación con la libertad sindical (arts. 7, 28 y 37 CE), como medio idóneo para la promoción de la igualdad material (art. 9.2 CE) y, en general, como un instrumento coherente con el sistema pluralista de Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE)¹⁰.

No obstante, se trata de un derecho social fundamental que no ha sido desarrollado legalmente, en este caso por Ley orgánica (art. 81 CE), por no encontrar el consenso

es/2023/10/la-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-en-el-trabajo-de-guionistas-de-cine-television-teatro/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=las-ultimas-newsletter-total-entradas-de-nuestro-blog_5

⁷ TODOLÍ SIGNES, A.: “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, *Actualidad Laboral*, N.º 7, 2014, p. 1, versión electrónica.

⁸ Para Blanco, R., Fontrodona, J. y Poveda, C., “La Industria 4.0: el estado de la cuestión”, *Economía industrial* 406/2017, p. 151, en esta industria “las tecnologías digitales permiten la vinculación del mundo físico (dispositivos, materiales, productos, maquinaria e instalaciones) con el digital (sistemas). Esta conexión habilita que dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros sistemas para crear una industria inteligente, con producción descentralizada y que se adapta a los cambios en tiempo real”. En definitiva, en la Industria 4.0 las barreras entre las personas y las máquinas se difuminan.

⁹ Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jiménez, N., “Derecho a huelga (artículo 6)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (J.L. Monereo Pérez y C. Monereo Atienza, Coords.), Comares, Granada, 2017, p. 533.

¹⁰ Sobre la ubicación del derecho de huelga en la Constitución española, véase, Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 49 y ss.

suficiente. Con lo cual el derecho de huelga es desarrollado por una norma preconstitucional, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDLRT), el cual ha tenido que ser tamizado por la labor del Tribunal Constitucional para adaptarse a la Carta Magna, en especial por la STC 11/1981, de 8 de abril. No en vano se dice que el derecho de huelga es eminentemente de creación jurisprudencial, sobre todo por la labor del Tribunal Constitucional¹¹.

En lo que a estas páginas respecta, es necesario ahondar en el conocido como contenido esencial del derecho fundamental de huelga, que no solo actúa como límite o “zona resistente” de la que no puede disponer libremente el legislador ordinario (art. 53.1 CE)¹², sino que también opera como límite respecto a la colisión con otros derechos, por encima del cual este derecho fundamental no puede ser restringido¹³. Tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, el contenido esencial es o bien “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo”; o bien es “aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga”. Siguiendo esta definición se establece que “el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir. Y cabe decirlo así no sólo porque ésta es la más antigua de las formas de hacer huelga y porque es lo que la generalidad reconoce de inmediato cuando se alude a un derecho de este tipo, sino también porque es este un modo que ha permitido la presión para el logro de las reivindicaciones obreras” (STC 11/1981, de 8 de abril).

En este sentido, “la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones”, unido a una cierta eficacia (STC 123/1992, con cita en STC 41/1984), se constituye como el contenido esencial del derecho de huelga. Por ello, se le imponen al empresario una serie de límites, regidos por la proporcionalidad y el sacrificio mutuo, para que en el ejercicio de su libertad de empresa no pueda vaciar de contenido el derecho de huelga, imposibilitando la paralización del trabajo. Una neutralización de los efectos de la huelga que puede ser provocada no solo por medio del mantenimiento de la normal actividad productiva, sino por la desactivación de la repercusión social que genera la huelga. “En definitiva, el derecho de huelga -además de subjetivo (por su contenido) y fundamental (por su protección)- es un derecho de carácter instrumental cuya esencia, más allá de ser identificado con la mera paralización de las labores, consiste en la producción de un daño a la contraparte con el propósito de ejercer sobre ella la coacción psicológica necesaria para forzarla a adoptar un acuerdo favorable a los intereses de quienes lo ejercen”¹⁴.

Habida cuenta de todo lo anterior, el derecho de huelga impone un genérico deber negativo de respeto y reconocimiento erga omnes del derecho frente al Estado y a los particulares y, especialmente, frente al empresario, quien no podrá injerirse en el ejercicio del derecho de huelga. De este modo, le corresponde al empresario una actuación pasiva frente a la huelga y, en general, un deber de respeto (de pati y no facere), prohibitivo de toda conducta que tienda a privar de efectividad a este derecho fundamental¹⁵. Como

¹¹ Monereo Pérez, J.L., “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV.AA.: *El conflicto colectivo y la huelga* (Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J., Coords.), Laborum, Murcia, 2008, p. 263.

¹² Monereo Pérez, J.L., “La huelga”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Dirs.), Comares, Granada, 2002, p. 1058.

¹³ Balaguer Callejón, M.L., “El contenido esencial del derecho de huelga”, *Revista de Derecho Político* 34/1991, pp. 125 y 126.

¹⁴ Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 55.

¹⁵ Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, op. cit., pp. 237 y ss.

expresa el TC en su sentencia 11/1981: “es derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores [para sustituir a los huelguistas] y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”.

3. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DENOMINADO ESQUIROLAJE “TRADICIONAL” EXTERNO E INTERNO

La regulación positiva del esquirol/la, entendido como la “persona que se presta a ocupar el puesto de un huelguista”¹⁶, se encuentra en la norma preconstitucional que desarrolla el derecho fundamental a la huelga, el RDLRT, aunque sin recurrir expresamente a dicha denominación. Así, el art. 6.5 RDLRT indica que “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”¹⁷. Un precepto, que no ha sido objeto de depuración por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia 11/1981, y que se refiere al conocido como “esquirolaje externo” como un acto ilícito, al prohibir que los trabajadores huelguistas sean sustituidos por trabajadores “externos” o contratados *ex novo* por la empresa, bajo sanción por comisión de infracción administrativa muy grave del art. 8.10 TRLISOS.

De este modo, se prohíbe que el empresario contrate directamente, con indiferencia de la modalidad contractual, a trabajadores no vinculados con la empresa en el momento de comunicarse la huelga, con el objetivo de sustituir u ocupar los puestos de trabajo de los trabajadores huelguistas. Por tanto, sí que se permite la contratación de personas trabajadoras durante la convocatoria de huelga siempre que las funciones de los nuevos trabajadores sean distintas o accesorias a las desempeñadas por los trabajadores huelguistas, y no se busque con ello sustituir a los trabajadores que se sitúan en suspensión del contrato por ejercicio del derecho de huelga. En consecuencia, una vez que se alegue prueba indiciaria de vulneración del derecho de huelga (que se entenderá cumplida con la coincidencia de contrataciones durante la duración de huelga), el empresario deberá de ofrecer una justificación objetiva, razonable y proporcional en cuanto a su actuación, ajena a cualquier propósito lesivo del derecho fundamental en juego (STC 66/2002, de 21 de marzo, ECLI:ES:TC:2002:66)¹⁸.

Por otro lado, la empresa usuaria no puede celebrar contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal para sustituir a trabajadores huelguistas (art. 8.a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal)¹⁹. Se trata de una exclusión del contrato de puesta a disposición que, a su vez, lleva aparejada para la empresa usuaria una infracción administrativa muy grave prevista en el art. 19.3.a) TRLISOS. En concreto, son infracciones muy graves: “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por

¹⁶ También recoge una acepción “despectiva” que se relaciona con el “trabajador que no se adhiere a una huelga”.

¹⁷ El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 también se refirió a la prohibición de esquirolaje externo en su artículo 18.2: “En tanto dure la huelga, los trabajadores que participen en ella no podrán ser sustituidos por otros trabajadores no vinculados a la empresa en la fecha de declaración de la huelga, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 8 y 16 de esta Ley”.

¹⁸ Valle Muñoz, F.A., *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 31-40.

¹⁹ Sobre las diferentes situaciones que se pueden dar en función de si el trabajador cedido se utiliza para sustituir a un trabajador no huelguista que está cubriendo, a su vez, las funciones de un trabajador huelguista, o bien se produce la sustitución de un trabajador cedido por una ETT que participa en una huelga en la empresa usuario e incluso en la empresa de trabajo temporal, véase, Valle Muñoz, F.A., *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*, op. cit, pp. 42-45.

otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal”. Asimismo, según autorizada doctrina científica²⁰, para el caso de que se cedan trabajadores para sustituir a trabajadores en huelga, la ETT también incurriría en infracción grave del art. 18.2.c) TRLISOS al formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos distintos a los previstos en la legislación aplicable.

Resulta expresivo indicar que esta prohibición de contratación prevista en la Ley reguladora de las empresas de trabajo temporal va más allá de la prevista en el art. 6.5 RDLRT. Se amplía la prohibición de esquirolaje externo y se sitúa fuera de los poderes tradicionales de dirección, control y contratación del empresario en el marco de la relación de trabajo y, con ello, “se desplaza a la esfera de la organización de la empresa y sus facultades anejas (contratación mercantil con terceros), que resultan por consiguiente también limitadas en su ejercicio no solo por las normas legales sino por el respeto a los derechos fundamentales del trabajador”, como es el derecho de huelga²¹.

Junto con la prohibición de esquirolaje externo, el Tribunal Constitucional ya extendió en los años noventa tal prohibición a la sustitución de personas trabajadoras huelguistas por los propios compañeros de trabajo (el denominado, “esquirolaje interno”)²². En efecto, la mencionada STC 123/1992, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TC:1992:123), declaró que vulneraba el derecho fundamental de huelga la sustitución de los trabajadores fijos discontinuos en huelga por la plantilla fija de plantilla (directores y administrativos), “voluntariamente y a instancia de los órganos gestores de la Compañía Envasadora”. El Tribunal Constitucional rechazó en este momento la interpretación a *contario sensu* de que la sola prohibición del esquirolaje externo prevista en el art. 6.5 RDLRT diera lugar a una permisividad de la sustitución interna por el personal ya perteneciente a la empresa. Es más, indicó que la movilidad funcional o geográfica está imaginada para “situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siempre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología”. Y, en concreto, la preeminencia del derecho de huelga como derecho fundamental “produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores”, sobre todo cuando se utiliza la facultad empresarial para privar de efectividad a la huelga.

En definitiva, cuando la movilidad interna de trabajadores atente contra el contenido esencial del derecho de huelga, que no es otro que la cesación en el trabajo, se trata de una vulneración del derecho fundamental de huelga pues “constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”. En estos supuestos no se cumple con el recíproco deber de lealtad y buena fe que debe de existir durante la huelga y no

²⁰ Chacartegui Jávega, C., *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 176.

²¹ Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., p. 82.

²² El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993 en su artículo 18.3 reconocía que: “las facultades empresariales respecto de la movilidad funcional o geográfica de los trabajadores no podrán ser utilizadas con el objeto de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga”.

supone una conducta que pueda ser encuadrada dentro de las medidas empresariales de conflicto colectivo que legitima el art. 37 CE.

Esta doctrina constitucional ha sido seguida por el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia 18/2007, de 12 de febrero (ECLI:ES:TC:2007:18), aunque se negó el amparo por falta de prueba de la sustitución del trabajador huelguista alegada, y en la sentencia 33/2011, de 28 de marzo (ECLI:ES:TC:2011:33), donde se niega que la supuesta voluntariedad de los trabajadores a la hora de sustituir a sus compañeros huelguistas exima de responsabilidad al empleador. A raíz de esta jurisprudencia la ilicitud de la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores en la empresa es una cuestión por lo general pacífica. Es más, a pesar de que el Tribunal Constitucional solo se ha referido a supuestos de movilidad funcional extraordinaria descendente, la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido interpretando que la sustitución de huelguistas por trabajadores de análoga o igual categoría profesional constituye un acto ilícito, en la medida en que se vulnera el derecho de huelga pues se permite la realización por otro trabajador de las tareas dejadas de hacer por parte de la persona huelguista, evitándose los perjuicios derivados de su participación en la huelga²³.

Asimismo, el art. 8.10 TRLISOS²⁴ califica como infracción muy grave “los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”, esto es, para el mantenimiento de los servicios mínimos esenciales para la comunidad y los servicios de seguridad y mantenimiento para la empresa (STC 33/2011). Con ello lo que se pretende, además de sancionar el esquirolaje externo, es impedir la movilidad geográfica de trabajadores externos al centro de trabajo afectado por la huelga, como vía para neutralizar los efectos de la huelga en otras unidades productivas de la misma empresa. De este modo, se produce una contradicción entre el art. 6.5 RDLRT y la conducta que proscribe el citado art. 8.10 TRLISOS, más amplia, produciéndose una derogación implícita del primer precepto a través de la fórmula *lex posterior derogat priori*²⁵.

Por último, también debemos de hacer referencia a un tercer subtipo de esquirolaje, conocido como esquirolaje “comercial”²⁶ o “decidido por un tercero”²⁷. Este nace de la atomización del proceso productivo a través de la descentralización productiva por medio de la subcontratación y el uso de formas flexibles de organización empresarial bajo la forma del grupo de empresas. En dichos supuestos la particularidad reside en que el sujeto activo de la conducta orientada a mantener la producción durante la huelga no es el empleador de los huelguistas, sino la casa matriz y las demás sociedades del grupo en que se integra este o bien la empresa principal a la que este empleador sirve de contratista, mediante el recurso a un tercero (otra sociedad del grupo u otro contratista) para que desarrolle

²³ Valle Muñoz, F.A., *La sustitución empresarial de trabajadores huelguistas: el tratamiento jurídico-laboral del esquirolaje*, op. cit., pp. 89-91.

²⁴ Esta infracción ya estaba prevista en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

²⁵ “Aunque ciertamente el problema reside en que una norma de estructura “secundaria” (la configuración propia de las normas sancionadoras) es la que acaba desempeñando la función de una “norma primaria” (...) pero el desajuste técnico no puede llegar, en este caso, a tanto como para que una ley de normación “secundaria” no pueda afectar a una legislación de normación sustantiva preconstitucional”. Cfr., Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, op. cit., pp. 242 y 243. En cambio, para Sala Franco, T. y López García de la Riva, I., *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 67, el art. 8.10 TRLISOS no podrá aplicarse al esquirolaje interno por mor del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas laborales, puesto que dicho precepto se refiere exclusivamente al esquirolaje externo.

²⁶ Un estudio profuso en Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., pp. 131-178.

²⁷ Sanguinetti Raymond, W., “El derecho de huelga en los grupos y redes empresariales: la construcción de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, 49/2019, p. 2.

las prestaciones integradas dentro de su respectivo proceso de producción y sustituya a los trabajadores en huelga. Pero no todas las acciones tendentes al mantenimiento de la actividad productiva merecen el mismo reproche, pues la jurisprudencia ha venido admitiendo solamente como conductas vulneradoras del derecho de huelga aquellas que se produzcan entre empresas en las que exista una relación de grupo empresarial²⁸.

4. LA FIGURA DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Y SU OSCILANTE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Como se ha podido observar, nuestro ámbito de estudio no se circunscribe a la sustitución de las personas trabajadoras huelguistas por otras personas (sean o no compañeros de trabajo), sino a la sustitución por medios técnicos o tecnológicos de diverso tipo, que pueden ir desde programas informáticos o maquinaria hasta mecanismos más sofisticados integrados por algoritmos, inteligencia artificial o robots. Estas “viejas” y “nuevas” formas de esquirolaje comparten, no obstante, el mismo objetivo: sustituir el esfuerzo productivo de los huelguistas, garantizando el normal desarrollo de la producción de la empresa y la reducción de la repercusión social de la huelga.

Ante el silencio del legislador, ha sido la jurisprudencia del TS y del TC la que ha ido perfilando, aunque de forma oscilante, la calificación de la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas. No obstante, se trata de una interpretación judicial que ha venido muy apegada al sector de las telecomunicaciones y, en concreto, de la radiotelevisión, sin que se haya analizado esta problemática en otros supuestos de sustitución digital o robótica (que no tardarán en llegar), al margen de algunas sentencias excepcionales²⁹.

Como resumen se puede indicar que el Tribunal Supremo en un primer momento se mostró a favor de la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas hasta que a mediados de los años 2000 se produjo una interpretación más restrictiva por parte del Tribunal Constitucional (eso sí, desde la perspectiva de la fijación de los servicios mínimos esenciales), que fue seguida de forma dubitativa por el Tribunal Supremo, ya que en la sentencia de 11 de junio de 2012 se mostró en contra de la citada jurisprudencia constitucional y en la sentencia de 5 de diciembre de 2012 se posicionó a favor. No obstante, con la STC 17/2017, de 2 de febrero, se retorna a una doctrina amplia que respalda el uso lícito del esquirolaje tecnológico en ciertos supuestos, aunque, como se estudiará, ello no ha impedido que sentencias posteriores adopten una postura contraria a la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas.

²⁸ Para supuestos de subcontratación sin vinculación de grupo empresarial, véase SSTs de 11 de mayo de 2001, rec. 3609/2000; de 16 de noviembre de 2016, rec. 59/2016; de 23 de enero de 2017, rec. 60/2016; y de 3 de octubre de 2018, rec. 1147/2017. Para los grupos de empresa destacan las SSTs de 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014; de 20 de abril de 2015, rec. 354/2014; y de 3 de octubre de 2018, rec. 1147/2017. Un análisis en Poquet Catalá, R., “Las vigentes líneas en torno al esquirolaje y sus nuevas modalidades: tecnológico y comercial u organizativo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55/2020, pp. 448-455.

²⁹ Cfr., STSJ Andalucía (Málaga) de 10 de octubre de 2013, rec. 1093/2013, que consideró que no era contrario al derecho de huelga que, en el contexto de una huelga convocada por los vendedores de billetes de tren en taquilla, la empresa subcontratada para prestar el servicio de atención al cliente y de utilización de máquinas de autoventa siguiera funcionando, incluso asumiendo una mayor demanda durante dicha coyuntura. Ruiz Saura, J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, *Temas laborales* 167/2023, p. 188.

4.1. La postura inicial del Tribunal Supremo: el lícito uso de la tecnología para sustituir a las personas trabajadoras huelguistas

Las primeras sentencias que se ocupan en cierto modo del esquirolaje tecnológico, aun sin mencionarlo expresamente, no entienden el uso de la tecnología para sustituir a los trabajadores huelguistas como una conducta que vulnere el derecho de huelga. Con excepción de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1767), el resto de las sentencias dictadas por este mismo tribunal alrededor de los años 2000 no consideran vulnerado el derecho fundamental de huelga en casos de esquirolaje tecnológico.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5843) analiza el supuesto de la declaración de huelga en la televisión pública catalana durante una determinada franja horaria con el fin de hacer coincidir el parón con la celebración de un partido de fútbol de la Copa del Rey que, no obstante, fue emitido. Emisión que se produjo por el resto de televisiones públicas autonómicas e incluso por la propia radiotelevisión catalana sin la utilización de otros trabajadores no huelguistas, de forma automática, a través de la preprogramación de la emisión con anterioridad al día de la huelga. Sin embargo, para el Tribunal, siguiendo la tesis de la sentencia recurrida, se produjo una frustración parcial del propósito de la huelga pues “la huelga en litigio sí consiguió alterar de forma importante y muy relevante el ordinario proceso productivo en cuanto obligó a la retransmisión sin comentarios ni sonido alguno el partido de fútbol, lo que obviamente permitió alcanzar en gran parte la finalidad perseguida por los trabajadores en cuanto la opinión pública pudo perfectamente conocer la existencia de la huelga y se logró en cierta forma el triunfo de la misma al forzar tan anómala retransmisión televisiva de un acontecimiento de esta relevancia social”. Además, la captación de imágenes por una tercera empresa no supone una vulneración del derecho de huelga, al no sustituirse a los trabajadores que secundaron la huelga en la televisión catalana.

En el mismo sentido, para el caso de Cataluña Radio, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5515) entiende que no hubo conculcación del derecho de huelga a pesar de que durante los días de la huelga (dos horas durante los días del 24 al 26 de enero) se emitió programación musical preprogramada e incluso en uno de ellos se retransmitió un partido de fútbol por parte de un locutor, que no era trabajador por cuenta ajena de la radio pública catalana, sin ninguna intervención de la plantilla de la empresa. Es necesario añadir que “la situación de huelga trasciende a la opinión pública y no es ocultada por la empresa, dando cuenta de ello el locutor que transmite el partido de fútbol el día 24 de enero”; así como que “la situación de anomalía laboral trascendió al público al suprimirse los boletines de noticias”. Además, no se produjo sustitución de los trabajadores huelguistas. Por todo ello, el Tribunal Supremo niega que la conducta empresarial haya sido contraria al derecho de huelga, asumiendo que “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga. Si, a pesar de haberse efectuado, con los paros de los trabajadores que participaron en ella, las emisiones no fueron interrumpidas, sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado. Este derecho garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello. No asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”.

De nuevo, la televisión autonómica catalana es la protagonista en la STS de 9 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7882), donde se discute la aplicación e

interpretación por parte de la televisión pública catalana de los servicios mínimos fijados durante la huelga en cuestión (emisión del 50% del tiempo habitual de informativos en la franja horaria de éstos y emisión de los espacios gratuitos fijados por la Junta Electoral y emisión de la propaganda institucional electoral, al coincidir la huelga con las elecciones al Parlamento Catalán)³⁰. En lo que aquí respecta, la parte actora alega que se ha vulnerado el derecho de huelga al emitir “durante el tiempo de huelga de spots de publicidad que determinaron un importante beneficio económico para la empresa, la que, a su vez, utilizó para dichos spots al personal de servicios mínimos. Concretamente, en este aspecto, se alude a la emisión del spot publicitario de Repsol, únicamente, dentro del contenido de los informativos emitidos en las horas de huelga”.

Sin embargo, para el Tribunal Supremo “es de significar que si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y solo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral, no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón”. Y añade: “la propia característica de la publicidad pone de relieve la ausencia de la actividad propia de una cadena de televisión y compatibiliza el derecho fundamental de huelga con el, también, derecho de continuidad de la actividad empresarial en términos adecuados”³¹. En efecto, el Tribunal Supremo cierra la puerta a una vulneración del derecho de huelga y niega la existencia de esquirolaje tecnológico³².

4.2. El Tribunal Constitucional ante la fijación de servicios mínimos en las huelgas en el sector audiovisual y su relación con la prohibición del esquirolaje tecnológico

Un paso más decisivo en la ilicitud del esquirolaje tecnológico se da con las distintas sentencias que se dictan por el Tribunal Constitucional tras la huelga general del 20 de junio de 2002 y la fijación de servicios mínimos esenciales en el sector de la radiotelevisión (SSTC 183/2006 [ECLI:ES:TC:2006:183], 184/2006 [ECLI:ES:TC:2006:184], 191/2006 [ECLI:ES:TC:2006:191], 193/2006 [ECLI:ES:TC:2006:193], todas ellas de 19 de junio de 2006). En efecto, para el Tribunal Constitucional la calificación como servicio mínimo de “la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada” supuso una lesión del derecho de huelga ya que, aunque pudiera haber estado comprometido el derecho a comunicar y recibir información del art. 20.1.d) CE en los casos de programación pregrabada de contenido o interés primordialmente informativo, en todo caso de se trataba de una información que obviamente podía ser emitida “con posterioridad a la jornada de huelga, en esta ocasión de veinticuatro horas, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga”.

³⁰ Para el Tribunal Supremo el derecho de huelga no es un derecho absoluto y buena prueba de ello es la fijación de servicios mínimos esenciales, que en este caso confluyen con otro derecho fundamental, como es el derecho a recibir la información, tutelado por el art. 20.1.d) CE.

³¹ Respecto al spot publicitario de Repsol indica que: “la excepción que comporta la rápida emisión publicitaria de la empresa Repsol para dar paso a la información del tiempo, no puede constituir, como pretende la recurrente, una violación del derecho de huelga, toda vez que, como se deja dicho ya, los servicios mínimos esenciales concretados al 50% de los servicios informativos, se cumplieron rigurosamente, sin que hubiera en la emisión de los mismos cortes publicitarios y sin que, la anterior o ulterior emisión de espacios de publicidad enlatados altere el contenido del derecho de huelga”.

³² El TS niega que la empresa pretendiera ofrecer una imagen de normalidad laboral pues, según los hechos probados, la empresa redujo notablemente y en la medida establecida por la autoridad laboral, los telediaros de su jornada informativa, mencionando, incluso, en algún caso, que los mismos se acortaban en razón a la huelga declarada en la empresa.

Es más, no toda la programación pregrabada supone un contenido informativo, “existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento” que no se sustenta por el derecho del art. 20.1.d) CE ni por ningún otro derecho o libertad constitucionalmente reconocido ni ningún bien de idéntica significación cuya preservación requiera el sacrificio del derecho de huelga para la emisión de la referida programación previamente grabada. El Tribunal Constitucional coincide con el Ministerio Fiscal en que con la fijación de este servicio mínimo lo que perseguía era “la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga”³³.

Es cierto indicar que los supuestos analizados por el Tribunal Constitucional no se refieren en puridad a medidas de esquirolaje tecnológico, pues no es el empresario el que decide sustituir a los trabajadores huelguistas por medios técnicos, sino que estos trabajadores son sustituidos tecnológicamente para cubrir los servicios mínimos esenciales fijados por la autoridad pública competente. Al margen de los “vasos comunicantes” que puedan existir entre la fijación de servicios mínimos y la aplicación de estos en una radio y televisión pública, sí que resulta relevante subrayar que si el Tribunal Constitucional niega la posibilidad de emitir programación previamente grabada durante la huelga (con el uso de tecnología y sin el recurso a mano de obra) por no concurrir el interés general de proteger el derecho de información, más si cabe debería de negársele al empresario fuera de los servicios mínimos recurrir a este tipo de sustitución de los trabajadores huelguistas por motivos particulares³⁴.

4.3. La contradictoria respuesta del Tribunal Supremo tras la jurisprudencia constitucional de mediados de los años dos mil

4.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012

A pesar de este avance en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo al aplicar esta doctrina en su primera sentencia, la sentencia de 11 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5579)³⁵, se mantiene en una posición contraria a la prohibición del esquirolaje tecnológico. En esta sentencia se discute si la aplicación por parte del empresario de los servicios mínimos aprobados para la programación en la Televisión Vasca del día 29 de junio de 2010, jornada de la huelga general convocada, conculcó o no el derecho fundamental de huelga. En concreto, “el día 29 de junio de 2010 ETB (la televisión pública vasca) emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. ETB ingresó una cantidad cercana a los 6.000 euros en tal concepto”.

³³ También se fijó como servicio mínimo “la producción y emisión de la normal programación informativa”. Una restricción al derecho de huelga que se fundamenta en el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d) CE) pero que aparece desprovista de una mayor precisión, sin que se pueda considerar justificada ni proporcionada la restricción atendiendo a la extensión y duración de la huelga convocada. El Tribunal Constitucional recuerda que “mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual” (STC 53/1986, de 5 de mayo [ECLI:ES:TC:1986:53], FJ 3), lo que también resulta aplicable y exigible en este caso a la programación informativa durante la jornada de huelga, sin que pueda justificarse sin más la exigencia de una “normal programación informativa”.

³⁴ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., pp. 421-423.

³⁵ Ponente: D. Aurelio Desdentado Bonete.

Para el Tribunal Supremo la doctrina del Tribunal Constitucional propia de las sentencias del año 2006 no es aplicable, pues argumenta que los servicios mínimos esenciales no suponen un límite a la actuación empresarial, siempre que la empresa emplee para desarrollar su actividad, más allá de estos servicios mínimos, a trabajadores no huelguistas o “sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano”. El derecho de huelga “solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos”. Para el Tribunal Supremo en el supuesto enjuiciado no se ha considerado como servicio esencial la emisión de publicidad preprogramada, sino que simplemente se ha procedido a la emisión de la misma, sin que conste que para ello se hayan utilizado los servicios del personal designado para cubrir los servicios esenciales. Por el contrario, se ha probado que “la emisión se produjo de manera completamente automática” y, en este supuesto, no se produce vulneración del derecho de huelga.

Y, lo más relevante, añade el Tribunal Supremo: “no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”³⁶. Además, el TS defiende que si las emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero “sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado” y ello porque el derecho de huelga “garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello”, pero “no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial”.

4.3.2. *La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 y sus dos votos particulares*

Otra respuesta muy distinta (aunque la conclusión sigue siendo la misma) la ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9176)³⁷, que parece enmendar la sentencia dictada meses atrás, siguiendo el voto particular formulado a la sentencia de 11 de junio de 2012³⁸. En un supuesto de hecho casi idéntico, la emisión de publicidad preprogramada entre los programas informativos declarados esenciales el día de la huelga³⁹, el Tribunal Supremo analiza si dicha conducta empresarial lesiona el derecho de huelga a través de una argumentación jurídica que dista de la utilizada en la sentencia de 11 de junio de 2012.

El Tribunal Supremo, a través de una ponderación de los derechos constitucionales en liza (el derecho de huelga, prevalente por encontrarse en la sección 1ª del capítulo II del título I la CE, y el derecho de libertad de empresa o el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, respectivamente arts. 38 y 37.2 CE), expone, en primer lugar, los tipos de esquirolaje externo e interno, recogiendo de este último tipo las principales sentencias del Tribunal Constitucional y negando que pueda deducirse su licitud de una interpretación *a contrario sensu* del art. 6.5 RDLRT⁴⁰.

³⁶ En contra de esta aseveración, véase, Pérez Rey, J.: “Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)”, *Revista de Derecho Social*, N.º 59, 2012, pp. 207 y ss.

³⁷ Ponente: D. Jordi Agustí Julia.

³⁸ Voto Particular formulado por D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

³⁹ “El día 27 de enero de 2011 EITB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa”.

⁴⁰ “Este es un punto fundamental: la legitimidad del esquirolaje interno no puede extraerse sin más a partir de una interpretación *a contrario sensu* de la prohibición explícita del esquirolaje externo”.

En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 se refiere a la ya expuesta STC 183/2006, de 19 de junio, a pesar de que reconoce que su objeto es diferente ya que esta última sentencia anuló la consideración de la programación pregrabada como servicio esencial, y la presente sentencia del Tribunal Supremo pretende dilucidar si, pese a que la cuestionada actividad no se considere servicio esencial, puede el empresario realizarla amparándose en su libertad de empresa, “siempre que se utilicen trabajadores no huelguistas o bien medios mecánicos o técnicos que funcionan de manera automática” (aunque para el Tribunal Supremo “algún trabajador al menos tendrá que hacerlos funcionar o controlar y vigilar su funcionamiento”).

No obstante, para el Tribunal Supremo sí que interesan ciertos argumentos que utiliza el Tribunal Constitucional para resolver en 2006 el caso en cuestión. Así, que el Tribunal Constitucional haya negado que el derecho a la información de la ciudadanía exija la no interrupción de las emisiones durante la jornada de huelga o que haya omitido referencia a la libertad de empresa para legitimar la ininterrupción de las emisiones, resulta útil para el Tribunal Supremo, pues lo contrario podría suponer vaciar el contenido esencial del derecho de huelga o sustraer la virtualidad a la huelga como medio de presión⁴¹. Recuérdese que “en todo caso no está demás observar que la cuestión planteada es una cuestión de límites de un derecho fundamental, en la que, en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario” (con extensa cita de jurisprudencia constitucional, desde la STC 159/1986 hasta la STC 110/2006).

Por ello, la posibilidad de limitar los efectos prácticos del ejercicio del derecho de huelga a través de la no interrupción del servicio radiotelevisivo debe de ser interpretada restrictivamente, haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego. Para el Tribunal Supremo, si se admitiera en una huelga el uso de programación pregrabada (que, además de publicidad, incluiría a la gran mayoría de la parrilla de programas de cualquier televisión), unido a la emisión lícita de informativos en directo, se conseguiría una apariencia de normalidad con lo que la realización de una huelga en este tipo de empresas podría llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho podría quedar prácticamente vacío de contenido real.

En definitiva: “no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro”. Con estas líneas el Tribunal Supremo, “en una actitud entre lo pedagógico y lo *quasi* legislativo”, pretende establecer una doctrina que con carácter general se aplique a

⁴¹ El Tribunal Constitucional ya indicó: “con la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada se persigue, como se indica en la exposición de motivos del Real Decreto recurrido, la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga”.

partir de este momento al esquirolaje tecnológico⁴². De este modo, el Tribunal Supremo modifica su doctrina anterior (incluida la sentencia de 11 de junio de 2012), incorporando expresamente la ilicitud del esquirolaje tecnológico (expresión que utiliza) y admitiendo que las conductas vulneradoras del derecho de huelga no tienen por qué limitarse al uso indebido del poder de dirección o de ordenación de las relaciones de trabajo, sino que pueden tener relación con cualquier otra prerrogativa empresarial⁴³.

No obstante, a pesar de tal construcción jurisprudencial y de negar que la emisión automática de programación pregrabada en la huelga pueda tener encaje en la libertad de empresa, el Tribunal Supremo no entiende que se haya vulnerado el derecho de huelga, habida cuenta de que no se probó el efecto de neutralización de la huelga⁴⁴. Algo que para ciertos autores es coherente con la doctrina general expuesta, ya que la sustitución tecnológica solo es incompatible con el derecho de huelga cuando se priva materialmente a los trabajadores de este derecho fundamental, vaciando su contenido esencial⁴⁵. En concreto, el Tribunal Supremo argumenta que “ni en el resto del relato fáctico ni tampoco en los fundamentos de derecho se efectúa alusión ni valoración alguna con respecto a la incidencia que pudo tener en la huelga la descrita actividad empresarial, en el sentido de producir un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio”.

Buena prueba de la controversia que suscita la doctrina que pretende sentar el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de diciembre de 2012 se refleja en los dos votos particulares formulados, a los que se adhirieron 4 magistrados (dos a cada uno de ellos), sumando un total de 6 los magistrados discrepantes con el fallo de la Sala. Ello demuestra que no se trató de una solución que se adoptara pacíficamente ni estuvo exenta de debate en el seno de la Sala Cuarta del máximo órgano jurisdiccional.

Por un lado, el voto particular, emitido por el mismo ponente de la sentencia de 11 de junio de 2012, y al que se adhieren dos magistrados⁴⁶, rechaza la nueva doctrina sobre el esquirolaje tecnológico, sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, porque la garantía del art. 6.5 RDLRT solo opera cuando los trabajadores huelguistas son sustituidos, “y no hay sustitución cuando el trabajo sigue realizándose por los mismos trabajadores que no se unen a la huelga o cuando la actividad productiva, que se realizaba de forma automática sin intervención del trabajo humano continúa desarrollándose de la misma forma y, por tanto, sin necesidad de reemplazo de la fuerza de trabajo para mantener su continuidad durante la huelga”. En segundo lugar, porque la interpretación que realiza la mayoría de la Sala no se focaliza sobre la no sustitución de los trabajadores, sino sobre el resultado de la huelga, “convirtiéndose en una garantía del éxito de ésta, para lo que se impone al empresario una obligación de colaborar a ese resultado, absteniéndose de realizar su actividad por medios que no se ha acreditado que supongan sustitución alguna de los huelguistas”. En un intento de ofrecer un criterio interpretativo más perfilado, este voto particular distingue entre al menos dos situaciones: “1ª) la utilización de medios ya existentes en la empresa para el mantenimiento de determinadas actividades

⁴² Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 75.

⁴³ En el mismo sentido Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., p. 64, que defiende que resulta irrelevante que la conducta que pueda ocasionar la neutralización de la huelga provenga de facultades empresariales directamente relacionadas con la ordenación de las relaciones de trabajo, en particular del poder de dirección, o que sea fruto de decisiones no conectas con estas facultades.

⁴⁴ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 426, sin que esta sentencia del Tribunal Supremo haya determinado los criterios y exigencias probatorias aplicables para adoptar una resolución de condena.

⁴⁵ López Lluch, M.I., “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 5 de diciembre de 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* 5/2013, p. 157.

⁴⁶ Voto particular que formula D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren D^ª. María Milagros Calvo Ibarlucea y D. José Luis Gilolmo López.

automatizadas sin sustitución de los huelguistas y sin empleo de trabajadores afectados a los servicios mínimos cuando esas actividades no tienen ese carácter; 2ª) la utilización de esos medios para sustituir a los huelguistas, con dos variantes: (a) el empleo para esa finalidad de medios ya existentes en la empresa y (b) la adquisición de esos medios para hacer frente a los problemas planteados por la huelga”. E indica que esta segunda situación (que no se da en el caso enjuiciado) es la que podría lesionar el derecho de huelga, por extensión analógica del art. 6.5 RDLRT.

Por otro lado, el segundo voto particular, al que se adhirieron igualmente dos magistrados⁴⁷, también rechaza la ilicitud del esquirolaje tecnológico y matiza sus razones respecto al anterior voto particular. En primer lugar, expresa que no se dan los requisitos para la aplicación analógica del art. 6.5 RDLRT para la prohibición del esquirolaje tecnológico, en cuanto no existe laguna legal al respecto ni hay identidad de razón ya que la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas se refiere al mismo factor de producción que la huelga (el “capital humano”) mientras que la emisión de programas pregrabados pone en juego un factor o medio de producción netamente distinto (el “capital físico y tecnológico”), de libre disposición por parte de la empresa. En segundo lugar, el voto particular defiende que el derecho de huelga no es un derecho absoluto, que como tal debe convivir con el derecho del empresario a adoptar medidas de conflicto colectivo, y el mantenimiento de la producción sin intervención humana no es una medida de conflicto colectivo del empresario que haya sido restringida o limitada por parte del legislador, pues se encuentra respaldada tanto por el derecho a la libertad de empresa en su vertiente de ejercicio de actividades empresariales lícitas, como por la defensa de la productividad recogida en el art. 38 CE, encargada expresamente a los poderes públicos.

En tercer lugar, el voto particular también retiene un reproche de carácter metodológico a la sentencia en cuestión, pues entiende que lo que se ha hecho es “fijar doctrina no para el caso controvertido, en el que estima el recurso de la empresa, sino para futuros hipotéticos casos de huelga en medios de comunicación en que la decisión de la dirección del medio de inserción de publicidad sí pudiera constituir lesión del derecho de huelga, aprovechando al paso la ocasión para corregir lo que la propia Sala ha establecido en un supuesto litigioso anterior”. En cuarto lugar, la eficacia general del instrumento de la huelga “no implica que todas las huelgas declaradas deban ser valoradas a priori como acertadas”, ya que el mecanismo de validación o control de oportunidad de la huelga se traslada al juicio individual de cada trabajador, en cuanto a titular del derecho, y, por ello, “la valoración jurídica no puede inclinarse siempre a favor de los huelguistas, y en contra de los demás afectados por la huelga (no huelguistas, empresarios, usuarios, etcétera)” ya que se exige la proporcionalidad de los sacrificios de participantes y afectados. En quinto lugar, para este sentir minoritario del Tribunal, que el derecho de huelga, por su ubicación sistemática en la Constitución, tenga un rango o posición preeminente respecto a otros derechos, como el derecho al trabajo o el derecho a la libertad de empresa, es un “argumento desenfocado”, ya que la disposición de vías jurídicas de defensa de especial efectividad (art. 53.2 CE) solo se limita a una protección jurisdiccional dotada de la mayor eficacia procesal posible, sin que otorgue al resto de intereses jurídicos protegidos en la huelga (trabajadores no huelguistas, empresarios, usuarios de servicios públicos, etc.) menor consideración o dignidad “sustantiva”⁴⁸. En definitiva, el segundo

⁴⁷ Voto particular formulado por D. Antonio Martín Valverde, al que se adhirieron D. José Manuel López García de la Serrana y D. Jesús Souto Prieto.

⁴⁸ “En todo caso, la fragilidad o vulnerabilidad del ejercicio del derecho de huelga no es en la actualidad predicable con carácter general; en las huelgas político- económicas de “protesta”, como la enjuiciada en el caso, puede y suele ser más frágil o vulnerable el ejercicio de la libertad de trabajo o el ejercicio de los derechos de los ciudadanos afectados por las alteraciones derivadas de la huelga (...)”.

voto particular aboga por retornar a la doctrina propia de la STS de 11 de junio de 2012, ya que la conducta enjuiciada supone el ejercicio legítimo del derecho constitucional a adoptar medidas de conflicto colectivo *ex art. 37.2 CE*, pues el RDLRT si bien limita la sustitución de los trabajadores huelguistas (art. 6.5 RDLRT)⁴⁹, ni obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación o protesta (art. 6.4 RDLRT), ni obliga al empresario a reducir la actividad empresarial más allá del seguimiento que la declaración de huelga haya podido tener en el colectivo afectado.

4.4. Un paso atrás en la protección frente a la sustitución tecnológica de la persona trabajadora huelguista: la STC 17/2017

Tiempo más tarde la construcción jurisprudencial del esquirolaje tecnológico sufre otra convulsión. La sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TC:2017:17), resuelve en un sentido opuesto al emprendido por la STS de 5 de diciembre de 2012 (aunque buen parte de su argumentación discurre en torno a la existencia o no de esquirolaje interno). En concreto, en esta sentencia el Tribunal Constitucional busca resolver un recurso de amparo que tiene como objeto valorar si en Radio Televisión Madrid, como sostiene el sindicato recurrente, se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no les eran propias y por utilizar medios técnicos de uso no habitual en la empresa para retransmitir el partido de la *Champions League* el día de la huelga. Así, el Tribunal tenía que resolver si concurrían o no los elementos, por un lado, del esquirolaje interno y, por otro, del esquirolaje tecnológico.

Respecto al primero de los esquirolajes, el máximo intérprete de la Constitución repasa su jurisprudencia en la materia (señaladamente, SSTC 123/1992, de 28 de septiembre, y 33/2011, de 28 de marzo), aunque con reproche por parte del voto particular, como se comentará. La transcripción de ciertos fundamentos jurídicos de las sentencias mencionadas finaliza con una afirmación del Tribunal Constitucional: “para apreciar la vulneración del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista”.

Sentado este criterio, el Tribunal pasa a exponer cuál hubiera sido el procedimiento “normal” u ordinario de emisión de un partido de fútbol en un día sin huelga, así como expone el método que se siguió el día de la huelga para la emisión del partido en cuestión. Y de este análisis el Tribunal concluye que: “la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad. Es en continuidad donde se pone la mosca de Telemadrid y el día de la huelga la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo. A partir de ahí, un día normal una señal va directamente desde continuidad al codificador A -que es el que normalmente utiliza- y otra señal va a control central donde un trabajador la envía también al codificador B o de reserva. Pues bien, el día de la huelga únicamente se envió la señal desde control central al codificador B, porque en continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y por eso la señal no se pudo enviar al codificador A”.

No obstante, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional entiende que no puede entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega que se ha producido la vulneración (con cita en el art. 44.1.b) LOTC y SSTC 18/2007, de 12 de febrero y 120/2006, de 24 de abril), dicho Tribunal termina por no reconocer

⁴⁹ Como ya se indicó y reitera: “la sustitución de trabajadores huelguistas que prohíbe el artículo 6.5 se refiere, en atención a las razones ya señaladas, al empleo de los recursos humanos de la empresa, y no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”.

vulneración del derecho de huelga al recogerse como hecho probado en las distintas sentencias recurridas del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia, ambas de Madrid, que los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron con la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente. De este modo, para el Tribunal Constitucional, ateniéndose a los hechos probados de las sentencias recurridas, no han concurrido los presupuestos del esquirolaje interno.

Llegada a esta conclusión, el Tribunal Constitucional estudia la vulneración del derecho de huelga por parte de Radio Televisión Madrid al utilizar “medios técnicos no habituales, aunque técnicamente posibles, para emitir el partido de fútbol”, algo que se asemeja a la cuestión de si existe o no esquirolaje tecnológico ilícito. En efecto, el Tribunal Constitucional reconoce que se siguió un procedimiento distinto al habitual consistente en que: “la emisión del partido fue posible a través del codificador B, que se utiliza en casos excepcionales y que constituye una línea de reserva, en lugar de por el codificador A que es el habitual y, por otro lado, la mosca, símbolo de Telemadrid, fue insertada en una máquina sita en el departamento de grafismo en lugar de en continuidad”. La emisión del partido no fue posible por el codificador A ni se pudo insertar el símbolo de Telemadrid por la sección de continuidad (el procedimiento habitual) ya que en continuidad todos los trabajadores secundaron la huelga.

Por ello, el Tribunal Constitucional debe de determinar si la utilización de medios técnicos preexistentes, pero no habituales, y de un procedimiento diferente al normalmente previsto, constituye o no una lesión del derecho de huelga y, en concreto, un supuesto de esquirolaje tecnológico. Para resolver esta cuestión, el Tribunal Constitucional recuerda su reiterada doctrina de que el derecho de huelga, como el resto de derechos constitucionales, no es un derecho ilimitado, pues debe de ponerse en conexión o confrontación con otros derechos previstos en la Constitución, más o menos intensamente protegidos, así como deben de tenerse en cuenta los límites que establezca la Ley, siempre que no se menoscabe su contenido esencial. Además, recuerda que el derecho de huelga implica el establecimiento de una serie de garantías para evitar que el ejercicio sea restringido por determinadas acciones del empresario, como ocurre con la prohibición de esquirolaje que prevé el art. 6.5 RDLRT.

Con el fin de interpretar si la prohibición del art. 6.5 RDLRT se extiende al caso enjuiciado, uso de medios técnicos preexistentes pero no habituales, el Tribunal Constitucional indica que no se trata de un supuesto de esquirolaje interno (como ya se ha analizado), así como recuerda otra de las garantías del derecho de huelga: la limitación del cierre patronal, pues “es contrario a la Constitución todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impide el derecho de huelga” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22). De este modo, el mantenimiento de la actividad productiva durante la huelga afecta no solo al derecho de huelga de los huelguistas, sino que también es instrumental al derecho al trabajo de los no huelguistas. Además, habida cuenta de que el derecho de huelga exige “proporcionalidad y unos sacrificios mutuos” (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10 y 41/1984, de 21 de marzo), si existe una desproporción entre los daños producidos al empresario y los asumidos por los huelguistas, la huelga será calificada de abusiva.

Todos estos argumentos le sirven al Tribunal Constitucional para afirmar que, a pesar de que la libertad del empresario, en cuanto a su facultad de organización y dirección de los trabajadores, se encuentra limitada por el ejercicio del derecho de huelga, no existe precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Lo contrario implicaría para el Tribunal imponer al empresario una “conducta de colaboración en la huelga no

prevista legalmente”. De este modo, la conducta empresarial aquí enjuiciada no lesiona el derecho de huelga ya que no puede subsumirse por vía analógica en el art. 6.5 RDLRT, “que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos”.

El respeto al contenido esencial del derecho de huelga comporta limitaciones importantes en la conducta del empresario, como ocurre con la sustitución de los trabajadores huelguistas del art. 6.5 RDLRT, pero añade: “la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma”. El Tribunal Constitucional reitera: “el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos”⁵⁰.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional interpreta que no ha existido lesión del derecho fundamental de huelga ya que el empresario ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. En concreto, al finalizar recoge dos criterios que pueden ser de gran utilidad para resolver otros supuestos, como son: i) que los medios técnicos ya existían, esto es, que no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga; y ii) que los trabajadores no huelguistas no realizaron funciones distintas a las que les corresponden.

En una postura diametralmente opuesta, sobre todo respecto a la existencia de esquirolaje interno, se encuentra el voto particular formulado por uno de los magistrados, y al que se adhirieron dos más⁵¹, en la línea de lo ya defendido por el Ministerio Fiscal⁵². A través de este voto particular se entiende que debería de haberse concedido el amparo por vulneración del derecho de huelga y para justificar tal extremo se analiza, por un lado, la existencia de esquirolaje interno y, por otro lado, la existencia de esquirolaje tecnológico (aunque, como se verá, finalmente no entra en el fondo de este segundo asunto)⁵³.

Para el voto particular la inexistencia de esquirolaje interno se debe a un fallo en la premisa mayor: la obligada aceptación por el Tribunal Constitucional de los hechos establecidos en la vía judicial previa. Se recuerda que este Tribunal tiene encomendada la tutela de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE), una tarea que “no puede en modo alguno declinar con base en cualquier expediente técnico que se le ocurre, más o menos decoroso”. En concreto, el voto particular entiende que la premisa mayor se debe a una transcripción parcial, incompleta e incorrecta de la doctrina constitucional, pues la sujeción a los hechos probados no obsta para “alcanzar una interpretación propia del

⁵⁰ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 431, se muestra muy crítico con esta argumentación empleada por el Tribunal Constitucional, que califica de objetable, sesgadamente hiperbólica y falaz, pues resulta claro que exigir la abstención de conductas obstaculizadoras o erosivas de la huelga, que además forman parte de procedimientos no habituales de actuación en la empresa, no equivale a exigir que el empresario colabore activamente en el éxito de la acción huelguística.

⁵¹ Voto particular formulado por D. Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron D^ª. Adela Asua Batarrita y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁵² “En opinión del Fiscal, se produjo la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inhabituales que solo buscaban el fracaso de la huelga”.

⁵³ Secundando esta postura se encuentran Ortega Lozano, P.G. y Guindo Morales, S.: “Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico”, *Revista española de Derecho del trabajo*, N.º 225, 2019, que añaden un argumento interesante: el resultado práctico de la emisión del partido de fútbol, con ayuda de medios humanos y tecnológicos, privó de trascendencia a la huelga, ya que la retransmisión de tal partido (un partido de la *Champions* en el que participaba un equipo de Madrid por parte de la televisión pública madrileña) logró que la audiencia fuera superior a la de cualquier otro día normal, en p. 20, versión electrónica.

relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia”, ni veda, entonces, una valoración discrepante, sin que “suponga una revisión de la valoración de la prueba hecha por el juzgador, función privativa suya, sino una interpretación nuestra de ese relato a la luz de los valores constitucionales” (doctrina contenida en SSTC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 136/2001, de 18 de junio, FJ 4; 17/2003, de 30 de enero, FJ 2; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 41/2006, de 13 de febrero, FFJJ 4 y 6; 68/2008, de 23 de junio, FJ 2; y 183/2015, de 10 de septiembre, FJ 4).

Así, para el voto particular el juicio de constitucionalidad que compete al Tribunal Constitucional “consiente interpretar unos hechos como plenamente acreditativos de la lesión, si así fuera deducible, al margen de lo que se haya declarado en el proceso judicial en la proyección de esos mismos elementos fácticos sobre el derecho fundamental presuntamente violado”. Ello es el resultado de una interpretación sistemática del art. 44.1.b) LOTC respecto a los arts. 53.2 y 161.1.b) CE. Lo contrario implicaría “renunciar a interpretar los hechos como proceda *ex constitutione* y soslayar el cometido de alcanzar, en su caso, una interpretación propia de aquello que, también en lo fáctico, sea relevante para el juicio de constitucionalidad *ad casum*”, abdicando del control de constitucionalidad que le compete a este Tribunal.

Una vez que se ha tumbado esta premisa mayor, el voto particular se encarga de fundamentar la ilicitud de la conducta empresarial, sobre la base de la existencia de una sustitución interna de los trabajadores huelguistas. En esta empresa, el voto particular llama la atención sobre algunas elusiones u omisiones presentes en las sentencias que se citan en cuanto a la conformación del esquirolaje interno (las ya mencionadas SSTC 123/1992 y 33/2011). Unas elusiones que para el voto particular son decisivas en el juicio de constitucionalidad. En definitiva, se omiten una serie de frases o fragmentos de las sentencias indicadas que apuntan a que la medida empresarial es ilícita cuando, para paliar o minimizar los efectos del ejercicio constitucional del derecho de huelga, se encomienda la realización de funciones propias de trabajadores en huelga a trabajadores no huelguistas de un nivel profesional superior al de aquellos. Y ello completa la aseveración que se realiza en la sentencia 17/2017 cuando indica que el derecho de huelga se vulnera en el momento que se asigna a otro trabajador la tarea del huelguista “de forma irregular”, es decir, cuando los trabajadores que sustituyen tengan un “superior nivel profesional”.

Dicho lo anterior, el voto particular procede a enjuiciar si los hechos declarados probados supusieron o no la existencia de esquirolaje interno. Para ello, analiza las actuaciones desarrolladas por dos trabajadores no huelguistas que intervinieron en el proceso de emisión del partido de fútbol el día de la huelga: el trabajador de control central y el trabajador de grafismo⁵⁴. Por un lado, entre las funciones ordinarias del trabajador de control central no se encuentra la de reenviar la señal a grafismo (como ocurrió en el supuesto en cuestión), sino que la envía al departamento de continuidad. Por otro lado, aunque pueda admitirse que no hubo sustitución interna por parte del trabajador de control central, “la anterior conclusión resulta de todo punto inaplicable al otro trabajador que no secundó la huelga y que prestaba servicios en el departamento de grafismo”.

El encargado de poner la “mosca” de Telemadrid en grafismo no solo utilizó una máquina que no se destinaba normalmente a ello (pues el símbolo se insertaba en continuidad), sino que era el responsable de coordinar y controlar el trabajo de varios departamentos y, entre ellos, el de grafismo. Por ello, “resulta palmario que este empleado

⁵⁴ También se pregunta por el modo de activar los emisores y, en concreto, el codificador B: “¿de oficio por Abertis, como sugieren las actuaciones de un día normal, o a instancia de Telemadrid, como se deduce de esas mismas actuaciones en día de huelga?”.

ocupaba en aquel momento en Telemadrid un puesto de notable responsabilidad, pues supervisaba la ejecución de diversos departamentos, entre otros, aunque no solo, el de grafismo”. La duda que existe “es el modo de conciliar las funciones de responsable de una pluralidad de departamentos con la de efectuar un concreto y singular cometido, cual es el de generar la “mosca” en un solo de los departamentos que supervisa”.

Al margen de lo anterior, si se atiende a la doctrina del esquirolaje interno elaborada por el Tribunal Constitucional, para el voto particular resulta claro que la retransmisión del evento deportivo el día de la huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces de la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga (sustitución de los trabajadores huelguistas por “otros de superior nivel profesional”), lo cual supone una sustitución interna irregular e ilícita que lesiona el derecho constitucional de huelga.

Por último, el voto particular no entra a valorar la existencia de esquirolaje tecnológico ya que alega que por la mera existencia de sustitución interna de los trabajadores huelguistas no hubiera sido necesario analizar dicha cuestión, que califica de un “tema de semejante envergadura”. El voto particular sí que alerta, “con un propósito solo enunciativo”, de la deriva que está tomando la jurisprudencia constitucional respecto a la indiferencia con la efectividad de los derechos fundamentales ante el uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario en el marco de las relaciones laborales. “No es de recibo que la doctrina sobre los derechos fundamentales se muestre del todo insensible y ajena a los cambios tecnológicos, como si en nada estuviera comprometida la Constitución. No puede soslayarse el empleo y los efectos del uso de las nuevas tecnologías por parte del empresario para potenciar sus cauces de vigilancia y control (refiriéndose a las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 39/2016, de 3 de marzo) o, como ahora, para lograr una directa repercusión en la efectividad de los derechos fundamentales, con finalidad de bloqueo de la finalidad que procura su consagración constitucional”.

El voto particular defiende que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene que actualizarse para hacer frente a los nuevos desafíos que las nuevas tecnologías y su uso por parte del empresario suponen para la efectividad de los derechos fundamentales. Se requieren “respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan”. Por el contrario, la sentencia aquí discutida “da la espalda, de manera insensible, a la cobertura constitucional y a la necesidad de adaptarla a las nuevas circunstancias, a la evolución de la realidad laboral por razón de las transformaciones que se producen en el marco de las relaciones de trabajo”, confirmando “la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental”.

En definitiva, el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2017, basándose en el voto particular del Magistrado Desdentado Bonete de la STS de 5 de diciembre de 2012, acaba por validar el uso de tecnología preexistente en la empresa, aunque a través de un procedimiento diferente, para mantener la producción en la empresa durante la huelga. Surge así una cierta defensa del empresario, con la potestad de utilizar los medios a su alcance, frente al derecho fundamental a la huelga⁵⁵, a pesar de que ello suponga la mitigación de los efectos y el vaciamiento del derecho a la huelga. Así, la STC 17/2017 “para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de

⁵⁵ Escribano Gutiérrez, J., “Derecho de huelga, ‘ius variandi’ y esquirolaje tecnológico”, *Temas Laborales* 139/2017, p. 227.

dirección del empresario” la huelga, ya que este poder ha sido utilizado “con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas”⁵⁶.

4.5. Las sentencias posteriores a la última interpretación restrictiva del Tribunal Constitucional

La primera de las sentencias, salvo error, que aplica (o se refiere) a la doctrina constitucional sentada en la STC 17/2017, de 2 de febrero, es la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3166). En dicha sentencia se resuelve un supuesto de una huelga en el marco de un procedimiento de despido colectivo, en la que los trabajadores huelguistas son sustituidos por un programa informático de la empresa principal que redirige las llamadas (el trabajo) a otras empresas contratistas en función del tiempo de espera. En resumen y según la crónica judicial de instancia: “1º El dispositivo automático al que se achaca la vulneración del derecho de huelga estaba creado por la empresa principal [VODAFONE], no por INDRA [la empresa en la que se convoca la huelga], para distribuir los requerimientos entre los subcontratistas. 2º Dicho dispositivo estaba establecido de manera general en respuesta a los picos de demanda. 3º Se trata de un sistema de reparto de llamadas (entre las contratistas), que viene operando con carácter previo a la huelga de la contratista INDRA”.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que no se ha lesionado el derecho de huelga al no existir prueba alguna de dicha lesión. Lo más significativo es que indica que “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga”, aunque también indica que “en todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración”⁵⁷.

En cambio, el auto del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2020 (JUR 2020\282885) inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de marzo de 2019 (rec. 6531/2018), en la que se confirma la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante un supuesto que se podría encuadrar bajo la condición de esquirolaje tecnológico y comercial. En este auto se rechaza la contradicción entre la sentencia de duplicación y la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017 (rec. 25/2017) al no concurrir las identidades que exige el art. 219 LRJS. En concreto, el Tribunal Supremo recoge que “en la sentencia recurrida lo probado es que Telefónica (empresa principal) atendía sus propias llamadas comerciales pero tenía contratada con Atento (contratista) el exceso de las mismas que no pudiera atender en tiempo; convocada huelga en Atento los días 15 y 24 de julio del 2014, se constata numéricamente que Telefónica asume esos días las tareas de atención al cliente que tenía contratadas con Atento, lo que permite entender al Tribunal que se ha vaciado de contenido el ejercicio de este derecho por trabajadores de Atento, lo que incumbe a las dos empresas”.

Asimismo, la sentencia del TS de 3 de febrero de 2021 (rec. 36/2019) califica la conducta de la empresa Ericsson durante la huelga como lesiva, al apreciar que la empresa siguió utilizando la herramienta corporativa de su propiedad para la gestión y administración de incidencias derivadas del servicio a clientes, pero a través de un proceso diferente. En concreto, en lugar de tramitar estas incidencias de la misma forma que antes de comenzar la huelga, es decir, desde un centro localizado en Bucarest (Rumanía),

⁵⁶ Monereo Pérez, J.L., “La garantía constitucional del derecho de huelga y su función en nuestro tiempo”, *Revista de Derecho del Trabajo* 40/2023, p. 57.

⁵⁷ Sobre el significado de esta enigmática expresión del Tribunal Supremo, véase, Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 435.

la empresa optó por “despachar los casos a una contrata llamada Zener que no suelen realizar trabajos en estos centros de trabajo”. Lo relevante de esta sentencia es que se atribuye a la empresa la responsabilidad de que los medios técnicos de su propiedad sean utilizados de una forma respetuosa con el derecho de huelga⁵⁸.

Otra sentencia que califica un supuesto de esquirolaje tecnológico como vulnerador del derecho de huelga es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de noviembre de 2019 (AS\2020\1098), con cita en las SSTs de 20 de abril de 2015 y de 5 de diciembre de 2012. En dicha sentencia se estima el recurso interpuesto por los demandantes contra la sentencia de instancia puesto que, si bien no hubo esquirolaje, ni interno ni externo, sí que se produjo un esquirolaje tecnológico, ya que el traslado de los equipos y maquinaria de la empresa afectada por la huelga a otra empresa subcontratada con el fin de realizar las tareas impidió que la huelga afectase negativamente a la empresa en cuestión. Además, sin que tenga relevancia que dichas tareas hubiesen sido subcontratadas con anterioridad a la huelga, porque para llevarlas a cabo se utilizaron medios técnicos inusualmente empleados por la empresa para garantizar la producción, reduciendo así seriamente el perjuicio lícito que la huelga pretendía provocar, en cuanto a que los trabajadores huelguistas dejaron de ser necesarios para la empresa al no tener acceso a tales máquinas. El Tribunal entiende que “no estamos hablando de exigir al empresario que colabore con el éxito de la huelga, ya que no sólo ha tenido una conducta de omisión sino que ha realizado una conducta positiva de traslado de una maquinaria y equipos, que nunca anteriormente se habían trasladado”. Esta sentencia del TSJ de País Vasco es recurrida en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, siendo dicho recurso inadmitido por falta de contradicción mediante auto de 12 de enero de 2021 (JUR\2021\46734).

Entre la doctrina judicial también destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de octubre de 2020 (AS 2021\284)⁵⁹, por medio de la cual se declara contrario al derecho de huelga, por vaciar su contenido esencial, la elaboración por parte de la empresa principal de un plan de contingencia durante la huelga, consistente en el desvío automático de todas las llamadas del servicio de atención al cliente de la empresa empleadora en huelga a otras empresas contratistas diferentes. Un plan que iba más allá de los términos en los que se desenvolvían regularmente las contratas de servicios formalizadas con cada una de las empresas contratistas, a diferencia de lo que ocurría en la STS de 13 de julio de 2017 (rec. 25/2017). Para este Tribunal no resulta aplicable la doctrina contenida en la STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016\6285) pues aquí no se acude a una tercera empresa, sino que se decide utilizar dispositivos tecnológicos a disposición de la empresa principal, con el fin de desviar llamadas a otras empresas ya contratadas para otros servicios diferentes, excediendo de los términos ordinarios de ejecución de las respectivas contratas de servicios. Para esta Sala más bien el supuesto enjuiciado se asemeja a la STS de 20 de abril de 2015 (*Coca-Cola*), donde se puso en marcha un recurso productivo específico para contrarrestar la huelga, y a la STS de 13 de julio de 2017, donde se utilizó la siguiente conclusión para negar la lesión del derecho de huelga: “no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga”.

⁵⁸ Ruiz Saura, J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, op. cit., pp. 197 y 198.

⁵⁹ Con anterioridad a la STC 17/2017, de 2 de febrero, destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de abril de 2014 (AS 2014\1291) por la cual se entendió como lesiva del derecho de huelga la conducta de maquetar automáticamente el periódico a través de medios tecnológicos.

5. CONCLUSIONES CRÍTICAS: PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA DOCTRINA SOBRE LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS HUELGUISTAS ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO DE LA INDUSTRIA 4.0

La regulación de la figura del esquirolaje en el Derecho del trabajo español se encuentra obsoleta. No solo porque el art. 6.5 RDLRT únicamente se refiere a la prohibición de sustitución de las personas trabajadoras huelguistas por nuevos trabajadores contratados para el caso, a pesar de la expansión de la jurisprudencia a otros supuestos, sino porque la norma no prevé un tratamiento jurídico específico acerca de la utilización de medios técnicos, mecánicos o automáticos para continuar con la producción durante el periodo de huelga⁶⁰. Es necesario, por tanto, una Ley Orgánica de Huelga que responda a los problemas del siglo XXI, ya que si bien la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas no era un asunto que se contemplara en 1977, en el corto y medio plazo resultará de plena actualidad⁶¹.

Mientras se espera la intervención legislativa, ha sido la jurisprudencia, tanto del TS como del TC, la que ha ido perfilando la figura del esquirolaje tecnológico. No obstante, no se trata de una cuestión cerrada ni acabada, ya que incluso parece haber sentencias con doctrinas contradictorias entre sí, como se ha podido comprobar. Además, no se han analizado todas las casuísticas que rodean a la sustitución tecnológica de los trabajadores huelguistas. Los pronunciamientos judiciales han venido refiriéndose en exclusiva al sector audiovisual (aunque las últimas sentencias se refieren a otros sectores, como el del *call center*), si bien previsiblemente en un futuro próximo, con el desarrollo y aplicación de programas informáticos, la robótica y la inteligencia artificial en la empresa, es muy probable que este tipo de conflicto se expanda al resto del sistema productivo⁶².

En este sentido, esta última parte del trabajo se dedica a proponer una serie de criterios interpretativos, sobre la base de los distintos tipos de esquirolajes tecnológicos ya estudiados por la doctrina⁶³, en la idea de intentar resolver en qué supuestos la sustitución a través de medios técnicos o tecnológicos supone una vulneración del derecho fundamental a la huelga. No se trata de demonizar el uso de la tecnología durante la huelga, sino de encontrar una posición intermedia por la que ni toda suplantación o neutralización de la huelga pueda considerarse legítima, ni toda utilización de medios tecnológicos durante la huelga quede prohibida⁶⁴. Una delimitación entre el derecho de huelga y la libertad de empresa del empleador que deberá de estar guiada por la valoración en función del caso concreto, sin recurrir a reglas universales, y atendiendo a criterios de proporcionalidad⁶⁵. Además, dicha respuesta deberá de mostrarse a favor de la mayor amplitud posible del derecho de huelga y de la restricción del límite impuesto por el empresario a lo necesario, rechazando cualquier conducta empresarial destinada a vaciar el contenido esencial del derecho de huelga.

⁶⁰ Así define Aguilar del Castillo, M.C., “El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto”, *Labour & Law Issues* 4/2018, p. 25, al esquirolaje tecnológico con cita en Rota A., “La acción sindical en la sociedad altamente tecnológica. Una reflexión sobre el contexto italiano”, *Rvta. del Trabajo y de la Seguridad Social*, 420/2018.

⁶¹ Véase, la propuesta de *lege ferenda* de Tascón López, R., “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley orgánica de huelga”, *Documentación laboral*, N.º 121, 2020, p. 103.

⁶² Sala Franco, T., “El esquirolaje tecnológico”, en VV.AA.: *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías* (Monreal Bringsvaerd, E.J.; Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, Á., Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 896.

⁶³ Clasificación elaborada por la doctrina científica, *vid.*, Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., pp. 62-68 y Grau Pineda, C., *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje*, op. cit., pp. 98-104.

⁶⁴ Álvarez Alonso, D., “Uso de medios técnicos y tecnológicos en caso de huelga”, op. cit., p. 438.

⁶⁵ Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., pp. 91 y ss.

Así, el esquirolaje tecnológico externo, conocido como aquel por el cual se adquiere tecnología no existente en la empresa con anterioridad a la huelga con el fin de eliminar o contrarrestar sus efectos, supone una vulneración del derecho de huelga, ya que se trata de una conducta que está destinada a vaciar el contenido esencial de dicho derecho fundamental y, por ende, se puede aplicar de forma analógica la prohibición del art. 6.5 RDLRT⁶⁶. De hecho, la propia STC 17/2017 parece admitir este criterio cuando indica que los medios técnicos “no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga”⁶⁷.

En cambio, para el análisis del esquirolaje tecnológico interno, esto es, aquel que se produce a través de medios técnicos o tecnológicos preexistentes al momento de inicio de la huelga, deben de valorarse distintas circunstancias para calificar esta conducta como contraria al derecho fundamental de huelga.

Por un lado, debe de tenerse en cuenta si es necesaria la participación de otros trabajadores no huelguistas para el mantenimiento de la actividad productiva a través de la tecnología propia de la empresa. En este sentido, si las personas trabajadoras no huelguistas requeridas para dicho cometido realizan funciones distintas de las empleadas habitualmente en una situación de normalidad, estaríamos ante una situación de esquirolaje interno, que ya merece de por sí su reproche jurídico por contravenir el derecho de huelga (se ha definido como un esquirolaje mixto). Ahora bien, el debate está servido cuando los trabajadores no huelguistas realizan sus funciones habituales o no es necesario el concurso de otros trabajadores para mantener la producción, ya que esta se mantiene de forma automática a través de mecanismos sofisticados.

Para valorar la conducta empresarial destinada a organizar la producción durante la huelga con la ayuda de la tecnología y de otros trabajadores no huelguistas que desempeñan sus funciones propias, es necesario tener en cuenta si dichos medios técnicos se utilizan de forma habitual o extraordinaria en la empresa, o si se han utilizado conforme a su procedimiento ordinario. En mi opinión, en contra de lo que se deja entrever en la STC 17/2017, no sería respetuoso con el derecho de huelga la utilización de tecnología preexistente en la empresa conforme a un uso o procedimiento no habitual, en el sentido de que se haya modificado su procedimiento, intensificado su uso o ampliadas sus funciones para hacer frente a la huelga (criterio que se asume implícitamente en la STS de 13 de julio de 2017 y en los autos del mismo tribunal ya comentados⁶⁸). En este sentido, para autorizada doctrina científica existiría un paralelismo evidente con la doctrina del tradicional esquirolaje interno, pues en ambos casos la empresa estaría utilizando durante la huelga, ya sea a trabajadores no huelguistas o ya sea a medios técnicos, más allá de sus funciones habituales o condiciones técnicas⁶⁹.

Para el caso del esquirolaje tecnológico automático, esto es, el que se produce sin intervención humana, e incluso para el esquirolaje tecnológico interno según procedimiento tecnológico ordinario con ayuda de trabajadores no huelguistas en sus funciones habituales, que podría entenderse en ciertos supuestos legítimo, debería de valorarse por parte de los tribunales el nivel de seguimiento de la huelga con el fin de posibilitar el ejercicio del derecho de huelga en aquellos sectores en los que, por su nivel de digitalización, sea imposible conceder la eficacia que la doctrina constitucional reconoce a tal derecho fundamental⁷⁰. Algunas propuestas han situado la solución a esta

⁶⁶ *Ibidem*, p. 64.

⁶⁷ Cordero Gordillo, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, *Lex Social* 9/2019, p. 350.

⁶⁸ AATS de 8 de septiembre de 2020 (JUR 2020\282885) y de 12 de enero de 2021 (JUR\2021\46734).

⁶⁹ Sala Franco, T., “El esquirolaje tecnológico”, op. cit., p. 897.

⁷⁰ Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., pp. 100-103.

problemática en la negociación colectiva, como vía para limitar el uso de mecanismos tecnológicos en aquellos supuestos en los que su utilización haga virtualmente ineficaz cualquier intento de huelga en una determinada empresa o sector⁷¹. Todo ello sin perjuicio de que sea necesaria la supervisión de la tecnología por parte de la persona trabajadora durante su funcionamiento habitual, por razones de seguridad, y esta se obvie durante la huelga (esquirolaje automático), ya que nos encontraríamos ante una conducta ilícita⁷².

Por otro lado, también cabe reflexionar en cuanto al momento en el que tenga lugar el esquirolaje tecnológico respecto a la convocatoria de huelga. En cuanto al esquirolaje “previo” o “diferido”, la programación por parte de un trabajador, sobre todo si es futuro huelguista, según indicaciones del empresario de un medio tecnológico o bien la realización de tareas a través de medios digitales (v.gr.: grabaciones de clases) con anterioridad al inicio de la huelga, con el fin de que tal mecanismo mantenga automáticamente la producción durante el parón, constituirá una conducta contraria al derecho fundamental de huelga, que incluso podría ir en la línea del supuesto ya estudiado por la doctrina judicial de realizar horas extraordinarias antes del paro⁷³. Del mismo modo, el esquirolaje tecnológico posterior podría resultar ilícito si, atendiendo a criterios de proporcionalidad, ha vaciado el derecho de huelga o, al contrario, ha supuesto un razonable ejercicio de las facultades organizativas del empresario para mitigar los efectos negativos de la huelga⁷⁴.

Como se ha podido comprobar, la conformación actual jurisprudencial del esquirolaje tecnológico en el panorama jurídico-laboral español es insuficiente, ya que existen numerosas situaciones que o bien no han sido tratadas, y no tardarán en trasladarse a la realidad, o bien no han recibido la adecuada protección. Es más, ante las nuevas formas de trabajo propias de la Cuarta Revolución Industrial, como el teletrabajo o el trabajo en plataformas digitales, esta regulación presenta dificultades, no solo a nivel del esquirolaje tecnológico, sino incluso en materia del esquirolaje “tradicional” externo e interno. La dispersión geográfica y el aislamiento que sufren estos trabajadores, a causa de una técnica de descentralización productiva llevada al máximo, imposibilita que se pueda realizar un control sobre los trabajadores sustitutos, tanto externos como internos, de las personas trabajadoras huelguistas⁷⁵. Y mucho más se dificulta que los trabajadores puedan comprobar si el empresario está recurriendo a medios tecnológicos nuevos o haciendo un uso desviado de los preexistentes para paliar o mitigar los efectos de la huelga. Una huelga que en el caso de los trabajadores de plataformas se ejercita a través de las “huelgas de desconexión”⁷⁶.

En definitiva, si se quieren cumplir con los postulados de Isaac Asimov, en cuanto a que la tecnología debe de quedar al servicio del ser humano, el Derecho del Trabajo debe de revisar la regulación de la sustitución tecnológica de las personas trabajadoras huelguistas con el fin de garantizar el derecho fundamental a la huelga, huyendo de la “intangibilidad del poder tecnológico como parte integrante del derecho de libertad de empresa”⁷⁷.

⁷¹ Tascón López, R., “Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética Ley orgánica de huelga”, op. cit., p. 103.

⁷² Cordero Gordillo, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, op. cit., p. 351.

⁷³ Todolí Signes, A., “El esquirolaje tecnológico como método de defensa ante una huelga”, op. cit., pp. 4 y 5.

⁷⁴ Tascón López, R., *El esquirolaje tecnológico*, op. cit., p. 104.

⁷⁵ De ello alerta Cordero Gordillo, V., “La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos”, op. cit., p. 352 y Valle Muñoz, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Bomarzo, Albacete, 2021, *passim*.

⁷⁶ Ruiz Saura, J.E., “Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental”, op. cit., pp. 204-207.

⁷⁷ Aguilar del Castillo, M.C., “El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto”, op. cit., p. 28.

**PONENCIAS ESPECÍFICAS
PRESENTADAS AL PRIMER PANEL:
EL DERECHO DEL EMPLEO**

**LA REFORMA LABORAL DE 2021 Y SU EFECTO EN
LA ESTABILIDAD LABORAL JUVENIL:
UN ANÁLISIS DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO**

ÁLVARO SÁNCHEZ LÓPEZ
Doctorando de la Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. BASES Y ESTUDIO DE LA REFORMA LABORAL DE 2021
3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS
5. OTRAS FUENTES CONSULTADAS

RESUMEN

Desde el pasado diciembre de 2021 con la promulgación de la última Reforma Laboral (RDL 32/2021), que entró en vigor el 31 de marzo del año siguiente, una vez transcurridos los tres meses de plazo transitorio para que las empresas se adaptaran a la nueva normativa, en un contexto de cambiantes políticas laborales y de protección social en España, surge el interés de analizar el impacto de estas reformas en términos generales y concretamente en uno de los colectivos más vulnerables, los jóvenes.

En este contexto y a un año y medio vista desde la entrada en vigor de la nueva normativa, el objetivo del presente trabajo es analizar si realmente hay una mejora real en la calidad del empleo, con especial atención a la potenciación del contrato fijo-discontinuo y sus posibles efectos sobre la calidad y estabilidad del empleo juvenil.

A tal fin, en primer lugar, se analizará el marco legislativo y las medidas propuestas en esta reforma. Posteriormente, se examinará empíricamente si el impacto de esta Reforma Laboral ha contribuido a mejorar la calidad del empleo, o si, por el contrario, la situación laboral es similar o incluso se ha incrementado la precariedad laboral entre los jóvenes. Los hallazgos derivados de este estudio proporcionarán una contribución a la discusión en curso sobre la eficacia de las políticas de empleo juvenil en España.

PALABRAS CLAVE: CONTRATO FIJO-DISCONTINUO, EMPLEO JUVENIL, REFORMA LABORAL DE 2021

ABSTRACT

Since the enactment of the latest Labor Reform (RDL 32/2021) in December 2021, which came into effect on March 31 of the following year after a transitional period of three months for companies to adapt to the new regulations, there has been an interest in analyzing the impact of these changes in a context of evolving labor and social protection policies in Spain, especially on one of the most vulnerable groups, the youth.

In this context and a year and a half after the implementation of the new regulations, the objective of this work is to analyze whether there has been a real improvement in the quality of employment, with special attention to the enhancement of the fixed-discontinuous contract and its possible effects on the quality and stability of youth employment.

To this end, first, the legislative framework and the measures proposed in this reform will be analyzed. Subsequently, the impact of this Labor Reform will be empirically examined to understand whether it has contributed to improving the quality of employment, or if on the contrary, the labor situation is similar or has even increased job insecurity among young people. The findings derived from this study will provide a contribution to the ongoing discussion on the effectiveness of youth employment policies in Spain.

KEYWORDS:

fixed-discontinuous contract, youth employment, Labour Reform 2021.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación del estudio

Aunque ya se ha hecho referencia en el resumen inicial, aclarar que, ante un marco renovado por la Reforma Laboral de 2021, este trabajo se torna imperativo para desentrañar las complejidades y sutilezas del contrato fijo discontinuo en la España contemporánea. Dentro de este contexto, el presente trabajo busca explorar en profundidad el rol y la normativa del contrato fijo discontinuo en la realidad laboral española post-reforma. Se hará un especial énfasis en analizar las ramificaciones prácticas y teóricas de este tipo de contrato, su relación con la precariedad laboral y su contribución a la configuración del mercado laboral español, haciendo especial énfasis en la situación tanto de los jóvenes como en Andalucía.

1.2. Contextualización de la Reforma Laboral de 2021

La Reforma Laboral de 2021 a veces mencionada como de 2022, debido a la fecha de su entrada en vigor, es el nombre que se le da al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo que modificó la Ley del Estatuto de los Trabajadores en España.

El panorama laboral en España ha sido objeto de múltiples transformaciones en la última década. La reforma laboral de 2021, al igual que sus antecesoras, nace con el propósito de responder a desafíos económicos, sociales y políticos. Sin embargo, uno de los grupos demográficos más afectados por los cambios normativos ha sido el de los jóvenes. Con tasas de desempleo significativamente altas y un incremento en la contratación temporal, la estabilidad laboral de este segmento de la población ha sido una preocupación constante. Este trabajo busca analizar los efectos de la mencionada reforma en la estabilidad laboral juvenil, poniendo especial énfasis en la región de Andalucía.

Como ya hemos mencionado, la estructura del mercado laboral en España ha atravesado diversas modificaciones en las últimas décadas. Estas modificaciones se han visto intensificadas por la implementación de la Reforma Laboral de 2021, la cual ha supuesto un punto de inflexión en la narrativa laboral del país, afectando significativamente a la tipología y la naturaleza de los contratos laborales¹. Según algunos autores², la reforma se inserta en un contexto más amplio de respuesta a la postpandemia, sirviendo como instrumento de adaptación a las nuevas realidades del trabajo y buscando alcanzar un equilibrio entre flexibilidad y seguridad para los trabajadores.

Antes de comenzar con la evaluación de los efectos posteriores a la implementación de la Reforma Laboral, es necesario ofrecer los datos de desempleo previos al año 2022 para ver en que marco estadístico nos encontrábamos a nivel de empleo. A nivel nacional la tasa de paro en el año 2021 fue del 14,8%, un valor inferior a la tasa de paro del año 2020 que fue del 15,5% mientras que en Andalucía era del 21,7%. En cuanto a los jóvenes a nivel nacional teníamos una tasa en el segundo trimestre de 2021 de 39,6% y en el último trimestre de ese año 30,7%³.

¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *“La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica”*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.

² CRUZ VILLALÓN, J.: *“Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la postpandemia”*, Revista Temas Laborales, n. 161, 2022.

³ INE - Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa (EPA): Indicadores de calidad de vida, Trabajo, Tasa de paro, 2021.

Centrándonos en la realidad jurídico-laboral “post-reforma”, se evidencia una renovada relevancia del contrato fijo discontinuo en el marco de la contratación temporal, sirviendo como pilar en la gestión de la temporalidad y la estacionalidad laboral. Esto puede observarse claramente en los datos, en el transcurso del año 2022 se formalizaron 2.3 millones de contratos fijos discontinuos, lo que representa un aumento de diez veces en comparación con los 262,911 contratos registrados en 2021⁴. Esto significa que, de ser una opción contractual sin relevancia que representaba solo el 1% de las contrataciones en nuestro país, ascendió a más del 10%. Este aumento en la prominencia de los contratos fijos discontinuos pone de relieve la necesidad de examinar a fondo su naturaleza, régimen jurídico y el impacto sobre la estabilidad laboral.

Baylos Grau⁵ destaca que las primeras impresiones post-reforma indican una significativa repercusión en la dinámica de contratación, con el contrato fijo discontinuo ganando protagonismo en sectores caracterizados por su estacionalidad, como el turismo y la agricultura. Este tipo de contrato, que permite a los empleadores ajustarse a las fluctuaciones en la demanda sin necesidad de contratar permanentemente, ha cobrado relevancia como un instrumento para gestionar la inestabilidad inherente a dichos sectores.

Este mismo autor, nos señala que, si bien el contrato fijo discontinuo proporciona una respuesta a las necesidades fluctuantes de mano de obra, también suscita preocupaciones en cuanto a la seguridad y estabilidad del empleo. A menudo, los trabajadores bajo este tipo de contrato enfrentan periodos de incertidumbre e inestabilidad económica, y se plantea la pregunta de si las salvaguardias actuales proporcionan un equilibrio adecuado entre flexibilidad para el empleador y seguridad para el empleado con ese concepto en el que se tanto se han centrado las directrices de la Unión Europea de la “flexiseguridad laboral”⁶. En este contexto, el papel del estado y de las políticas públicas, así como las negociaciones colectivas, se torna fundamental para garantizar que este modelo contractual no derive en formas de precarización laboral.

2. BASES Y ESTUDIO DE LA REFORMA LABORAL DE 2021

2.1. Principios y objetivos de la Reforma Laboral de 2021

La Reforma Laboral de 2021 se configura como un punto de inflexión en la legislación laboral española, aspirando a adaptar y modernizar el mercado laboral en consonancia con los nuevos desafíos y realidades que enfrenta el mundo del trabajo en el siglo XXI. Este ajuste normativo fue enfocado en proporcionar respuestas a las debilidades y desafíos emergentes del mercado laboral, con especial atención a las problemáticas relativas a la temporalidad y precariedad laboral.

La reforma se fundamentó en diversos principios clave, que buscaron la creación de un marco laboral más justo y equitativo. Según la Exposición de Motivos de la propia Reforma Laboral de 2021, los principios que la sustentan incluyen:

1. Reducción de la Temporalidad: Este principio se centró en la necesidad de reducir la elevada temporalidad que caracteriza al mercado laboral español, buscando fortalecer la estabilidad en el empleo y mitigar la segmentación laboral.

⁴ Ministerio de Trabajo y Economía Social, Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE): Estadísticas, Resúmenes de datos estadísticos.

⁵ BAYLOS GRAU, A. P.: “La reforma laboral en España: primeras impresiones”, Derecho Laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e información social, n. 284, 2021.

⁶ EC (European Commission) - Comisión Europea: “Hacia unos principios comunes de flexiseguridad: Más y mejores empleos mediante flexibilidad y seguridad (COM(2007) 359 final)”, 2007.

2. Fomento del Empleo Joven: Con un enfoque hacia las nuevas generaciones, se buscó crear oportunidades y mejorar las condiciones para los jóvenes, quienes suelen enfrentar dificultades para insertarse de manera estable en el mercado laboral.
3. Protección de los Derechos de los Trabajadores: Potenciar la seguridad y los derechos de los trabajadores, garantizando que los cambios en el mercado laboral no conlleven pérdidas significativas en términos de derechos y protección social.

Y en cuanto a sus objetivos, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Combatir la Precariedad Laboral: A través de la implementación de políticas que limitan el uso de contratos temporales y promueven la estabilidad en el empleo.
2. Promover la Igualdad de Género: Implementando medidas que buscan reducir la brecha de género existente en el mercado laboral, proporcionando más oportunidades y derechos equitativos para todas las personas, independientemente de su género.
3. Adaptación a la Nueva Realidad Laboral: Buscando adecuar las normativas y condiciones laborales a los cambios y desafíos emergentes del mundo del trabajo, incluyendo el auge del teletrabajo y la digitalización.

2.2. Impacto y retos de la Reforma Laboral de 2021

La Reforma Laboral de 2021, al confrontar una realidad laboral compleja y diversa, insta una serie de medidas y políticas cuyos impactos y desafíos merecen una evaluación profunda. En principio, la intención de desincentivar la contratación temporal y promover la estabilidad en el empleo ha sido recibida con un optimismo cauteloso en diversos sectores. No obstante, su implementación real y el impacto tangible sobre las cifras de empleo temporal y precariedad laboral serán claves para valorar su eficacia. El éxito y capacidad de una reforma laboral deberán ser evaluados a través del análisis constante de sus impactos y resultados en el empleo, los trabajadores y el mercado laboral en general⁷.

Además, la reforma trae consigo el reto de equilibrar las necesidades y expectativas de los empleadores y los empleados. Mientras que, por un lado, se busca proteger los derechos laborales y promover la estabilidad del empleo, por otro, es crucial no entorpecer la capacidad de las empresas, especialmente las pequeñas y medianas, de adaptarse a las fluctuaciones del mercado y mantener su viabilidad económica.

El desafío subyacente recae, por lo tanto, en cómo esta reforma puede, en la práctica, transitar entre la necesidad de un mercado laboral flexible y adaptable, y la de proveer condiciones de trabajo justas y estables para los trabajadores. La tarea pendiente es monitorizar y, si es necesario, ajustar las políticas implementadas para asegurar que logren sus objetivos sin generar consecuencias no deseadas o impactos negativos sobre la economía.

Aunque la reforma propone una serie de medidas y ajustes normativos que, en teoría, deberían propiciar un marco laboral más justo y estable, la evaluación de su impacto y eficacia ha sido objeto de análisis y debate. Un ejemplo de ello es que algunos autores⁸ plantean que, si bien las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales”, Laborum, Murcia, 2019.

⁸ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral”, Temas Laborales, n. 161, 2022.

laboral han sido una constante, su aplicación práctica y concreción en mejoras palpables para los trabajadores y el mercado laboral en general todavía está por ver.

En un contexto similar, otros autores⁹ destacan la necesidad de equilibrar las reformas en busca de la competitividad empresarial, sin descuidar la cohesión social y la protección de los derechos de los trabajadores, un desafío que la Reforma Laboral de 2021 también busca abordar, aunque sus resultados y efectividad están aún sujetos a evaluación y observación continuada.

2.3. Cambios clave introducidos

Como ya hemos mencionado La Reforma Laboral de 2021, con sus múltiples facetas y complejidades, buscó reinventar el paisaje contractual de España, apostando por estrategias que se alinearan con las necesidades emergentes del mercado laboral y los derechos de los trabajadores. Con un horizonte que busca consolidar políticas laborales más justas y adaptadas a las nuevas realidades socioeconómicas, esta reforma enfatiza una regulación más precisa de las modalidades contractuales y un esfuerzo por restringir la precariedad laboral. Este apartado busca explorar las claves de dichos cambios, indagando tanto en modificaciones generales como en aquellas específicamente vinculadas al contrato fijo-discontinuo, proporcionando un panorama que permita entender las implicancias que estos ajustes normativos presentan.

Dentro de la rica historia del contrato fijo-discontinuo, siempre se ha perfilado como una figura esencial para la gestión de las necesidades laborales de sectores estacionales¹⁰. No obstante, la Reforma Laboral de 2021 introduce una serie de cambios que, sin duda, redefinen el carácter y la operativa de esta modalidad contractual, introduciendo un nuevo paradigma que busca reequilibrar la flexibilidad operativa de las empresas con una mayor protección y estabilidad para los trabajadores.

2.3.1. Modificaciones relacionadas con el contrato fijo-discontinuo

La Reforma Laboral de 2021 ha instaurado diversos cambios que buscan adaptarse a las nuevas realidades del mercado laboral y procurar mayor estabilidad y calidad en el empleo. Entre las modificaciones no directamente relacionadas con el contrato fijo-discontinuo, se destacan la revisión de los contratos temporales, buscando limitar su uso y promoviendo la conversión de estos a indefinidos cuando la temporalidad no esté justificada. Asimismo, se han introducido cambios en la subcontratación laboral, procurando mayor transparencia y garantías para los trabajadores, y se han ajustado normativas referentes a la formación y capacitación continua, procurando así responder a las demandas de un mercado laboral en constante evolución.

Una de las alteraciones legislativas más prominentes es la supresión del contrato para obra o servicio determinado. Esta supresión, integrada mediante el Real Decreto-ley 32/2021, eliminó una figura contractual que, según los criterios legales anteriores, permitía la contratación de trabajadores para tareas específicas y temporales, pero que había sido empleada en muchos casos para circunstancias que excedían su objetivo inicial¹¹. La Reforma impone, por ende, una restricción legal que persigue la minimización de contrataciones temporales no justificadas, propulsando al contrato fijo-discontinuo hacia un papel de mayor relevancia y versatilidad.

⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A. y Mercader Uguina, J. R.: *"Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social"*, 2019.

¹⁰ CASAS BAAMONDE M. E y VALDÉS DAL-RE, F. (Coords.): *"El trabajo fijo discontinuo, modalidades de contrato a tiempo parcial"*, en AA.VV., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

¹¹ CALVO GALLEGOS, F. J.: *"La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021"*, Monográfico Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, 2022.

La perspectiva de algunos académicos¹² apunta a que la supresión del contrato para obra o servicio determinado ha conducido a una inevitable reevaluación del papel del contrato fijo-discontinuo, que ahora se ve llamado a desempeñar un papel central en la gestión de las necesidades de contratación temporal en sectores como la construcción, servicios, y manufactura, donde previamente se abusaba extensamente de la figura del contrato por obra o servicio. Este vacío legal provocado por la supresión plantea, indudablemente, una serie de cuestionamientos y retos sobre cómo garantizar la adecuada cobertura de necesidades laborales temporales sin incurrir en formas precarizadas de empleo.

Así, nos encontramos frente a un panorama donde las modificaciones normativas han reorganizado las estructuras contractuales disponibles, y donde las empresas y los trabajadores deben navegar por un marco renovado, que busca equilibrar la necesidad de flexibilidad y adaptabilidad con un compromiso robusto hacia la mejora de las condiciones laborales y la reducción de la precariedad.

2.3.2. *Un nuevo prisma del contrato fijo-discontinuo*

Con los años y las diversas reformas laborales, el contrato fijo-discontinuo ha sufrido cambios y adaptaciones que han buscado ajustarlo a las nuevas realidades y necesidades del mercado laboral. Ante los retos contemporáneos del trabajo, como la precariedad laboral y la búsqueda de un equilibrio entre flexibilidad empresarial y derechos de los trabajadores, la Reforma Laboral de 2021 introdujo cambios significativos en esta figura contractual.

El contrato fijo-discontinuo, tradicionalmente concebido como una herramienta flexible ante las demandas estacionales de ciertos sectores, entra en una nueva fase tras la última Reforma Laboral. Este cambio normativo propone una revisión y reconfiguración de este tipo de contrato, buscando salvaguardar los derechos de los trabajadores y limitar las posibilidades de un uso inadecuado del mismo por parte de las empresas. En este entorno, es imprescindible profundizar en la trayectoria histórica de este contrato y examinar los cambios introducidos por la reforma, con el propósito de evaluar y entender las nuevas dinámicas y desafíos que estos plantean en el panorama laboral español.

2.3.2.1. Antecedentes y evolución del Contrato Fijo-Discontinuo

El contrato fijo-discontinuo ha sido un instrumento utilizado históricamente para proporcionar una estructura contractual que se ajuste a las necesidades de sectores con demandas laborales estacionales, tales como el turismo y la agricultura. Este tipo de contrato permite que los trabajadores sean llamados a prestar sus servicios en momentos de alta demanda, garantizando cierta estabilidad laboral y derechos que no están presentes en contratos temporales tradicionales.

Este contrato ha experimentado una evolución destacada a lo largo de los años, siendo objeto de diversos estudios y análisis jurisprudenciales. Algunos de ellos¹³ nos han ofrecido un análisis sobre su figura jurídica desde una perspectiva jurisprudencial, ahondando en sus particularidades, la interpretación de los tribunales y los retos que presentaba desde su instauración y regulación. En sus orígenes como ya hemos descrito, este tipo de contrato buscaba ofrecer una estructura legal para empleos que, si bien eran

¹² VICENTE-PALACIO, A., "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrataciones", Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum, no 2, 2022.

¹³ TÁRRAGA POVEDA, J.: "El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial", Bomarzo, Albacete, 2004.

recurrentes y previsibles, no demandaban una prestación laboral continua a lo largo del año. Dicho marco contractual permitía combinar la necesidad de flexibilidad por parte de las empresas con una cierta estabilidad y previsibilidad para los trabajadores.

Sin embargo, en los años previos a la Reforma Laboral de 2021, se identificó una tendencia problemática relacionada con el uso extensivo e inapropiado de este tipo de contratos, lo que generó inestabilidad y precariedad para los trabajadores. En ciertos casos, los contratos fijo-discontinuos se utilizaban para encubrir relaciones laborales que, en la práctica, no se alineaban con los principios y objetivos para los que este formato contractual fue concebido.

Desde la óptica de determinados expertos¹⁴ se pone de manifiesto que la reforma laboral de 2021 ha buscado una revitalización y reconfiguración del contrato fijo-discontinuo, enfocándolo como un instrumento robusto para gestionar las necesidades temporales de las empresas sin caer en la trampa de la temporalidad injustificada y abusiva. En este sentido, la figura del contrato fijo discontinuo pasa de ser una herramienta para gestionar empleos estacionales a una estructura que permite incorporar trabajadores de una manera más estable y continua, aunque la prestación del servicio no sea regular a lo largo del año.

En consonancia, parte de la doctrina científica nos aportan perspectivas complementarias sobre la transición que experimenta el contrato fijo-discontinuo en la era post-reforma. Bajo su criterio¹⁵, se subraya que tras la implementación del RDL 32/2021, el contrato fijo-discontinuo no solo se erige como una respuesta a necesidades estacionales, sino que también se consolida como una respuesta a necesidades estructurales de las empresas. Este cambio en la normativa, al eliminar alternativas contractuales que favorecían la temporalidad, como el contrato por obra y servicio, ubica al contrato fijo-discontinuo como una opción privilegiada para cubrir necesidades de empleo que son permanentes pero discontinuas a lo largo del año.

A lo largo de su existencia, el contrato fijo-discontinuo ha navegado por diversas modalidades que se han adaptado a las cambiantes necesidades del mercado laboral y a las distintas dinámicas de diversos sectores económicos. Este tipo de contrato, originariamente diseñado para abordar trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, ha evolucionado para englobar una gama más amplia de aplicaciones, incluyendo trabajos no estacionales de prestación intermitente y empleo en el marco de contrataciones y empresas de trabajo temporal (ETT).

La reformulación del régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo, especialmente a través del RDL 32/2021, ha introducido modificaciones sustanciales en aspectos como la forma y el contenido del contrato, el proceso de llamamiento, y la integración del trabajo a tiempo parcial, situando a la negociación colectiva como herramienta esencial en la regulación del contrato. Paralelamente, los derechos de las personas fijas-discontinuas también han sido objeto de atención, buscando asegurar el ejercicio de derechos de conciliación, antigüedad, y acceso a iniciativas de formación profesional, esbozando un marco que intenta equilibrar flexibilidad operativa para los empleadores con la protección y seguridad para los trabajadores.

Como se ha puesto de manifiesto¹⁶, la ampliación y solidificación del contrato fijo-discontinuo se percibe como un esfuerzo legislativo para proporcionar una mayor

¹⁴ ROJO TORRECILLA, E.: “Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo”, en Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, 7 de enero de 2021.

¹⁵ GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2022.

¹⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contrata-

estabilidad laboral a los trabajadores en sectores caracterizados por una demanda de empleo irregular, y simultáneamente, otorgar a las empresas un mecanismo que les permita adaptarse a las fluctuaciones en las necesidades laborales sin recurrir a formas de contratación temporal. Esta evolución, desde su conceptualización hasta las recientes modificaciones, refleja un intento por parte del legislador de adaptar las estructuras contractuales a las necesidades reales del mercado laboral.

En definitiva, a grandes rasgos, podemos afirmar que: "...debe entenderse que con el contrato fijo-discontinuo que nace del RDL 32/2021 se va más allá del concepto clásico y tradicional de trabajo fijo-discontinuo. La reforma expande jurídicamente este modelo de contrato permitiendo que resulte aplicable a realidades productivas en las que no vamos a encontrar los elementos definitorios del trabajo de temporada, estacional, intermitente y con ciclos de producción limitados y definidos con o sin certeza. Por otra parte, además del importante cambio referido al ámbito de aplicación del nuevo contrato, el art. 16 ET también introduce modificaciones en el régimen jurídico aplicable al mismo, revisando, la forma del contrato; el papel de la negociación colectiva, que como es sabido ha sido esencial por lo que a esta modalidad contractual se refiere; y, en fin, los derechos de las personas trabajadoras fijas-discontinuas."¹⁷

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Comparación con el periodo pre-reforma

La evaluación de la Reforma Laboral de 2021 obliga a un riguroso análisis que contraste los panoramas previos y posteriores a su implementación. Previa a la reforma, los trabajadores temporales y, en particular, aquellos vinculados a contratos fijo-discontinuos, navegaban en un marco que oscilaba entre la precariedad y la flexibilidad laboral. Delinear el impacto directo de la reforma sobre variables como la estabilidad laboral, remuneración y condiciones de empleo, y cotejar estos con los escenarios previos a la implementación legislativa, brinda un enfoque a través del cual se puede valorar tanto su alcance como sus limitaciones.

Explorar la dualidad del mercado laboral español a través de las tasas de temporalidad y paro pre y post-reforma desvela los contornos de los efectos inmediatos de la Reforma Laboral de 2021. En el año 2021, un 25,1% de asalariados tenían contrato de trabajo temporal, esto contrasta de manera palpable con la tasa de temporalidad del último trimestre de 2022 donde se había reducido en más de 7 puntos respecto al año anterior y situándose en el mínimo del 17,9%, cifra que nos acercó a la media europea, dato muy similar al actual encontrándose en el 17,32% en el segundo trimestre de 2023¹⁸. Esto de forma clara, pone en relieve transiciones en la naturaleza contractual del trabajo en España.

Similarmente, el análisis de las tasas de paro, situando en el foco las variaciones observadas desde 2021 y por tanto de la aplicación de la Reforma, con el dato que

ción Temporal (anterior y posterior al RD Ley 32/2021)", Blog de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales. Puede consultarse en <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#32fj1>. Consultado el 25 de septiembre de 2023).

¹⁷ LÓPEZ BALAGUER, M.: "El nuevo contrato fijo-discontinuo", Revista jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social, Vol. 13, no. 1, 2023.

¹⁸ NE: Indicadores de calidad de vida, Trabajo, Trabajo Temporal. Puede consultarse en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259944107218&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleFichaIndicador¶m3=1259937499084-#:~:text=En%20el%20a%C3%B1o%202021%2C%20un,ten%C3%ADan%20contrato%20de%20trabajo%20temporal. (Consultado el 26 de septiembre de 2023).

ofrecimos al inicio de este trabajo de una tasa nacional de desempleo en el año 2021 del 14,8%, a cerrar el año 2022 con una tasa de desempleo del 12,92% y del 11,6% en el segundo trimestre, refleja los desplazamientos en los niveles de empleabilidad y, por ende, en la absorción de la mano de obra en el mercado. La fuente de estos datos también es el Instituto Nacional de Estadística mediante su Encuesta de Población Activa realizadas desde 2021 hasta 2023.

Recordar otro dato ya aportado que nos ayuda en la radiografía de los tipos de contrato, previo y posterior a la reforma, que nos permite desglosar no solo los cambios cuantitativos sino también los matices cualitativos del empleo. La distribución pre-reforma de los contratos, con 262,911 contratos fijos-discontinuos registrados en 2021 mientras que en el transcurso del año 2022 se formalizaron 2.3 millones de contratos fijos discontinuos y 1.068.780 contratos a finales de mayo de 2023, ilustra los recalibramientos estructurales en las formas de contratación que, ineludiblemente, han afectado tanto a los empleadores como a los empleados en sus estrategias y expectativas laborales respectivamente.

3.2. Efectos observados de la reforma en la estabilidad laboral juvenil

La juventud, ya previamente enredada en las telarañas de una estabilidad laboral esquiva, se presenta como un barómetro sensible a las variaciones normativas introducidas por la reforma. El incremento o decremento en las cifras de empleo juvenil, los cambios en las modalidades contractuales y la emergencia de nuevas oportunidades o barreras profesionales en este grupo demográfico se erige como un termómetro de la eficacia de las nuevas medidas laborales. El rastreo de estos indicadores proporcionará un retrato del impacto real de la reforma en los albores de la carrera profesional de los jóvenes.

El análisis de la tasa de empleo juvenil pre y post-reforma ofrece una mirada directa a los éxitos y desafíos del nuevo marco legislativo en la facilitación del acceso de los jóvenes al mercado laboral. Si aplicamos una mirada retrospectiva, en cuanto a los jóvenes a nivel nacional teníamos una tasa de desempleo en el último trimestre de 2021 del 30,7%, las cifras posteriores nos dan que la tasa de paro en España en 2022 de los hombres menores de 25 años (28,9) es la más alta de todos los países de la UE-27 y casi superior al doble de la media de UE-27 (14,6)¹⁹.

En junio de 2023, España continúa hallándose en una posición alarmante en comparación con otros estados europeos, mostrando una alarmante tasa de desempleo juvenil que la coloca en la parte inferior de la lista europea. Durante dicho mes, la tasa de desempleo juvenil alcanza el 27.4%, lo que pone en relieve la ardua coyuntura que experimentan los jóvenes en el sector laboral. Esta cifra supera significativamente el promedio de la Unión Europea, que, en ese mismo período, presentó un índice de desempleo juvenil del 14.1%²⁰.

A pesar de las intenciones estratégicas detrás de la Reforma Laboral de 2021, es palpable que los efectos deseados en la mejora de la empleabilidad y la estabilidad en el empleo para los jóvenes no se han materializado de manera pronunciada. Si bien las modificaciones legislativas buscaron proporcionar un marco laboral más seguro y flexible, los jóvenes continúan enfrentándose a una amalgama de obstáculos que frenan su inmersión y progresión en el mercado laboral. La persistente precariedad y la transitoriedad de los puestos de trabajo ofertados a este sector de la población sugieren que, a pesar de los esfuerzos reformistas, la absorción y retención de los jóvenes en el

¹⁹ INE. Encuesta de Población Activa (2021-2023). Puede consultarse en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595

²⁰ Eurostat - Euro Indicators: "Euro area unemployment at 6.4%". 2023.

tejido laboral sigue siendo una meta distante. Esta realidad invita a una revisión crítica y un reajuste de las estrategias políticas y legislativas, con un enfoque especial en abordar las raíces de la inestabilidad laboral juvenil y esbozar caminos más efectivos hacia su mitigación y resolución.

3.3. Panorama del empleo andaluz tras la reforma

La economía andaluza, con sus características únicas, es especialmente sensible a los cambios en la legislación laboral. Analizar las repercusiones de la reforma laboral en Andalucía implica sumergirse en las singularidades de una región que contiene diversos sectores, como la agricultura y el turismo, que son intensivos en la utilización de contratos fijo-discontinuos. Discernir los efectos de la reforma en esta región no solo proporciona una fotografía de su impacto en el empleo a nivel micro-regional, sino que, además, permite establecer paralelismos o disparidades con otras áreas geográficas, desenredando así los efectos generales de aquellos que están condicionados por las peculiaridades andaluzas.

La Reforma Laboral de 2021 generó expectativas en múltiples regiones de España, incluida Andalucía, en cuanto a las fluctuaciones en las tasas de empleo y desempleo. Anterior a la reforma, Andalucía presentaba unas tasas del 21,7%, tras la instauración de las nuevas medidas, las cifras revelan que el número de ocupados aumentó un 3,1% respecto al mismo trimestre de 2022 y aumentó un 1,6% respecto al trimestre anterior. La tasa de paro en Andalucía se situó en el 18,1%, disminuyendo 0,3 puntos respecto al trimestre anterior y disminuyendo 0,6 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior, evidenciando un cambio no muy grande pero considerablemente positivo a nivel de cifras de empleo²¹. A pesar de ello, Andalucía continúa teniendo la peor cifra de desempleo de España, sin tener en cuenta a Ceuta y Melilla, por Comunidades Autónomas.

Respecto al desempleo juvenil en Andalucía, las cifras persisten siendo realmente preocupantes a fecha de junio 2023 con un paro del 38,9% en menores de 25 años, llegando en el caso de las mujeres dentro de ese rango de edad al 41,3% siendo Andalucía solamente superada por Ceuta en cifras de paro de todas las Comunidades Autónomas.

En lo concerniente a la distribución sectorial del empleo en Andalucía, es esencial detallar que los sectores Servicios con un 73,5% de los ocupados, mientras que el sector de la Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca representa el 11,9% antes de la Reforma Laboral de 2021²², han sido históricamente predominantes en la región. Y desde la entrada en vigor de la Reforma estos datos apenas han cambiado, aunque esta no se centraba especialmente en esto, y más en otros factores como la precariedad pero que al fin y al cabo se encuentran indirectamente relacionados.

Finalmente, abordando la estabilidad contractual, la evolución en conjunto (indefinidos tradicionales y fijos discontinuos) se resume en un dato: en abril de 2021 se habían firmado en lo que iba del año 36.029 contratos de este tipo, este año en cambio 448.066 contratos indefinidos han sido firmados entre enero y abril de 2023, 244.698 son

²¹ Junta de Andalucía - Instituto de Estadística y Cartografía: Estadística. Mercado de Trabajo. Encuesta de Población Activa. Segundo trimestre de 2023.

²² Junta de Andalucía - Instituto de Estadística y Cartografía: Estadística. Empresas. Directorio de Empresas con Actividad Económica en Andalucía. 1 de enero de 2022.

fijos discontinuos, el 54,61%, más de la mitad, según la estadística del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

3.4. Reflexiones sobre la eficacia y eficiencia de la reforma

La Reforma Laboral de 2021 ha proyectado sus efectos sobre el panorama laboral español de manera tangible, esculpiendo una nueva configuración en la estructura contractual y en las cifras de empleabilidad, especialmente en el ámbito del empleo juvenil y en contextos regionales como el de Andalucía. Aunque la reforma ha presentado un notable impacto positivo, en términos de reducción de la tasa de temporalidad y mejora de la calidad del empleo generado, existen diversas aristas que ameritan un análisis crítico y ponderado.

En base a lo planteado a lo largo del trabajo, con los datos ofrecidos y las opiniones académicas de algunos autores vamos a establecer una serie de deducciones acerca de la eficacia y eficiencia de la reforma, centrándonos especialmente en los aspectos que este trabajo interesa. Antes de ello, destacar de manera positiva previamente que esta Reforma Laboral de 2021 se distingue históricamente si buscamos una analogía con el resto de reformas en dos aspectos notables. En primer lugar, se destaca como la primera reforma consensuada entre el Gobierno y los representantes de los actores sociales²³. En segundo lugar, se erige como la primera reforma laboral que, de alguna manera, restaura derechos y se orienta eficazmente hacia la reducción de la temporalidad injustificada que históricamente caracterizaba a nuestro mercado laboral.

Una vez hecho esta aclaración relacionada con la negociación colectiva y el espíritu de la Reforma Laboral de 2021. A modo de cierre del estudio técnico-jurídico realizado, se presentan en lo que sigue un conjunto de conclusiones, con el objeto de destacar las ideas y consideraciones más significativas del trabajo investigador realizado relacionadas con la temática del mismo:

PRIMERA. - Sin duda podemos hablar de una reducción de la temporalidad. La disminución significativa en las tasas de temporalidad es una consecuencia directa de la reforma, cuya incidencia ha generado un incremento sustancial en la suscripción de contratos indefinidos. Esta dinámica desvela una situación previa donde la contratación temporal, en muchas ocasiones, ocultaba prácticas fraudulentas, utilizando contratos por obra o servicio sin una causa temporal legítima.

Adicionalmente, este cambio significativo en las cifras de temporalidad laboral insta un interrogante crítico sobre la genuinidad de la estabilidad en el empleo actual. Si bien los contratos indefinidos han experimentado un incremento, es crucial indagar sobre la calidad y condiciones de estos puestos. El análisis debe profundizar en si los trabajadores están efectivamente experimentando una mejora en sus condiciones y si estas posiciones indefinidas son genuinamente estables y de calidad, o si, por el contrario, se están utilizando mecanismos legales para mantener una flexibilidad laboral.

SEGUNDA. - Igualmente podemos confirmar que ha habido una mejoría en las tasas de desempleo en términos generales, anteriormente indicadas. La reforma ha desembocado en la creación de empleo, con una mejora perceptible en la calidad de los puestos generados. No obstante, es imperativo señalar que la clasificación de los trabajadores fijos discontinuos puede maquillar ciertas estadísticas, al no considerarlos desempleados durante sus periodos de inactividad, lo que podría generar una percepción optimista y posiblemente sesgada de la real estabilidad laboral.

²³ UGT (Unión General de Trabajadores): *“La Reforma Laboral un año después: Balance de situación.”*, 2022.

Este punto conlleva una reflexión más allá de las cifras, analizando la calidad y sostenibilidad del empleo generado. La ponderación de la reforma requiere una mirada crítica que evalúe si los puestos creados satisfacen las necesidades y expectativas de los empleados y si estos permiten el desarrollo y crecimiento profesional. Además, es vital entender cómo esta creación de empleo se distribuye entre diferentes sectores y geografías, y si es inclusiva y accesible para todas las demografías laborales.

TERCERA. - Se ha hecho un buen trabajo jurídico y a nivel de empleabilidad con la última reforma, pero aún quedan aspectos pendientes de la Reforma Laboral de 2012 que sería interesante valorar su modificación. Tales como cuestiones vinculadas al despido colectivo, donde la indemnización y las causas detrás de los despidos siguen siendo un terreno en el que se puede progresar en la mejora de los derechos laborales y sociales.

Dichos aspectos remanentes plantean el cuestionamiento sobre la equidad y justicia dentro del mercado laboral, donde las garantías para los trabajadores ante situaciones de despidos colectivos o reestructuraciones empresariales deben estar fundamentadas en un marco legal sólido y justo. Una revisión y, si es necesario, una nueva reforma que aborde estas cuestiones pendientes, se proyecta como una necesidad imperante en un futuro a medio y a largo plazo para seguir progresando hacia un mercado laboral más justo y equitativo.

CUARTA. - A nivel juvenil, las cifras de empleo han registrado una mejoría post-reforma, pero, aun así, España y particularmente Andalucía sigue lidiando con cifras de desempleo juvenil elevadas, especialmente si se las compara con otros contextos nacionales e internacionales. Esta mejora, si bien es un paso positivo, subraya la necesidad de políticas adicionales y específicas dirigidas a este segmento poblacional.

Estas cifras no sólo son susceptibles a las reformas laborales, sino también a las fluctuaciones económicas y a cambios en los patrones de empleabilidad. La necesidad de estrategias que faciliten la incorporación de jóvenes al mercado laboral y que a la vez les provean de oportunidades de desarrollo y crecimiento profesional se perfila como una necesidad primordial para asegurar un futuro laboral próspero para las nuevas generaciones.

QUINTA. - Aunque Andalucía ha experimentado una mejoría en sus cifras de desempleo, las mismas continúan siendo adversas en comparación con otras comunidades autónomas. Este hecho resalta la importancia de explorar estrategias y políticas laborales que aborden las particularidades y desafíos propios de esta región. Es crucial identificar y comprender las particularidades del mercado laboral andaluz, que puedan estar influyendo en su rendimiento frente a otras comunidades autónomas. La aplicación de políticas y estrategias que tengan en cuenta la diversidad sectorial, demográfica y socioeconómica de Andalucía se configura como un elemento clave para avanzar hacia una recuperación y consolidación más robusta y sostenible del empleo en la región.

SEXTA Y DEFINITIVA. - La Reforma Laboral de 2021 ha trazado un camino hacia la estabilización del empleo y la reducción de la precariedad laboral en ciertas dimensiones. Sin embargo, también pone de manifiesto que aún existen desafíos y espacios para futuras intervenciones y reformas que afiancen aún más los derechos de los trabajadores y fortalezcan la estabilidad y calidad del empleo, particularmente entre los jóvenes y en regiones como Andalucía donde el desempleo sigue siendo una cuestión crítica.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALLESTER PASTOR, M.A.: “*La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “*Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia*”, Revista Temas Laborales, n. 161, 2022.
- BAYLOS GRAU A. P.: “*La reforma laboral en España: primeras impresiones*”, Derecho Laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e información social, n. 284, 2021.
- EC (European Commission) - Comisión Europea: “*Hacia unos principios comunes de flexiseguridad: Más y mejores empleos mediante flexibilidad y seguridad (COM(2007) 359 final)*.”, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “*La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*”, Laborum, Murcia, 2019.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “*Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral*”, Temas Laborales, n. 161, 2022.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. y Mercader Uguina, J. R.: “*Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social.*”, 2019.
- CASAS BAAMONDE M. E y VALDÉS DAL-RE, F. (Coords.): “*El trabajo fijo discontinuo, modalidades de contrato a tiempo parcial*”, en AA.VV., Los contratos de trabajo a tiempo parcial, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- CALVO GALLEGO, F. J.: “*La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021*”, Monográfico Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, 2022.
- VICENTE-PALACIO, A., “*La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrataciones*”, Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum, no 2, 2022.
- TÁRRAGA POVEDA, J.: “*El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial*”, Bomarzo, Albacete, 2004.
- ROJO TORRECILLA, E.: “*Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo*”, en Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, 7 de enero de 2021.
- GARCÍA ORTEGA, J.: “*El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral.*”, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2022.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “*Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (anterior y posterior al RD Ley 32/2021)*”, Blog de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Una mirada crítica a las relaciones laborales. Puede consultarse en <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#32fj1>. Consultado el 25 de septiembre de 2023).
- LÓPEZ BALAGUER, M.: “*El nuevo contrato fijo-discontinuo*”, Revista jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social, Vol. 13, no. 1, 2023.

5. OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- INE - Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa (EPA): Indicadores de calidad de vida, Trabajo, Tasa de paro, 2021.
- Ministerio de Trabajo y Economía Social, Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE): Estadísticas, Resumen datos estadísticos.
- INE: Indicadores de calidad de vida, Trabajo, Trabajo Temporal. Puede consultarse en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_

LOS RETOS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ACTIVO ANDALUZAS FRENTE A LA LEY 3/2023, DE EMPLEO

DIEGO VELASCO FERNÁNDEZ
*Doctorando del Departamento del Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria*
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y CONTEXTO ECONÓMICO Y SOCIAL ANDALUZ
2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ACTIVO EN ESPAÑA
3. CONTEXTUALIZACIÓN DEL DESARROLLO DEL EMPLEO ACTIVO EN ANDALUCÍA
4. BREVE RESEÑA SOBRE LAS NOVEDADES DE LA LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO
5. CONCLUSIONES. APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN ANDALUCÍA E INFLUENCIA DE LA LEY 3/2023
6. BIBLIOGRAFÍA

BREVE RESEÑA Y SUMARIO:

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha introducido novedades en la planificación y coordinación de las políticas de empleo. Las políticas activas de empleo tienen una honda influencia europea, desde el Tratado de Ámsterdam y la Estrategia Europea de Empleo acordada en Luxemburgo en 1997, hasta la estrategia Europa 2020. En el ordenamiento interno se venían articulando en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. En este contexto, se produjo un diseño y desarrollo de las políticas activas de empleo por parte de cada Comunidad Autónoma dentro de sus competencias y en convivencia con el Servicio Público de Empleo Estatal. La Comunidad andaluza ha venido desarrollando estas políticas en su ámbito territorial. Con la creación de la Conserjería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo en 2019 se plantean numerosas reformas en las políticas de empleo activo andaluzas. Ahora, la nueva Ley de Empleo también plantea nuevos retos. Esta ponencia específica tiene como objetivo analizar las fortalezas y debilidades de las políticas de empleo activo en Andalucía frente a la nueva Ley 3/2023. Qué aspectos ya han sido adelantados por la legislación autonómica y en cuales tendrá que profundizar.

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y CONTEXTO ECONÓMICO Y SOCIAL ANDALUZ

Las políticas de empleo se entienden como aquellos instrumentos básicos para hacer efectivo el derecho al trabajo. Se materializan en una serie de instrumentos y objetivos que establecen los poderes públicos, con o sin participación social, con el fin de corregir o limitar desequilibrios subjetivos u objetivos y territoriales del mercado de trabajo¹. Tradicionalmente las políticas de empleo se han diferenciado en políticas activas (aquellas que incentivan la creación del empleo de forma directa, esto es, interviniendo en el mercado mediante instrumentos jurídicos e instituciones creadas a tal efecto) y en políticas pasivas (aquellas que establecen garantías de rentas para los desempleados)².

En este trabajo se va a indagar en las novedades de las políticas activas de empleo en la comunidad autónoma andaluza. Para ello se estudiará el nuevo encuadramiento de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que se establece como un nuevo instrumento para la planificación y coordinación de la política de empleo.

En primer lugar, es necesario plantear brevemente el contexto económico y la transformación del mercado andaluz a lo largo del siglo XX. Gracias a esto comprenderemos por qué hay necesidad de unas políticas de empleo activo realmente eficaces en Andalucía.

El mercado de trabajo en Andalucía ha cambiado de manera significativa en el último siglo. El tejido empresarial y económico andaluz ha tenido un desarrollo limitado a lo largo de la historia contemporánea. En los albores del siglo XX se dan varios factores que explican la falta de desarrollo económico con respecto a otras regiones de España y de Europa. Hablamos de la escasez de recursos energéticos propios necesarios para el desarrollo industrial y la carencia de una infraestructura de comunicación fuerte entre las diferentes regiones y pequeñas industrias, lo que frenó el desarrollo del mercado regional. En este sentido, la falta de una red de instituciones financieras andaluzas también limitó

¹ OLARTE ENCABO, S. *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La 3ª "om7ivm-yell:711W3R~Ptivas 1:7 IPSI7R*. Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 28.

² MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, 2015, p. 348.

la inversión empresarial³. Por otro lado, la baja cualificación técnica y científica de la población, que contaba con una baja tasa de alfabetización (22,7% en 1890, 66% en 1930, 75,2% en 1960 y 87,1 en 1980) y de escolarización (20,9% en 1890, 36,5% en 1930, 48,1% en 1960 y 69,3 en 1980) en comparación con otras regiones, lastraron la capacidad de iniciativa e inversión en Andalucía⁴.

A principios del siglo XX, estos factores llevaron a Andalucía a depender mayoritariamente del sector agrario. Hacia 1900 y durante la primera mitad del siglo XX, la población activa en Andalucía se distribuye en su mayoría en las actividades relacionadas con la agricultura y la pesca. Son también algo significativas las industrias extractivas relacionadas a la minería en Huelva y las industrias manufacturera y naval en Cádiz. Para el resto de provincias andaluzas, entre el 60 y el 70% de la población se dedicaba a la agricultura o la pesca. Para los años 60 las industrias manufactureras empiezan a proporcionar mayor ocupación, especialmente en Málaga, Sevilla y Cádiz, en torno al 20 y al 30%, dependiendo de la provincia. No obstante, el sector primario continúa ocupando a más del 50% de los andaluces. No será hasta los años 80 cuando comienza una fuerte terciarización de la economía andaluza, con el desarrollo de la industria turística, hostelera y de servicios. Para finales de siglo, la modernización de la agricultura a través de la mecanización y los cultivos intensivos llevan a tasas de ocupación de la población activa a reducirse en torno al 12,5% en el sector primario, aunque sigue siendo relevante en algunas provincias como Almería o Huelva⁵.

En los últimos años y en la actualidad, los principales factores que lastran el desarrollo económico andaluz son el desempleo juvenil (38,91% de los andaluces menores de 25 años se encuentran en paro), la alta temporalidad de los contratos (22,2% de los contratos temporales, frente al 17,3% de la media nacional⁶), el desempleo de larga duración o estructural de la comunidad andaluza y los bajos niveles de formación educativa⁷.

³ Cfr. BERNAL, A.M.; FLORENCIO PUNTAS, A. Y MARTÍNEZ RUIZ, J.I. *El empresario andaluz, en perspectiva histórica*. Escuela Andaluza de Economía, Sevilla, 2010.

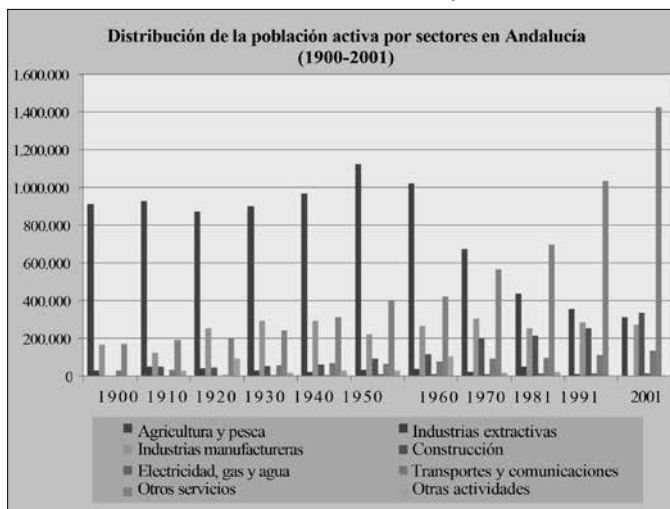
⁴ Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía. Censos de población de 1877 y 2001. Con respecto al atraso comparativo en alfabetización en Andalucía frente otras regiones *vid.* PAREJO BARRANCO, A. *Estadísticas históricas de Educación y Cultura en Andalucía. Siglo XX*. Instituto de Estadística de Andalucía, 2007.

⁵ GÁLVEZ MUÑOZ, L. *Estadísticas Históricas del mercado de trabajo en Andalucía en el siglo XX*. Instituto de Estadística de Andalucía. Sevilla, 2008

⁶ Sobre este punto es necesario remarcar la tendencia a la baja del porcentaje de contratos a tiempo parcial desde la entrada en vigor de las reformas del RDL 32/2021, de 28 de diciembre. En el cuarto trimestre de 2021 el porcentaje de contratos temporales en Andalucía suponía el 34,1% de los contratos, y el 25,4% a escala nacional. Importante también es reseñar la fuerte feminización que tienen los contratos a tiempo parcial, por lo que las medidas destinadas a reducir la temporalidad deben entenderse también positivas para la reducción de la brecha de género en las pensiones y la igualdad laboral y de oportunidades entre hombres y mujeres. Datos obtenidos por el Instituto Nacional de Estadística para el segundo trimestre de 2023.

⁷ Al respecto de los factores que caracterizan los principales problemas del mercado de trabajo en Andalucía *Vid.* BLANCO EGUREN, R. (Coord.). *Plan director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía*. Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Junta de Andalucía, 2019, p.18

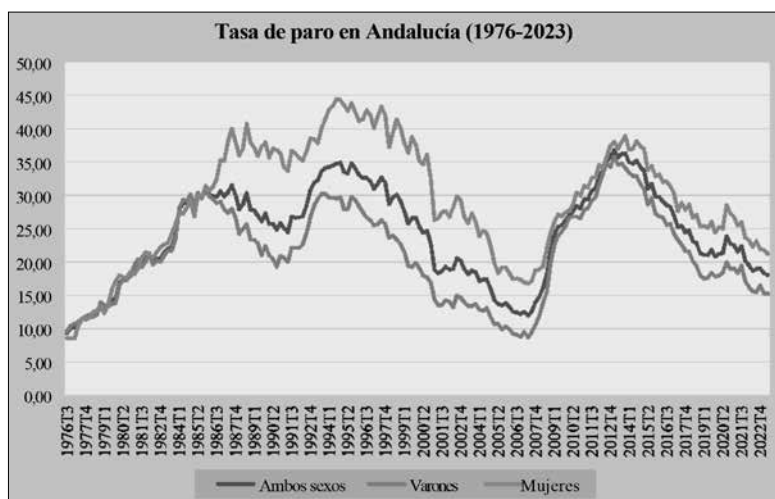
Tabla 1 Distribución de la población activa por sectores en Andalucía (1900-2001). Elaboración propia. Fuente: GÁLVEZ MUÑOZ, L. Estadísticas Históricas del mercado de trabajo en Andalucía en el siglo XX. Instituto de Estadística de Andalucía. Sevilla, 2008



Podemos observar este cambio progresivo de la estructura económica andaluza a lo largo de las décadas. Esta circunstancia provocó, a partir de los años 70, el aumento descontrolado de la tasa de desempleo. El paro constituye en la época contemporánea andaluza un componente estructural de su economía. Durante las crisis económicas prácticamente uno de cada tres andaluces se ha encontrado en situación de desempleo.

Circunstancia que ha sido más dramática para colectivos como el de las mujeres o los jóvenes⁸.

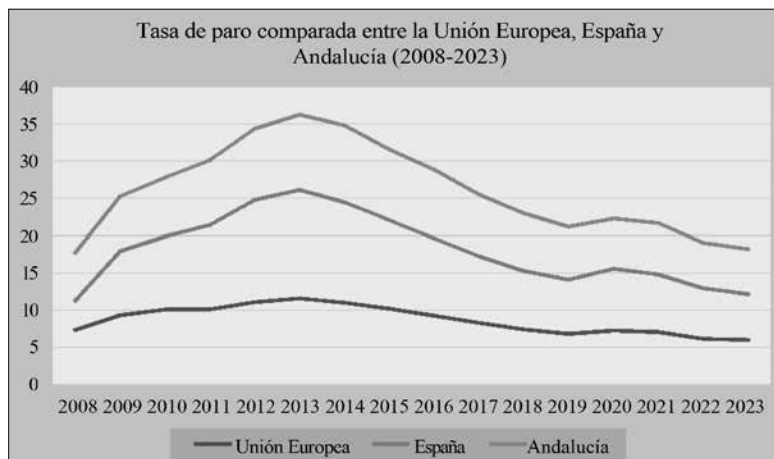
Tabla 2. Tasa de paro en Andalucía (1976-2023). Elaboración propia. Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE).



⁸ Cfr. GONZÁLEZ MOLINA, M. Y GÓMEZ OLIVER, M. (coords). *Historia contemporánea de Andalucía*. Consejería de Educación y Ciencia. Junta de Andalucía, Granada, 2000.

La tasa de paro, entendida como el cociente entre la población parada y la población activa, se han tornado de carácter cíclico y estructural en Andalucía desde los años 70, coincidiendo con la nueva estructura económica basada en el sector terciario principalmente. Es notable la tasa de paro en torno al 35% en los periodos de crisis. Al comparar estos datos con los mismos de ámbito nacional y europeo, podemos constatar la incidencia de este factor en Andalucía con respecto otras regiones de su entorno.

Tabla 3. Tasa de paro comparada entre la Unión Europea, España y Andalucía (2008- 2023).
Elaboración propia. Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE) y Eurostat.



En 2023 a nivel nacional la tasa de paro se encuentra de media en torno al 12,13%, mientras que en la Unión Europea es del 6%. En Andalucía, para el mismo periodo tenemos una media de 18,18%. La tasa de paro andaluza triplica la media europea. Como consecuencia de un desempleo tan elevado la renta media anual por persona en Andalucía en 2022 fue del 82,2% respecto de la media anual española. En Andalucía fue de 10.703€, m mientras que la total nacional fue de 13.008€⁹.

Arrojados estos datos, se comprende la preocupación política a nivel europeo, nacional y autonómico por intervenir en el mercado de trabajo para intentar reducir las tasas de paro andaluzas.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO ACTIVO EN ESPAÑA

A pesar de lo expuesto, los problemas de empleabilidad y de paro estructural no son endémicos de Andalucía, más bien son problemas inherentes de las economías capitalistas post-industriales. Desde el ámbito internacional pronto surge una honda preocupación por esta materia y se empieza a intervenir en la regulación del empleo. Es el origen de la configuración del Derecho al Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo en su Constitución de 1919 y la Declaración de Filadelfia de 1944, entiende como uno de sus objetivos primordiales, el fomento del pleno empleo y el desarrollo de programas que eleven el nivel de vida. En el Convenio número 111 de la OIT, ya se contemplaban medidas de acción positiva a favor de determinados colectivos con mayores dificultades de inserción laboral. Posteriormente, se consolida esta concepción activa de las políticas

⁹ Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE).

de empleo en el Convenio número 122 de la OIT que en su artículo 1 resume: “1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.

2.1. La política indicada deberá tender a garantizar:

- A) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;
- B) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;
- C) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.”

En el ámbito internacional, también la OCDE en su Recomendación del Consejo de 1964 ya propugnaba el uso de políticas activas para fomentar el crecimiento económico.

En Europa, el artículo 1 de la parte I de la Carta Social Europea establece que: “*Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido*”. Y el artículo 1 de la parte II, sobre el derecho del trabajo, añade: “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: 1. a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo; 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; 3. a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; 4. a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas*”

Dentro de la Unión Europea, el Tratado de Ámsterdam (1997) supuso el origen de la cooperación entre los Estados miembro en materia de políticas de empleo. Vino a modificar el artículo 136 del Título XI del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma 1957), que se expresa ahora de la siguiente manera: “*La Comunidad y los Estados miembros tendrán como objetivo [...] el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones*”. De aquí nacen los tres pilares del modelo económico europeo: competitividad, pleno empleo de calidad y cohesión social¹⁰. Esta tendencia se pondría en práctica con la Estrategia Europea para el Empleo (EEE) (Cumbre Extraordinaria de Luxemburgo de 1997). Cada Estado miembro, mediante los Planes Nacionales de Acción para el Empleo (PNAE) (1998 - 2005), adaptaron la estrategia europea a sus ordenamientos jurídicos. La Estrategia Europea para el Empleo estableció cuatro ejes principales de actuación: mejora de la capacidad de inserción profesional; desarrollo del espíritu empresarial; fomento de la resiliencia de trabajadores y empresas y refuerzo de políticas de igualdad en el acceso al empleo¹¹.

¹⁰ OLARTE ENCABO, S. *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. La “Subjetivación” de las Políticas Activas de Empleo*. Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 35.

¹¹ Cfr. GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Políticas activas de empleo*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2022, p. 34.

La apuesta por las políticas de empleo activas en Europa quedaría consolidada en el artículo 15 de la Carta comunitaria de los derechos fundamentales (Niza 2000) y en el Tratado de Lisboa (2009), en su artículo 2.3: *La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en [...] una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social [...]*. También se estableció la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo de 2000¹². El objetivo era, mediante una técnica legislativa “*soft law*” simplificar la gobernanza del empleo en los Estados miembro para favorecer la operatividad de las políticas de empleo. El resultado fue la obtención de un consenso sobre la necesidad de coordinarse en política económica y de empleo¹³ y el asentamiento de las bases para la Estrategia Europa 2020.

La Estrategia Europa 2020 conforma el último esfuerzo comunitario en materia de Empleo. En ella se recogen una serie de objetivos cuantificables mediante variables económicas y tasas de empleo. Se articula en tres pilares: crecimiento en economías del conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible mediante economías que usen los recursos de manera más eficiente y crecimiento integrador que genere un empleo de calidad que favorezca la cohesión social y territorial. Presenta cinco objetivos: empleo del 75% de la población entre 20 y 64 años; inversión en I+D del 3% del PIB de la UE; objetivo 20/20/20 en clima y energía (con reducción de emisiones del 30%); reducción del abandono escolar por debajo del 10% y alcanzar el 40% de jóvenes con estudios superiores y reducir las personas amenazadas por el riesgo de pobreza en 20 millones¹⁴. Pilares y objetivos que deben ser transferidos a los ordenamientos nacionales para que cada estado miembro los ejecute.

En el ordenamiento jurídico español, la Constitución Española de 1978 proclamó el Derecho al Trabajo (art. 35.1 CE), así como el mandato a los poderes públicos de buscar el pleno empleo (art. 40.1 CE) y proteger mediante la Seguridad Social las situaciones de necesidad (art. 41 CE). La Ley Básica de Empleo de 1980 realizó el desarrollo constitucional de estos derechos y ofrece una primera definición de Política de Empleo. La dirección de las políticas de empleo se institucionalizó con el Instituto Nacional de Empleo (INEM). Posteriormente, la Ley de Empleo 5 6/2003 desarrolló una definición extensa de política de empleo y un catálogo de políticas de acción (de intermediación, fomento, formación profesional, flexibilidad de la gestión de las relaciones de personal y de reparto de empleo). Esta ley nace por la necesidad de coordinación con la política europea de empleo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹⁵. En 2003 se pone en práctica lo dispuesto en el artículo 149.1.7 CE por el cual las Comunidades Autónomas comienzan a tener competencia a la ejecución de la legislación laboral. A partir de ese momento, las Comunidades Autónomas configurarían la aplicación de las políticas activas de empleo. No de las políticas pasivas, porque se entienden integradas en la legislación de la Seguridad Social que sí permanece como competencia del estado¹⁶. Por otra parte, la gran aportación de la Ley 56/2003 fue la creación del Sistema Nacional de Empleo (SNE) que sustituye al INEM. Esta ley pormenorizó la conceptualización de las políticas de empleo para facilitar su aplicabilidad, acercándola a los nuevos parámetros de la Estrategia Europea del Empleo¹⁷. Destacó la articulación de la Estrategia

¹² Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

¹³ Al respecto de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo de 2000 *Vid.* GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Políticas activas de empleo*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2022, pp. 36 y ss.

¹⁴ Sobre los métodos y consecuencias de estos planes de empleo a escala europea *Vid.* GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Políticas activas de empleo*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2022, p. 44 y ss.

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, 2015, p. 348.

¹⁶ Varias sentencias del Tribunal Constitucional vinieron a dirimir esta cuestión, destacando la STC 249/1988, de 20 de diciembre.

¹⁷ *Cf.*: CABERO MORÁN, E., La prometedora Ley de Empleo de 2023 y sus novedades sobre la reforma laboral de 2021. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (nº100), 2023.

Española de Activación para el Empleo (artículo 4 bis) y los Planes Anuales de Política de Empleo (artículo 4 ter). La Estrategia Española de Activación por el empleo sería desarrollada por el RD 751/2014, de 5 de septiembre) que estableció 6 ejes para la ejecución de las políticas activas de empleo: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso de empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional¹⁸. Durante los años posteriores a la crisis económica y financiera que comenzó en 2008 se sucedieron las reformas de la Ley 5 6/2003 con la finalidad de agilizar y hacer más eficaz la intermediación laboral redefiniendo las agencias de colocación y las Empresas de Trabajo Temporal¹⁹. Todas estas reformas fueron sistematizadas en el Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre. Este cuerpo legal fue modificado posteriormente en tres ocasiones para añadir los itinerarios de inserción²⁰, los contratos vinculados a programas de activación para el empleo²¹ y establecer la garantía del principio de igualdad en el acceso al empleo de las personas trans y LGTB I²².

El Texto Refundido de la Ley de Empleo (RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre) siguió la misma línea en materia de políticas de empleo que se venía estableciendo desde la Ley 56/2003, de 16 de diciembre. La necesidad de adaptar las políticas de empleo a nuevas realidades económicas y las diferencias en el mercado de trabajo y de las personas demandantes de empleo ha instigado al legislador a aprobar una nueva Ley de Empleo 3/2023, de 28 de febrero²³. Esta ley se aprueba en cumplimiento del *Componente 23 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo* del Gobierno de España, en el que expresamente se indica, en su Reforma 5 la “Modernización de políticas activas de empleo”.

La Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, a raíz de su regulación en el artículo 10 de la Ley de Empleo (RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre), procuró establecer la política de activación del Sistema Nacional de Empleo en un periodo de 4 años. De esta forma se buscó la coordinación de todos los agentes que intervienen en las políticas activas para la consecución de sus objetivos. En la actualidad se mantiene vigente la Estrategia para el periodo 2021-2024, regulada en el RD 1069/2021, de 4 de diciembre, que recoge el marco general en políticas activas de empleo e intermediación laboral a ejecutar en el Estado y las Comunidades Autónomas.

3. CONTEXTUALIZACIÓN DEL DESARROLLO DEL EMPLEO ACTIVO EN ANDALUCÍA

El artículo 63 del Estatuto de Autonomía de Andalucía sobre “*Empleo, relaciones laborales y seguridad social*” enuncia:

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, 2015, p. 349.

¹⁹ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (posteriormente Ley 35/2010, de 17 de septiembre); Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Real Decreto-ley 8/2014 y Ley 18/2014; Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

²⁰ Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (artículo 41).

²¹ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (disposición adicional novena).

²² Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (artículo 33).

²³ Cfr. CABERO MORÁN, E., La prometedor Ley de Empleo de 2023 y sus novedades sobre la reforma laboral de 2021. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (nº100), 2023.

“1. Corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso: 1.º Las políticas activas de empleo, que comprenderán la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral y el fomento del empleo. [...]”

Como se ha comentado, la Constitución Española prevé que sean las Comunidades Autónomas las que desarrollen sus propias políticas sociales. La justificación del traspaso de esta competencia al nivel autonómico es poder adecuar las políticas de empleo a la singularidad del mercado de trabajo de cada Comunidad Autónoma, pero sin poner en riesgo la cohesión social de toda la ciudadanía española. Esta circunstancia ha cristalizado en los Estatutos de Autonomía de segunda generación, que han supuesto un cambio en la construcción institucional del Estado, ya que muestran un tendente proceso hacia la descentralización territorial y la persecución por parte de las autonomías del máximo reconocimiento competencial permitido por la Constitución Española. Ejemplo de esto es que estas reformas estatutarias²⁴ incluyen títulos de derechos sociales y que se centran en la regulación de aspectos laborales y de políticas de empleo en sentido amplio²⁵.

La ya mencionada Estrategia Española de Empleo siempre ha venido contemplando la inclusión de todas las administraciones involucradas y agentes sociales para conseguir la efectividad de las políticas de empleo. No obstante, la función de las Comunidades Autónomas ha quedado circundada al cumplimiento de los objetivos comunitarios dentro del margen permitido por el marco constitucional. La naturaleza específica a nivel territorial del mercado de trabajo ha hecho de las Comunidades Autónomas un agente importante para la aplicación de las políticas de empleo. La gestión y fomento del empleo es fundamental para la soberanía autonómica ya que es la única variable económica en la que pueden intervenir las Comunidades Autónomas. Esto explica que las Comunidades hayan planteado estrategias y empleado recursos en transformar la variable del empleo²⁶.

El diseño de las políticas activas de empleo autonómicas se recoge en los Pactos Territoriales de Empleo. No obstante, es necesario poner de relieve que, si las Comunidades Autónomas se han aplicado en llevar a cabo estos Pactos, en realidad no han proporcionado una singularidad significativa, ya que se limitan en gran medida a recoger los principios ordenadores del Plan Nacional de Empleo, perdiendo así la oportunidad de adaptar dichas políticas a las especificidades de cada territorio²⁷. No obstante, la tendencia parece estar orientada hacia una mayor implicación autonómica en la ejecución de las políticas de empleo. Cada vez más Comunidades Autónomas ponen en marcha medidas de empleo singulares y se está atendiendo a una modernización de las Oficinas de Empleo, mediante la incorporación de nuevas tecnologías.

Hay tres fuentes de financiación de las políticas activas de empleo que son aplicadas por las Comunidades Autónomas. En primer lugar, los fondos que proceden la Unión Europea, a través de los Programas de Empleo ya comentados; en segundo lugar, los

²⁴ Comprenden las reformas de los Estatutos de Andalucía, Aragón, Castilla-León, Cataluña, Comunidad Valenciana e Islas Baleares.

²⁵ RODRÍGUEZ SANTOS, E. “Las Comunidades Autónomas como actores de las políticas laborales y de protección social” en GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA J., y ELORZA GUERRRO, F. (Coords.) *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, p. 100.

²⁶ *Ibid.* p. 102.

²⁷ RODRÍGUEZ SANTOS, E. “Las Comunidades Autónomas como actores de las políticas laborales y de protección social” en GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA J., y ELORZA GUERRRO, F. (Coords.) *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, p. 103.

fondos estatales, que se prevén en los Presupuestos Generales del Estado y se reparten en Conferencia Sectorial y, por último, los fondos autonómicos propios²⁸.

Los objetivos que predominan en las políticas de empleo a nivel autonómico son²⁹:

- Fomento al empleo mediante subvenciones para incentivar la contratación de colectivos vulnerables o con dificultades para acceder al mercado de trabajo. Algunas comunidades extienden estas ayudas a otros colectivos más allá de la norma estatal.
- Promoción de la conciliación de la vida laboral y familiar, mediante ayudas que favorezcan la distribución del trabajo e incrementen el empleo.
- Reducción de la temporalidad en el empleo incentivando la contratación indefinida.
- Mejora de la cualificación de desempleados mediante los Planes Autonómicos de Formación Profesional y la Formación Profesional Ocupacional.
- Creación de empleo con medidas que favorezcan las inversiones empresariales y el emprendimiento. Comprenden ayudas para la digitalización, tecnificación o simplificación de sistemas, así como incentivos para los trabajadores autónomos.

Si nos centramos en Andalucía, en líneas generales las políticas activas de empleo han hecho especial hincapié en:

- Intermediación e inserción. Buscando la comunicación entre oferta y demanda. Para los demandantes de empleo se ofrecen servicios de orientación, información, formación y seguimiento. Para facilitar la oferta se establecen procesos de búsqueda de trabajadores para el puesto de trabajo a cubrir.
- Formación para el empleo. Se establecen actuaciones formativas o de mejora de procesos formativos para conseguir que las personas demandantes de empleo estén suficientemente cualificadas para los puestos de trabajo ofertados.
- Fomento del empleo mediante la creación de nuevos empleos. Para ello se potencia la incentivación de la contratación con ayudas directas o reducciones de la cotización y también se potencia el apoyo al autoempleo con programas de asesoramiento y financiación.
- También es necesario mencionar la incidencia de otras políticas desarrolladas en Andalucía que afectan al empleo como aquellas dirigidas al fomento empresarial (con programas de asesoramiento y financiación también) y de la economía social.

La institución que ejecuta estas funciones en materia de empleo activo es el Servicio Andaluz de Empleo (SAE). Las funciones de intermediación e inserción son desarrolladas por las Oficinas del SAE mediante los centros de Andalucía Orienta.

El Decreto 2/2019, de 21 de enero del presidente de la Junta de Andalucía, crea la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo en Andalucía. El Decreto 100/2019, de 12 de marzo, regula la estructura orgánica de dicha Consejería dotándola de numerosas competencias en materia de empleo, intermediación, relaciones laborales,

²⁸ BLANCO EGUREN, R. (Coord.). *Plan director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía*. Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Junta de Andalucía, 2019, p.31

²⁹ RODRÍGUEZ SANTOS, E. "Las Comunidades Autónomas como actores de las políticas laborales y de protección social" en GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA J., y ELORZA GUERRRO, F. (Coords.) *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, p. 103.

prevención de riesgos laborales, políticas de igualdad, inspección de trabajo, formación, promoción del trabajo autónomo y economía social. Como desarrollo de estas medidas, en diciembre de 2019, se emite el “*Plan director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía*” por la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo en el que se hace una valoración del contexto económico y laboral andaluz, se analiza la eficiencia en el aprovechamiento de los fondos en materia de políticas de empleo y se estudian los puntos débiles del servicio público de empleo andaluz. Lo más relevante de este plan director son las tres líneas maestras de actuación para mejorar la aplicación de las políticas de empleo³⁰:

- *Línea maestra 1*: Modernización del Servicio Andaluz de Empleo. El objetivo que se plantea el ejecutivo andaluz es informatizar el servicio haciendo uso del *big data* y de la inteligencia artificial entre otros medios informáticos para mejorar el servicio.
- *Línea maestra 2*: Actualización de las políticas activas de empleo para aumentar la empleabilidad de los parados y la productividad de las empresas. En materia de Formación para el empleo, se diseñarán cursos ajustados a la realidad de la oferta y la demanda, con métodos de cualificación más flexibles y apoyados en la licitación dentro de la modalidad de contratación pública. En Orientación e intermediación, función principal del SAE, se establecerá un plan de perfilado estadístico de los demandantes, de manera que de forma individualizada se pueda acercar al demandante a potenciales ofertas de trabajo. En materia de empleo y políticas de igualdad, se busca la promoción de la diversidad y la integración sociolaboral, para ello se establecen medidas de corresponsabilidad en el cuidado (que sea tanto el hombre como la mujer los que se encarguen de los cuidados), así como la conciliación y el teletrabajo. En materia de desarrollo local, se busca la promoción de empleo local que se adapte a las singularidades estructurales y económicas de los territorios y reduzca la despoblación. Finalmente se prevé la aplicación de programas integrales que permitan la inserción laboral de parados de larga duración y personas desempleadas con capacidades diferentes (mejora de la motivación, formación e intermediación), el otorgamiento de incentivos selectivos para fomentar la contratación (esto es, incentivos a personas trabajadoras para acceder al empleo y los complementos salariales para conseguir ingresos mínimos a las personas trabajadoras ocupadas) y fomento del trabajo autónomo (mediante el apoyo económico y con medidas de conciliación) y la economía social (mediante estímulos económicos orientados a aumentar la innovación y la competitividad empresarial).
- *Línea maestra 3*: Mejorar las relaciones laborales en Andalucía apoyando la negociación colectiva con especial cuidado en la reducción de los riesgos y la siniestralidad laboral.

Estas líneas maestras son la apuesta del ejecutivo andaluz en materia de empleo, vemos muchos ejes novedosos como el de la informatización, la importancia de la empleabilidad, la formación y el desarrollo local. Como veremos a continuación, algunos de estos objetivos serán comunes a los establecidos en la Ley 3/2023, mientras que otros son específicos de la normativa andaluza. Sea como fuere, a través del estudio comparativo podremos conocer los retos a los que se enfrentará el sistema andaluz de empleo en los próximos años.

³⁰ BLANCO EGUREN, R. (Coord.). *Plan director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía*. Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Junta de Andalucía, 2019, pp. 44 y ss.

4. BREVE RESEÑA SOBRE LAS NOVEDADES DE LA LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, nace en un contexto difícil para el empleo en España. Las políticas de empleo españolas siempre han lidiado con un desempleo estructural que corona las estadísticas europeas, más aún en la comunidad andaluza. El marco teórico para afrontar el problema del paro ha sido el del pensamiento económico liberal, independientemente de la orientación política de cada Gobierno a la hora de desarrollar cada reforma, salvando los matices ideológicos de cada uno³¹.

La Ley 3/2023 presenta novedades en materia de empleabilidad, intermediación, prospectiva, colectivos prioritarios, colaboración público-privada, evaluación, coordinación de políticas activas y pasivas y digitalización de servicios.

En materia de empleabilidad, la citada ley trae una novedosa definición en su artículo 34. Se entiende que el estado de empleabilidad en el que se encuentra el sujeto no depende únicamente de sus competencias y cualificaciones, sino que la empleabilidad es un fenómeno multicausal, donde intervienen, entre otros, factores como la evolución tecnológica o las condiciones del mercado de trabajo. A partir de ahora, se entiende la empleabilidad como un estado marcado por factores internos y externos en la oferta y la demanda. Esto es una novedad con respecto a la legislación anterior, en tanto libera en parte de responsabilidad al sujeto para trasladarla también a factores externos³². Igualmente se da más importancia a la educación como medio para el acceso y el reciclaje en el trabajo. El artículo 35 establece el derecho y deber de las personas demandantes a mantener y mejorar la empleabilidad. El artículo 36 presenta la tasa de empleabilidad y de intermediación y cobertura, para medir la efectividad de los servicios prestados en materia de empleo y protección económica por las entidades del Sistema Nacional de Empleo. El objetivo es conocer mejor la situación real de los demandantes para la toma de decisión de los servicios de empleo al respecto de su empleabilidad. Para ello también se da importancia a la atención personalizada elaborando perfiles individuales de los usuarios³³.

Los colectivos prioritarios vienen definiéndose como el conjunto de sujetos con dificultades para acceder al empleo y mantenerlo, o lo que es lo mismo, con un nivel de empleabilidad menor. En la Ley Básica de Empleo eran cinco³⁴. En la Ley 56/2003 y el RDL 3/2015 se incluyeron ocho³⁵. En el artículo 50 de la Ley 3/2023 se incluyen 20 colectivos. Antiguos colectivos ahora aparecen subdivididos y se han incluido otros nuevos³⁶. Llegados a este punto hay que destacar que la proliferación de colectivos puede debilitar la noción de preferencia que se entiende deben tener para poder ser protegidos³⁷. Por otro lado, la

³¹ PÉREZ DEL PRADO, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. Labos, Vol. 4, Número extraordinario "Tormenta de reformas", p.88.

³² Muy interesantes son las apreciaciones de PÉREZ DEL PRADO, D. en tanto a la nueva definición de empleabilidad. Incide sobre todo en aquellos aspectos que bien podrían haber sido desarrollados con más claridad o mejor sistematizados. Vid. PÉREZ DEL PRADO, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. Labos, Vol. 4, Número extraordinario "Tormenta de reformas", p.88.

³³ NAVARRO NIETO, F., Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de empleo. Diario La Ley, (nº10302), 2023, p.7.

³⁴ Jóvenes demandantes de primer empleo, trabajadores perceptores de las prestaciones de desempleo, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de cuarenta y cinco años de edad y personas con discapacidad.

³⁵ Se añadieron las personas con responsabilidades familiares, en situación de exclusión social e inmigrantes.

³⁶ Se incorporan personas LGTBI; pertenecientes a grupos poblacionales étnicos o religiosos; provenientes de sectores en reestructuración; drogodependientes y con otras adicciones; víctimas del terrorismo; con guardia y tutela asumida por las Administraciones públicas y personas descendientes en primer grado de mujeres víctimas de violencia de género. Es de destacar la indefinición que parece rodear a algunos de estos grupos como el de "grupos poblacionales étnicos o religiosos" que puede generar situaciones de incertidumbre.

³⁷ Así lo han entendido incluso algunos grupos parlamentarios en la tramitación parlamentaria. ROJO TORRECILLA, E., "Análisis de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley de Empleo". *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. En PÉREZ DEL PRADO, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales

ley se aproxima de forma distinta a los colectivos atendiendo a dos criterios; de una parte, entiende que hay colectivos de especial vulnerabilidad; de otra, entiende que hay colectivos con problemas de empleabilidad. Puede entenderse que a raíz de esta nueva clasificación de los grupos y el nuevo concepto de empleabilidad se desarrolle la protección específica de los colectivos.

Sobre la intermediación se da una nueva definición en el artículo 3c), si bien más conciso que la definición del RDLeg 3/2015, no se desarrolla la naturaleza jurídica de las actividades de intermediación. El artículo 40 incluye cuáles serán los tipos de actuaciones de intermediación, pero sin aportar una clasificación razonada de las medidas. Comprende las actuaciones tradicionales de puesta en contacto de oferta y demanda de empleo, las actuaciones de prospección y captación de ofertas de trabajo, la selección para un puesto de trabajo y la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo de los apoyos necesarios en el proceso de intermediación laboral³⁸. Destaca la regulación del art. 44 sobre la recolocación de personas trabajadoras en procesos de reestructuración empresarial y la del art. 55 sobre la actividad de selección de personal que pasa a ser actividad de intermediación, competencia de los servicios públicos de empleo o de las agencias privadas de colocación. También, como novedad en la Ley 3/2023 se regula la prospección y captación de ofertas de trabajo, que debe entenderse como el estudio del mercado para detectar las necesidades futuras y poder adaptarse a ellas³⁹.

En materia de agencias de colocación y de entidades colaboradoras privadas es novedoso el enfoque de la Ley 3/2023. Se apuesta ahora por la coordinación y colaboración de los sujetos públicos con los privados en la prestación de servicios en materia de empleo. Se implementa una relación jerárquica entre los servicios públicos y privados de empleo. Los servicios públicos son los responsables principales del cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Empleo, pero se prevé la colaboración del resto de sujetos como actores secundarios y necesarios. Las agencias de colocación privadas intervienen de manera ineludible en las tareas de empleabilidad. Por ello se les permitirá actuar directamente o mediante convenios de colaboración con los servicios públicos. Siempre bajo una serie de requisitos legalmente establecidos y sometiéndose a los indicadores de eficacia del Servicio Público de Empleo para obtener financiación pública⁴⁰.

Otra novedad de la Ley 3/2023 es el compromiso con la autoevaluación de las políticas de empleo público que va a tener la administración⁴¹. Se establecen indicadores y criterios de evaluación, se crea la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y otros equipos de evaluación de la Administración General del Estado. Según los artículos 16 y 17, la toma de decisiones en materia de empleo se fundamentará en el análisis de datos, evidencias estadísticas y el estudio del mercado de trabajo⁴².

En los artículos 47 a 49 de la Ley 3/2023 se encuentran las reglas de compatibilización entre prestaciones y el trabajo por cuenta propia o ajena. Los mecanismos de coordinación de las políticas activas y pasivas de empleo empiezan a plantear una nueva óptica. Se

novedades. *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario “Tormenta de reformas”, p. 94. También Cfr: NAVARRO NIETO, F., Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de empleo. *Diario La Ley*, (nº10302), 2023. p. 10.

³⁸ NAVARRO NIETO, F., Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de empleo. *Diario La Ley*, (nº10302), 2023, p.9.

³⁹ Competencia de la Oficina de Análisis de Empleo en colaboración con el Observatorio de las Ocupaciones de la Agencia Española de Empleo y las comisiones paritarias sectoriales (Disposición Adicional 3º de la Ley 3/2023 de Empleo).

⁴⁰ Como resalta NAVARRO NIETO, F., en Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de empleo. *Diario La Ley*, (nº10302), 2023. p. 10, los portales digitales de intermediación están excluidos del concepto de intermediación laboral (art. 3.c Ley 3/2023).

⁴¹ Artículos 66 y siguientes de la Ley 3/2023, de Empleo.

⁴² La necesidad de una mejor evaluación de las políticas de empleo se puso de relieve en el Estudio sobre el programa de políticas activas de empleo de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), publicado el 12 de junio de 2019, pp. 110 y siguientes.

quiere conseguir que las personas desempleadas retornen a la vida activa minimizando el desincentivo al trabajo. Se establecen reglas de compatibilización entre trabajo y prestación para facilitar que el hecho de trabajar sea beneficioso para el usuario.

También se destaca por la doctrina la carencia de la Ley 3/2023 al respecto del desarrollo de las políticas activas de empleo a nivel local⁴³. Punto que ha sido recomendado históricamente por la Unión Europea⁴⁴ y aparecía en el Anteproyecto de Ley. Sorprende la falta de desarrollo local frente a la tendencia descentralizadora a nivel autonómico que se puede observar de las políticas de empleo.

Finalmente, la Ley 3/2023 incluye numerosas medidas de digitalización de sus servicios. Para ello crea en los artículos 14 y siguientes el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo, para establecer *“protocolos para el registro de datos comunes y la integración de la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo que realicen la Agencia Española de Empleo, los servicios públicos de empleo autonómicos y las entidades colaboradoras en todo el territorio del Estado”*.

5. CONCLUSIONES. APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN ANDALUCÍA E INFLUENCIA DE LA LEY 3/2023

Los datos sobre la realidad social y económica de Andalucía nos han mostrado que las políticas de empleo en Andalucía no han sabido reconducir la transformación económica de las últimas décadas. Como se ha dicho, Andalucía lidera las tasas de desempleo en España lo que lastra el crecimiento económico y la cohesión social de este territorio.

Los esfuerzos por revertir esta situación proceden tanto de la Unión Europea, como de las políticas del estado central y autonómicas. El objetivo es mejorar el tejido productivo andaluz para generar un empleo de calidad y competitivo. Hay que orientar a los andaluces, sobre todo a los jóvenes, hacia las nuevas industrias que les proporcionen oportunidades laborales y hagan de Andalucía un territorio competitivo, pero también reciclar aquellos parados de larga duración y demás colectivos con difícil empleabilidad para seguir siendo efectivos en un sistema que estructuralmente parece dejarlos fuera.

Está claro que en los últimos años las políticas activas de empleo en Andalucía no han supuesto una convergencia hacia la media española en tasa de empleo, paro o riqueza. Además de los problemas estructurales en la economía andaluza que ya se han comentado (desempleo juvenil, alta temporalidad, desempleo de larga duración y nivel educativo bajo), los recursos para políticas activas de empleo en Andalucía no han sido suficientes para generar un impacto significativo y los instrumentos del Servicio Andaluz de Empleo no tienen mayor impacto en la contratación. En 2019, Andalucía contaba con la menor asignación por persona desempleada (382,75 euros) del conjunto del Estado, casi la mitad de la media estatal (662,22 euros). El Servicio Andaluz de Empleo apenas participa en las contrataciones (2,7% del total), y dentro de éstas, el 96% son contrataciones públicas, esto es, que se requiere la contratación a través del SAE. Por último, sólo el 44% de los demandantes de empleo usan el SAE y los que lo hacen es porque necesitan estar en situación de alta en los servicios públicos para acceder a otros servicios como la prestación por desempleo⁴⁵.

⁴³ PÉREZ DEL PRADO, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. *Labos*, Vol. 4, 1—P HR-CH112IERr3i1:PIRCHMRIP 11:21CH3eCHrefRrP DI, CHp.CHILL.

⁴⁴ Una estrategia europea de estímulo a las iniciativas locales de desarrollo y de empleo, Comunicación COM (95) 273 de la Comisión, DO C 265, de 12 del 10 de 1995.

⁴⁵ Según los datos ofrecidos por BLANCO EGUREN, R. (Coord.). *Plan director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía*. Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Junta de Andalucía, 2019, p.31.

Como se ha visto, el papel autonómico en las políticas de empleo es cada vez más relevante. Hay una tendencia a que sean las Comunidades las encargadas de ejecutar las directrices europeas y desarrollen las medidas del Servicio Nacional de Empleo. Aunque la realidad es que las políticas de empleo autonómicas han sido poco desarrolladas, habiendo perdido muchos territorios la oportunidad de adecuar las medidas de empleo a la idiosincrasia de cada lugar. Algunas Comunidades sí que han elaborado planes propios que permitan formular un diagnóstico y recoger datos para orientar las políticas de empleo, pero con escaso recorrido aún. En muchos casos, las políticas autonómicas se han centrado en el logro de la estabilidad y seguridad y salud en el trabajo, sin profundizar en la calidad en el empleo. Objetivo que expresamente se recoge en la legislación positiva nacional y europea.

Dicho esto, se concluye que es necesaria una orientación de política de empleo autonómica también hacia la calidad de los puestos de trabajo en materia de retribución, jornada, cualificación profesional, formación, promoción, etc. Pero también, en la mejora de las características del mercado laboral, esto es: acceso al empleo, igualdad y no discriminación, conciliación de la vida personal, familiar y profesional, seguridad y salud, flexibilidad, diálogo social, participación de los trabajadores, etc.⁴⁶. Además, dichas políticas deben asegurar la coordinación entre la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas.

Ya se ha comentado la reestructuración del ejecutivo andaluz que llevó a la creación de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, con competencias en materia de políticas activas de empleo. El propio *Plan director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía de 2019* incide en los objetivos que deben ejecutarse para superar el estancamiento en materia de empleo en Andalucía. Una comparación entre esos objetivos y las novedades de la Ley 3/2023 nos dan una visión acerca de dónde se van a orientar las políticas de empleo en los próximos años. El Plan director de Ordenación resalta que las principales deficiencias en el desempeño de la aplicación de políticas activas de empleo en Andalucía son:

- Formación para el empleo, por falta de aprovechamiento de la financiación presupuestada.
- Organización y administración. Procedimientos burocráticos complejos y poco eficaces han llevado a la acumulación desmedida de expedientes sin resolver, a la descoordinación de los agentes intervinientes y al desinterés del usuario demandante de empleo por el uso de los servicios públicos. Por otro lado, una ineficaz gestión de los recursos humanos ha llevado a una plantilla de trabajo no cohesionada y con colectivos dispares que ejercen funciones distintas difícilmente coordinables⁴⁷.
- Ausencia de instrumentos estadísticos que permitan toma de decisiones eficaces. Ligado a una informatización débil.
- Falta de procesos de evaluación de las políticas de empleo aplicadas.

Confrontando estas debilidades, con las novedades de la Ley 3/2023 no podemos concluir sino entendiendo que hay fuertes conexiones en la actualización de las políticas

⁴⁶ RODRÍGUEZ SANTOS, E. "Las Comunidades Autónomas como actores de las políticas laborales y de protección social" en GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA J., y ELORZA GUERRRO, F. (Coords.) *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, p. 104 y 105.

⁴⁷ En 2019, el SAE contaba con una plantilla de 1.170 funcionarios y 1976 empleados considerados Personal Laboral Propio. Entre los últimos se distinguían varios grupos sujetos a 14 convenios colectivos distintos. 1.071 de ellos pertenecían a la extinta Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE) que se subrogaron al SAE

de empleo nacional y andaluz. Como hemos observado, los objetivos de la nueva Ley 3/2023, de Empleo versan sobre empleabilidad, intermediación, prospectiva, los colectivos prioritarios, la colaboración público-privada, la evaluación, la coordinación de políticas activas y pasivas y la digitalización de servicios. Puntos en común con el *Plan Director de Ordenación de las Políticas de Empleo en Andalucía*, que remarca la necesidad de reorganizar el servicio, informatizarlo y aumentar la empleabilidad mediante la formación para el empleo.

La Ley 3/2023 presenta un carácter continuista con respecto a la regulación anterior. En el cuerpo normativo se mantienen los ejes principales de las políticas de empleo de las leyes anteriores. Si bien es cierto que la Ley 3/2023 recoge las necesidades del mercado actual y las directrices europeas. Ciertamente hay novedades, como el importante carácter de la empleabilidad, entendida como principio rector del sistema. Así como el viraje de un sistema basado en el control y la sanción hacia uno nuevo basado en los derechos-deberes, el apoyo continuado y la formación. También es notable la apuesta por la digitalización del sistema que se percibe en la Ley⁴⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta las transformaciones efectivamente ejecutadas en Andalucía desde la presentación del *Plan Director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía* que confluyen en la línea de actuación de la Ley 3/2023:

- Primero, en materia de formación. El SAE tiene una Red de Escuelas de Formación. Consiste en un conjunto de centros especializados por sectores de trabajo distribuidos por toda Andalucía. Su objetivo es la mejora de la cualificación profesional según las necesidades del mercado andaluz. Destacan en sectores como hostelería, joyería, cerámica, restauración de patrimonio histórico, artístico y cultural, la producción de muebles y la industria de la piedra natural. Otros centros son de titularidad de la Secretaría General de Ordenación de la Formación, mientras que se colaboran con entidades externas como las escuelas taller y los talleres de empleo. En materia de formación, tanto las directrices andaluzas como las nacionales coinciden en la necesidad de inversión en centros como los mencionados para la actualización y la calidad del empleo.
- Segundo, sobre la cuestión de la organización y administración ha sido notable la reestructuración en materia de recursos humanos del SAE. Se han redefinido los puestos de trabajo a través del “3(RcesRITILDE15 RIIIIest Ibiliz ITly r S Ir IIII acceso a la condición de personal laboral fijo, por el sistema del concurso de méritos, en los puestos de trabajo adscritos a la Agencia de Régimen Especial del Servicio Andaluz de Empleo, recogidos en la Oferta de Empleo Público 2022, aprobada por el Decreto 90/2022, para la estabilización del empleo temporal en las entidades instrumentales y consorcios del sector público Irll IW”. El resultado ha sido una simplificación de las relaciones laborales, reduciendo los convenios colectivos aplicables y equiparando las funciones de los trabajadores del SAE.
- Tercero. La cuestión de la informatización también empieza a ser abordada en Andalucía, adelantándose a las directrices nacionales. Se han puesto en marcha

con la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía. 567 pertenecían a los consorcios UTEDLT que fueron despedidos y reincorporados por considerarse el despido nulo por STS 15 de octubre de 2015 (Al respecto *Vid.* 9S / / (8zI / 2 2 5 (/ / \$ 1 \$, \$. a(0dI-1SEGR IRll-FIEYRII-1 SI-1sRQal \$ / 3(III-BI JDQt11dI-1S Q311DED I-Q *La Administración al día*. Instituto Nacional de Administración Pública. Edición de 14 de julio de 2016). 181 trabajadores proceden del colectivo MEMTA, también reincorporados al SAE tras despidos nulos, así como 157 trabajadores de la red de consorcios de Escuelas de Formación para el Empleo que también se subrogaron al SAE.

⁴⁸ PÉREZ DEL PRADO, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. Labos, Vol. 4, Número I-xNt-IRrdEQarER MRIP I-Q21111- rI-IRrP DI, USÍCI=

plataformas informáticas capaces de organizar mejor los recursos humanos y estadísticos con los que trabaja la Consejería de Empleo. Se ha implementado el proyecto de Perfilado Estadístico del Servicio Andaluz de Empleo que usa técnicas de *Big Data* e Inteligencia Artificial para equilibrar la oferta y la demanda de empleo, así como para predecir el comportamiento de los mercados de trabajo andaluces, de forma que se puedan tomar decisiones para el diseño de futuras políticas activas de empleo. Con respecto a este punto, hay una clara conexión con la Ley 3/2023 en materia de informatización y prospección. Para el perfilado estadístico la Consejería ha puesto en marcha varias herramientas. La más relevante es la Herramienta de Actividad Laboral, usada por los orientadores del SAE, que ofrece información localizada de la evolución de las diferentes ocupaciones a partir de los datos cruzados de contratación y Seguridad Social⁴⁹. Pero también se están poniendo en marcha herramientas informáticas orientadas a la prescripción y la intermediación⁵⁰.

6. BIBLIOGRAFÍA

BERNAL, A.M.; FLORENCIO PUNTAS, A. Y MARTÍNEZ RUIZ, J.I. *El empresario andaluz, en perspectiva histórica*. Escuela Andaluza de Economía, Sevilla, 2010.

BLANCO EGUREN, R. (Coord.). *Plan director de Ordenación de las Políticas de Empleo y Relaciones Laborales en Andalucía*. Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Junta de Andalucía, 2019.

CABERO MORÁN, E., La prometedor Ley de Empleo de 2023 y sus novedades sobre la reforma laboral de 2021. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, (nº100), 2023.

CABEZA PEREIRO, J., La nueva dimensión de la intermediación laboral. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, (nº6), pp. 46-62, 2023.

FERNÁNDEZ PRIETO, M., Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la ley 3/2023. *Revista Justicia & Trabajo*, (nº1), pp. 25-53, 2023.

GÁLVEZ MUÑOZ, L. *Estadísticas Históricas del mercado de trabajo en Andalucía en el siglo XX*. Instituto de Estadística de Andalucía. Sevilla, 2008.

GARCÍA QUIÑONES, J. C., *Políticas activas de empleo*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2022, pp. 420.

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J., “El papel de la protección social en las nuevas políticas públicas de empleo: flexi-seguridad y mercados transicionales” en GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA J., y ELORZA GUERRRO, F. (Coords.) *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, pp. 119 a 138.

GONZÁLEZ MOLINA, M. Y GÓMEZ OLIVER, M. (coords). *Historia contemporánea de Andalucía*. Consejería de Educación y Ciencia. Junta de Andalucía, Granada, 2000.

⁴⁹ Esta aplicación, que cuenta con un histórico hasta 2012 de datos disponibles, analiza a distintos niveles territoriales (municipio, área territorial de empleo, provincia o a nivel regional) la evolución que tienen las distintas ocupaciones y profesiones tanto por los niveles de afiliación a la Seguridad Social como el volumen de contratos firmados, lo que permite a los orientadores conocer tanto la evolución como la foto fija de los puestos de trabajo que están teniendo una mayor demanda en el mercado, entre otros aspectos.

⁵⁰ Artículo electrónico: “(031Lfl IIR1lleE6S(SllleRLÍ IZERP SRU IPferR IIIP IM IIRIIIi W IE IjR cRr IrtITEhrFI I SURIFI II’Noticia del Servicio Andaluz de Empleo de 17 de noviembre de 2022.

GUINDO MORALES, S., Algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) para combatir el desempleo y conflicto entre competencias estatales y autonómicas de las políticas activas de empleo. *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, pp. 211-219, 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, 2015, pp. 739.

MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., MALDONADO MOLINA, J.A., (Dirs.) *Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía*. Granada, Comares, 2023.1ed.

NAVARRO NIETO, F., Valoración crítica general de la Ley 3/2023, de empleo. *Diario La Ley*, (nº10302), 2023.

OLARTE ENCABO, S. “Marco legal de las políticas de empleo y la acción positiva en el ámbito de la discapacidad. El papel del Estado y de las Comunidades Autónomas” en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., MALDONADO MOLINA, J.A., (Dirs.), *Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía*. Granada, Comares, 2023.1ed. pp. 57-82.

OLARTE ENCABO, S. *Políticas de Empleo y Colectivos con Especiales Dificultades. /DB 6,5etivaFióg BdeBlasB3 ROPIFIIB7FtivasBdeBEPSCR.BC*izur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 255.

PAREJO BARRANCO, A. *Estadísticas históricas de Educación y Cultura en Andalucía. Siglo XX*. Instituto de Estadística de Andalucía, 2007.

PAREJO BARRANCO, A. *Historia económica de Andalucía contemporánea*. Editorial Síntesis. Madrid, 2009.

PÉREZ DEL PRADO, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. *Labos*, Vol. 4, Número extraordinario “Tormenta de reformas”, pp. 86-102.

PÉREZ DEL PRADO, D., La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, nº4, pp. 86-102, 2023.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Alternativas a la financiación de las políticas activas y pasivas de empleo: especial referencia a las últimas reformas” en MATA SIERRA, M.T. (Dir.), *Alternativas de financiación en época de crisis*. 1 ed. Lex Nova, pp. 325-379, 2014.

RODRÍGUEZ SANTOS, E. “Las Comunidades Autónomas como actores de las políticas laborales y de protección social” en GONZÁLEZ ORTEGA, S., GARCÍA MURCIA J., y ELORZA GUERRRO, F. (Coords.) *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, pp. 99 a 118.

ROJO TORRECILLA, E., “Análisis de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley de Empleo.”, *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R. *Políticas de Empleo y nuevos territorios de la regulación: discursos y prácticas para un modelo de gestión regional-local*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, pp. 460.

POLÍTICAS DE EMPLEO EN MATERIA DE TRANSICIÓN JUSTA Y DE CLIMA: AJUSTES Y NECESIDADES FORMATIVAS*

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

1. ALGUNOS ASPECTOS INTRODUCTORIOS: UNA ECONOMÍA AZUL TEÑIDA DE VERDE
2. LA ECONOMÍA AZUL COMO GENERADORA DE EMPLEOS VERDES
3. PLANES ESTRATÉGICOS ENFOCADOS EN LA ECONOMÍA VERDE AZUL
4. AJUSTES Y NECESIDADES FORMATIVAS SOBRE TRANSICIÓN JUSTA Y CLIMA
5. BIBLIOGRAFÍA

* Esta publicación se ha confeccionado en el marco del Proyecto de I+D+I PID2021-124045NB-C31 EL REGIMEN JURIDICO DEL TRANSITION LAW Y SU IMPACTO SOBRE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES EN MARES Y OCEANOS financiado/a por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa” o por la “Unión Europea NextGenerationEU/PRTR”.

1. ALGUNOS ASPECTOS INTRODUCTORIOS: UNA ECONOMÍA AZUL TEÑIDA DE VERDE

En una primera aproximación a la economía azul y desde una perspectiva economista, es muy popular el término acuñado por Gunter Pauli, que a mediados de los 90 funda ZERI (*Zero Emissions Research Initiative*). Desde su filosofía es preciso adaptar los modelos empresariales innovadores para generar beneficios a la sociedad, aumentar la productividad de las empresas y generar empleo, respetando el medio ambiente y creando riqueza. Desde este modelo, se entiende que una transición azul y verde debe llevar a una sociedad saludable, por tanto, no se trata solo de erradicar la polución y de regenerar el ambiente¹.

Más allá de esta perspectiva, la economía azul abarca todas las actividades económicas que dependen del mar, por ende, son sectores de actividad diversos e interdependientes como son, entre otros: la pesca, la biotecnología acuícola y marina, el turismo, la navegación, la logística y el transporte marítimo. Estos sectores comparten una serie de competencias e infraestructuras, entre las que podríamos destacar: los puertos, las redes de logística y la distribución eléctrica, así como la utilización sostenible de los recursos marinos. En el mismo orden, y además de la pesca extractiva, existen una serie de ámbitos prioritarios relacionados con el crecimiento azul, como, por ejemplo: la energía azul, la acuicultura, el turismo marítimo, el costero y de crucero, los recursos minerales marinos y la biotecnología azul.

Por su parte, cuando se emplea el término de crecimiento azul se está haciendo referencia a una estrategia a largo plazo que tiene como fin la progresión sostenible de los sectores marino y marítimo. A su vez, reconoce la importancia de los mares y océanos como motores de la economía europea dado su gran potencial para la innovación y el crecimiento. En la misma línea, el crecimiento azul tiene su fundamento en la Estrategia Europa 2020 basada en apostar por la sostenibilidad como una forma de superar las deficiencias estructurales de la economía europea, de mejorar su competitividad y su productividad y de sustentar una economía social de mercado sostenible, con un objetivo claro de fomentar la investigación y el desarrollo tecnológico².

En este orden, la Estrategia de Crecimiento Azul de la Unión Europea se centra en la investigación, en la innovación, y en la educación para que contribuya a una transición hacia una economía azul europea³. De tal manera que la Unión Europea respalda a los Estados miembros para que transformen su economía transitando del crecimiento azul para un futuro sostenible, eficiente en el uso de los recursos y a su vez, apuesta a que sea una economía competitiva. Sumado a lo anterior, en este tránsito se debe eliminar gradualmente las emisiones netas de gases de efecto invernadero y se debe proteger el capital natural de la Unión Europea.

Esta filosofía de la economía está presente a nivel internacional, así, en la agenda política y pública está latente la importancia de reducir la huella ambiental. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reconoce que, sin unos océanos saludables, la vida en este planeta corre peligro; y que, sin los recursos oceánicos, las sociedades humanas de

¹ El economista imparte sesiones magistrales en todo tipo de eventos, incluso académicos. Aquí se trata de una ponencia en el seno de InnovAzul de la Universidad de Cádiz en diciembre del 2022. Se puede visualizar en <https://www.youtube.com/watch?v=e0Y1VfC6hh8>

² España tras el impulso europeo reconoce la importancia de apostar por una economía azul como motor del crecimiento y bajo la estrategia de la economía verde. Sobre estos términos véase https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/crecimiento_azul/#:~:text=El%20Crecimiento%20Azul%20es%20una,la%20innovaci%C3%B3n%20y%20el%20crecimiento.

³ <https://www.ceca.es/comision-europea-informe-sobre-la-economia-azul-de-2020/>

todo el mundo pierden la capacidad de sustentarse a sí mismas. Con todo lo anterior, ahora más que nunca y en todos los niveles, se aborda la problemática del efecto invernadero y de la huella medioambiental humana. De modo que, las políticas sobre transición justa y sobre clima forma parte del panorama internacional, europeo y nacional.

En este contexto, y desde el prisma del Derecho laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) impulsa y promueve la justicia social y el trabajo decente como dos aspectos íntimamente ligados al empleo verde y a la transición justa y de clima.

La OIT define los empleos verdes como empleos decentes que contribuyen a preservar y a restaurar el medio ambiente y señala que están presentes en sectores tradicionales como la construcción o la manufactura, y en sectores nuevos o emergentes como la economía verde o la economía azul.

En el argot cotidiano se utilizan términos como la economía circular, la economía azul o la economía verde, siendo conveniente anotar que son economías muy relacionadas sustentadas sobre la base común de proteger el medio ambiente y transitar hacia una sociedad más ecológica, sostenible e inclusiva. En suma, la economía circular y la economía azul comparten los mismos postulados que la economía verde: la protección del medio ambiente y la sostenibilidad del sistema actual y futuro con un mayor aprovechamiento de los recursos actuales reduciendo el impacto negativo sobre el medioambiente. Esta necesidad exige invertir en una mayor innovación e investigación, cambiar los hábitos de consumo y adaptar las actividades de las empresas que operan en estos sectores de actividad⁴.

Otro aspecto interesante y conectado a lo anterior, es que Europa recomienda la adopción de una visión sistemática que integra la política oceánica en la nueva política económica europea, en la que la economía azul es indispensable en la transformación del Pacto Verde Europeo. En consecuencia del relato apuntado, en esta ponencia específica se defiende la imperiosa defensa de centrar las políticas públicas en una economía azul que esté teñida cada vez más de verde.

De hecho, como iremos viendo, Europa adopta una visión sistemática que integra la política oceánica en la política europea de modo que concibe que océano y economía azul sustentan la base para la transformación del Pacto Verde Europeo, siendo necesario conectar mejor la política verde y azul⁵.

En relación a la economía azul, la doctrina señala la necesidad de conocer el impacto del cambio climático sobre los mares y los océanos y, por ende, el deber de incorporar la dimensión azul a la transición justa. En cualquier caso, se debe alarmar del interés mediático que despierta la economía azul y de los interrogantes que plantea cuando se advierte si una vez explotada los recursos terrestres, el interés se centra en la actualidad a explotar los recursos que ofrece el mar⁶.

En esta sede de análisis nos centraremos en las políticas emprendidas en materia de transición justa y de clima, deteniéndonos en los aspectos formativos de las personas

⁴ Un ejemplo del impacto de las actividades que se desarrollan en la economía azul es la contaminación que generan los desechos plásticos o los vertidos de petróleo, que están a la vista de cualquier persona, así como la contaminación invisible de los micro plásticos, el ruido subacuático, o de los productos químicos y fertilizantes. La Unión Europea alerta de los efectos devastadores del cambio climático y de las emisiones de gases de efecto invernadero sobre los océanos, las costas y las personas como, por ejemplo: los cambios de temperatura, acidificación, el aumento del nivel del mar, la frecuencia e intensidad de las inundaciones y de erosiones, la pérdida de la biodiversidad, la sobreexplotación de los recursos con la destrucción de los hábitats naturales.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un nuevo enfoque de la economía azul sostenible de la Unión Europea Transformar la economía azul de la UE para un futuro sostenible (Bruselas 17.5.2021 COM (2021) 240 final).

⁶ En el Proyecto de Investigación liderado por la profesora Fotinopoulou se marca como interrogante cono-

que trabajan en este tipo de empleos, de forma especial en los sectores vinculados a la economía azul⁷. De esta manera, apuntaremos a las Directrices de la OIT sobre la transición justa lo relacionamos con los ámbitos que abordamos, como es el desarrollo de competencias y los aspectos formativos. Algún apunte plasmaremos sobre el rol que debe asumir los interlocutores sociales en el espacio que les deja el diálogo social y el Tripartismo, y los derechos de información y consulta referentes con la materia que estamos abordando.

Con el telón de fondo esbozado, iniciamos el recorrido con un trazado de las estrategias internacionales, europeas y nacionales en relación a la economía azul en conexión con la economía verde.

1.1. Las estrategias internacionales ante el cambio climático: conexiones con la economía azul

En este nivel se demanda la ecologización de las economías a nivel mundial, y se aclara que el cambio climático es un problema que atañe al mundo del trabajo. La transición ecológica exige abandonar una economía basada en el carbono y apostar por empleos verdes que encajen en el Programa de Trabajo Decente de la OIT. Este organismo reconoce el problema del cambio climático y las consiguientes turbulencias sociales, personales y económicas que genera. No obstante, la OIT apunta que si el cambio climático se gestiona de forma adecuada puede tener repercusiones positivas en el planeta y en el Programa de Trabajo Decente, siendo claves en la transición ecológica a nivel mundial. De este modo, apuesta porque las políticas macroeconómicas, institucionales y formativas queden impregnadas o atravesadas por el trabajo decente. Por tanto, los pasos y las decisiones en los nuevos sectores de actividad deben compartir el principio transversal de trabajo decente.

En el camino hacia esa transición ecológica a nivel mundial, la OIT ha adoptado las Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos. Este documento presenta una serie de propuestas cuyos destinatarios son los gobiernos, los interlocutores sociales y las empresas e instituciones para que implementen herramientas e instrumentos políticos dirigidos a conseguir los resultados de la Conferencia sobre el cambio climático de París de 2015, principalmente, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero⁸.

Mientras que el Acuerdo de París dice ser un Tratado Internacional vinculante, las Directrices de política para una transición justa referidas, no dejan de ser orientaciones no vinculantes para los gobiernos y los interlocutores, con los consiguientes problemas en su ejecución, en suma, que se quede en una declaración de buenos deseos.

En cualquier caso, estas Directrices se apoyan en estrategias para ecologizar las empresas, para la inclusión social y para la promoción de los empleos verdes.

En lo que atañe a la ecologización de los empleos y de las empresas, se plantea introducir prácticas eficientes desde el punto de vista de la energía y de los recursos disponibles, la prevención de la contaminación y la gestión sostenible de los recursos naturales. La OIT argumenta que si se introducen estas prácticas se conduce a la

cer la responsabilidad del Derecho del Trabajo ante el cambio climático y la realización de una transición justa desde la perspectiva integrada de impacto medioambiental.

⁷ Nos será muy útil la información recogida en <https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/111/committees/just-transition/lang-es/index.htm>

⁸ Para conocer los principales aspectos, objetivos, garantías, procedimientos, apoyos y compromisos vinculantes de este Tratado Internacional acúdase a <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/el-proceso-internacional-de-lucha-contr-el-cambio-climatico/naciones-unidas/elementos-acuerdo-paris.aspx>

innovación, se potencia la resiliencia y se genera ahorro, y ello atrae nuevas inversiones y activa el empleo.

En relación a las oportunidades laborales que plantea la transición hacia economías sostenibles, la OIT expone que:

- el refuerzo de las inversiones en producción y consumo ambientales sostenibles y una gestión eficiente de los recursos naturales permite crear nuevos puestos de trabajo decentes aumentando el empleo total (en neto);
- la mejora a gran escala de los empleos y de los salarios e ingresos genera procesos más productivos, ofreciendo productos y servicios más respetuosos con el medio ambiente en sectores tradicionales como la agricultura, la construcción, el reciclaje y el turismo;
- la mejora del acceso a la energía y la apuesta por una sociedad sostenible permite el logro de la inclusión social de colectivos vulnerables, como las personas que habitan en zonas rurales.

Pero no solo están presentes las oportunidades, sino que la OIT enumera alguno de los desafíos a los que se debe enfrentar el derecho del trabajo ante el cambio climático, entre los que subrayamos el reto que plantea las reestructuraciones empresariales con las consiguientes pérdidas de empleo y los desplazamientos de trabajadores⁹. Este apunte cobra mayor intensidad si consideramos los daños generados por el cambio climático y las consecuencias a nivel social y empresarial ante el aumento de precios por el impacto regresivo de las políticas energéticas.

Ante tal realidad, la OIT plantea que el reto es una economía en transformación que exige adaptar las estrategias y los costes con la creación de nuevos puestos de trabajo resultantes de la ecologización de las empresas y de los lugares de trabajo. Por tanto, la sostenibilidad económica a nivel mundial precisa que se aborde conjuntamente las políticas medio ambientales con la creación de puestos de trabajo y de oportunidades laborales. Claro que este viraje precisa que las personas trabajadoras se formen y adquieran las competencias precisas en el desempeño de las nuevas actividades, tal y como analizaremos más adelante.

En cualquier caso, y profundizando en esta idea, el incremento de los precios de la energía y de los productos básicos empobrece los hogares y aumenta los costes de las empresas e instituciones, repercutiendo nuevamente en una mayor pobreza. Para combatir este desafío es importante combinar también las políticas macroeconómicas, industriales, sectoriales con políticas laborales para que las empresas puedan ser sostenibles, pero también prosperen y creen oportunidades de trabajo decente.

En el logro de este fin y para superar los desafíos expuestos, la OIT expone que es obligatorio que se movilicen recursos con inversiones públicas y privadas hacia actividades económicamente sostenibles. El objetivo final es apostar por el trabajo decente a lo largo de toda la cadena de suministro, en sectores dinámicos que generen un gran valor añadido que fomenten la mejora del empleo y las competencias profesionales. Este tipo de pasos no solo generan empleo, sino que redundan en una mayor productividad de las empresas, en industrias más intensivas en manos de obra con oportunidades de empleo a gran escala.

⁹ No solo está presente el problema de las pérdidas de empleo o de las reestructuraciones empresariales, sino también cuando las personas se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen por ser inhabitables los efectos del fenómeno climático de forma permanente. Sobre este asunto es interesante la postura de MIÑARRO YANINI, M.: "Nuevos retos del derecho migratorio: la falta de respuestas jurídicas ante los flujos de las personas motivados por cuestiones climáticas, *Labos*, Vol.3, núm. 3, 2022, pp. 180-188.

Un último apunte que destacamos de las Directrices de la OIT sobre la transición justa lo relacionamos con los ámbitos que abordamos en esta sede de análisis, como es el desarrollo de competencias (aspectos formativos) y las políticas activas de mercado de trabajo. Algún apunte realizaremos también sobre el rol que debe asumir los interlocutores sociales en el espacio que les deja el diálogo social y el Tripartismo.

En suma, y como un breve resumen de lo que hemos señalado respecto al logro de una economía azul teñida de verde podemos exponer que se debe apostar por generar valor agregado con los recursos que tenemos, y que el mayor reto es la formación y la adquisición de competencias en los sectores de actividad conectados con la economía azul.

1.2. Las estrategias europeas ante el cambio climático: conexiones con la economía azul

A nivel regional, el Pacto Verde Europeo aclama que economía azul está llamada a desempeñar un papel fundamental en la lucha contra el cambio climático. Los sectores que operan en la economía azul deben ser dinámicos y desplegar todo su potencial de innovación en la industria marítima en la que se destierre la idea de que medio ambiente y economía son indisolubles, tanto es así que Europa subraya que la protección ambiental no puede estar en lucha contra la economía. Como fundamento de lo anterior, se expone que los mares y los océanos deben ser los aliados naturales para abordar el cambio climático y para luchar contra los efectos negativos en la biodiversidad. Por ejemplo, se pone de manifiesto la necesidad de diseñar unas cadenas de suministro y unos hábitos de consumo que sean sostenibles dentro de los límites del planeta, protegiendo y recuperando la biodiversidad que es fundamental para una recuperación económica postpandemia.

Otro ejemplo que se anota se relaciona con las pérdidas generadas por las inundaciones, si se protegen los humedales costeros se podría ahorrar en el sector de los seguros alrededor de 50.000 millones de euros al año, o si se apuesta por conservar las poblaciones marinas se podría aumentar los beneficios anuales del sector de productos pesqueros en más de 49.000 millones de euros¹⁰. Entre los ejemplos, recalamos las contribuciones de los océanos a la producción de energía, la ecologización del transporte y la producción alimentaria sostenible. Téngase muy presente que la contribución a un océano saludable es fundamental para lograr una economía sostenible. En suma, tenemos que conectar mejor las políticas verde y azul, ampliando al mismo tiempo nuestro enfoque más allá de las fronteras de la Unión y liderando el camino hacia la gobernanza internacional de los océanos.

En otro orden de cosas, habrá que prestar atención al avance de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores que reconoce la Directiva (UE) 2022/2464 sobre presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas¹¹. La Directiva se alinea con los instrumentos que ya se han anotado *supra*, como son la Agenda 2030 y el Pacto Verde Europeo.

El objeto y el alcance la referida Directiva ha sido analizado por la doctrina más especializada que ha señalado el rol activo que deben asumir los representantes de las

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la Unión Europea sobre la biodiversidad de aquí a 2030. (Bruselas 20.5.2020 COM (2020) 380 final). De forma explícita expone que “Hay importantes lagunas en la aplicación de la legislación de la Unión que deben subsanarse para pasar del actual 11 % al 30 % de superficie marina protegida de aquí a 2030, alcanzar objetivos ambiciosos de descontaminación de nuestros mares y aprovechar al máximo los recursos naturales y marítimos europeos para alcanzar los objetivos de Europa para 2030 y su ambición de ser climáticamente neutra”.

¹¹ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/

personas trabajadoras en la negociación colectiva para recoger medidas destinadas a la consecución de la sostenibilidad ambiental. A su vez, las profesoras critican los límites a los que queda sujeta la normativa sobre control de la contaminación medioambiental lo que hace ineficaz la propia norma, quedando un largo camino por recorrer para que sea verdaderamente eficaz¹².

Siguiendo con la transición justa, en junio de 2022 el Consejo adoptó una Recomendación con el objetivo de garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática¹³. La Recomendación aboga por que los Estados miembros adopten medidas para abordar soluciones encaminadas a garantizar una transición hacia una economía climáticamente neutra y sostenible desde el punto de vista medioambiental. La Recomendación plantea objetivos intermedios alcanzables por décadas, con el horizonte final del 2050 y de forma paralela se plantea que la transición sea justa y que no deje a nadie atrás.

La Recomendación se alinea con los principios de la Ley Europea del Clima, del Pacto Verde Europeo y con el Pilar Europeo de los Derechos Sociales. En relación a la Ley Europea del Clima se debe anotar que establece un objetivo vinculante de neutralidad climática y de reducción interna neta de las emisiones de gases invernadero. El fin es pues la transición ecológica a una economía climáticamente neutra, sostenible, resiliente, renovable y circular. Además, para que la transición sea justa, debe ser equitativa e inclusiva con especial atención a los colectivos vulnerables como son las personas más alejadas del mercado laboral debido a su capacidad, a sus condiciones endógenas de su territorio o región o a sus características con son el sexo, la orientación o condición sexual o genérica, el origen racial o étnico, la religión o las creencias, o la edad.

Se toma en consideración la pérdida de puestos de trabajo que puede generar la automatización y la digitalización y las consiguientes pérdidas del PIB. Por tanto, apuesta por el desarrollo de nuevos modelos de producción y económicos para fomentar las actividades relacionadas con el sector de la economía circular. Téngase presente la situación en sectores tan importantes del transporte como son la logística, el sector marítimo y el portuario. Es imperioso generar oportunidades de empleo basados en los sectores estratégicos de interés nacional¹⁴. Por ejemplo, se potencian sectores relacionados con la economía circular, como actividades de conservación del valor, los negocios de reparación, la reutilización, la remanufactura, la economía social y la terciarización.

La Recomendación aboga por el apoyo activo al empleo en estos sectores con la puesta en marcha de ayudas a los solicitantes de empleo y los trabajadores, así como a los jóvenes “*ninis*”, así como a los trabajadores por cuenta propia afectados por la transición ecológica. Además, y relación a los colectivos vulnerables que se anotaron antes como son las mujeres o las personas con discapacidad o las personas de mayor edad, se atiende que son colectivos infra representados en el mercado laboral y que puede

UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Diario Oficial de la Unión Europea 16.12.2022).

¹² FOTINOPOULOU BASURKO, O, CAIRÓS BARRETO, D., LÓPEZ TERRADA, E.: “La Directiva 2022/2464 relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas: ¿un avance en los derechos de información de los representantes de los trabajadores en las empresas cotizadas?, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, En prensa.

¹³ Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 para garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática (2022/C 243/04).

¹⁴ En este aspecto téngase presente la ejecución de las acciones de la cobertura de vacantes en sectores estratégicos de interés nacional mediante la financiación de acciones formativas que incluyan compromisos de contratación de personas desempleadas para los años, 2022 y 2023, en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia (BOE núm. 311 de 23 de diciembre de 2021). Junto con la determinación de las subvenciones que se pueden consultar en la cobertura de vacantes en sectores estratégicos de interés nacional mediante la financiación de acciones formativas que incluyan compromisos de contratación de personas desempleadas para los años, 2022 y 2023, en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.

que no tengan la formación o las capacidades necesarias para adaptarse a los cambios en el mercado laboral y que precisan de apoyo para mejorar su empleabilidad de forma que puedan encontrar empleo. De esta manera se potencia medidas para crear empleo en micro empresas y en pymes y en los territorios más afectados.

En paralelo, la Recomendación tiene en cuenta a los hogares con pobreza energética o los conocidos como trabajadores pobres. En relación al Pacto Verde Europeo se enfoca en el logro de una convergencia al alza, la equidad social y la prosperidad compartida.

Por último, y en lo que atañe al Pilar Europeo de los Derechos Sociales se pone de manifiesto la necesidad de unidad, coordinación y solidaridad en el avance de una sociedad europea más ecológica y digital para conseguir una mayor prosperidad. En conexión a lo anterior se insiste en la participación en actividades de formación y la reducción del riesgo de pobreza o de exclusión social.

Otro punto de interés es que la Recomendación nace bajo la preocupación de los gobiernos por la degradación del medio ambiente y ante los retos que plantea el cambio climático y con la proyección o el contexto de la crisis sanitaria provocada por la Crisis Covid 19. De esta manera tiene en cuenta el sufrimiento humano, las pérdidas económicas y sociales derivadas de situaciones tan adversas y extremas que estamos viviendo en la actualidad como son las inundaciones, las olas de calor, las sequías o la pandemia. Además, cabe resaltar que todas estas situaciones perjudican de forma más intensa a determinados colectivos más vulnerables como pueden ser entre otros: las personas con discapacidad, los hogares que sufren la pobreza energética o las regiones que padecen mayores dificultades provocadas por el factor humano en la naturaleza. Es más, se debe tener presente que los efectos del cambio climático varían en intensidad si atendemos a factores como son el país, la región concreta e incluso el sector de actividad del que se trate.

Por último, un elemento de interés es el llamamiento a la labor que ejercen los interlocutores sociales en el régimen de colaboración con los gobiernos a la hora de diseñar un nuevo modelo productivo, social y económico. La Unión Europea reconoce el papel fundamental que desempeñan los interlocutores sociales para hacer frente a través del diálogo social y la negociación colectiva a las consecuencias que los retos que la transición ecológica plantean sobre el empleo, la economía y la sociedad. Otra función que se les encomienda se relaciona con la aplicación y la ejecución efectivas de las normas laborales y de forma específica como señalamos antes, a las que atañen a los procesos de reestructuración tan frecuentes en periodos de crisis como la que vivimos. Es claro que la transición ecológica tiene consecuencias sobre el empleo y la sociedad y los interlocutores sociales ostentan un rol fundamental a la hora de hacer frente a través del diálogo social.

1.3. El legislador español para transformar la economía ante el cambio climático

Con el contexto narrado y en coherencia con la Agenda 2030 y con el Acuerdo de París, el legislador español reacciona y considera que se debe ofrecer una respuesta ante el cambio climático y transformar la economía con un nuevo contrato social de prosperidad inclusiva dentro de los límites del planeta. Esta respuesta debe atender a los colectivos más afectados por el cambio climático. Así la transición requiere medidas que faciliten una transición justa hacia un modelo productivo más ecológico que sea socialmente beneficioso ante las altas cifras de desempleo que padece España. Para alcanzar este logro se promueve la transición ecológica de las empresas, las metodologías de trabajo y del mercado laboral en general.

La Ley de cambio climático limita las emisiones a políticas sectoriales e implica variaciones en los patrones de consumo¹⁵. La transformación del modelo económico repercute en la producción y ofrece oportunidades de empleo, de negocio y de crecimiento siempre que se incorpore una perspectiva de medio y largo plazo que facilite la descarbonización ordenada de la economía española. El compromiso que se asume con la Ley de cambio climático se recoge el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)¹⁶, que analizaremos después, que sitúa a la transición ecológica como uno de sus ejes centrales.

En lo que afecta al empleo, la Ley de Cambio climático mantiene que la lucha contra el cambio climático y la transición energética conllevan transformaciones tecnológicas y cambios en la industria. Con este planteamiento, se llega a la lógica que es necesario ligar la transición energética a la política industrial y a la I+D estableciendo mecanismos de apoyo a la industria para que la transición genere mayor competitividad y un mejor posicionamiento de la misma. Se espera que esta apuesta se genere riqueza y empleo de calidad. Para conseguir el aumento del empleo la transición energética va acompañada de la movilización de más de 200.000 millones de euros de inversión a lo largo de la década de 2021-2030, aumentando el empleo neto entre 250.000 y 300.000 personal al final del periodo. El esfuerzo inversor se enmarca en la consecución del trabajo decente, en el incremento de la eficiencia de los recursos y en construir sociedades sostenibles con bajas emisiones de carbono.

La Ley del Cambio climático se presenta como una ocasión para mejorar la capacidad estatal de hacer frente a las oportunidades y a los desafíos de la transición ecológica y la descarbonización mediante una Estrategia de Transición Justa, que sea la guía de acción para optimizar los beneficios y minimizar los riesgos sobre el empleo, creando nuevos yacimientos de empleo de calidad. La Ley crea así la Estrategia de Transición Justa como un instrumento de ámbito estatal para optimizar las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de efecto invernadero y regula la figura de los Convenios de Transición Justa como instrumentos clave para materializar las actuaciones. Se debe garantizar el tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y a los territorios en dicha transición. La Estrategia de Transición Justa incluye entre sus contenidos: analizar las oportunidades de crear actividad económica y empleo vinculadas a la transición energética, políticas para mover la actividad eólica y de empleo y de formación ocupacional para la transición justa, instrumentos para el seguimiento del mercado de mercado de trabajo con la participación de los agentes sociales en el seno del dialogo social. Por su parte, en el marco de los Convenios sobre transición justa se centra en una línea de acción muy específica: potenciar la actividad económica y la modernización de la economía, apostando por la empleabilidad de los trabajadores vulnerables y de colectivos en riesgo de exclusión, por ejemplo, como ya señalamos, en casos de cierre o de reconversión de instalaciones o de centros de trabajo.

2. LA ECONOMÍA AZUL COMO GENERADORA DE EMPLEOS VERDES

La Unión Europea sostiene que una economía azul sostenible genera nuevas oportunidades tangibles de empleo y de negocio, y que pueden surgir mediante dos vías

¹⁵ Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (BOE núm. 121 de 21 de mayo de 2021).

¹⁶ Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf

que se deben cruzar: por un lado, de los esfuerzos por mitigar el impacto en los océanos y en las costas; y, por otro lado, de crear un modelo económico basado en la innovación, en la economía circular y en una actitud respetuosa hacia el océano. Esta idea la potencia ofreciendo incentivos a las empresas que usen y/o generen recursos renovables, preserven los ecosistemas marinos, reduzcan la contaminación y aumenten la resistencia hacia el cambio climático. En la misma línea, se debe presionar a las empresas que no sigan este sendero en reducir su huella ambiental. El interrogante que nos planteamos es cómo se podría obligar a las empresas a seguir el sendero marcado por la Unión. En cualquier caso, la Unión Europea mantiene y refuerza la idea que la transición justa crea empleo en el mercado laboral de la economía azul diseñando programas denominados “carreras azules”¹⁷.

La trascendencia de la economía azul no es baladí si la comparamos con una economía nacional, en lo que se apunta que, si fuera así, sería la séptima más importante del mundo. Tanto es así que se indica que en ese escenario el océano sería una entidad miembro del G7. Además, la economía azul opera en el ecosistema más grande del planeta si tenemos en cuenta que los océanos contienen el 97 % de toda nuestra agua y el 80 % de todas las formas de vida. De hecho, el planeta tierra está rodeado de agua, sustenta a la población y ofrece el oxígeno que necesitamos para respirar, nos proporciona alimentos y recursos, y es una fuente de crecimiento de la económica a nivel mundial. Si nos centramos en la Unión Europea los datos señalan que la economía azul genera 4,5 millones de empleos, y alcanza a todas las industrias relacionadas con los océanos, los mares y las costas. Por ejemplo, la industria del medio marino incluye sectores como el transporte marítimo, la pesca o la generación de energías, en tanto que los sectores basados en tierra podrían ser los puertos, los astilleros, la acuicultura en tierra, la producción de algas o el tan en boga turismo costero). La innovación en estas actividades se presenta con la energía oceánica renovable, la bioeconomía azul, la biotecnología y la desalinización. Desde luego, tras este relato no cabe duda que todo ello tendría que desplegar nuevas perspectivas económicas y debería crear empleo¹⁸.

Como se aprecia, desde la Unión Europea apuesta por transformar y modernizar la economía con un uso más eficiente de los recursos que disponemos, generando un mayor valor agregado y siendo más competitivos, eliminando las emisiones de gas y protegiendo el medio ambiente. En este sentido, el Plan de Recuperación para Europa propone el impulso de las transiciones ecológica y digital para que Europa sea más justa, resiliente y sostenible para las generaciones futuras. En relación a la transición ecológica y digital, la doctrina señala que el cambio climático y la digitalización de la economía son los desafíos más importantes que se abordarán en los próximos años y que se pueden contemplar los efectos perjudiciales a afrontar o el impacto multiplicado de ambos fenómenos actuando al mismo tiempo. La profesora asume una voz crítica aun señalando que la tecnología es una aliada imprescindible en la transición ecológica pero que se deben atender las consecuencias de su uso y fijar como línea roja que los avances tecnológicos han de alinearse con los objetivos medioambientales, de energía, clima y trabajo decente como un requisito previo para su viabilidad. Por lo demás, y en relación a nuestra sede de análisis, la profesora recuerda la necesidad de recualificación y de formación continua, entre otros aspectos¹⁹.

En el Plan de Recuperación para Europa, el reto de la economía azul se centra en ayudar a que la economía sea más sostenible promoviendo acciones que generen

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un nuevo enfoque de la Economía Azul Sostenible de la Unión Europea, op. cit.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H.: Las transiciones ecológica y digital: ¿aliadas o enemigas?, disponible en https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/02/alvarez_noticias_cielo_n2_2023.pdf

innovación, y estimulando una recuperación más rápida y duradera para la protección del planeta.

Con esta filosofía se acuña, finalmente, el término de economía azul sostenible generadora de nuevas oportunidades de empleo y de negocio. Unas actividades que pueden surgir de los esfuerzos de Europa por mitigar el impacto en los océanos y en las costas creando un modelo económico resiliente basado en la innovación, la economía circular y una actitud respetuosa hacia el océano. Esto se traduce en transformar el modelo empresarial para que las empresas usen o generen recursos que sean renovables, preserven los ecosistemas marinos, reduzcan la contaminación y aumenten la resiliencia ante el cambio climático. En este punto, recuérdese que el atractivo que ofrece Europa es que las empresas que transiten hacia este modelo productivo recibirán incentivos, en tanto que las empresas que no transiten hacia una economía verde o azul tendrán que reducir su huella ambiental. Todo ello en consonancia además con el Objetivo de Desarrollo Sostenible núm. 14 de la Agenda 2030 “conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible”²⁰.

En suma, el desarrollo sostenible de la economía azul es un ámbito prioritario de la Unión Europea teniendo en consideración el potencial de impacto socioeconómico para las regiones marítimas y costeras y para el conjunto de la Unión. La agenda azul de la Unión se debe centrar en el potencial de los sectores tradicionales y de otras actividades más innovadoras como la biotecnología azul y la energía oceánica, o las ciudades flotantes, para convertirlas en fuente de crecimiento y de empleo que sean sostenibles desde el punto de vista económico, social y medioambiental²¹.

Fruto de esta prioridad, la Comisión Europea viene publicando informes sobre la economía azul para ofrecer una visión general de los resultados en los sectores económicos relacionados con los océanos y con el medio ambiente costero, representando el volumen de negocio que genera la economía azul europea, la capacidad para generar empleos en sectores como el turismo costero y el marino, o en otros sectores como la pesca o la acuicultura que se han visto muy afectados por la pandemia. En cualquiera de los casos, la Unión Europea subraya el potencial de la economía azul para contribuir a una recuperación verde. De este modo, la Unión Europea reseña que la economía azul ayudará a salir de la actual crisis de una forma más fuerte y más sostenible con actividades como la energía renovable, los alimentos que proceden del mar, el turismo costero y marítimo sostenible, o la bioeconomía azul.

Por último, nos parece interesante cerrar este apartado, recordando que desde Europa se aboga por amortiguar el impacto de las reestructuraciones a las que se hizo referencia antes, protegiendo los puestos de trabajo anexos a la economía azul y el bienestar de las zonas costeras y preservando el medio ambiente.

3. PLANES ESTRATÉGICOS ENFOCADOS EN LA ECONOMÍA VERDE AZUL

Nuevamente, desde Europa se adopta una visión sistemática que integra la política oceánica en la política europea de modo que concibe que océano y economía azul sustentan

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un nuevo enfoque de la economía azul sostenible de la Unión Europea, op. cit.

²¹ Sobre ello <https://cor.europa.eu/es/news/Pages/blue-economy-in-european-regions-a-gateway-to-sustainable-growth-and-jobs.aspx>

la base para la transformación del Pacto Verde Europeo, siendo necesario conectar mejor la política verde y azul.

Desde la Unión Europea se destinan fondos procedentes de las políticas de cohesión con el fin de apoyar los proyectos que ayuden a las soluciones ecológicas y cero emisiones netas de carbono en el transporte marítimo, que descarbonicen las infraestructuras portuarias y que desplieguen las energías renovables. A su vez, se destinan recursos para empresas dedicadas a la economía circular y para emprender medidas locales de adaptación al cambio climático. Además, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia europeo apoya a los Estados miembros en la transición a la economía moderna, eficiente en el uso de los recursos, competitiva y resiliente. Por tanto, se exhorta a que en los planes nacionales se apueste por este tipo de reformas y se invierta en tecnología y en capacidades azules, excluyendo aquellas medidas que causen daños importantes al medio ambiente o socaven el uso sostenible de los recursos marinos²².

En la línea europea reseñada, el legislador español dibuja consiguientemente el PRTR, que persigue avanzar hacia una España más verde, más digital, más cohesionada desde el punto de vista social y territorial, y más igualitaria. Como se verá, el PRTR refuerza la inversión pública y privada para reorientar el modelo productivo impulsando la transición verde, la descarbonización, la eficiencia energética, el despliegue de las energías renovables y la economía circular, entre otras²³.

En el marco del PNRT, las políticas de empleo se centran en el Componente 23 “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, con el objetivo de reformar e impulsar políticas activas de empleo centradas en las personas (en su capacitación) y en las empresas, coherente con la innovación, la sostenibilidad y las transformaciones productivas.

Se prevé un conjunto de reformas y de inversiones en el seno de este componente y se incluye la Inversión 3 “Adquisición de nuevas competencias para la transformación digital, verde y productiva”, y una actuación de “Formación con fomento de la contratación en sectores estratégicos”, que tiene como fin que las personas desempleadas adquieran y mejoren las competencias profesionales que necesita el mercado, con una adaptación del sistema productivo. Por su parte, y con la misma filosofía también destacamos la inversión 5 “Adquisición de nuevas competencias para la transformación digital, verde y productiva”.

EL PRTR plantea entre sus reformas, proteger y revalorizar el capital natural, mediante la protección de ecosistemas, la descarbonización de la industria tradicional y del sector agroalimentario, impulsando una nueva economía verde y azul eficiente y sostenible. Entre otros ámbitos, se fuerza y se moderniza con diferentes acciones que condicionan la estructura y la trayectoria económica de España. De hecho, las inversiones principales que prevé son en verde y digital, siendo los sectores dominantes, completados por una apuesta por la educación y formación (con un 10,5%), la I+D+i (con un 7%), y el refuerzo de la inclusión social en todo el territorio.

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un nuevo enfoque de la economía azul sostenible de la Unión Europea, op. cit.

²³ Sobre el abordaje conjunto de la transición verde y digital léase a MIÑARRO YANINI, M.: “Las pretendidas transiciones gemelas ecológica y digital: en particular, su impacto en el empleo y los particulares procedimientos de adaptación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, serie de Derecho Internacional y de la U.E.*, núm. 156, 2023, pp.77-95; “Flexicurity in ambito lavorativo e transizione ecologica giusta: il ricorso agli ERTE e al meccanismo RED nel quadro del Next Generation EU”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 3/XXXII, 2022; “Instrumentos laborales de flexibilidad interna al servicio (también) de la transición ecológica justa, Noticias CIELO. 2/23, CIELO, 28/02/2023.

El PRTR exige un primer esfuerzo desplegado por el sector público en las primeras fases de investigación y desarrollo de nuevo conocimiento, tecnologías, que luego tendrían que ser aplicadas al sector privado. Se decanta porque la inversión en proyectos verdes deba ser compatibles con la lucha contra el cambio climático y con la protección de biodiversidad. Esta inversión tendría que tener claros efectos sobre el empleo. Es por ello que el PRTR contempla una agenda de reforma estructurales para modernizar el tejido productivo, aumentar la productividad y el crecimiento potencial de la económica, y su capacidad de crear empleos de calidad y de reducir las brechas de género, al tiempo que impulsa la economía verde, que lucha contra el cambio climático y la protección de la biodiversidad. En definitiva, la transición ecológica es uno de los ejes centrales del PRTR.

Como impulso de lo anterior, se ha adoptado el Real Decreto 978/2022, de 22 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones, para el ejercicio presupuestario 2022, destinadas a la financiación del desarrollo de actuaciones de la inversión «Adquisición de nuevas competencias para la transformación digital, verde y productiva», en concreto del proyecto «Financiación de formación (microcréditos)», en el marco del PRTR -Financiado por la Unión Europea- Next Generation EU. Este proyecto, que concibe principalmente subvenciones para la formación en forma de microcréditos para la adquisición de competencias para la transformación digital, verde y productiva, será analizado cuando tratemos el apartado de los ajustes y de las necesidades formativas.

En segundo orden nos parece oportuno acudir al dictado del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) 2021-2030²⁴. El PNACC es un instrumento de planificación esbozado para fomentar una acción coordinada frente a los efectos del cambio climático en España. Este Plan se traza como principal objetivo reducir o evitar los daños actuales y futuros derivados del cambio climático para construir una economía y una sociedad más resilientes. Entre los beneficios que resulta de aplicar el PNACC se destaca la prevención y la reducción de los riesgos que entraña el cambio climático para la economía y para el empleo, la posibilidad de crear nuevas actividades económicas y de empleo, la prevención de pérdidas económicas al delinear una economía más resiliente.

El PNACC promueve el cambio a un modelo productivo, energético y de consumo enfocado en fortalecer el tejido industrial y empresarial, en generar empleo decente, en reducir las desigualdades, o en diseñar ciudades y entornos rurales sostenibles, entre otras acciones. El Plan adopta pues un enfoque basado en la reordenación del territorio con la reestructuración y la conservación de la infraestructura ecológica que impulse un territorio sostenible y que genere fuentes de ingreso y de empleo verde. En suma, el PNACC apuesta por la prevención de la destrucción del empleo asociado a los impactos derivados del cambio climático, por mejorar la empleabilidad y por crear nuevas oportunidades de empleo asociadas al cambio climático. En paralelo, y de sumo interés en nuestra sede de análisis, el PNACC señala que es necesario formar y capacitar a los trabajadores para esos nuevos empleos, desarrollando acciones formativas para que el conocimiento sea vernáculo de la adaptación.

Por último, y en relación a la Estrategia de Transición Justa que sigue las directrices de la OIT y de las recomendaciones del Acuerdo de París²⁵. Forma parte integrante del Marco Estratégico de Energía y Clima, configurado por el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) y el anteproyecto de Ley de Cambio Climático (ya Ley de

²⁴ Toda la información al respecto se puede encontrar en la web oficial <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/impactos-vulnerabilidad-y-adaptacion/plan-nacional-adaptacion-cambio-climatico/default.aspx>

²⁵ Sobre este asunto consulte en <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/la-estrategia-de-transicion-justa-sera-el-marco-de-actuacion-para-optimizar-las-oportunidades-de-la-transicion-ecologica/tcm:30-487299>

Cambio climático). La Estrategia es el marco de actuación para mejorar las oportunidades de la transición ecológica. Entre sus objetivos nos centramos en el hecho de que plantea maximizar las oportunidades de empleo y minimizar los impactos de transición energética. Por tanto, el PNIEC reconoce que España debe optimizar los beneficios de la transición ecológica para generar más y mejores empleos, teniendo en cuenta las altas cifras de desempleo y la alta precariedad del mercado español. De esta manera, el PNIEC y la Estrategia se enfocan en la detección y adopción de medidas para garantizar que no se produzcan impactos negativos sobre el empleo en la transición hacia una economía baja en carbono, y que se alcance un tratamiento equitativo y solidario. Para lograr este fin se impulsa políticas industriales, de investigación y de desarrollo de una actividad económica, de empleo y de formación profesional en esa transición.

La Estrategia se materializa con la suscripción de Convenios de Transición Justa que recogen planes de actuación para los territorios donde la transición ecológica y energética conlleva dificultades económicas. Estos planes diseñan proyectos que garanticen empleo a medio y largo plazo y dinamicen la transición hacia un nuevo escenario productivo. En paralelo, se incentiva la participación de actores como universidades, sindicatos, centros educativos y ONGs, entre otros. Así, estos y otros instrumentos se orientan en la mejora de la competitividad y en aprovechar las oportunidades de empleo que genera la transición ecológica de la economía²⁶.

4. AJUSTES Y NECESIDADES FORMATIVAS SOBRE TRANSICIÓN JUSTA Y CLIMA

En este punto, retomamos las Directrices sobre transición justa de la OIT para recordar el interés declarado en el desarrollo de competencias y de ámbitos formativos que potencien la economía azul.

Pues bien, antes se anotó que la transición justa tendría que crear empleo y que Europa ha diseñado un programa de “carreras azules” enfocado en este objetivo. Desde el año 2016 este programa ha concedido subvenciones para formar y para capacitar a trabajadores en el sector de la economía azul, y en la actualidad se disponen acciones encaminadas a detectar y a determinar aquellas necesidades formativas que surjan del Pacto Verde Europeo. En relación a la igualdad de mujeres y hombres, se declara que es preciso invertir en la promoción de un equilibrio real entre mujeres y hombres en las profesiones marítimas. De hecho, la Comisión promueve la elaboración de una base de datos en la que se recopile y analice la información sobre las mujeres que trabajan en este sector.

Con respecto a la ejecución del Programa, ya se está generando ofertas de empleo en el mercado laboral de la economía azul. No obstante, el tejido empresarial demanda que se capacite al personal, esto es, siguen presentes las demandas relacionadas con la ausencia de personal que cuente con las capacidades necesarias o bien que hay un déficit de capacidades, por ejemplo, de técnicos. Desde Europa se expone que tan solo en el

²⁶ Desde estas líneas se hace un llamamiento para que las Universidades apuesten por crear grupos de investigación que tengan por objeto estudiar los impactos socio laborales del cambio climático. Un buen ejemplo sería el Grupo denominado LaborClima de la Universidad Jaume I, donde se puede encontrar una nutrida información al respecto. <https://www.laborclima.com/>, por ejemplo, las nutridas publicaciones específicas de la profesora MINARRO YANINI, M. algunas ya citadas en este trabajo. Nos gustaría destacar también “La sostenibilidad ambiental, nuevo elemento del trabajo decente: otro desafío de futuro inmediato para la jurisdicción social”, AAVV Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro, *Centro de Estudios Financieros*, 2023, pp. 365-382; “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué son y cómo se fomentan los empleos verdes”, AAVV *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, pp. 43 - 70. IURA, 2021.

sector de la energía eólica marina, el número de puestos de trabajo podría triplicarse para 2030 si se forma al personal de forma adecuada.

Para superar estas carencias se diseña la Agenda de Capacidades Europea, que es un plan quinquenal para ayudar a las empresas y a las personas trabajadoras. La Agenda trata de potenciar y desarrollar más y mejores capacidades fortaleciendo la competitividad sostenible. En este fin se alinea con las previsiones y las prácticas que ya vimos del Pacto Verde Europeo y del Pilar Europeo de los Derechos Sociales, como son la justicia social, la formación y el aprendizaje permanente para todas las personas en cualquier lugar de la Unión Europea. Desde este prisma, recuérdese que se debe apostar por una Europa climáticamente neutra y por la transformación digital. De tal forma que es imprescindible que las personas trabajadoras desplieguen todo su potencial de aprendizaje para el desarrollo de las capacidades y de las habilidades que demanda el sector de la economía azul, solo así se podrán aprovechar todas las oportunidades de empleo²⁷.

Por su lado, el Plan General de Cooperación Sectorial sobre capacidades analiza las transiciones digital y verde, centrándose en las consecuencias que tiene para el empleo y en la detección de necesidades formativas y de capacidades. La Acción se enfoca en desarrollar soluciones concretas con la actualización y diseño de planes de estudios y de calificaciones basados en perfiles nuevos o que puedan cambiar y adaptarse a las necesidades de la economía azul. Para cubrir estas necesidades, la Unión Europea ha destinado los recursos necesarios para el ciclo presupuestario 2021-2027 orientados al desarrollo de capacidades en el FSE+, Erasmus+ Europa Digital e InvestEU.

Conectado con los planes de recuperación y resiliencia que se analizaron antes, el Fondo de Recuperación y Resiliencia prioriza invertir en capacidades como parte del Plan de Recuperación para Europa. La mejora y el reciclaje de capacidades es una de las siete áreas de inversión prioritaria del Plan, por tanto, se dota de herramientas para el sector marítimo, entre otros.

Con el mismo fin formativo, en el año 2021 la Comisión presentó un Plan para la puesta en práctica del Pilar Europeo de los Derechos Sociales en el seno de la Unión, con propuestas a empresas, sindicatos, institutos de investigación, centros de educación y formación y autoridades públicas. Las propuestas se centran en crear asociaciones sectoriales, desarrollar estrategias de desarrollo de competencias y programas específicos de formación y capacitación para superar y para cubrir las necesidades formativas en sectores como la economía azul, concretamente, el marítimo, la pesca o la acuicultura.

En el sector de la economía azul, también se destinan otros fondos europeos, por ejemplo, el Fondo Social Europeo Plus y el instrumento de apoyo técnico para invertir capacidades y en empleo azul. En este sentido, existe el compromiso europeo de invertir en formación para mejorar la salud y la seguridad laboral y para mejorar las condiciones de empleo de la gente de mar y de los pescadores.

Con todo lo anterior, la Comisión esboza diversos planteamientos sobre la formación en la economía azul:

- el fomento de asociaciones para el desarrollo de capacidades en el marco de los Pactos por las capacidades, en los ecosistemas industriales recogidos en la Estrategia Industrial de la Unión Europea como son la energía marina renovable y la construcción naval;

²⁷ Sobre este particular se encuentra una valiosa información en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1223&langId=en>

- la puesta en marcha, cobijada en el Fondo Europeo marítimo, de acuicultura y de Pesca de una nueva convocatoria de propuestas sobre carreras azules y de otra específica para la mujer en el sector;
- la promoción de la aprobación, transposición y aplicación de los convenios sobre el sector formulados por la OIT y por la Organización Marítima Internacional (OMI) destinados a mejorar las condiciones laborales y para armonizar los requisitos de formación de los trabajadores que redundan en una mejora de la profesión²⁸. Estos Convenios serían el Convenio del Trabajo Marítimo 2006 en el seno de la OIT y el Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (Convenio de formación), en el seno de la OMI, entre otros.

En el mismo orden de ideas, y en relación al rol que deben asumir los interlocutores sociales, la Agenda de Capacidades Europea expone que tienen que desempeñar un papel fundamental en el diálogo social a través de mecanismos como la negociación colectiva para garantizar el trabajo decente y prever las necesidades en materia de competencias profesionales y los desafíos que señalamos antes relacionados con el empleo. Por tanto, se les invita a diseñar una formación adecuada que habilite a las personas trabajadoras a desempeñar actividades nuevas en esos sectores de actividad vinculados a la economía azul, la economía verde o la economía circular, por ejemplo. El espacio de los interlocutores sociales alcanza a los procedimientos de consulta para respaldar la transición sostenible verificando las políticas de desarrollo de competencias laborales para asegurar que se promueva la formación, el desarrollo de capacidades y programas de estudio ajustados a las necesidades formativas que se han detectado en esos sectores de actividad. Por su parte, los gobiernos en esos procedimientos de consultas deben coordinar las políticas de desarrollo de competencias laborales y sistemas de educación y formación técnica y profesional con las políticas ambientales y la ecologización de la economía. Para lograrlo se pueden celebrar acuerdos bipartitos o tripartitos sobre el desarrollo de competencias. En la misma línea, los gobiernos deben sintonizar la oferta y la demanda de las competencias profesionales.

Siguiendo con los retos formativos, el objetivo de la Unión Europea es reconvertir la fuerza laboral destinada a trabajar en sectores de actividad relacionados con la sostenibilidad, la equidad social y la resiliencia. Por tanto, la búsqueda de nuevos mercados se relaciona con formar a una fuerza laboral que es necesaria en estos sectores vinculados a una transición económica sostenible. Se fomenta el acceso universal a la educación, a la formación y al aprendizaje permanente que sea inclusivo y de calidad. El fin es garantizar una fuerza laboral que disponga de las capacidades que sean precisas para la transición ecológica. Para lograr este fin aclara que los aspectos de la transición justa se deben integrar en el desarrollo y en la ejecución de las estrategias nacionales en materia de capacidades. En este logro se debe partir de las propuestas que provienen de Europa.

En este sentido, y, por un lado, cuando la Comisión adoptó la Agenda de Capacidades Europea anotó el hecho que vivimos en una era de transiciones, y de forma específica, declaró que estamos ante la doble transición, verde y digital, que reconfigura nuestra forma de vivir, trabajar e interactuar. Así, la Unión defiende el avance hacia una economía eficiente en el uso de los recursos, circular, digitalizada y climáticamente neutra. Una transición de la economía y de la sociedad de este calibre supone nuevas oportunidades de empleo y plantean la necesidad de un cambio “sin precedentes en los conjuntos de

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un nuevo enfoque de la economía azul sostenible de la Unión Europea, op.cit.

capacidad para aprovechar todo su potencial”. En el impulso de la doble transición la Comisión ha propuesto un ambicioso paquete de recuperación para la construcción de una Europa más sostenible, resiliente y equitativa en la que es obligatoria la mejora y la adaptación de las capacidades.

En la Agenda se reconoce la necesidad de un cambio de paradigma a nivel europeo en materia de capacidades para el empleo que impulse la doble transición y garantice la recuperación del impacto socio económico. Y que Europa debe reforzar su posición y su liderazgo mundial impulsando la transición verde y digital y para ello debe tener una fuerza laboral con las capacidades adecuadas. En el nuevo marco del Pacto por las Capacidades se concentra en programas formativos que combinen un reciclaje profesional con la capacitación para determinar las capacidades que son necesarias en esa doble transición, con programas de formación específicos y apoyo en su utilización en el lugar de trabajo o la creación de puestos trabajos nuevos²⁹.

El alcance de esta propuesta se traduce en cumplir el Pacto Verde Europeo concebido como una estrategia de crecimiento europea para lograr sus objetivos en los sectores y ecosistemas estratégicos señalados en la nueva estrategia industrial de la Unión. En paralelo, la Agencia de Capacidades cumple, como señalamos ya, con el Pilar Europeo de los Derechos Sociales y de forma particular en con el primer de sus principios sobre el derecho a una educación, una formación y un aprendizaje permanente inclusivos y de calidad. La Agenda de Capacidades Europea y la Nueva Estrategia Industrial actualizada se configuran como un instrumento para prever las capacidades que son precisas en el mercado laboral, sobre todo a nivel regional, sectorial y profesional, de forma que se puedan determinar las necesidades específicas y transversales de cada profesión. En este sentido, se demanda que los planes de estudio satisfagan estas necesidades formativas enfocadas a la transición ecológica, de forma que se tengan que adaptar.

En suma, existe un conjunto de recomendaciones, estrategias y planes de acción dirigidos a fomentar las capacidades formativas de los trabajadores en la transición hacia una economía verde, como pueden ser la Estrategia Digital, la estrategia de la industria y de las Pymes, la Recomendación del Consejo “Puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil, y que tiene en cuenta el Informe sobre el impacto del cambio climático, o el Plan de Acción para la Economía Circular y la Estrategia de la Unión Europea sobre Biodiversidad para 2030 que también destacan el papel clave de las capacidades en la transición hacia una economía verde. En la línea delineada, se concede protagonismo a la formación a través de prácticas remuneradas destinadas a las personas jóvenes que favorecen su transición de lo académico a lo profesional, especialmente aquellas actividades que contribuyen a los objetivos climáticos y medioambientales, y que serán de utilidad en sectores de actividad que afrontan carencias formativas.

Junto a lo anterior, la formación también alcanza a los adultos fomentándose el reciclaje y el perfeccionamiento profesional. Para lograr este fin se potencia la realización de cursos y sesiones de formación breves enfocados a la transición ecológica. El aprendizaje permanente se refuerza con un enfoque europeo de microcredenciales definiendo una política común europea en esta materia. Se invita que las instituciones educativas y formativas, incluso las empresas privadas diseñen y expidan microcredenciales para afrontar los cambios sociales y económicos y aprovechar las trayectorias profesionales y el aprendizaje personalizado. A través de estos instrumentos se certifica los resultados de aprendizaje con la adquisición de los conocimientos, las capacidades y las competencias

²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia (Bruselas I. 7. 2020 COM/2020/274 final)).

de forma selectiva y flexible. Además, estas microcredenciales deben ser portátiles de manera que la persona trabajadora pueda almacenarlas y transmitir las a tantas instituciones, empresas, tanto en su país de origen como en otros países. De tal manera que es importante que se definan y comprendan su contenido, la carga de trabajo, los resultados de aprendizaje y el tipo de evaluación, y que todo ello sea acordado y diseñado con los interlocutores sociales. Por lo demás, se reconoce la necesidad de que las personas adquieran conocimientos, capacidades y competencias orientadas a la transición digital y ecológica, tal cruciales para los mercados laborales que son muy cambiantes en la actualidad. Ante las transformaciones que se avecinan, tanto empresas como trabajadores se debe enfrentar y preparar para afrontar con éxito las mismas³⁰.

Anudado a lo anterior, recuérdese que nos tocaba analizar ciertas disposiciones del Real Decreto 978/2022 de para la financiación de nuevas competencias para la transformación digital, verde y productiva. Nos llama la atención que el desarrollo de los proyectos tengan que ser desarrollados por la Comunidad de Madrid o por la Comunidad Autónoma de Cataluña, siendo pues las grandes beneficiadas de tales ayudas con el desarrollo de proyectos pilotos destinados a la formación para la adquisición de competencias de carácter técnico profesional y transversal en los sectores que apuesten por la transformación digital, ecológica y productiva, como podrían ser los que hemos ido exponiendo a lo largo de esta sede de análisis.

El desarrollo de competencias también se ordena en relación a la ecologización de la economía. En efecto, la OIT reclama que debe existir una interacción sólida entre el mundo del trabajo y el de la educación y la formación³¹. El éxito de la ecologización de las empresas exige el desarrollo de las competencias, junto con unos sistemas de educación y de formación técnica y profesional sólidos que cuenten con la participación de la industria y de los sindicatos. El hecho de que los trabajadores puedan tener acceso a una formación sólida les permite desarrollar competencias para que la transición hacia esos nuevos tipos de empleo sea exitosa o para trabajar con nuevos materiales, procesos o tecnologías en los puestos que ocupan y que ahora se ecologizarán. Por tanto, se centra en la educación y en la formación para los empleos verdes con un enfoque basado en el aprendizaje integral permanente.

Uno de los aspectos clave de la transición ecológica se relaciona con los aspectos sociales dada la dimensión humana con la que debería estar concebida. Así la transición debe ser justa e inclusiva y prestar atención a los sectores, a los hogares y a los consumidores más expuestos a los desafíos. También trata de prestar una mayor atención a las regiones y a los sectores, reforzando la equidad social. En cualquier caso, la transición ecológica alcanza a una variedad de actividades relacionadas con la investigación, la innovación, la aplicación de la descarbonización y las energías renovables con el fin de alcanzar la eficiencia, la seguridad energética para frenar el cambio climático y proteger el medio ambiente impulsando el desarrollo económico sostenible, la inclusión social y para garantizar oportunidades y calidad de vida a las generaciones futuras.

Por ende, se constata que las energías renovables atraen una creciente inversión que favorece la creación de empleo. La OIT afirma que es preciso aprovechar las oportunidades de alcanzar el pleno empleo productivo, así como la inclusión social y el trabajo digno en

³⁰ Véase la Recomendación del Consejo relativa a un enfoque europeo de las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad de 10 de diciembre de 2021 y la Propuesta sobre cuentas de aprendizaje individuales adoptada por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores del 16 de junio de 2021. Ambas forman parte de un conjunto de doce acciones anunciadas en la Agenda de Capacidades Europea (julio de 2020). Las microcredenciales y las cuentas de aprendizaje individuales también se incluyen en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

³¹ OIT, Recomendación sobre el desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes, Oficina Internacional del Trabajo, adoptada el 19 de junio de 2013.

la transición económica. Para ello propone el desarrollo y la implementación de políticas en la que se apueste por crear empresas sostenibles, por la adquisición de habilidades y de políticas públicas como la protección social, la seguridad y la salud, y la calidad en el empleo (especialmente de los salarios). La OIT considera que estas soluciones deben provenir del diálogo social y se deben centrar en desarrollar y ampliar la formación e incrementar las oportunidades profesionales para las personas jóvenes, para las minorías y para otros colectivos vulnerables con una clara perspectiva de género entre mujeres y hombres. De hecho, claramente, y como en otros sectores de actividad, se detecta que existen desigualdades entre mujeres y hombres³².

Otro aspecto de interés en la transición hacia una economía verde que crea y promueve empresas y empleos verdes. No obstante, se apunta la otra cara de la economía verde, en lo que respecta a nuevos riesgos laborales que se están generando. Por tanto, un elemento de interés gira en torno a la seguridad y a la salud en el trabajo en determinados sectores vinculados a la sostenibilidad ambiental y a los riesgos que tales actividades entraña. Por ejemplo, las relacionadas con los minerales, los productos químicos y plaguicidas, el riesgo electrónico en la instalación de las energías renovables (minieólica, fotovoltaica, biomasa, solar térmica), la manipulación de la robótica, de las máquinas, de los residuos y de los materiales nuevos y emergentes³³. En definitiva, que los empleos verdes deben ser seguros y saludables como una arista más de la calidad del empleo decente.

Para concluir, y asumiendo las palabras de la doctrina más especializada, uno de los aspectos que quedan en el aire de la transición ecológica es la cuestión social, la dimensión humana, y si todo este entramado mediático se escenifica para justificar la explotación de los recursos del mar, una vez que en la tierra no hay nada más que explotar.

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CUESTA, H.: Las transiciones ecológica y digital: ¿aliadas o enemigas?, disponible en https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2023/02/alvarez_noticias_cielo_n2_2023.pdf

FOTINOPOULOU BASURKO, O, CAIRÓS BARRETO, D., LÓPEZ TERRADA, E.: “La Directiva 2022/2464 relativa a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas: ¿un avance en los derechos de información de los representantes de los trabajadores en las empresas cotizadas?, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, En prensa.

MIÑARRO YANINI, M.:

“La sostenibilidad ambiental, nuevo elemento del trabajo decente: otro desafío de futuro inmediato para la jurisdicción social”, AAVV Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro, Centro de Estudios Financieros, 2023, pp. 365-382.

“Las pretendidas transiciones gemelas ecológica y digital: en particular, su impacto en el empleo y los particulares procedimientos de adaptación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, serie de Derecho Internacional y de la U.E.*, núm. 156, 2023, pp.77-95.

³² La OIT señala que el sector de las energías renovables alcanzó los 13,7 millones de empleados en todo el mundo en 2022, lo que supone un incremento de 1 millón de puestos de trabajo desde 2021 y un importante aumento desde los 7,3 millones de 2012. Se expone que la energía fotovoltaica encabeza la generación de empleo con 4,9 millones de puestos de trabajo más un tercio de la fuerza laboral total en el sector de las energías renovables. La energía hidroeléctrica y los biocombustibles registraron cifras de empleo parecidas a las de 2021, alrededor de 2,5 millones de puestos de trabajo cada uno, seguidos por la energía eólica con 1,4 millones de empleos. Vid. Informe Renewable energy and Jobs: Annual review 2023, se anota que las energías renovables atraen una creciente inversión que favorece la creación de empleo, en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_895577/lang--es/index.htm

³³ La Cara de la economía verde ha sido narrada en <https://www.masproteccionlaboral.com/blog/economia-verde-empleos-verdes-nuevos-riesgos-laborales-el-lado-b-de-la-sostenibilidad.html>

“Nuevos retos del derecho migratorio: la falta de respuestas jurídicas ante los flujos de las personas motivados por cuestiones climáticas, *Labos*, Vol.3, núm. 3, 2022, pp. 180-188.

Flexicurity in ambito lavorativo e transizione ecologica giusta: il ricorso agli ERTE e al meccanismo RED nel quadro del Next Generation EU”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 3/XXXII, 2022.

“Instrumentos laborales de flexibilidad interna al servicio (también) de la transición ecológica justa, *Noticias CIELO*. 2/23, CIELO, 28/02/2023.

“Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué son y cómo se fomentan los empleos verdes”, AAVV *Cambio climático y derecho social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, pp. 43 - 70. IURA, 2021.

LA TÉCNICA DEL ACOMODO RAZONABLE EN EL EMPLEO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

JOSÉ MANUEL ROALES FERNÁNDEZ
Graduado Social por la Universidad de Sevilla
Grado en Derecho por Universidad Internacional de la Rioja
Máster Universitario en Abogacía y Práctica Jurídica por la Universidad
Internacional de Valencia
Doctorando Universidad Pública de Navarra

SUMARIO:

- 1. ACOMODAMIENTO RAZONABLE. MARCO INTERNACIONAL**
- 2. JURISPRUDENCIA SOBRE EL USO DEL VELO ISLÁMICO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL**
- 3. JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL SOBRE SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES**
- 4. BREVE EXPOSICIÓN ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA SOBRE EL EMPLEO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA EMPRESA**
- 5. CONCLUSIONES**
- 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

RESUMEN

El objetivo de este artículo pretende acercar a la sociedad el concepto y la técnica del acomodamiento razonable, desde su génesis y evolución jurisprudencial, en la perspectiva real, del empleo de símbolos religiosos en la empresa, teniendo en cuenta el análisis de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) en los asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19 de 15.07.2021 (la cual examina si la reglamentación interna de una empresa privada que veta, en el lugar de trabajo, la utilización de cualquier símbolo religioso implica una discriminación directa o indirecta por motivos de religión o ideológicos), y en el asunto C-344/20 de 13 de octubre de 2022 (Prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones), tras una breve mención al Tribunal Supremo (TS).

El origen del concepto de acomodamiento razonable es anglosajón, el “reasonable accommodation”, y se considera eje principal en las relaciones laborales que tienen, en alguna medida, tintes de discriminación y en las que se hace necesario aplicar ese acomodo o ajuste razonable en aras de conseguir una igualdad en el empleo.

Se trata de un debate necesario centrado en la exteriorización, por parte de los trabajadores, de sus convicciones religiosas a través de los símbolos religiosos y con el límite (“*contrainte excessive*”), por parte de la empresa, de no caer en el mal funcionamiento de la misma, contando además con un proceso de adaptación del trabajador en ese acomodo razonable.

Palabras clave: acomodamiento razonable, TS, TJUE, TEDH, símbolos religiosos

ABSTRACT

The objective of this article aims to bring society closer to the concept and technique of reasonable accommodation, from its genesis and jurisprudential evolution, in the real perspective, of the use of religious symbols in the company, taking into account the analysis of the Court's Judgments of Justice of the European Union (STJUE) in accumulated cases C-804/18 and C-341/19 of 07.15.2021 (which examines whether the internal regulations of a private company that vetoes, in the workplace, the use of any religious symbol implies direct or indirect discrimination for religious or ideological reasons), and in case C-344/20 of October 13, 2022 (Prohibition of discrimination based on religion or belief), after a brief mention to the Supreme Court (TS).

The origin of the notion of reasonable accommodation is Anglo-Saxon, the "reasonable accommodation", well understood as the main axis in labor relations that have to some extent tinges of discrimination and where this reasonable accommodation or accommodation is necessary for the sake of equality in employment.

This is a necessary debate that focuses on the externalization by workers of their religious convictions through religious symbols and with the limit, the "*contrainte excessive*", business of not falling into the malfunction of the company, with a pseudo-adaptation of the worker in that reasonable accommodation.

Keywords: Reasonable accommodation, TS, CJEU, ECHR, religious symbols.

1. ACOMODAMIENTO RAZONABLE. MARCO INTERNACIONAL

Se trata de un concepto jurídico que podríamos definir como “la obligación de acomodar o ajustar que, en virtud del Derecho, incumbe a las distintas instituciones y organizaciones, de índole privada y pública, de evitar cualquier discriminación empleando medidas de armonización, aplicando para ello ciertas leyes o reglamentos”¹.

El “acomodo razonable” ve la luz en la Jurisprudencia estadounidense, legislada en 1971 a través de una Enmienda del título VII del Civil Rights de 1964, y que posteriormente Canadá puso en práctica a partir de 1985 con la Sentencia Ontario Human Rights Commission y O’ Malley c. Simpsons Sears Ltd., de 17 de diciembre de 1985 del Tribunal Supremo.

El acomodamiento razonable es uno de los medios adecuados para lograr, en las sociedades democráticas, el Estado de Derecho cohesionador de diversas culturas. No obstante, existe otra vía para lograrlo que no requiere la necesidad de acudir a un Tribunal, es el llamado “Ajuste Concertado”, que consiste en ser capaz de hallar una solución que satisfaga a las partes implicadas en el conflicto y en el que las negociaciones amistosas son partes esenciales.

Como se pondrá de manifiesto a lo largo de este artículo, el acomodo razonable como concepto emana de la Jurisprudencia y de los numerosos fallos de los Tribunales que logran, en unos casos, y tratan de conseguir, en otros, “ajustar” la aplicación de una norma o ley a favor de una persona o de un grupo de ellas que se sienten discriminadas por razones diversas (culturales, religiosas, étnicas, raciales, etc.)

Constatamos que en las últimas décadas son múltiples las solicitudes de ciudadanos que pretenden lograr la plena realización de la libertad religiosa, por ejemplo, en sus puestos de trabajo (públicos o privados).

En relación con lo anteriormente expuesto, los Tribunales norteamericanos imponen la necesidad de demostrar que el uso de alguna práctica religiosa es fundamental para el demandante como parte de su modo de entender la religión y la vida en general. Sin embargo, los Tribunales asienten que la carga de la prueba compete a ambas partes pues, por un lado, pertenece al demandante demostrar que se ha producido una discriminación por los efectos perjudiciales de una medida y, por otro lado, corresponde al demandado demostrar que ha puesto todos los medios de acomodamiento razonable necesarios para que no se le imputen los efectos perjudiciales.

En este artículo se tratará de dar forma a la diversa casuística que prevalece en el ordenamiento jurídico internacional y nacional.

El origen del concepto acomodo razonable se encuentra en Canadá. Para aplicar esta cláusula, los tribunales exigen la existencia de una situación de discriminación que debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Que una norma concreta tenga efectos discriminatorios.
2. Que la discriminación se produzca por uno de los motivos contemplados en la Charter of Rights and Freedoms, es decir, debe estar basada en la raza, color, sexo, embarazo, la orientación sexual, el estado civil, la edad, las convicciones políticas, la lengua, el origen étnico o nacional, la condición social o una minoría.

¹ ELOSEGUI ITXASO, M., “El concepto jurisprudencial del acomodamiento razonable...”, pp.101

3. Que el cumplimiento de la norma provoque un perjuicio en el demandante. En Europa, a diferencia de Norteamérica (donde podríamos añadir que la práctica del acomodamiento se basa en aplicar el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, religión, etc.), la aplicación del acomodo razonable se ha empleado fundamentalmente con las personas minusválidas. El informe canadiense Bouchard- Taylor define esta doctrina como² *“el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación tomando distintas medidas de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos”*³.

Una vez expuesto brevemente en que consiste el acomodo razonable y como ha ido evolucionando a lo largo de las últimas décadas, conviene centrar la temática del presente artículo en “el empleo de los símbolos religiosos en las relaciones laborales” y su influencia en el panorama nacional e internacional.

Detrás de determinados símbolos, como el velo islámico, puede haber una interpretación religiosa o meramente cultural. Su uso estaría amparado en cualquiera de ambos supuestos, por la libertad religiosa, en el primer caso, y la libertad de expresión o el derecho a la propia imagen, en el segundo, no pudiendo ser prohibido mientras no exista un peligro para el orden público (entendido en su sentido estricto, y no como una forma de proteger una cultura mayoritaria), o para los derechos de terceros⁴.

Un símbolo religioso puede definirse desde dos puntos de vista, subjetivo y objetivo.

La parte subjetiva se basa en el sujeto en sí mismo que ejerce su derecho a la libertad religiosa, pues este debe demostrar que esa práctica religiosa es fundamental para él, constituyendo una parte esencial en su modo de entender la religión y la vida en general. De hecho, cuando el acomodamiento se solicita por razón religiosa (recordemos que existen diferentes acepciones o modalidades de acomodamiento) parte de esa demostración consiste en explicar la razón por la que esa norma tiene un efecto perjudicial sobre el mismo sujeto.

Recogiendo las palabras de ELÓSEGUI ITXASO, debemos mencionar que la Jurisprudencia Norteamericana, en este caso Canadá, suele aplicar dos criterios que podríamos calificar como subjetivos:

Primero.- El demandante no tiene que demostrar que la práctica religiosa que solicita sea un precepto objetivo obligatoria de su religión, pues basta con demostrar la sinceridad de la creencia.

Segundo.- El tribunal no tiene obligación de entrar en debates internos religiosos, puesto que no tiene que definir si lo solicitado es obligatorio en las religiones. Dicho de otro modo, como cada caso de acomodamiento razonable debe valorarse individualmente, el demandante puede solicitar alguna práctica que sea fundamental para él, pero que no se considere como tal en la mayoría de los creyentes de dicha religión.

Respecto al criterio objetivo, estaríamos ante la protección del derecho fundamental a partir de una concreta concepción objetiva realizada por la norma suprema⁵.

² MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2012): “*El caso Lautsi ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXVIII.

³ Informe de la Comisión Bouchard-Taylor: “*Fonder l’avenir: Le temps de la conciliation, Québec 2008*”. Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles. Pág. 289.

⁴ TORRES GUTIERREZ, A.: “Resolución de conflictos por el empleo de vestimentas y símbolos religiosos en las relaciones de trabajo: Orden público frente a acomodamiento razonable”, en: CALLEBAT, B., DE COU RRÈG ES, H. y PARISOT, V., Les religions et le droit du travail: regards croisés, d’ici et d’ailleurs, Bruylant, Bruselas, 2017, pág. 416.

⁵ Cfr. Ibid. Pág. 418.

Si bien el artículo culminará con el análisis de las últimas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde el inicio debemos preguntarnos si debe dejarse la resolución de conflictos por el empleo de símbolos religiosos en manos del Estado o deberían plantearse soluciones que tuvieran en cuenta el *acomodamiento razonable*.

En palabras de Rossell, *«debe abogarse por el acomodamiento razonable, tal como el canadiense, pues permite una solución mucho más pluralista, en cuanto reflejo de una realidad social variada y caracterizado por su flexibilidad, que permita una adecuada composición de intereses, y la correcta adaptación de las normas, sin renunciar a su fondo de garantía de los valores de la convivencia, a las costumbres y necesidades cambiantes»*⁶.

En definitiva, cada situación debe analizarse, en su contexto concreto, porque la decisión que se tome debe fundamentarse en la correcta aplicación de los criterios subjetivos y objetivos. De cualquier manera, llegados a este punto, es necesario saber que existen unos límites legales / sociales que los diferentes tribunales deben tener en cuenta.

Puede ser atendida una demanda, similar de acomodo, como proporcional y razonable en una empresa de grandes dimensiones y no ser este el caso en un negocio pequeño⁷.

Debe examinarse si la solicitud del empleado y su posible acomodamiento atenta contra los derechos de otros empleados, si el inconveniente es mínimo o si hay obligación de atenderlo en aras del ejercicio individual de ciertas libertades fundamentales en una sociedad multicultural⁸.

En el siguiente punto trataremos de exponer parte de la casuística que dimana de los diferentes Tribunales, con el objeto de mostrar las posturas que mantienen los Tribunales de los distintos organismos.

2. JURISPRUDENCIA SOBRE EL USO DEL VELO ISLÁMICO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL

En primer lugar debemos citar uno de los casos que mayor repercusión ha tenido en los últimos años, el relativo al C-344/20, cuyo caso emanó a raíz de presentarse una ciudadana musulmana y con pañuelo islámico a una entrevista para unas prácticas en una empresa dedicada al arrendamiento y explotación de viviendas sociales.

En dicha entrevista se le informó de la política de neutralidad de la sociedad y ella les comunicó la negación a quitarse su pañuelo, lo cual conllevó a que su candidatura fuera rechazada porque en sus instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera su cabeza, con independencia que fueran gorras, gorros, pañuelos, o velos.

Ante dicha negativa la exaspirante ejerció una acción de cesión que llegó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basando su demanda en que la política de dicha empresa era discriminatoria y no por ello neutral.

El Tribunal dio la razón a la parte demandada ya que aunque toda persona puede profesar una religión o tener convicciones de diversa índole, la norma interna de la empresa siempre que se aplique de manera general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato.... Siendo por ello la política de la empresa neutral.

⁶ ROSSELL, J.: “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp.171-203.

⁷ Cfr. ELÓSEG UI ITXASO, M., “El concepto jurisprudencial del acomodamiento razonable...”, pp.144.

⁸ Id.5.

Conviene meternos en el fondo del asunto, para poder interpretar el análisis del Alto Tribunal en estos asuntos:

1. La norma interna si es discriminatoria si implica una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones, si se demuestra que la obligación ocasiona, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas determinadas convicciones.
2. Una diferencia de trato nunca puede constituir una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para conseguir esa finalidad son adecuados y necesarios. Por ende, confirmar en Alto tribunal que la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad en las relaciones con los clientes (privados o públicos) está vinculado a la libertad de empresa.
3. Pone de manifiesto que la Directiva 2000/78 establece un marco general para lograr la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dejando un margen de apreciación e interpretación subjetiva a los Estados Miembros en particular a la conciliación de los diferentes derechos e intereses en juego, siempre debe ir acompañado de un control por parte del Juez correspondiente, que consista en apreciar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y son proporcionadas.

Uno de los primeros casos que tuvieron lugar en Europa fue “El caso Dahlab”, el cual procedemos a exponer:

1. Lucía Dahlab original de Suiza es contratada como maestra en una escuela pública de Ginebra el 1 de septiembre de 1990. Años después de comenzar a usar el velo islámico en el trabajo, el 23 de agosto de 1996 la Dirección General de Educación Primaria le prohíbe acceder al centro con el velo, alegando que se trata de un sistema escolar público y laico tal y como disponía la sección 6 de la Ley de Educación Pública.
2. La demandante alega la violación del artículo 9 del CEDH y su libertad de manifestar su religión, y que la decisión de las autoridades suizas constituía un acto de discriminación por razones del artículo 14 del ya mencionado convenio. El Tribunal Federal alega que la prohibición sólo afecta a la prestación del trabajo dentro de la escuela. Hace referencia a la importante influencia que cualquier profesor tiene y más en alumnos de esa edad.
3. La demandante representa la escuela y ostenta parte de la autoridad escolar y con ello al Estado, y en un contexto en el que la educación es obligatoria es necesario la neutralidad en la vestimenta. La paz confesional en Suiza impone una rigurosa separación entre Estado y religión que trae consigo esa aconfesionalidad y neutralidad religiosa en el sector público.
4. El TEDH, en base a su jurisprudencia, afirma que el artículo 9 consagra la libertad de pensamiento, conciencia y religión, las cuales constituyen una de las bases de una sociedad democrática. Observa además que en las sociedades en las que coexisten diferentes religiones, puede ser necesario que estas libertades se restrinjan en aras de la conciliación con los intereses de los demás individuos y grupos que conforman una sociedad.
5. Es difícil valorar el impacto que el uso de un símbolo religioso como es el velo puede tener en la libertad de conciencia y de religión de niños tan pequeños como son los de la demandante. El mensaje de tolerancia, respeto, igualdad y no

discriminación que tiene que transmitirse en un centro docente choca con el uso del velo.

6. El Tribunal considera que la prohibición del uso del velo en el contexto de sus tareas profesionales era necesaria en una sociedad democrática, con el objetivo de proteger no sólo los derechos y libertades de los demás si no también el orden público y la seguridad pública. La prohibición buscaba la neutralidad del sistema de educación primaria y estatal, y afirma además, que tal medida se habría aplicado a un hombre que usara una vestimenta que lo identificara con una religión en concreto.
7. La neutralidad religiosa cede frente a la libertad de manifestar la religión propia. Se deja constancia del rechazo a discriminación por razón del sexo: “El Tribunal recuerda igualmente que la progresión hacia la igualdad de sexos constituye hoy día un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa. De ahí que sólo razones de gran peso puedan justificar a la vista del Convenio una diferencia de trato fundada en el sexo”.
8. Pero priorizando la neutralidad religiosa, la discriminación por razón de sexo alegada por Lucía Dahlab no resulta válida al afirmar que tal prohibición podría afectar a varones; pues hay más religiones con prescripciones de alcance similar. La demanda resulta por tanto inadmisibile.

El Tribunal Supremo, en Autos de 20 de marzo y de 29 de mayo de 2018, se pronuncia sobre el uso del velo islámico en el ámbito laboral, teniendo así la oportunidad de aplicar la doctrina del acomodamiento razonable.

Las denunciante alegan que están en pleno derecho de portar cualquier símbolo religioso amparadas por su derecho de libertad de religión y por ser este absoluto⁹.

Ahora bien, en este caso, nos encontraríamos con derechos que están en contraposición: el de la empresa a la defensa de sus propios intereses y el de los trabajadores a su libertad religiosa.

Según el TSJ de la Rioja, antecedente judicial de instar al Tribunal Supremo, los despidos de las empleadas no se deben calificar como improcedentes porque no hubo vulneración de ningún derecho fundamental, en este caso el de libertad religiosa. El despido se justifica como el incumplimiento de las normas de la empresa para vigilar y cumplir la certificación de calidad.

El TS inadmite los recursos de casación interpuestos por las trabajadoras y defiende límites tales como el orden público, la salud de los consumidores, trabajadores e higiene de los alimentos, así como la imagen corporativa.

Además, el TS defiende que no se produce discriminación indirecta porque existan otras trabajadoras que profesen la misma religión y que sí acepten las normas, las cuales cubren todo el velo por debajo del gorro del trabajo. El cambio se produjo a raíz de la llamada de atención del Certificado de calidad, por lo que la empresa nunca quiso perjudicar a las empleadas ni discriminarlas¹⁰.

Ninguno de los dos Autos del TS hace mención alguna a la doctrina del acomodamiento razonable, con escasa acogida en Europa, en general, y en España, en particular¹¹.

⁹ Sentencias del TSJ de La Rioja 131/2017; 132/2017, de 22 de Junio de 2017.

¹⁰ Autos del TTSS 3140/2017, de 20 de marzo 2018, y 2965/2017, de 29 de mayo de 2018.

¹¹ BORGUES BLAZQUEZ, L. (2011): “Freedom of religion versus freedom of business management in Spain: Spanish Case-Law analyzed in the light of “reasonable accommodation” figure according to Canadian Case-law”, Anuario de acción humanitaria y derechos humanos, 8, pp. 55-70.

3. JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL SOBRE SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

3.1 Cuestiones prejudiciales

1. ¿Debe interpretarse la Directiva 2000/78 de forma que los términos “religión o convicciones” que figuran en él constituyen un solo y único motivo de discriminación o, por el contrario, esos términos se refieren a motivos de discriminación distintos?
2. ¿Debe interpretarse que el artículo 1 de la Directiva 2000/78 se opone a que las disposiciones nacionales que tienen por objeto garantizar la transposición de esa Directiva al derecho nacional, y se interpretan en el sentido de que las convicciones religiosas, filosóficas y políticas, constituyen tres motivos de discriminación distintos y, por lo tanto, pueden tenerse en cuenta como “disposición más favorable para la protección del principio de igualdad de trato previsto en dicha directiva”?
3. ¿El artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78 debe interpretarse de manera que una disposición del Reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente o a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante un signo visible o una prenda de vestir con connotaciones religiosas, sea esta una discriminación directa “por motivos de religión o convicciones” en el sentido de dicha Directiva?

Una vez expuestas las cuestiones prejudiciales que debemos plantearnos a la hora de entrar en el fondo del asunto, conviene proseguir con las decisiones adoptadas desde Europa.

Según lo establecido en Luxemburgo, una disposición del reglamento laboral interno de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar verbalmente, a través de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad religiosa y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa “por motivos de religión o convicciones”, en el sentido del Derecho de la Unión. Esto será así siempre que se aplique esa disposición de forma general e indiferenciada y no establezca una diferencia de trato basado en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a las convicciones.

Sin embargo, el TJUE precisa que una norma interna puede constituir una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones, si se demuestra (extremo que debe comprobar el Tribunal Nacional), que la obligación aparentemente neutra que contiene, ocasiona una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

La Sentencia centra su marco jurídico en la Directiva 2000/78 y gira en torno al litigio principal: la no consideración de la candidatura de la demandante para obtener unas prácticas ante la negativa de ésta a respetar la prohibición impuesta por la sociedad a sus empleados de manifestar sus convicciones religiosas a través de la forma de vestir.

En virtud de todo lo expuesto el TJUE (Sala segunda) declara:

- Que los términos “religión o convicciones” que figuran en el art.1 de la Directiva constituyen un solo y único motivo de discriminación, que abarcan tanto las convicciones religiosas como filosóficas o espirituales.
- Que una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa “por motivos de religión o connotaciones” en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada.
- Que el artículo 1 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que disposiciones nacionales que garantizan la transposición de esa Directiva al derecho nacional, significan que las convicciones religiosas y las convicciones filosóficas constituyen dos motivos de discriminación distintos y así pueden tenerse en cuenta como “disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en dicha Directiva”¹².

Una de las Sentencias más destacadas dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Gran Sala, fue la de los asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, la cual examina si la reglamentación interna de una empresa privada que veta, en el lugar de trabajo, la utilización de cualquier símbolo religioso implica una discriminación directa o indirecta por motivos de religión o ideológicos¹³.

En este caso particular, se abordan dos asuntos acumulados que responden a las siguientes peticiones de decisión prejudicial planteados por el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo, Alemania y por el Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania.

El marco jurídico será la Directiva 2000/78 y la interpretación de la misma con respecto a estas cuestiones:

- 1.- ¿Admite la Directiva una discriminación indirecta por motivos de religión teniendo en cuenta la idea de la empresa de querer una política neutra a nivel religioso, si con ello el empleador busca respetar los deseos de sus clientes?
- 2.- ¿Se niega la Directiva o el derecho fundamental a la libertad de empresa, asentado en el art. 16 de la Constitución Española, a una regulación jurídica nacional, sobre la base del Derecho fundamental a la libertad religiosa en aras de la prohibición de simbología, vestimenta religiosa, y no puede argumentarse por la capacidad a poner en riesgo la mentalidad del empresario, sino que es obligatorio un riesgo real, de ocasionar un perjuicio económico individualizado al empresario?

La primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-804/18 debe interpretar la Directiva 2000/78 de la siguiente forma: una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible sobre convicciones religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones con respecto a los trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias relativas a preceptos religiosos, siempre que esta norma se aplique de forma general e indiferenciada.

En cuanto a la segunda cuestión planteada en el asunto C-804/18 y C-341/19, debe interpretarse de manera que las disposiciones nacionales que protegen la libertad

¹² Sentencia del TJUE C -344/20, de 13 octubre 2022.

¹³ Sentencia del TJUE C-804/18 de 15 Julio 2021; y C-341/19.

religiosa puedan tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido del art. 8.1. de esta Directiva, al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basado indirectamente en la religión o las convicciones. Respecto a la segunda cuestión prejudicial planteada en el asunto C-341/19 no se pronuncia el Tribunal.

1. La Gran Sala avala la restricción de la libertad religiosa, en caso de demostrar la existencia de un riesgo o perjuicio económico tras ponderar la libertad religiosa y otros derechos fundamentales.
2. La segunda interpretación de la Gran sala versa sobre una diferencia de trato basada indirectamente en la religión. Esta procede de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones religiosas en el lugar de trabajo, y esta prohibición puede estar justificada por la voluntad del empresario de mantener un régimen de neutralidad religiosa. Será así siempre que responda a una verdadera necesidad del empresario, que dicho régimen se siga de forma congruente y sistemática y, por último, que la limitación de la prohibición sea estrictamente necesaria, es decir, proporcional a las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.

“Culmina el TJUE argumentando que una discriminación indirecta basada en la religión, procedente de una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles de convicciones religiosas en el lugar de trabajo con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad, solo puede justificarse si esa prohibición cubre toda forma visible de expresión de las convicciones religiosas. Sin embargo, una prohibición limitada al uso de signos de convicciones religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede, constituir una discriminación directa basada en la religión y, por eso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición”¹⁴.

En cuanto a la utilización del velo o pañuelo islámico en el trabajo, el TJUE establece, en su sentencia 157/15 de 14 de marzo de 2017: “La prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo religioso en el lugar de trabajo, no constituye una discriminación directa, por motivos de religión.”

La decisión con respecto al asunto planteado ante el TJUE por la justicia belga referente a la extinción de la relación laboral de una trabajadora (repcionista) que se había opuesto a quitarse el velo en horario laboral, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado que “el deseo de un empresario de ofrecer una imagen nuestra ante sus clientes tanto del sector público como del sector privado tienen un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes”¹⁵

Por ello, no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones. Así pues, encarga a los jueces nacionales certificar que la norma interna de la empresa se aplica a todos los supuestos, correspondiendo a la justicia belga, en este caso, concretar en un régimen general o indiferenciado “en relación con la prohibición del uso visible de cualquier signo religioso”¹⁶.

Otros de los casos más sonados, fue el relativo a la solicitud de un abogado judío italiano de retrasar la fecha de celebración de un juicio con cuatro meses de antelación, la cual fue fijada en una fiesta nacional judía¹⁷.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ GARCIA HERNÁNDEZ, J. (2017): “LA VELADA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. Comentario de las SSTJUE de 14 de marzo de 2017”.

¹⁶ Sentencia del TJUE, nº C-157/15 de 14 de Marzo de 2017.

¹⁷ SENTENCIA TEDH, Nº 28790/08, de 3 de Marzo de 2012.

Tal y como aparece previsto en la legislación, el abogado podía haber hecho uso de su derecho a ser sustituido por otro abogado, pero rehusó en varias ocasiones, ya que consideraba fundamental su presencia/asistencia.

El día de la celebración el abogado no acudió y los demandantes exigieron la paralización del proceso, a lo que el juez se negó alegando el derecho de los demandados a continuar con el proceso sin dilaciones indebidas.

El TEDH declaró que no se había producido una violación del art.9 del Convenio (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) porque consideró que el rechazo de la autoridad judicial a retrasar la fecha de celebración de una audiencia fijada en una fiesta judía está protegido/amparado por la ley estatal, y justificada por la protección de los derechos y libertades de los demás. Así mismo, añade el TEDH que el abogado podría haber hecho compatible esa obligación religiosa, sin obstaculizar el procedimiento, enviando un sustituto, y no aporta ninguna prueba de que haya sido presionado para cambiar sus convicciones religiosas ni que se le haya impedido manifestar su religión o su convicción.

Al respecto de esta sentencia, resulta significativo enunciar que de los siete jueces que componían dicho Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tres de ellos apoyaban que había habido violación de dicho art. 9 del Convenio, contraargumentando todos los razonamientos del fallo de la sentencia.

De todos los contraargumentos de los jueces disidentes, se debe poner de manifiesto que sí consideran que el recurrente había aportado prueba de que había recibido presiones para su práctica religiosa, pues al no habersele permitido el cambio de fecha del proceso, se había impedido el ejercicio de la libertad de religión, y que con ese impedimento ya no es necesario aportar ninguna prueba más de que haya recibido presión de ningún tipo. Pero debemos matizar que lo que produce la violación del derecho de libertad religiosa es el hecho de no haber tenido en cuenta la posibilidad de cambiar la fecha de la vista.

En el presente caso, el letrado de la parte demandante solicitó con la suficiente antelación el cambio de día, lo que hubiese permitido organizar las audiencias de manera que se hubiera podido no retrasar el procedimiento y que a su vez el abogado pudiera asistir a su fiesta religiosa.

Situación distinta ocurrió en el caso *S.H. et H.V. c. Austria*, 13 de enero de 1993, donde la parte recurrente avisó con muy poca antelación ante un cambio de fecha, lo que ocasionó que fuera imposible cambiarla¹⁸.

Concluye el TEDH ante el presente caso que el Convenio no protege cualquier acto motivado por una religión o una convicción, por lo que no se produce una violación del artículo 9 del Convenio.

Además de los casos europeos expuestos, debemos exponer otro caso conocido en el cual el TEDH no admitió la demanda de una profesora suiza de un colegio de educación primaria, que era musulmana y había decidido cubrir su cabeza con un pañuelo por razones religiosas. Una vez transcurridos varios años desde que comenzó a ponerse ese pañuelo, y en aras a una ley suiza cuyo fin era preservar el carácter laico de las escuelas públicas, se le prohibió el uso del velo durante el horario escolar¹⁹.

¹⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *S.H. et H.V. c. Austria*, 13 de enero de 1993.

¹⁹ TEDH, Dahlab y. Suiza, Nº 42393/98, de 15 de febrero de 2001.

El Alto Tribunal Europeo consideró que la prohibición en el empleo del velo islámico suponía una restricción de la libertad religiosa en la demandante, pero aceptó el razonamiento del gobierno suizo respecto a la obligatoriedad de dicha restricción.

Así pues, la decisión del Alto tribunal es polémica por varios motivos:

1. La demandante llevaba con el velo puesto cinco años hasta que las autoridades escolares se lo prohibieron, sin que durante ese lustro constase queja alguna por parte de los padres de los alumnos por dicha indumentaria religiosa.
2. En un país como Suiza donde no existen tensiones religiosas, no tiene sentido alguno que sus profesores deban quitar la simbología religiosa de su indumentaria diaria. Al contrario, al ser un país laico y neutral, deben impulsar que sus alumnos vean en su colegio una expresión de pluralismo religioso, respetando las creencias de cada persona.
3. Sin embargo, nos encontramos con que el Alto Tribunal tiene una postura intransigente al dar por hecho la existencia de una relación directa entre el islam y la religiosidad reaccionaria e intolerante.

Realmente el conflicto sobre el velo islámico ha sido y es uno de los casos más recurrentes de Acomodo Razonable, pues es común en nuestros días. Otro claro ejemplo es el caso Azmi.

Una joven musulmana que, una vez pasadas todas las entrevistas previas a su contratación, y a los pocos días de comenzar la relación laboral, manifestó sus creencias musulmanas y añadió que, en presencia de varones, solo estaba dispuesta a ejercer sus tareas con su rostro tapado por el niqab (velo islámico (burka)).

La dirección del centro le transmitió durante meses que su actitud creaba problemas para el desarrollo de su actividad y que durante sus entrevistas previas, con varones, no tenía el rostro tapado con ninguna indumentaria.

Tras varios intentos por parte de la Dirección del centro, esta joven fue despedida y procedió a demandar al Colegio por discriminación y acoso.

Sus argumentos fueron rechazados en instancia y apelación por parte de los tribunales, concluyendo los jueces británicos, los siguientes particulares:

1. No existió discriminación directa ni indirecta, pues la razón de su suspensión era el mantenimiento del velo sobre su cara. Este influía negativamente en la eficacia de la enseñanza, considerándose, por lo tanto, un motivo suficientemente válido para justificar la adopción de medidas que supusieran la limitación en la expresión de creencias de la demandante.
2. El centro había permitido a la demandante que permaneciera en su puesto de trabajo, pero vistiendo una túnica larga y el hijab o aceptando que podía llevar el niqab en el recinto escolar, pero siempre que no esté impartiendo clases. (Ella se negó)

4. BREVE EXPOSICIÓN ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA SOBRE EL EMPLEO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA EMPRESA

Llegados a este punto conviene traer a colación, una Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, donde se analiza la posible discriminación del dueño de un comercio de ropa

hacia una empleada al obligarla a trabajar el viernes por la tarde y el sábado, cuando la religión de la empleada le exigía no trabajar desde el viernes, una vez comenzaba a anochecer²⁰.

No obstante, cabe mencionar que se trataba de una empleada que llevaba muchos años trabajando en el negocio y que decidió con el tiempo convertirse a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, de carácter protestante. El contrato de trabajo firmado en su momento incluía trabajar el sábado, pues los mejores momentos, en cuanto a facturación del negocio, tenían lugar desde el jueves hasta el sábado.

De hecho, la trabajadora siempre había trabajado los sábados hasta la fecha en que se adhiere a esta Iglesia protestante. A partir de ese momento, el dueño del negocio le recuerda la obligatoriedad de trabajar el sábado, ella se niega, y llegan al acuerdo de trabajar a media jornada, eliminando así los días problemáticos. Tras llegar a ese acuerdo, la empleada planteó una demanda en virtud del art.4 del Código de Ontario de Derechos de la Persona en la que exigió una indemnización por la diferencia entre el empleo a tiempo completo y el empleo a tiempo parcial.

La Comisión de investigación de dicho caso denegó el derecho a esa investigación, por lo que se apeló al Tribunal Supremo. Este falló a favor de la demandante, reconociéndole el derecho a esa indemnización y dictaminando la discriminación por violar el citado art.4 del Código de Ontario de los Derechos de la persona.

A colación de lo anteriormente expuesto, debemos ratificar la relevancia de esta sentencia pues asienta las bases del Acomodamiento Razonable en el panorama internacional.

En el presente caso, el Tribunal Supremo dictaminó la existencia de una discriminación calificada como indirecta, consecuencia de un efecto perjudicial, al aplicar una regla o una norma que es, a priori, neutral e igual para todos los trabajadores, pero que tiene un efecto discriminatorio por un motivo religioso para un empleado o grupo de empleados.

De hecho, para que tenga lugar este tipo de discriminación no es obligatorio que el empleado tenga esa intención o sea consciente de ello, a diferencia de la discriminación directa (por ejemplo: “Aquí no trabaja ningún musulmán, o ningún gitano”)

El Alto Tribunal afirma que tanto el dueño está autorizado a explotar su negocio el sábado y a contratar empleados con la condición de que trabajen ese día, como la trabajadora a practicar su religión y no ser forzada a trabajar los sábados, pues esto iría en contra de sus creencias religiosas.

Manifiesta en la misma sentencia la importancia de la carga de la prueba, la cual compete a ambas partes:

- Demandante: Debe demostrar que se ha producido una discriminación por los efectos perjudiciales de una medida laboral interpuesta.
- Demandado: Debe demostrar que ha puesto todos los medios de acomodamiento razonable necesarios para que no se le imputen los efectos perjudiciales demostrados por la otra parte.

En el caso que nos atañe sí constan las pruebas aportadas por la demandante, pero no hay ninguna prueba en sentido contrario, por parte del demandado que debería haber

²⁰ ~ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE CANADÁ: “ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION Y O’MALLEY V. SIMPSONS SEARS LTD”.

aportado pruebas de la aplicación de medidas de acomodamiento razonable. Por ello, concluye el Juez:

“El empleador no ha aportado ninguna prueba. Incluso si la prueba aportada por la demandante demuestra que el empleador ha tomado ciertas medidas con el fin de entenderse con ella, no hay ninguna prueba en el dossier en relación con la cuestión de la carga excesiva seguida por el empleado.

La primera reacción que tuvo fue la de despedirle, cuando la recurrente le anunció que no podría trabajar en sábado. Unos días más tarde, como ella no había renunciado, el empleador le ofreció, por su propia iniciativa, un empleo a tiempo parcial que ella aceptó. A su vez, el empleador aceptó teniendo en cuenta su candidatura para otros puestos vacantes a tiempo completo, pero todos exigían trabajar en sábado, salvo alguno para el que no tenía la cualificación apropiada.

No se ha aportado ninguna prueba de posibles problemas que se habrían planteado en el caso de que la empresa hubiera tomado otras medidas, los gastos que se hubieran tenido que hacer para modificar el calendario de trabajo para la ventaja de la empleada, o de otros conflictos que hubieran podido surgir, si se hubieran tomado otras medidas de acomodamiento.

No hay, por tanto, ninguna prueba que permita al presidente de la Comisión llegar a la conclusión de que estas otras medidas habrían supuesto una carga excesiva para el empleador y que hubieran sido no razonables.

En ausencia de esa prueba, no puedo más que concluir que el recurso debe ser aceptado.

En consecuencia, soy de la opinión de aceptar la demanda con las costas y ordenar al empleador a pagar a la demandante, a título de indemnización, la diferencia entre el salario total que ha cobrado como empleada a tiempo parcial del empleador, desde el 23 de octubre de 1978 hasta el 6 de julio de 1979, y la cantidad que hubiera ganado como empleada a tiempo completo en el transcurso de ese mismo período.”

Como añadido a esta importante sentencia, hay un concepto esencial para el acomodo razonable como “carga de la prueba excesiva”

La finalidad de este concepto es delimitar la obligación de acomodamiento razonable que incumbe al empleador, pero hacerlo desde un punto de vista realista.

La obligación, en este caso, consiste en adoptar medidas razonables para llegar a un acuerdo con la demandante, a menos que dichas medidas causen un efecto negativo excesivo. Ejemplo: la aplicación de la medida del Acomodo Razonable implica costes excesivos que ponen en entredicho el devenir presente y futuro del negocio.

El empleador debe demostrar y justificar la racionalidad de la regla discriminatoria, y también que esta es necesaria en relación con el empleo o funcionamiento de la empresa.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la jurisprudencia menor, hasta la actualidad, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se observa que todas ellas adolecen de soluciones previas que pongan en práctica la técnica del acomodamiento razonable como eje necesario para evitar o, al menos intentarlo, el conflicto laboral, sobre todo en el empleo de símbolos religiosos.

El acomodamiento razonable debe girar en torno a tres medidas que impidan la discriminación y fomenten la tolerancia:

1. Aplicación genérica e indiferenciada de la medida.
2. Análisis concreto del asunto.
3. Carácter finalista, con medios adecuados y necesarios, sobre una necesidad real que deberá probarse.

Es una realidad que en España, en la actualidad, el acomodamiento razonable como técnica no ha encontrado, ni en la jurisdicción laboral ni en ninguna otra, la acogida en el ordenamiento jurídico que sí tiene en países como Canadá, o Estados Unidos. No obstante, se hace necesaria la instauración de esta práctica para la resolución de conflictos por el empleo de símbolos religiosos, como alternativa pluralista y flexible, previa a la intervención del Estado a través de los Tribunales de Justicia.

Más allá de que en España no haya habido esa acogida en el acomodamiento razonable, no es menos cierto que existe un prejuicio instaurado de no aceptación del empleo de símbolos religiosos no relacionados con el catolicismo.

Esta última reflexión debe centrarse en el islam, donde existe un rechazo a la contratación laboral de personas pertenecientes a dicha religión, al considerar de manera errónea y generalizada, que dicha religión es similitud de odio, machismo, racismo etc.

Muestra de ello han sido los últimos episodios de violencia, vía atentados... originándose lo que conoce como Conflictos entre conciencia y ley.

El pontífice JUAN PABLO II, nos ilustra con una cita donde anima al mundo, una vez más, al uso del diálogo, explicándonos que este facilita la solución de conflictos y rehúye el uso del litigio como solución al problema:

“El diálogo, basado en sólidas leyes morales, facilita la solución de conflictos y favorece el respeto de la vida, de toda la vida humana. Por ello el recurso a las armas para difundir la controversia representa siempre una derrota de la razón y de la humanidad”²¹.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JURISPRUDENCIA:

TEDH, Jiménez Alonso et Jiménez Merino c. España, Sección 4, N° 51188/99, de 25 de mayo de 2000.

TEDH, (Gran Sala), Chapman v. the United Kingdom, N° 27238/95, de 18 de enero de 2001.

TEDH, Dahlab v. Suiza, N° 42393/98, de 15 de febrero de 2001.

TEDH (Gran Sala), N° 39594/98, Kress c. Francia, de 7 de junio de 2001.

TEDH (Gran Sala), Gorzelik y otros c. Pologne, N° 44158/98, de 17 de febrero de 2004.

TEDH, Zarb Adami c. Malta, N° 17209/02, de 20 de junio de 2006.

TEDH (Gran Sala), DH y otros c. República Checa, N° 57325/00, de 13 de noviembre de 2007.

TEDH, N° 73715/01, Kutlular c. Turquía, de 29 de abril de 2008.

TEDH (Gran Sala), Orsus y otros c. Croacia, N° 15766/03, de 17 de julio de 2008.

TEDH, Dogru c. Francia, N° 27058/05, de 4 de diciembre de 2008.

TEDH (Gran Sala), Andrejeva c. Letonia, N° 55707/00, de 18 de febrero de 2009.

²¹ Recuperado de: El diálogo, basado en sólidas leyes morales, facilita la... (akifrases.com).

TEDH, Glor c. Suiza, N° 13444/04, de 30 de abril de 2009.

TEDH, Muñoz Díaz c. España, N° 4915 1/07, de 8 de diciembre de 2009.

TEDH, Ahmet Arslan y otros c. Turquía, Sección 2ª, N° 41135/98, de 23 de febrero de 2010.

TEDH (Gran Sala), Bayatyan c. Armenia, N° 23459/03, de 7 de julio de 2011. - TEDH (Gran Sala), Khaled El-Masri c. La exrepública de Yugoslavia-Macedonia, N° 39630/09, de 7 de febrero de 2012.

TEDH, Lautsi c. Italia, Sección 2ª, N° 30814/06, 3 de noviembre de 2009 y TEDH (Gran Sala), Lautsi c. Italia, N° 30814/06, de 18 de marzo de 2011. - TEDH, Sessa Francesco c. Italie, N° 28790/08, de 3 de marzo de 2012. - TEDH, Lang c. Austria, N° 28648/03, de 19 de marzo de 2009.

TEDH, Eweida c. Reino Unido, N° 51671/10, de 15 de Enero de 2013.

TEDH (Gran Sala), Fernández Martínez c. España, N° 56030/07, de 12 de Junio de 2014.

TEDH, Krupko y otros c. Rusia, N° 26587/07, de 26 de junio de 2014.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-157/15 de 14 de Marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-804/18 de 15 Julio 2021; y C-341/19.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C -344/20, de 13 Octubre 2022.

Sentencia Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca 2/2017 de 06 de febrero de 2017.

Autos del Tribunal Supremo 3140/2017, de 20 de marzo 2018, y 2965/2017, de 29 de mayo de 2018.

Azmi v Kirklees Metropolitan Borough Council [2007] UKEAT. Recuperado de: <https://app.croneri.co.uk/law-and-guidance/case-reports/azmi-v-kirklees-metropolitan-borough-council-2007-irlr-484-eat>

DOCUMENTOS:

Comisión Europea de Derechos Humanos, X. c. Royaume-Uni, 12 de Marzo de 1981, DR 22.

Comisión Europea de Derechos Humanos, Stedman c. Reino Unido, de 9 de abril de 1997, DR 89-B.

Comisión Europea de Derechos Humanos, Kostoski c. Antigua República de Macedonia, de 13 de Abril de 2006.

Informe de la Comisión Bouchard-Taylor: “Fonder l’avenir. Le temps de la conciliation, Québec 2008”. Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement rélies aux differences culturulles. Pág. 289.

BIBLIOGRAFÍA

BORGUES BLAZQUEZ, L. (2011): “Freedom of religion versus freedom of business management in Spain: Spanish Case-Law analyzed in the light of “reasonable accommodation” figure according to Canadian Case-law”, Anuario de acción humanitaria y derechos humanos, 8, pp. 55-70.

CASTRO JOVER, A. (2016): “Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia”. Editorial Dialnet. Recuperado de Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia - Dialnet (unirioja.es) - ELÓSEGUI ITXASO, M. (2014): “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público”. Anuario de filosofía de derecho, pp. 69-97

ESPINOSA ESPINOSA, Á. (2012): “Jugar al fútbol con velo para no incitar al pecado”. Recuperado de: www.sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/22/13324447907680752.htm.

EVANS, M. (2010): “Manual on the wearing of religious symbols in public areas”. Council Europe. Recuperado de: <https://www.academia.edu/52532396/ManualontheWearingofReligiousSymbolsinPublicAreas>.

GARCIAHERNÁNDEZ, J. (2017): “LA VELADA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. Comentario de las SSTJUE de 14 de marzo de 2017”. Recuperado https://revistas.um.es/analederecho/article/download/291721/216521/103281_1

LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (2015): “Ritos, signos e invocaciones. Estado y simbología religiosa”. Editorial Dykinson.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2009). “La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Derecho y Religión*, pp. 87-112.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., NAVARRO VALLS, R. (2012). “Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia”. Editorial Iustel.

MOTILLA, A (2019): “Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 35, pp. 685-686.

OJEDA AVILÉS, A. (2019): “Libertad religiosa versus libertad de empresa. La técnica del ajuste”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019.

ROJAS GONZÁLEZ, R. (2017): “¿Se puede prohibir el velo islámico en los lugares de trabajo? la libertad religiosa en la relación laboral”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*.

ROSSELL, J. (2009): “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania”, en MOTILLA, A. (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Ed. Marcial Pons, pp. 171-203.

TOLEDO OLMS, A. (2016): “Relación Laboral y libertad religiosa”. Tesis Doctoral (págs. 617 y ss).

TORRES GUTIÉRREZ, A. (2015): “Resolución de conflictos por el empleo de vestimentas y símbolos religiosos en las relaciones de trabajo: Orden público frente a acomodamiento razonable”, en CALLEBAT, B., DE COURRÈGES, H. y PARISOT, V., *Les religions et le droit du travail: regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, Bruselas, 2017, págs. 415-449.

WOEHLING, J. (1998): “L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse”. Editorial: “*Revue de Droit de McGill*”, pp. 325-401. Recuperado de: <https://reseauconceptuel.umontreal.ca/rid=11955841110341230327741966/> AccommodementRevueLitterature.pdf

**EL TRATAMIENTO DE LOS COLECTIVOS PRIORITARIOS EN
LA NUEVA LEY DE EMPLEO: ¿UNA DECLARACIÓN DE
INTENCIONES O UNA REALIDAD?**

JUAN MARÍA ROLDÁN CONESA
Contratado Predoctoral FPU
Dpto. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO
3. EL NOVEDOSO MARCO JURÍDICO DE LOS COLECTIVOS PRIORITARIOS
4. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE NUEVAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO PARA ESTOS COLECTIVOS
5. CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERMEDIACIÓN COMO MECANISMO DE LA INSERCIÓN LABORAL
6. CONCLUSIONES
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUCCIÓN

El pasado día 1 de marzo se publicó la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Esta norma está relacionada con el cumplimiento de la Reforma 5 «Modernización de políticas activas de empleo» del Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo» incluido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. De ahí que una de las actuaciones contempladas para su implementación era la modificación del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, el cual, ha sido prácticamente derogado en su integridad.

Esta nueva norma, se conforma como un factor importante para adecuar las políticas de empleo y sus instituciones a la realidad económica, social y tecnológica actual, Asimismo, está diseñada para que las personas trabajadoras que se encuentren en activo, así como desempleadas, dispongan de herramientas eficaces tanto para mejorar su empleabilidad, como para la búsqueda de empleo.

En esta misma línea, una de las novedades que presenta esta nueva disposición es la inclusión de nuevos colectivos prioritarios que son acreedores de una protección especial tanto en el acceso, como en el mantenimiento del empleo. Pero al margen de estas nuevas incorporaciones, esta ley presenta determinados ajustes respecto a la norma anterior, puesto que introduce modificaciones sustanciales en determinados colectivos que ya eran objeto de una atención singular.

Asimismo, presenta distintas novedades en relación con la anterior de 2015¹, siendo una de las más destacables la vinculación que establece entre las políticas pasivas y activas de empleo, las cuales deben estar coordinadas en pos de configurar las nuevas políticas de empleo². Las políticas activas de empleo son una pieza clave en la lucha contra el desempleo y constituyen también un elemento fundamental en la configuración de un mercado de trabajo sostenible que en la actualidad se enfrenta al reto del envejecimiento demográfico³. Es una realidad constatable que hasta el momento las políticas activas de empleo no han logrado reducir el desempleo de larga duración, de igual forma, tampoco han eliminado los obstáculos que encuentran determinados colectivos para mantener el empleo o reinsertarse nuevamente en el mercado laboral.

Desde un punto de vista eminentemente jurídico, las políticas activas de empleo responden al deber de equilibrar la igualdad en el acceso al empleo como derecho fundamental reconocido en la Constitución Española⁴ y en virtud del derecho al trabajo previsto en el artículo 35 de la misma norma para todos los ciudadanos de la Unión Europea, incluidos los colectivos vulnerables⁵.

Es por ello, que esta norma impone una serie de obligaciones tanto a los Servicios Públicos de Empleo que conforman el Sistema Nacional de Empleo, como a los propios demandantes que ostentan el derecho al mantenimiento y la mejora de su empleabilidad, configurándose de esta manera, tanto en un derecho como en un deber, sin embargo, en la norma no se ha incorporado un listado de derechos y obligaciones de las personas usuarias

¹ Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

² Parres Miralles, R. «La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo», *Briefs AEDTSS, 13, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023*

³ Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Inieta, G. «La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. n° 7. 2023. pp. 11-37.*

⁴ Artículos 1, 9,2 y 14 CE.

⁵ Aguilar González, M.C. «Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo»; *Lan Harremanak*, 46, 2021. pp. 114-143.

de los servicios de empleo⁶. Esta obligación de coordinación se configura como uno de los principios rectores de la política de empleo, imponiendo un deber de colaboración entre la Agencia Española de Empleo, los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y las demás Administraciones Públicas con competencias en la materia, tal como expone el artículo 2 de la norma. Tal es la importancia que esta Ley da a la colaboración entre distintas Administraciones, que reitera esta obligación en el artículo 48 al disponer que «La Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo autonómicos, así como las entidades colaboradoras y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, la Tesorería General de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y otras entidades gestoras de prestaciones, subsidios u otras rentas orientadas a la protección económica frente a la situación de desempleo o cese de actividad colaborarán mutuamente».

Otra de las cuestiones importantes que ofrece esta Ley es la ampliación definitoria que realiza sobre el concepto de empleabilidad, dándole un carácter integrador y transversal al mismo, ya que, identifica de forma notable los distintos colectivos de atención prioritaria para las políticas de empleo, de ahí que detalle de forma exhaustiva un listado de personas trabajadoras con especiales dificultades tanto para mantener su empleo, como para acceder a uno.

En este sentido, es importante reseñar que la protección de determinados colectivos ya se contemplaba en la originaria Ley de Empleo de 1980⁷, en concreto en su artículo 10 disponía que: «El Gobierno adoptará programas destinados a fomentar el empleo de los trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo, especialmente los jóvenes demandantes de primer empleo, trabajadores perceptores de las prestaciones de desempleo, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de cuarenta y cinco años de edad y minusválidos». De forma similar, se pronunciaba la legislación europea tras la celebración de la Cumbre de Luxemburgo de 1997, en consonancia con la Estrategia Europea de Empleo, «al promover la integración de las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo a través de la adopción de una serie de medidas que beneficiarán a este colectivo, favoreciendo su inserción social y evitando toda forma de discriminación»⁸.

2. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO

Como introducción a este epígrafe, consideramos necesario hacer unas precisiones definitorias tanto del Principio de Igualdad, como de la prohibición de discriminación, puesto que en demasiadas ocasiones se utilizan indistintamente de forma sinónima.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 14 de la Constitución actúa como la piedra angular de la tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, dicho precepto no realiza una clara diferenciación entre ambos conceptos, sino todo lo contrario, puesto que deja abierta la puerta a distintas interpretaciones al recoger conjuntamente el principio de igualdad y la prohibición de llevar a cabo conductas discriminatorias⁹.

⁶ Mercader Uguina, J.R. y Pérez del Prado, D., “Las políticas activas de empleo: eficiencia desde los principales mecanismos jurídicos”, en Mercader Uguina, J. R. y Pérez del Prado, D. (eds.) *Reflexiones y Propuestas Sobre Protección Social y Empleabilidad Para Jóvenes y Parados de Larga Duración*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 283.

⁷ Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

⁸ A diferencia de la Ley de Empleo de 1980, esta norma incluía a los inmigrantes como colectivo prioritario.

⁹ A este respecto, vid Martínez Rocamora, L.G. «El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privatos* del artículo 14 de la Constitución)», *Actualidad laboral*, núm. 32, 1996, p. 615.

A mayor abundamiento sobre esta cuestión, las primeras Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, se daba interpretación al artículo 14 como una sola regla, dando por supuesto que la prohibición de discriminación no era más que una ejemplificación de las acciones vetadas por el principio de igualdad¹⁰. No obstante, debemos hacer algunas puntualizaciones a esta interpretación, puesto que el hecho de que el principio de igualdad imponga una exigencia de trato igualitario, no significa que ésta deba ser incondicional o ilimitada, lo cual, puede ser interpretado como la posibilidad de otorgar un trato diferenciado entre quienes se encuentren en situaciones desiguales. De ahí, que no todos los tratamientos diferentes pueden ser considerados discriminatorios¹¹.

Asimismo, debido a esta indefinición en nuestro ordenamiento es habitual hacer dos interpretaciones antitéticas en relación a dicho concepto. Por una parte, existe una corriente doctrinal que considera el término discriminación como toda infracción al principio de igualdad, mientras que, por otra, se le atribuye un significado más estricto, al considerar que solo existe discriminación cuando se produce una desigualdad como consecuencia de la aplicación de determinados prejuicios o pautas de conducta en atención a distintos factores diferenciadores, como pueden ser, la raza, el sexo o la edad, entre otros¹².

Por lo que se refiere al ámbito comunitario, la igualdad de trato y no discriminación, es una cuestión que ha sido tratada desde su proyecto fundacional, lo cual, ha posibilitado un importante despliegue normativo al respecto. Sirva como esbozo de este, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, prohíbe en su artículo 21 «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

Ciñéndonos a la esfera laboral, el legislador europeo ha desarrollado diversas disposiciones relativas a la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de cualquier tipo de discriminación en lo referente al empleo y la ocupación, como es el caso de la Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Con la entrada en vigor de estas Directivas se amplió enormemente el ámbito de aplicación de la legislación de la Unión Europea contra la discriminación. Sin embargo, estas normas hacen matizaciones a la posibilidad de dispensar un trato desigual en determinadas circunstancias¹³, en especial, a las que se consideren requisito esencial y determinante para el ejercicio de una determinada profesión¹⁴. Asimismo,

¹⁰ Álvarez Alonso, D y Álvarez Cuvillo, A. «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132, 2006, pp. 997-1046.

¹¹ En este sentido el TC en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio indica que «La igualdad ante la Ley que consagra el art. 14 de la Constitución puede ser entendida también, según reiteradamente hemos declarado, como igualdad en la Ley, es decir, como obligación del legislador de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma o de no anular consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables a los supuestos de hechos legítimamente diferenciados. Todo ello, claro está, además de la interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona. No implica sin embargo este precepto, en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los Poderes Públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios».

¹² Barrère Unzueta, M.A. «Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres», IVAP/Civitas. 1997, pp. 22 y 23.

¹³ En este sentido, el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE dispone que los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

¹⁴ En relación a esta cuestión, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 12 de enero de 2010. Asunto C-229/08 - Wolf al señalar que: «dado que las tareas relativas a la extinción de incendios y

también establecen la ausencia de discriminación cuando se contemplen medidas de acción positiva en favor de un determinado colectivo infrarrepresentado¹⁵.

En lo concerniente a nuestro ordenamiento laboral, son varias las disposiciones que hacen referencia a la protección de cualquier tipo de discriminación en el acceso al empleo, como ejemplo, podemos citar, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁶, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, o la actual Ley de Empleo, la cual, contiene un importante número de artículos que hacen referencia a la prohibición de cualquier tipo de discriminación, haciendo especial hincapié en lo referente al acceso al empleo. Tal es la importancia que esta norma da al asunto, que es el primer objetivo de la política de empleo, así como, el primer principio rector de la misma.

3. EL NOVEDOSO MARCO JURÍDICO DE LOS COLECTIVOS PRIORITARIOS

La protección laboral de los colectivos vulnerables tiene su origen en el Derecho Internacional desde la constitución de la OIT en el año 1919. Desde ese momento, este organismo ya realiza distintos pronunciamientos en favor de determinados colectivos con dificultades específicas por razón de sus características personales o grupales, como los niños, jóvenes, mujeres, personas de edad avanzada o discapacitados. Esta protección se verá posteriormente reflejada en su Convenios¹⁷.

Pero si algo caracteriza a los denominados colectivos vulnerables o prioritarios, es que son trabajadores que presentan especiales dificultades para el acceso y el mantenimiento del empleo, y, por tanto, hay que prestar una atención específica en todo lo relacionado con las políticas de empleo. En este contexto, es importante señalar que los colectivos vulnerables o de atención prioritaria no solo se circunscriben a personas sin empleo, sino también a personas ocupadas, por ejemplo, en empresas de inserción, e incluso los denominados «trabajadores pobres», los cuales desarrollan un empleo precario que no satisface los estándares mínimos para garantizar unas condiciones de vida dignas¹⁸.

Es por ello, la enumeración que realiza la nueva Ley de Empleo con el objetivo de lograr que estas personas, pertenecientes a estos colectivos, tengan menos impedimentos de acceso o mantenimiento de un empleo¹⁹. Esta finalidad de la ley no es nueva, ya que

al salvamento de las personas que incumben al servicio técnico de los bomberos podía ser llevadas a cabo únicamente por los funcionarios más jóvenes, podía considerarse necesario que la mayor parte de los funcionarios de dicho servicio fuera capaz de desempeñar tales tareas y tuviese, por tanto, menos de 45 o 50 años. Una contratación en edad avanzada supondría que a un número excesivo de funcionarios no podrían asignarse las tareas con mayor desgaste físico y, en cualquiera caso, no por un período suficientemente largo».

¹⁵ A este respecto, vid Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000. Asunto 158/97 - Badeck y otros, donde el Tribunal considera que «cualquier acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores ... en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos».

¹⁶ En su artículo 4.2 c) dispone «los trabajadores tienen derecho: A no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

¹⁷ Fernández Villazón, L.A «La OIT y los grupos vulnerables. Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 434, 2019.

¹⁸ Cruz Villalón, J. «La centralidad del trabajo digno en un nuevo modelo social», *Revista Internacional, y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, n.º 4, 2019.

¹⁹ En esta Ley se consideran colectivos vulnerables de atención prioritaria las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad

anteriormente, en otras normas, se ha pretendido dar visibilidad a este problema y plantear algunas soluciones a estas dificultades de empleabilidad²⁰. En la primigenia Ley Básica de Empleo cinco colectivos eran motivo de una especial protección frente a las dificultades de inserción y mantenimiento del empleo. Posteriormente, tanto en la Ley 56/2003 como en el RDL 3/2015, este número ascendió a ocho. Tras en la entrada en vigor de la Ley 3/2023 la cifra de colectivos prioritarios ha ascendido a veinte, lo cual, demuestra a juicio del legislador que cada vez son más las personas que tienen dificultades de inserción en el mundo laboral, por ello, realiza un minucioso listado de colectivos en atención a los nuevos escenarios que plantea la realidad social, económica e incluso tecnológica del actual mercado de trabajo.

En relación con el nuevo marco jurídico de esta ley, una de las peculiaridades que presenta es la división que realiza de determinados colectivos como subgrupos de este, como es el caso de las personas con discapacidad, al cual se le adiciona el de personas con discapacidad intelectual límite y personas con trastornos del espectro autista. De igual forma, realiza una segmentación en el colectivo de personas migrantes, diferenciándolas de las personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica. Asimismo, el colectivo de mujeres se concreta en las que posean baja cualificación y mujeres víctimas de violencia de género²¹.

Esta propósito de definir de forma tan exhaustiva a determinados colectivos, así como, el excesivo aumento de los mismos puede dar como resultado el efecto contrario que se persigue, puesto que, dentro de un mismo colectivo se prioriza a quienes presenten alguna circunstancia adicional, sirva como ejemplo, el colectivo de personas con discapacidad, las cuales serán objeto de especial protección las personas con parálisis cerebral, con trastornos de la salud mental o con discapacidad intelectual.

Tras estas apreciaciones, es factible pensar que nos encontramos ante una norma que establece un escalafón jerárquico dentro de los colectivos prioritarios, lo cual plantea una serie de dudas en cuanto a su eficacia, ya que da a entender que, con este tipo de preferencias, el legislador parece admitir no poder atender de forma adecuada a todos los colectivos, convirtiendo la norma en una mera declaración de intenciones.

Otra de las cuestiones que plantea una determinada controversia, es la posibilidad que ofrece esta Ley de adaptar la relación de nuevos colectivos prioritarios a la realidad socio-laboral de cada territorio, tal como se establece en el apartado 3 del artículo 50²², lo que

intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales.

²⁰ García Coca, O. «Colectivos de atención prioritaria en la nueva Ley de Empleo». *Trabajo, persona, derecho y mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*. 2023.

²¹ Pérez del Prado, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 4, 2023, pp. 86-102.

²² «Los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la particular atención que deberán prestar a los colectivos considerados como prioritarios, podrán identificar los suyos propios, con la finalidad de prestarles una atención diferenciada a la vista de las peculiaridades de los distintos territorios, siendo igualmente financiados como los establecidos en el apartado 1».

puede dar lugar a una fuente inagotable de nuevos colectivos prioritarios en función de determinadas circunstancias, que en alguna ocasión puede ser de discutible objetividad²³.

Asimismo, otro aspecto que ha sido ampliamente debatido por la ambigüedad que ofrece la norma ha sido la sustitución de supuestos objetivos y generales por criterios personalizados, tal como ocurre a lo concerniente al colectivo prioritario LGTBI. En el proyecto de ley ya se reconocía que los Servicios Públicos de Empleo no pueden preguntar de manera activa y directa sobre la orientación sexual de un usuario²⁴, por lo que, en principio, si el desarrollo reglamentario de la norma no indica otra cosa, la única forma de aplicar la priorización sería que la persona LGTBI informe de su condición sexual por iniciativa propia, pues esta no admite otra forma de prueba como ocurre con otros colectivos. Además, dentro de este colectivo, las personas trans serán objeto de especial protección, sin embargo, en la norma no existe un listado detallado de quienes son los sujetos que van a integrar este colectivo, por lo que hay que atender a lo establecido en la Ley 4/2023, de 28 de febrero²⁵.

Como se ha expresado con anterioridad, a pesar de que esta norma realiza una extensa enumeración de colectivos de atención prioritaria, resulta interesante resaltar la atención que dispensa a determinados grupos genéricos a los que considera de difícil empleabilidad²⁶, puesto que les dedica artículos diferenciados del resto de colectivos, como es el caso de las mujeres, los desempleados mayores de 45 años, los jóvenes y las personas con discapacidad, los cuales, ya eran motivo de protección especial en las anteriores disposiciones²⁷. Tal es la importancia que el legislador infiere a estos colectivos, que fuera del texto articulado, las disposiciones adicionales sexta y séptima se ocupan del acceso y consolidación del empleo de personas trabajadoras jóvenes y de las mujeres, respectivamente, advirtiendo que se entenderá que no constituye discriminación por motivos de edad en el ámbito del empleo y la ocupación, la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas, si están justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo a ambos colectivos.

En definitiva, este nuevo marco jurídico, tiene un carácter continuista de anteriores normas, si bien, hace una regulación más detallada de distintos aspectos centrales como la coordinación entre las políticas activas y pasivas de empleo, o los colectivos vulnerables.

3.1. La inclusión de nuevos colectivos prioritarios

Tal como hemos indicado a lo largo de este trabajo, una de las principales novedades que presenta la Ley 3/2023 es la ampliación que hace de determinados colectivos que no eran considerados como prioritarios en normas anteriores, unificándolos en el art. 50 LE, de forma generalizada, aunque como hemos expresado con anterioridad, en algunos casos, hace mención expresa de algunos de ellos en otros artículos.

²³ Una de las enmiendas presentadas al proyecto de Ley de empleo, proponía que se incorporasen como colectivos de especial atención por tener más dificultades de acceso al mercado laboral a los exreclusos y a las familias numerosas.

²⁴ Rojo Torrecilla, E., «Análisis de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley de Empleo», *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/analisis-de-las-enmiendas-presentadas.html>.

²⁵ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. «BOE» núm. 51, de 01/03/2023.

²⁶ A este respecto, véase Cabeza Pereiro, J.; Fernández Prieto, M.; Fernández Prol, F.; Vaquero García, A., «Estudio para la elaboración de propuestas encaminadas a la elaboración de una nueva Ley de Empleo», Universidad de Vigo, 2022, pp. 92-95.

²⁷ Para mayor información, vid artículos 51 al 54 de la Ley.

De forma esquemática, y teniendo en cuenta la heterogeneidad de cada colectivo, a continuación, detallaremos algunas peculiaridades de estos con el objeto de comprender la justificación que realiza el legislador para su inclusión en la Ley como colectivo prioritario.

Debido a que el colectivo de jóvenes ha sido históricamente considerado prioritario en anteriores Leyes de Empleo, no es pertinente considerarlo como nuevo. Sin embargo, es la diferenciación que hace la Ley de este colectivo, la que induce a hacer referencia a ellos al identificar dos posibles situaciones. Por una parte, los que carecen de una determinada formación, y por otra, los que si presentan esa cualificación. En el primer grupo, la norma realiza una nueva distinción al establecer dos vías de actuación para obtener esta cualificación. De ahí que, para los jóvenes mayores de 18 años se propone la compatibilidad entre trabajo y formación para la obtención de una titulación, y para los jóvenes menores de 18 años que no hayan concluido los estudios obligatorios, se considera prestar una atención especial para retornar al sistema educativo. Con respecto a los que si posean una determinada titulación, la norma estima como medio más oportuno la formalización de contratos formativos para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios.

De forma idéntica a la anterior, las mujeres han sido consideradas como colectivo prioritario desde la entrada en vigor de la Ley Básica de Empleo de 1980 hasta la actualidad, sin embargo, la ley 3/2023, hace una subdivisión de este colectivo donde incluye a las mujeres con baja cualificación y a las mujeres víctimas de violencia de género, lo cual, supone nuevamente una gradación dentro del colectivo.

Uno de los colectivos que son considerados como prioritarios en la Ley de Empleo, son las personas en riesgo de exclusión social. Esta incorporación, aunque no nueva, ha sido perfeccionada por el legislador en aras de una mayor protección de este colectivo, puesto que cualquier colectivo incardinado en el artículo 50 puede formar parte en algún momento de este otro. Esta nueva redacción, es a nuestro juicio, debida a que el principal factor que provoca esta situación subyace en la mayoría de los casos por cuestiones de empleo, y de forma concreta por el desempleo de larga duración o de la precariedad de este. Sin embargo, es importante señalar que al igual que ocurre con otros colectivos, la norma no ofrece una clara definición de este, dando la oportunidad a realizar una interpretación amplia del mismo, por lo que, podría darse el caso de que por correlación, todas las personas incluidas en el ámbito de la Ley de Empresas de Inserción²⁸, como puede ser el caso de las personas afectadas por drogodependencias u otras adicciones, quedarían integradas en este colectivo²⁹.

De igual forma, otros nuevos colectivos prioritarios sean identificado e incluidos por primera vez, dentro de esta relación de trabajadores, como es el caso de las personas gitanas³⁰, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos. Esta adscripción está motivada por las especiales dificultades de inserción laboral que tienen tanto por su falta de integración, la insuficiente formación que acumulan frente a las demandas del mercado laboral, así como por motivos discriminatorios³¹.

Asimismo, las personas LGTBI, y en particular trans, se reconocen como colectivo de atención prioritaria, lo que supone una novedad con respecto a la Ley anterior. Pero al

²⁸ Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

²⁹ Sevillano Monje, V. Las empresas de inserción como salida laboral para las personas en riesgo de exclusión social. *Cuestiones pedagógicas*, 26, 2018, pp. 131-144.

³⁰ Sobre esta cuestión, la Unión Europea a través de una Recomendación del Consejo adoptada en 2013 pedía que se adoptasen medidas en diversos ámbitos, entre los que se incluye el empleo, con el fin de potenciar la integración de los gitanos, la minoría étnica más importante de Europa.

³¹ Del Pozo, J. «El sistema ocupacional de los gitanos en España: entre la resistencia a la asimilación y su acomodación a un mercado laboral en constante cambio». *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, N.º. 40, 2006, pp. 43-50.

igual que ocurre con otros colectivos, la norma tampoco ofrece un concepto normativo de quiénes integran este colectivo, y por tanto, quiénes serán los destinatarios de los programas, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI³².

A continuación, se incorporan los colectivos de migrantes, las personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional, que aunque de forma errónea en determinados ámbitos se utilicen estos tres conceptos de forma indiferenciada, normativamente cada una tiene su propia regulación.

Otra importante novedad que presenta esta Ley es la inclusión de las personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, las cuales, incomprensiblemente no gozaban de una protección especial en disposiciones anteriores por las dificultades que presentan para su reinserción laboral por distintas cuestiones, por lo que, las políticas activas destinadas a este colectivo deberán evitar su expulsión definitiva del mercado laboral, y con ello ser incluidos también en el colectivo de personas en riesgo de exclusión social, lo cual supondría una situación de interseccionalidad, y por ende, un refuerzo de los programas y medidas de acción positiva.

Finalmente, también son considerados colectivos prioritarios, personas víctimas de trata de seres humanos, personas víctimas del terrorismo, personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las administraciones públicas y personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de 16 años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales.

En conclusión, el legislador ha realizado una extensa enumeración de colectivos prioritarios que en algunos casos no están perfectamente definidos, lo cual, conllevará a estar a lo dispuesto en otras normativas de referencia. Asimismo, esta elevada asignación de colectivos prioritarios puede desvalorizar el concepto, y con ello, inalcanzar los objetivos pretendidos por la propia norma.

3.2. Aspectos fundamentales de su regulación

Tal como se ha expuesto anteriormente, la regulación de los colectivos prioritarios puede plantear en determinados casos una serie de dificultades interpretativas para los Servicios Públicos de Empleo al no estar definidos con claridad en la Ley los sujetos destinatarios de los programas específicos de empleo. Tal es el caso de las personas en riesgo de exclusión social, que debido a su indefinición como colectivo, se deberá estar a lo dispuesto en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, donde en su artículo 2 enumera a las personas incluidas en la Ley.

Asimismo, en el caso de las personas con discapacidad, su regulación normativa para ser consideradas incluidas en este colectivo se deberá establecer al dictado de la Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. De modo similar, las personas con capacidad límite intelectual, las cuales estaban amparadas por el Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo³³, en materia de acceso al empleo, no estaban consideradas como colectivo prioritario anteriormente a la

³² Cristóbal Roncero, R. «Colectivos de atención prioritaria en la Ley de Empleo», *Briefs AEDTSS*, 18, Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2023.

³³ Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite. «BOE» núm. 125, de 26/05/2021.

entrada en vigor de la Ley 3/2023, por lo que para poder encuadrarlas como colectivo prioritario se deberá tener presente lo estipulado en el artículo 2 del referido Real Decreto.

En lo que respecta a las personas migrantes, nuevamente la norma no ofrece un concepto definitorio de este colectivo, ni tampoco remite a ninguna norma específica de aplicación, lo cual conlleva, a considerar como personas incluidas en este colectivo lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero³⁴, o en su defecto, a lo dispuesto en el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo³⁵.

4. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE NUEVAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO PARA ESTOS COLECTIVOS

La Ley 3/2023, de Empleo, expone en sus artículos 31 y 32 tanto el concepto de políticas de empleo, como su desarrollo. De ahí que, defina éstas como «El conjunto de servicios y programas de orientación, intermediación, empleo, formación en el trabajo y asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento dirigidas a impulsar la creación de empleo y a mejorar las posibilidades de acceso a un empleo digno, por cuenta ajena o propia, de las personas demandantes de los servicios de empleo, al mantenimiento y mejora de su empleabilidad y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social». De esta definición, se pueden observar dos vertientes, por una parte, la demanda de empleo por las empresas mediante incentivos económicos para favorecer la contratación de trabajadores, esencialmente provenientes de colectivos vulnerables³⁶, y por otra, el favorecimiento de determinadas características estructurales de la oferta de trabajo, como las políticas de promoción de la igualdad de oportunidades en el empleo³⁷.

Con relación con estas políticas, debemos hacer una precisión a modo de aclaración, puesto que se deben distinguir entre políticas activas comunes, las cuales van dirigidas a favorecer la contratación de personas desempleadas de forma general, y políticas de carácter selectivas, considerando éstas las que tienen entre sus objetivos favorecer a determinados colectivos teniendo en cuenta sus características particulares o sociales, al mismo tiempo que actúan como elemento equilibrador del mercado de trabajo³⁸. Con esta diferenciación se permite la inserción en el mercado laboral de estos colectivos, puesto que estarían en desventaja en el supuesto de tener que acceder a un empleo en las mismas condiciones que el resto de los demandantes.

El legislador, con el objeto de propiciar la integración de estos colectivos en el actual y futuro mercado laboral donde los cambios tecnológicos están provocando la desaparición de muchas ocupaciones, al tiempo que surgen otras nuevas, considera indispensable reformar las actuales políticas de empleo, orientándolas a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan estas transformaciones laborales. Para cumplir con este objetivo, establece una serie de medidas, servicios y programas orientados a contribuir a una mejor empleabilidad y reducir la elevada tasa de desempleo estructural,

³⁴ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12/01/2000.

³⁵ Este convenio fue ratificado por España el 7 de junio de 1969. «BOE» núm. 135, de 7 de junio de 1967.

³⁶ En este sentido, ofreciendo bonificaciones en materia de Seguridad Social.

³⁷ Navarro Nieto, F. «Las políticas de empleo en España: Una visión panorámica». En Navarro Nieto, F y Costa Reyes, A. (Eds.) «*Presente y futuro de las políticas de empleo en España*». Bomarzo, 2021, p.36.

³⁸ Rodríguez Copé, M.L. «Las políticas selectivas de empleo como herramientas básicas para la integración sociolaboral de los colectivos vulnerables. (Especial referencia a las personas con discapacidad y/o en riesgo de exclusión social)». En Navarro Nieto, F y Costa Reyes, A. (Eds.) «*Presente y futuro de las políticas de empleo en España*». Bomarzo, 2021, p.261.

el cual afecta de forma notable a estos colectivos, y cuya principal consecuencia es la desigualdad económica y social.

Pero al margen de estas pretensiones teóricas bien intencionadas, la realidad es que las políticas de empleo se han mostrado disfuncionales e ineficaces hasta el momento. Este fracaso se sustenta en varios factores. En primer lugar, la no obligatoriedad de acudir a los Servicios Públicos de Empleo donde efectuar un itinerario personalizado de inserción, con lo cual, solo una parte reducida de demandantes se ven beneficiados de esta medida, y por este motivo, es frecuente que los programas de empleo y formación se formulen sin tener en cuenta las necesidades de las personas desempleadas por esta falta de información. En segundo lugar, la partida presupuestaria que se dedica a este cometido es insuficiente en comparación con otros países de la Unión Europea que disponen de unas políticas de empleo eficaces en cuanto a la identificación de las necesidades, tanto de los desempleados, como del tejido productivo.

Ante esta situación perpetuada en el tiempo, es necesario hacer determinadas correcciones que ayuden a mejorar la eficacia de estas políticas. Entre otras, podríamos destacar la obligatoriedad de que todos los desempleados tengan un itinerario personalizado de inserción, que contenga unas acciones eficaces de empleabilidad, asimismo, la financiación de estos servicios obligatorios debe garantizarse con los propios fondos presupuestarios para las políticas activas de empleo. De igual modo, es necesaria una reforma en profundidad de los Programas de Empleo superfluos, y finalmente, el establecimiento de la obligatoriedad de una evaluación interna y externa de todas estas medidas a lo largo del tiempo.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERMEDIACIÓN COMO MECANISMO DE LA INSERCIÓN LABORAL

La intermediación laboral es principalmente un instrumento de igualación de oportunidades desde una perspectiva social, constituyendo un pilar central en la política de colocación y de empleo. De forma conceptual, la intermediación laboral es el conjunto de acciones que tiene por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación, es decir, la casación efectiva entre oferta y demanda³⁹.

Es desde mediados de los años 90, cuando se produce un cambio de orientación en materia de intermediación laboral, lo cual supondrá un avance en el asunto. El desarrollo de este nuevo marco de gestión conllevaría la supresión del monopolio del extinto INEM, tras la aprobación de la Ley 10/1994, de 19 de mayo⁴⁰, permitiendo la entrada de agencias privadas de colocación, siempre que no tuviesen ánimo de lucro⁴¹, las cuales, se regularían posteriormente a través del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo⁴². Sin embargo, no es hasta la entrada en vigor de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre⁴³, cuando se permite la incorporación de otros agentes públicos y privados, con y sin ánimo de lucro como

³⁹ Alarcón Castellanos, M^a. M. «La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: los Servicios Públicos de empleo y entidades afines». Thomson Reuters, 2009, pp. 164 a 168.

⁴⁰ Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación. «BOE» núm. 122, de 23 de mayo de 1994, páginas 15800 a 15805.

⁴¹ Rodríguez-Piñero Royo, M. «aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español». *Temas laborales*, nº 125.2014, pp.53-87.

⁴² Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo. «BOE» núm. 109, de 8 de mayo de 1995, páginas 13276 a 13282.

⁴³ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. «BOE» núm. 301, de 17/12/2003.

agencias de colocación, las cuales, quedarán reguladas por el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre⁴⁴.

A pesar de las modificaciones introducidas, desde hace tiempo estas agencias tanto públicas como privadas son objeto de asiduas críticas que ponen de manifiesto su poca eficacia y falta de capacidad de ajuste entre la oferta y la demanda, así como, su inoperancia en materia de asesoramiento⁴⁵. Como consecuencia de estas deficiencias resulta relevante que no sólo sea bajo el número de personas desempleadas que consigue un trabajo gracias a los servicios públicos de empleo, sino que, también es exiguo el número de empresas que acuden a los servicios públicos de empleo para cubrir vacantes, lo que al margen de su posible veracidad, esta hipotética mala imagen de los servicios de intermediación puede estar influenciada por la falta de difusión y visibilidad tanto entre los trabajadores, como entre las empresas⁴⁶.

Es por ello, la necesidad de una profunda reformulación de la intermediación laboral, tanto de su estructura, como de las herramientas para su implementación. Con este fin, la nueva Ley de Empleo introduce una serie de actuaciones en la materia, que, a diferencia de la norma anterior, si especifica cuáles son estas acciones, como es el caso de la captación y prospección de ofertas de trabajo, la cual, se plantea primordial como paso previo a la intermediación. Puesta en contacto de ofertas de trabajo con personas que buscan un empleo, para su colocación o recolocación, función principal ésta de la intermediación, que presenta la novedad de la recolocación como alternativa a la colocación. La selección de personas trabajadoras que pueden ser idóneas para el mismo, evitando cualquier sesgo o estereotipo de género, edad o discapacidad, lo cual, compele a tener en consideración a colectivos específicos que por sus características personales o grupales eran vetados de antemano para determinadas ofertas de empleo, y finalmente, la puesta a disposición de la persona solicitante de empleo, especialmente si se encuentra entre los colectivos de atención prioritaria del artículo 50, el conjunto de apoyos necesarios para que sus circunstancias personales, sociales o familiares no se traduzcan en barreras a lo largo del proceso de intermediación laboral, esta última acción, plantea una serie de cuestiones que parecen incoherentes de exponer, puesto que es evidente que determinados colectivos necesitan de determinadas ayudas para crear condiciones efectivas para su empleabilidad.

Otra de las cuestiones que modifica esta norma en favor de una intermediación personalizada, es la exclusión de que ésta se desarrolle de forma exclusiva por medios telemáticos, lo cual, supone una contradicción de la propia norma que promueve la integración de todos los medios y acciones en el ámbito de la empleabilidad.

6. CONCLUSIONES

Tal como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, la Ley 3/2023 de Empleo, viene a dar respuesta a determinadas deficiencias estructurales en el actual mercado de trabajo, y por ello, realiza una serie de cambios significativos, a la par que novedosos, no exentos de diferentes interpretaciones en ambos sentidos.

Lo primero que llama la atención es que es un texto de gran dimensión, que regula materias excluidas de sus precedentes, de ahí que la extensión de la Ley 3/2023 triplique al Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre. De igual modo, el lenguaje utilizado

⁴⁴ Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. «BOE» núm. 318, de 31 de diciembre de 2010, páginas 109404 a 109415.

⁴⁵ Sánchez-Rodas Navarro, C. «La orientación e intermediación directa en el empleo». *Temas laborales* núm. 125. 2014, pp.89-113.

⁴⁶ Rodríguez Sánchez, S; Ortega Campos, E y Navarro Abal, Y. «Aproximación al Análisis de la Optimización de los Servicios Públicos para la Búsqueda de Empleo en una Muestra de Jóvenes». *Trabajo* nº 24. 2011.

en la norma cambia significativamente respecto de la anterior, hablándose de “persona desempleada”, “persona ocupada” o “persona empleadora”, evitando con ello los posibles sesgos por razón de género.

Pero ciñéndonos a las novedades legales, cabe destacar la extensa ampliación que realiza de los colectivos prioritarios, lo cual ha supuesto que una parte de la doctrina pongan de manifiesto que tal exposición de colectivos prioritarios puede producir el efecto contrario al que se persigue, es decir, que dejen de serlo por difuminarse en ese enorme conjunto grupal. Asimismo, otra de las críticas que ha recibido el legislador respecto a esta cuestión esta motivada por la subdivisión que hace dentro de determinados colectivos, lo cual, da lugar a plantearnos de dos interrogantes, por una parte ¿hay preferencias de actuación entre los colectivos prioritarios?, y por otra, Ante la presunta imposibilidad de atender a todos los colectivos, ¿Hay que advertir a quiénes hay que atender prioritariamente?

De igual forma, otro aspecto que ha sido objeto una importante transformación es la relativa a la intermediación laboral, donde se refuerza un modelo de colaboración público-privada en el que la confluencia de las agencias de colocación no es una justificación para atenuar la estructura pública, sino, para que sirva de estímulo para su mejora. Asimismo, el legislador pretende fomentar una intermediación personalizada de forma presencial, en detrimento de como estaba establecida hasta el momento, donde se permitía la intermediación por medios automatizados, lo cual, a su juicio desvirtúa el fin último de la misma. En este sentido, entendemos que esta exclusión puede ser perjudicial para los demandantes de empleo al restringírseles el acceso a la intermediación en plena era digital.

En cuanto a las políticas de empleo, la Ley destaca la incorporación de la empleabilidad como concepto nuclear de las políticas de empleo del que se deriva no solamente un derecho-deber, sino un principio rector del conjunto del sistema, asimismo, pone en valor la formación como otro elemento esencial para la empleabilidad.

En definitiva, estamos ante una norma de carácter innovador que pretende dar solución a determinadas demandas tanto de las personas trabajadoras, como de las empresas.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar González, M.C. «Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo»; *Lan Harremanak*, 46, 2021. pp. 114-143.

Alarcón Castellanos, M^a. M. «*La intermediación laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: los Servicios Públicos de empleo y entidades afines*». Thomson Reuters, 2009, pp. 164 a 168.

Álvarez Alonso, D y Álvarez Cuvillo, A. «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132, 2006, pp. 997-1046.

Barré Unzueta, M.A. «*Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*», IVAP/Civitas. 1997, pp. 22 y 23.

Cabeza Pereiro, J.; Fernández Prieto, M.; Fernández Prol, F.; Vaquero García, A., «*Estudio para la elaboración de propuestas encaminadas a la elaboración de una nueva Ley de Empleo*», Universidade de Vigo, 2022, pp. 92-95.

Cristóbal Roncero, R. «Colectivos de atención prioritaria en la Ley de Empleo», *Briefs AEDTSS*, 18, Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social 2023.

Cruz Villalón, J. «La centralidad del trabajo digno en un nuevo modelo social», *Revista Internacional, y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, n.º 4, 2019.

Del Pozo, J. «El sistema ocupacional de los gitanos en España: entre la resistencia a la asimilación y su acomodación a un mercado laboral en constante cambio». *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, N.º. 40, 2006, pp. 43-50.

Fernández Villazón, L.A «La OIT y los grupos vulnerables. Especial atención a la vulnerabilidad de género y a la protección de la infancia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 434. 2019.

García Coca, O. «Colectivos de atención prioritaria en la nueva Ley de Empleo». *Trabajo, persona, derecho y mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*. 2023.

Martínez Rocamora, L.G. «El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la Constitución)», *Actualidad laboral*, núm. 32, 1996, p. 615.

Mercader Uguina, J.R.; Pérez Del Prado, D., “Las políticas activas de empleo: eficiencia desde los principales mecanismos jurídicos”, en Mercader Uguina, J. R., Pérez Del Prado, D. (eds.) *Reflexiones y Propuestas Sobre Protección Social y Empleabilidad Para Jóvenes y Parados de Larga Duración*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 283.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. «La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. n.º 7. 2023. pp. 11-37.

Navarro Nieto, F. «Las políticas de empleo en España: Una visión panorámica». En Navarro Nieto, F y Costa Reyes, A. (Eds.) «*Presente y futuro de las políticas de empleo en España*». Bomarzo, 2021, p.36.

Parres Miralles, R. «La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo», *Briefs AEDTSS*, 13, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.

Pérez Del Prado, D. La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 4, 2023. pp. 86-102.

Rodríguez Copé, M.L. «Las políticas selectivas de empleo como herramientas básicas para la integración sociolaboral de los colectivos vulnerables. (Especial referencia a las personas con discapacidad y/o en riesgo de exclusión social)». En Navarro Nieto, F y Costa Reyes, A. (Eds.) «*Presente y futuro de las políticas de empleo en España*». Bomarzo, 2021, p.261.

Rodríguez-Piñero Royo, M. «aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español». *Temas laborales*, n.º 125. 2014, pp.53-87.

Rodríguez Sánchez, S; Ortega Campos, E y Navarro Abal, Y. «Aproximación al Análisis de la Optimización de los Servicios Públicos para la Búsqueda de Empleo en una Muestra de Jóvenes». *Trabajo* n.º 24. 2011.

Rojo Torrecilla, E., «Análisis de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley de Empleo», *El Blog de Eduardo Rojo*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, disponible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/11/analisis-de-las-enmiendas-presentadas.html>

Sánchez- Rodas Navarro, C. «La orientación e intermediación directa en el empleo». *Temas laborales* núm. 125. 2014, pp.89-113.

Sevillano Monje, V. Las empresas de inserción como salida laboral para las personas en riesgo de exclusión social. *Cuestiones pedagógicas*, 26, 2018, pp. 131-144.

**LA REDEFINICIÓN LEGAL DEL DEPORTISTA PROFESIONAL:
HORIZONTES SOBRE SU EMPLEABILIDAD**

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ
Profesor Titular de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO:

1. DEPORTE Y PROFESIONALIDAD: UN APUNTE TÉCNICO-JURÍDICO
2. EL ÍTER INTERPRETATIVO EN LA CONSTRUCCIÓN LEGAL DE LA FIGURA DEL DEPORTISTA PROFESIONAL
3. ¿NUEVOS HORIZONTES DE EMPLEABILIDAD TRAS LA LEY DEL DEPORTE Y LA LEY DE EMPLEO?
4. CUANDO EL HORIZONTE SE PALPA: EL LÍMITE A LA EMPLEABILIDAD DERIVADO DE LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE Y LA GEOLOCALIZACIÓN
5. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN
6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. DEPORTE Y PROFESIONALIDAD: UN APUNTE TÉCNICO-JURÍDICO

La educación física y el deporte son parte del derecho a la salud constitucionalmente reconocido en el artículo 43.3. De forma concisa: el derecho de la persona al deporte ligado al ocio, junto a su fomento y protección en el contexto general de la organización, tutela y protección de la salud. El deporte es salud.

De hecho, en el artículo 2.1 de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte (en adelante, Ley del Deporte), se concreta que la práctica deportiva, junto a la actividad física, tienen como finalidad *la mejora de la condición física, psíquica o emocional (...), la adquisición de hábitos deportivos saludables* u ocupando activamente el tiempo de ocio.

Ahora bien, si se sigue escrupulosamente el mandato constitucional, se excluye al deporte profesional. Sin embargo, la Ley del Deporte, en sus artículos 27 y 28, abre su reconocimiento sobre la base de derechos y deberes de los deportistas profesionales respecto a los que no lo son. Político-jurídicamente todo se reafirma cuando, retornando al artículo 2.1 de la misma, se señala que la práctica deportiva puede ser profesional o no¹.

2. EL ÍTER INTERPRETATIVO EN LA CONSTRUCCIÓN LEGAL DE LA FIGURA DEL DEPORTISTA PROFESIONAL

La distinción entre el deporte profesional y no profesional de la práctica deportiva² y las personas que lo protagonizan ha sido clave para tratar de poner criterio uniforme en su identificación, con la intención de entender la regulación legal vigente³. La particular y sectorializada ordenación jurídica sobre la profesionalidad preexistente a la Ley del Deporte sigue en vigor, habiéndola considerado.

2.1. La concreción de la persona deportista no profesional en la Ley del Deporte

La Ley del Deporte es tajante su artículo 21.3 al definir claramente las personas que no son deportistas profesionales: *las que se dedican a la práctica deportiva dentro del ámbito de una entidad deportiva*, careciendo de relación laboral con la misma y recibiendo de ella, como mucho, una *compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva*, siendo *justificada documentalmente*, en todo caso.

De esta redacción definidora señalada en el precepto, se desprende que no cabe la profesionalidad de las personas deportistas por cuenta propia o autónoma. Afirmación que hay que corroborar.

¹ Con el ámbito especial del ordenamiento jurídico del Derecho deportivo o Derecho del Deporte, se da cumplimiento al artículo 43.3 de la Constitución, sujetando todo deporte oficial y afecta a todo sujeto que tenga intención de participar legalmente en tal deporte, MEDINA MORALES, D., “Normas deportivas y Derecho del Deporte”, en *Estudios de Derecho Deportivo (Libro Homenaje al Profesor Bermejo Vera)*, MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), Reus, Madrid, 2020, p. 537. En sentido análogo y complementariamente, se concibe al Derecho Deportivo como poseedor de un gran futuro e imparable expansión, PÉREZ ROCAMORA, M., “Expansión del Derecho Deportivo en la sociedad”, en *Tratado de Derecho Deportivo*, VERDUGO GUZMÁN, S. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p. 101.

² Se apunta que la profesionalización de la práctica deportiva conlleva su mercantilización teniendo como resultado inmediato la regulación jurídico-laboral de algunas cuestiones, BERMEJO VERA, J., *Derecho para el deporte (Referencia especial al deporte profesionalizado)*, Reus, Madrid, 2020, p. 84.

³ *Vid.*, al respecto, ESPARTERO CASADO, J., “Los actores del deporte: clasificación y definiciones”, en *Comentarios al proyecto de Ley del Deporte*, MILLÁN GARRIDO, A. (Dir.), Reus, Madrid, 2022, pp. 133-152.

2.2. La persona deportista profesional

Califica el artículo 2.1 d) del Estatuto de los Trabajadores la actividad profesional de los deportistas como especial, teniendo como estándar mínimo el respeto a los derechos básicos constitucionales. Por este carácter tienen su regulación separada en el Real Decreto 1006/1985. En virtud de su artículo 21, para todos los aspectos que no regule, se establece como derecho supletorio al propio Estatuto⁴, junto con las otras normas de carácter laboral susceptibles de aplicación siempre y cuando no sean incompatibles con la especialidad.

Son deportistas profesionales, *ex art. 1.2 del mismo*, aquellos que *en virtud de una relación establecida con carácter regular se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución*. Adicional y complementariamente, el art. 1.3 se aplica (...) *a la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales, para el desarrollo en uno y otro caso, de las actividades deportivas en los términos previstos en el número anterior*.

Al respecto y siguiendo lo apuntado, de una parte, el empresario va a ser el club o entidad deportiva porque, *de facto*, hay un deportista profesional a su cargo⁵; y, por otra parte, la utilización de la conjunción disyuntiva “o”, implica la separación entre relaciones laborales de la siempre compleja y controvertida naturaleza de los derechos de imagen que acompaña a las personas deportistas profesionales.

Una definición que recuerda a la establecida para la persona trabajadora por cuenta ajena en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores: *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*. Implícitamente, por tanto, las personas deportistas profesionales y trabajadoras por cuenta ajena se asimilan, por más que el primero sea parte de una relación laboral especial y el segundo de una ordinaria.

2.3. Regulación jurídica en la Ley del Deporte

El artículo 21.1 de la Ley del Deporte fija que las personas deportistas profesionales son las que realizan un trabajo consciente (realizado por la persona de conformidad a un plan); voluntario (dedicación voluntaria a la práctica deportiva); con ajenidad (realizado para un club o entidad deportiva); con dependencia (ámbito de organización del club o entidad deportiva); y retribuido (percepción de un salario a cambio de la actividad). No se menciona al sistema de Seguridad Social, pero sí se entiende que será el club o entidad deportiva los competentes para su alta en el mismo. De forma derivada, considerando lo señalado en el epígrafe precedente, aunque no haya cita alguna o remisión alguna, actúa como derecho supletorio tanto el Estatuto de los Trabajadores como otras normas laborales.

Por su parte, de forma adicional, en el mismo artículo, pero en su apartado segundo, se halla una contrariedad con relación a lo definido claramente como persona deportista no profesional. Se señala al respecto que también las personas deportistas profesionales pueden ser autónomas o trabajadoras por cuenta propia: deporte practicado de forma habitual y voluntaria que tienen una retribución por parte de un tercero diferente a las entidades deportivas en las que se incluya. En este caso, de forma expresa sí se concreta

⁴ Desde una concepción clásica, pero actualizada, *vid.*, BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *La relación laboral de los deportistas profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, *passim*.

⁵ ROQUETA BUJ, R., *Derecho deportivo laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 62.

que es la propia persona deportista profesional la que se ha de dar de alta en el sistema de Seguridad Social. No hay mención a derecho supletorio alguno. Se concibe que se ha de aplicar directamente y, en conexión, el Estatuto del Trabajador Autónomo.

2.4. Las personas deportistas de alto nivel y de alto rendimiento

Las personas deportistas de alto nivel y de alto rendimiento siempre se han diferenciado de las demás. Al alcance de su profesionalidad ha ayudado la Ley del Deporte.

2.4.1. Regulación jurídica particular

El colectivo de personas deportistas de alto nivel y alto rendimiento se atiene a lo establecido por el Real Decreto 971/2007. No hay disciplina o norma que actúe como derecho supletorio.

Es una particularidad de especial mención el que ambos colectivos, estén conformados por personas menores y mayores que practican deporte.

Refuerza este argumento el hecho de que en el artículo 9 del Real Decreto queda regulada la política jurídica de opciones de medidas para la promoción de la formación y educación. Una finalidad: el acceso a las diferentes ofertas de formación del sistema educativo, bien sean de diferentes niveles educativos o bien sectores particulares.

Análogamente, en el artículo 10 se menciona a la ordenación jurídica de las relaciones laborales. Sólo lo hace en forma de dar la opción al establecimiento de medidas orientadas a la incorporación y permanencia en el mercado de trabajo. La forma: firma de convenios con el tejido empresarial, tanto para facilitar la actividad profesional al margen del deporte como para compatibilizar ésta con la práctica deportiva de alto nivel y alto rendimiento.

El alcance de lo regulado en este Real Decreto, de 2007, se refleja en la actualidad en la concepción de la empleabilidad establecida en el artículo 34 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (en adelante, Ley de Empleo): el fortalecer las oportunidades de educación y formación para incluirse en el mercado de trabajo y sus condiciones o tener un trabajo decente. Es decir, la casi transcripción de su planteamiento por parte de la Organización Internacional del Trabajo: el aprovechamiento de las oportunidades de educación y formación para buscar y mantener una actividad laboral. Así, como se apuesta por ello, es un factor esencial el hacer coincidir lo máximo posible las competencias de la persona y las demandadas por el mercado de trabajo.

2.4.2. Regulación jurídica en la Ley del Deporte

La concepción y definición de personas deportistas de alto nivel y alto rendimiento se establece en el artículo 20. Por tanto, de forma separada a los deportistas profesionales y no profesionales. En consonancia, en su desarrollo, expresamente y de forma lógica, no se menciona nada de su carácter profesional. Se ha de entender, a priori, que son personas que materializan libre y voluntariamente el derecho a la práctica de la actividad física y del deporte. Se encaja así con el artículo 2.1 de la Ley.

Siguiendo con el artículo 20, en sus apartados primero y segundo, la persona deportista de alto nivel es resultado de una condición reconocida por el Consejo Superior de Deportes *de oficio o a propuesta de las federaciones deportivas españolas*. A los efectos oportunos, se tiene que dar cumplimiento a lo regulado reglamentariamente para cada actividad deportiva. Reglamentos que siempre van a incluir como partes suyas los resultados clasificatorios de *competiciones o actividades deportivas profesionales*; la *situación o el posicionamiento de la persona deportista en las clasificaciones o rankings*

que aprueban o tutelan las federaciones deportivas internacionales; y el elenco de *condiciones particulares de cada modalidad o especialidad*, entendidas como inherentes por los órganos deportivos.

Complementando el núcleo esencial de su condición, la misma tendrá una duración máxima de cinco años, a contar desde la publicación de la resolución en el Boletín Oficial del Estado. La excepción: el haber sido persona medallista olímpica o paralímpica, en cuyo caso la duración será de siete años.

Por su parte, la persona deportista de alto rendimiento difiere de las anteriores en que su condición ha de ser reconocida tanto por cualquier Comunidad Autónoma atendiendo a su normativa particular, como a la del Consejo Superior de Deportes, siempre y cuando se dé cumplimiento al criterio de representación internacional.

2.4.3. ¿Y la profesionalidad?

Hasta aquí se han concretado las condiciones definidoras que dan sentido y alcance a ambos colectivos. Pero cabe entonces preguntarse si son deportistas profesionales. Es evidente que, si se acude en exclusiva a algún precepto de la Ley del Deporte, no.

Ahora bien, en la praxis común para los dos, un indicio que apunta a que sí pueden ser deportistas profesionales es su participación en competiciones oficiales organizadas por Federaciones Nacionales o Internacionales. A la luz de este matiz, nada impide que la persona deportista de alto rendimiento o de alto nivel mayor de dieciocho años pueda serlo.

Para los menores entre dieciséis y dieciocho años, no hay impedimento en que su actividad deportiva sea profesional. Pero, para ello, no pueden vivir independientes y necesitan la autorización de los padres o representantes legales. Si son los padres, con una autorización de uno y el consentimiento de otro es suficiente. La profesionalidad, en todo caso y al igual que sucede con carácter general, es imposible para las personas menores de dieciséis años.

2.4.3.1. Las personas deportistas de alto nivel

Recoge el artículo 24 de la Ley del Deporte un conjunto de derechos en exclusiva para las personas deportistas de alto nivel. Derechos que vienen a conformarse como garantías del desarrollo de la política jurídica a seguir. Pero aquí, desde la perspectiva laboral, con dos matices: la Administración General del Estado ha de actuar en representación del deporte español conjuntamente y en régimen de colaboración con las Comunidades Autónomas; y el indicar la incorporación al sistema educativo, la integración social y profesional no sólo durante su condición, sino también una vez concluya la carrera deportiva. Se viene a incidir en el mirar y tener presente el futuro inmediato, dada la tasada duración de la condición de estas personas deportistas.

Así pues, de entre los recogidos, para la profesionalidad de este colectivo tiene mucha trascendencia la letra e) del mismo: el derecho a la inclusión en el sistema de Seguridad Social. Y, por ende, ser persona trabajadora. Quiere ello decir: el ser una persona deportista profesional de alto nivel es un derecho, en tanto en cuanto toda persona trabajadora forma parte del sistema en cuestión. Derecho que, a su vez, viene reconocido formalmente como parte de una especie de carta de derechos garantizada en el contexto señalado. Su ejercicio implica el autoerigirse y considerarse deportista profesional.

Materializando este derecho pasan a incluirse en el artículo 21, al igual que pasa a regirse, como profesional, por la ordenación jurídica de las relaciones laborales, ya sean

por cuenta ajena o por cuenta propia. Se les han de respetar formal y materialmente no ya sólo todos sus derechos laborales, sino también su condición jurídica de sujeto protegido y, en su caso, beneficiario de la Seguridad Social.

Nada impide tampoco que su profesión de deportista la compatibilice con otra, que puede estar en conexión o no con su formación, pudiendo ser por cuenta propia o ajena ambas o de forma separada. Se incluirían igualmente en el sistema de Seguridad Social bajo la modalidad de pluriactividad o pluriempleo.

Esta circunstancia ha sido pasada por alto por el legislador, se ha olvidado de incluir la particularidad en, por qué no, otro apartado del artículo dedicado a concretar el ámbito subjetivo de la persona deportista profesional y no profesional.

En cualquier caso, sí permite una interpretación conjunta de una de las opciones que derivan de la condición de persona deportista de alto nivel en función de si la persona es menor o mayor de edad. Interpretación forzada, no cabe. Es coherente la misma, quizás también por su obviedad.

Conectando el derecho a ser profesional, es de destacar cómo en la letra g) de la particular carta de derechos recogida en el artículo, aparezca, indirectamente, la prevención de riesgos laborales. La actividad profesional del deportista ha de desarrollarse de forma segura con sujeción a dos elementos: la adecuación a la modalidad deportiva y la realización de ésta cuando se desempeñe en una actividad organizada.

Se está, por tanto, ante la coyuntura de que un posible ejercicio de un derecho derive en la profesionalidad de una actividad deportiva y que, análogamente, el mismo también se deba realizar previendo la seguridad. Así, un derecho específico laboral se enlaza con otro inespecífico. Pero, para ello, hay que recordar que se ejerza el derecho a la actividad profesional. Si no es así, queda como un mero derecho general.

2.4.3.2. Las personas deportistas de alto rendimiento

A diferencia del anterior, en el artículo 26.1 de la Ley del Deporte se recoge una remisión directa a los posibles derechos que puedan tener recogidos las personas deportistas de alto rendimiento en las normativas propias de las Comunidades Autónomas que tengan leyes que regulan al colectivo. Remisión en blanco. Subyace una cuestión de fondo: el por qué no se ha establecido alguna relación de derechos a modo de estándar mínimo a considerar por todas las Comunidades Autónomas que tengan leyes del deporte. Motivo adicional de necesidad que puede originar desigualdades: la posibilidad del traslado formal entre Comunidades Autónomas y cómo puede llegar a darse la situación de que la persona deportista de alto rendimiento tenga unos derechos, otros o ninguno, en función del lugar de residencia al que se traslade interautonómico y desde la que ejerza su deporte de alto rendimiento.

Un ejemplo para destacar y no, precisamente, como positivo en el sentido de avance o coordinación es el hecho de cómo en la vigente Ley Andaluza del Deporte no se mencionen derechos⁶. El artículo 39.3 sólo establece una genérica compatibilidad con la condición y calificación de la persona deportista de alto rendimiento del Estado.

2.5. ¿Es la Ley del Deporte una norma laboral?

La respuesta al interrogante que se puede llegar a suscitar es clara: no. Transversal afectante ampliamente a la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sí.

⁶ Vid., CORREA CARRASCO, M., "La regulación jurídica del ejercicio de las profesiones del deporte y sus desafíos. Especial referencia a la Ley 5/2016, del Deporte en Andalucía", en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 64, 2019, *passim*.

Ahora bien, es necesario advertir y dejar constancia de que los contenidos laborales, de empleabilidad y de seguridad social de la misma tienen trascendencia. Como ejemplos: la inclusión, la cuestión del género y protección social, el implícito derecho a la seguridad social, los derechos concretados específica o inespecíficamente, la empleabilidad de la persona deportista profesional, junto a otros que se pueden irradiar a lo jurídico-político laboral.

Sin embargo, cabría preguntarse si, desde una concepción abierta y por su relevante contenido laboral, la Ley del Deporte podría llegar a concebirse, en calidad de eje central jurídico articulador, como una reforma de los dos Reales Decretos señalados, unificar contenidos y conectarlos de una forma clara, directa y sencilla de interpretar en su conjunto con el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto del Trabajador Autónomo. Tendría el sentido y alcance relevante que merece el deporte profesional en el marco de las relaciones laborales y de seguridad social.

Ahora bien, hoy en día y siguiendo la ordenación jurídica de conjunto y la Ley del Deporte, se está dando a entender que sí es una norma laboral. Directamente se está aplicando a las relaciones de trabajo del deportista profesional con contenidos incluidos en diferentes normas, pasando por alto la supletoriedad del derecho. Lo relevante es que no quede explicitada mención alguna a este hecho y/o solución alguna técnico-jurídica. El paso firme dado con la regulación concisa de la figura de la persona deportista profesional se puede ver flaqueada, esperando que no sea por medio de su desarrollo reglamentario.

3. ¿NUEVOS HORIZONTES DE EMPLEABILIDAD TRAS LA LEY DEL DEPORTE Y LA LEY DE EMPLEO?

De la propia redacción de las recientes y vigentes Ley del Deporte y Ley de Empleo, *stricto sensu*, no se atisban nuevos horizontes. Los deportistas profesionales son considerados un colectivo más, sin realmente valorar que son objeto de una relación laboral especial, como viene siendo en el presente y, a buen seguro, continuará siéndolo.

La Ley del Deporte obvia la existencia de un planteamiento clásico a nivel general por el que el deporte profesional es aquél que sólo se realiza por la persona que ejecuta tal actividad siguiendo ya la regulación legal vigente, practicándolo, jugándolo en las diferentes modalidades que son consideradas como tales, a lo que se ha de adicionar su impacto mediático. Resultado de ello, es evidente que se percibe la vida profesional de sus protagonistas como muy corta.

Ahora bien, se desconoce que la propia actividad profesional deportiva va más allá. Aglutina a diferentes relaciones laborales cuyos sujetos desarrollan toda su carrera en el marco de esta, en diferentes formas y etapas. Falta, en este sentido, una regulación uniforme de las profesiones del deporte⁷.

La cuestión de fondo es que no se ha puesto un foco muy particular dentro del colectivo sobre esta realidad. La necesidad de otorgar unas condiciones favorables oportunas para un tránsito de aquellas personas jugadoras que tienen una mayor repercusión y visibilidad hacia otra actividad profesional en el marco del deporte o, directamente, fuera del mismo.

⁷ Apostando decididamente por ello, GONZÁLEZ GARCÍA, S., “El contexto laboral de las profesiones del deporte”, en *Desarrollo Reglamentario de la Ley del Deporte*, JIMÉNEZ SOTO, I. y MILLÁN GARRIDO, A., Reus, Barcelona, 2023, p. 251.

Focalizando ahora la atención en la Ley de Empleo, habría que valorar hasta qué punto tiene sentido para el colectivo en cuestión dos de los objetivos de la política de empleo definidos en el artículo 4. Es factible su no rotundo. De una parte, en la letra a), el favorecimiento de nuevos mercados de trabajo inclusivos garantiza de una igualdad de oportunidades y no discriminación en el elenco de actuaciones para su consecución; y, de otra parte, la letra n), para programar actuaciones a medio y largo plazo para generar empleo. Mimbres para un controvertido debate.

Asimismo, estos concisos objetivos apuntados chocan con la realidad de que, en el presente año 2023, el colectivo de personas deportistas profesionales está siendo incluido en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Faltan personas deportistas profesionales. Están siendo demandadas. Es más que probable que la transición entre ambas etapas anteriormente señaladas y su *cleavage*, aun estando dentro de los mismos, sea una causa implícita. El trasfondo se debería de observar por los operadores jurídicos y políticos. Con mayor importancia, si cabe, por la cantidad de recursos económicos que el deporte profesional mueve.

A sensu contrario de la dirección de esta última apuesta, no hay que pasar por alto cómo tampoco hay mención alguna en la Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023.

De éste, se podrían proyectar algunos contenidos de una forma muy de refilón. Pero todos van en el mismo sentido: formación, inclusión, no discriminación, incentivos a la contratación, etc. Cierto es que todos ellos forman parte de lo que se entiende como empleabilidad, pero no en el sentido oportuno del término para el colectivo de deportistas profesionales.

Volviendo a la Ley del Deporte, en consonancia con el citado Plan, se está incumpliendo el mandato del artículo 36 de la misma. Desde su propia denominación como *incorporación a las políticas de empleo* y ubicado legalmente como parte de otros derechos -se resta ya de por sí menor relevancia-, compete al Consejo Superior de Deportes el impulso para que las personas deportistas se incorporen en la Estrategia Española de Activación para el Empleo y en los planes anuales de política de empleo, a efectos de su incorporación al mercado de trabajo, dejando constancia así de su valor para la sociedad.

Surgen varias notas a contemplar en la precisión de este artículo. No se menciona la profesionalidad del deporte, pero aparece el Consejo Superior de Deportes. Con éste, no se considera la existencia del Sistema Nacional de Empleo, ni su funcionamiento para una empleabilidad efectiva. Asimismo, se le responsabiliza de una misión más que abierta al tener el encargo de impulsar, con el significado totalmente indefinido que posee el término en esta expresión, la inclusión del colectivo en planes políticos de los que pueden llegar a extraerse derechos, con la intención de hacer ver que los deportistas profesionales también aportan a la sociedad y generan riqueza⁸. Culmina este precepto con el ensalzamiento de que han de existir programas específicos impulsores de la formación. Hasta buena nueva, no han existido hasta el momento presente. He aquí un artículo al que le falta coherencia para omnicomprendivamente comprender la empleabilidad existente de por sí en la Ley de Empleo.

⁸ Incidiendo expresamente en que el deporte profesional genera empleo, riqueza y actividad económica en general, GUILLEN PAJUELO, A., "La nueva Ley del Deporte y su desarrollo reglamentario: una puerta (abierta) a la necesaria profesionalización del colectivo arbitral", en *Desarrollo Reglamentario de la Ley del Deporte*, JIMÉNEZ SOTO, I. y MILLÁN GARRIDO, A., cit., p. 97.

Por otro lado, también en la propia Ley del Deporte, en su artículo 9, se encuentra un caso particular que llama la atención, por su carácter difuso, sobre esta realidad jurídica y de política del derecho. En virtud del mismo, compete a la Administración General del Estado, de conformidad con la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades y la Integración Social de los Extranjeros en España, la promoción de la práctica deportiva de las personas extranjeras, siempre y cuando estén en situación administrativa de residencia legal, inclusive menores.

Es significativo el hecho de que no se mencione el carácter profesional de la práctica deportiva. Podría hacerlo para la mayoría de edad y/o para el caso de la minoría de edad entre los dieciséis y dieciocho años con sus correspondientes requisitos. Si, de una parte, se encuentra una conexión directa con una de las razones de ser de la propia Ley del Deporte, no se considera la empleabilidad de sus protagonistas. Cierto es que, en la sociedad actual, la inclusión social -generalmente entendida- ya no coincide con la inclusión laboral, pero se debería de haber dejado abierta formalmente la vía al trabajo de las personas extranjeras en el marco del deporte profesional. La integración, la formación, la capacitación, la recolocación, etc., son parte de la empleabilidad.

4. CUANDO EL HORIZONTE SE PALPA: EL LÍMITE A LA EMPLEABILIDAD DERIVADO DE LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE Y LA GEOLOCALIZACIÓN

Toda previsión técnico-jurídica y de política del derecho queda limitada y cortada directamente cuando aparece la tan extendida lucha contra el dopaje en conexión con la geolocalización. Es una realidad ilustrativa afectante de un modo claro y directo a la empleabilidad.

Entre otras, como medida antidopaje, cualquier persona deportista profesional parte de una relación laboral está sujeta constantemente a una geolocalización, con posibles adopciones de sanciones en el supuesto de no atenerse. En esencia, una manifestación expresa del poder de dirección de la organización, club o la entidad para la que preste sus servicios, incluidos la federación correspondiente.

4.1. La geolocalización: medio y poder

El objeto de la Ley Orgánica 11/2021, de Lucha Contra el Dopaje en el Deporte (en adelante, Ley contra el Dopaje), es claro, sencillo y evidente. No sólo de su título se desprende, sino también de su artículo 1.1. Se concreta que la misma tiene como *objeto el establecer las normas antidopaje en el ámbito de la práctica deportiva*. Se ha de entender, en conexión con la Ley del Deporte y el carácter profesional definido de las personas deportistas, que la práctica deportiva referida es, cuanto menos, la profesional en su alusión a nivel nacional e internacional, *ex* artículo 4. Ahora bien, nada impide que también, como se menciona, sea la persona deportista aficionada.

Por su parte, en el artículo 2.1, se fija que su interpretación se hará en conexión con el Código Mundial Antidopaje. Relevante es, al respecto, la Resolución de 1 de febrero del presente año 2023 por la que el Consejo Superior de Deportes -en consonancia con el artículo 1.2- lo publica. Formalmente, queda vinculado, reconocido e introducido.

De conformidad con el artículo 9, constituye una obligación de la persona deportista el someterse a los controles antidopaje que concrete la Agencia Estatal Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte.

El artículo 10.3 establece una modalidad muy particular de lucha contra el dopaje: la comunicación de los datos que posibiliten la geolocalización habitual de la persona deportista con la finalidad de hacer los controles de dopaje. Esta geolocalización la tiene que realizar ella misma, o los entrenadores federativos o personales, o los equipos y clubes y los directivos. Eso sí, siempre teniendo en consideración la modalidad deportiva y la comunicación de ser integrante del grupo registrado de control definido.

La Comisión Española para la Lucha Antidopaje en el Deporte desarrolla la forma en la que se ha de informar y actualizar la geolocalización. Una vez que se ha notificado su condición de integrante, la información se tiene que poner a disposición en quince días a contar desde su recepción y actualizar la misma trimestralmente. La finalidad: realizar el control antes de que finalice el mismo y fuera de competición.

En todo caso, la geolocalización tiene que incluir la residencia nocturna, un período de sesenta minutos diarios (a excepción entre las 23:00 y las 6:00) y las competiciones. En aras de una mayor seguridad en los controles, así como para su facilitación, está la plataforma ADAMS (*Antidoping Administration Management System*). Su diseño y actualización es competencia de la Agencia Mundial Antidopaje. La finalidad es la de homogeneizar los controles a nivel internacional, evitando reiteraciones.

Con la utilización de la plataforma, el deportista profesional informa sobre su geolocalización, puede solicitar autorización de uso terapéutico de cualquier sustancia o tratamiento y/o saber los resultados del control antidopaje al que se sometió.

A priori, para el trabajo por cuenta ajena, el control de la geolocalización es una manifestación de poder en la dirección. Así se constata en virtud del artículo 20.3 del vigente Estatuto de los Trabajadores, cuando se posibilita la adopción de medidas oportunas de vigilancia y control con la finalidad de corroborar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, siempre con respeto a la dignidad e intimidad. En este caso concreto, para las personas deportistas profesionales, el poder para controlar el dopaje.

Ahora bien, por la propia naturaleza profesional de la persona deportista y el impacto sobre su actividad que produce el dopaje, nada obsta a que se puede concebir como un medio para llegar a corroborar su existencia. Para las personas deportistas profesionales, puede entrar en una colisión con el artículo 18.1 de la Constitución, el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal⁹ y familiar y a la propia imagen, si bien hay ya una aquilatada doctrina jurisprudencial aclaratoria que delimita la cuestión.

Con una proyección laboral, de partida, pese a la presunción de inocencia, el control y registro informático, si se entiende como medio de control frente al dopaje, ya implica la duda de que la persona deportista profesional se ajusta a derecho en sus comportamientos relacionados con su actividad profesional deportiva. Viene a demostrar desconfianza, como si en el deporte profesional estuviese extendido el dopaje. Y, por supuesto, la imagen, con sus derechos inherentes derivados de los que suelen obtener recursos económicos. Se estaría afectando así el contenido esencial del derecho que, en última instancia, es el que da forma al mismo y hace que se reconozca como tal.

Adicionalmente, como poder, el encontrarse controlado de una forma constante en el tiempo, aunque haya franjas horarias y períodos en los que no, atenta contra la intimidad personal y familiar. Ambas no han de estar, en cierta medida, condicionadas. La persona

⁹ Se defiende que el contexto profesional del deporte es donde queda puesto de manifiesto la oposición entre los principios que rigen la vida cotidiana y la excepcionalidad de la que se dota al deporte para la intromisión en la intimidad. Así, LÓPEZ FRIAS, F. J., "El derecho a la intimidad de los deportistas", en *Deporte y derechos*, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., y CAÑIZARES RIVAS, E. (coord.), Reus, Madrid, 2017, p. 131.

deportista profesional no puede estar constantemente pendiente de actualización de datos de su ubicación, estar sometido a los tiempos requeridos por ellos y sujeto a actuaciones de terceros a efectos de control del dopaje.

Llama la atención que el artículo 20 *bis* del vigente Estatuto de los Trabajadores establezca el derecho a la desconexión digital y a la intimidad ante la utilización de medios que vengan geolocalizar a la persona trabajadora. La contraposición está servida.

Se están poniendo, indirectamente, las bases para que surjan entre otros, aspectos negativos afectantes a la salud psíquica o emocional de la persona, debiendo recordar que éstos son objetivos del derecho a la práctica deportiva como establece el mismo artículo 2 de la Ley del Deporte. De este modo, son susceptibles de aparición riesgos psicosociales, tales como el estrés o la ansiedad. La vigilancia de la salud de la persona deportista profesional puede desembocar en daños a la salud de la persona¹⁰. Y todo ello, paradójicamente, con una posible concepción de transgresión de derechos fundamentales.

4.1.1. *Los riesgos psicosociales anudados*

El artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece el derecho que tienen las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, junto al correspondiente y consecuente deber de la empresa de protegerlas ante riesgos laborales. Ha de garantizar la seguridad y la salud en todos y cada uno de los aspectos relacionados con el trabajo. En el seno de este derecho, implícitamente, se halla la protección frente a los riesgos psicosociales a identificar y a evaluar.

En este sentido, el club o entidad deportiva ha de garantizar la protección de la salud de sus deportistas profesionales. Aspecto particular si se mete en consideración la finalidad de la propia Ley del Deporte. Se tiene que promover una conjugación eficaz entre la práctica deportiva profesional y el derecho a la salud. Por ello mismo, no debería tutelar, desde una vertiente preventiva, su posible incumplimiento y, por ende, el de la razón de ser de la Ley. Adicionalmente, está dando a entender el dopaje como riesgo laboral de carácter psicosocial al que controlar mediante la geolocalización.

Las regulaciones nacionales e internacionales conciben a la política jurídica de prevención riesgos psicosociales desde una perspectiva de tutela pública, frente a la clásica reparadora y punitiva¹¹. Este clasicismo en la lucha contra el dopaje no sólo no se ha superado, sino que es impulsada reforzando el control señalando sanciones ante el mismo como infracción afectante a la salud, en aras de conseguir mejores resultados competitivos. Hoy en día, su control desde una perspectiva punitiva no tiene el sentido y alcance que debería tener en materia psicosocial.

Como persona deportista profesional, dar a entender que sobre el ejercicio de su derecho social al deporte y a la práctica deportiva planean sospechas previas de no materializar su contenido esencial, psicosocialmente le afecta. Se entiende a sí mismo como integrante de un colectivo de profesionales a los que se les suele estereotipar con una vulneración de un derecho que forma parte de los principios rectores de la política social. La propia duda ya de por sí es negativa psicosocialmente.

¹⁰ Se señala que el deportista profesional debe de saber que la salud es un derecho, teniendo la posibilidad de ejercerlo frente a diferentes agentes. GARCÍA SOLANAS, M., “Deporte y derecho a la salud”, en *Deporte y derechos*, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., CAÑIZARES RIVAS, E. (coords.), cit., p. 59.

¹¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales”, en *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, AA. VV., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. e HIERRO HIERRO, F. J. (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, p. 113.

Desde esta perspectiva, predomina un modelo de tratamiento legislativo indiferenciado de los riesgos psicosociales y, por ende, inespecífico¹². A priori, teóricamente, se puede oscilar, ante los riesgos psicosociales, desde la aplicación en su tutela, protección y prevención, del elenco de dispositivos preventivos previstos para cualquier riesgo laboral -de la tipología, sentido y alcance que sea-, hasta su derivación e inclusión en el tratamiento de cuestiones directamente conectadas con la gestión de los deportistas profesionales en el marco de las entidades y clubes deportivos que operan en el marco del deporte profesional. El equilibrio en esta horquilla con la geolocalización tiene diversas opciones de encaje. Mucho en ello tiene que ver que los riesgos en cuestión sean de tipo psicofísico¹³.

4.1.2. *La geolocalización como factor de riesgo psicosocial*

Que la persona deportista profesional esté siempre a disposición para la lucha frente al dopaje de una forma más que flexible a través de su geolocalización, induce a su consideración como factor de riesgo psicosocial destacado, relevante y diferente en sentido y alcance respecto a otros. La siempre aventajada y deseada flexibilidad laboral, se torna en pernicioso. La imposibilidad de desconectar de la práctica deportiva profesional produce un desgaste psicosocial.

El marco en el que se realiza, como ya se ha hecho mención, es el de una desfasada política jurídica reparadora y punitiva. O, más correcto y matizando para este caso concreto: más punitiva que reparadora. La protección de la salud del deportista profesional a través de la geolocalización pena más que protege. La práctica deportiva y el objetivo de la mejora psíquica o emocional del artículo 2.1 de la Ley del Deporte, queda en entredicho.

La ausencia de una uniforme jornada de trabajo en términos de horario y duración, las particularidades de los descansos semanales y anuales legalmente previstos y la compleja conciliación de la vida laboral, personal y familiar, entre otros, hacen que la geolocalización sea un factor de riesgo psicosocial más que evidente afectante directamente a la salud de la persona deportista profesional.

El dilema consustancial: si se ven involucrados derechos fundamentales, hay que plantearse si el que impere la protección de la salud en el deporte como actividad profesional afecta negativamente a la salud de la persona, despojada de cualquier condición.

Desde esta concepción, el hecho de que la persona deportista profesional se integre en clubes o entidades deportivas como profesionales y la exigencia de resultados fuera del alcance recogidos en los propios convenios colectivos hace que la misma se pueda aislar, viéndose afectada la salud psicosocial. El control por geolocalización pierde toda razón de ser y lógica, convirtiéndose en un elemento nocivo, tóxico. Y no siendo precisamente una sustancia dopante.

4.1.3. *Riesgos psicosociales derivados de la geolocalización*

De la identificación del modelo de prevención de riesgos psicosociales, su proyección al deporte profesional, sus protagonistas y de los factores de riesgo identificados en el ámbito de este, resultan unos riesgos muy claros que hay que atender.

¹² GARCÍA JIMÉNEZ, M. y DE LA CASA QUESADA, S., *Regulación de los riesgos psicosociales en los ambientes de trabajo: panorama comparado de modelos y experiencias en Europa y América*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011, p. 23.

¹³ ASÍ, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CONDE COLMENERO, P., "La protección social y los riesgos psicosociales", *Revista Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, núm. 26, 2008, p. 277.

4.1.3.1. Estrés

Para la persona deportista profesional, el tener que estar pendiente diariamente de indicar su geolocalización induce a un estrés constante, tanto por la necesidad de la comunicación como por el estar en situación de expectativa de actuación sobre su persona para controlar el estado de salud con relación al dopaje y la alteración que produce sobre ella.

El estrés por sentirse controlada conlleva un medio ambiente laboral nada saludable ni seguro¹⁴. Omnicomprensivamente entendido, hay necesidad de una actuación preventiva claramente tuitiva de la salud. No han de generarse dudas o sospechas sobre la sujeción a derecho de la actuación de la persona deportista profesional sobre la base de los derechos atribuidos.

Si el estrés es acuciante, nada obsta, incluso, a que se llegue a la drástica medida de que la persona deportista opte por dejar su profesionalidad. La persona y su salud han de verse respaldadas. Las malas praxis no pueden llegar a estos extremos.

4.1.3.2. El burn out

Un acuciante control de la lucha contra el dopaje por medio de la geolocalización puede desembocar en quemar psicosocialmente al deportista profesional. Puede provocarle un agotamiento físico y mental, cronificando el estrés.

La presión que puede llegar a soportar hace viable que se acumulen e intensifiquen sus exigencias emocionales y cognitivas en su prestación de servicios como deportista profesional hasta llegar a tener sentimientos negativos con la propia actividad deportiva.

Tal es la relevancia que se está ante un riesgo psicosocial muy severo que ha llevado a la Organización Mundial de la Salud a considerarlo como enfermedad profesional. Por tanto, el control por geolocalización puede llegar a producir una enfermedad profesional.

El dopaje no es una enfermedad profesional, pero la lucha contra el mismo y los efectos resultantes de una geolocalización sí pueden desembocar en una enfermedad profesional.

Nada impide que las enfermedades profesionales desemboquen en accidentes laborales. Con la finalidad última de la protección de la salud, *ex* artículo 31.4 de la Ley del Deporte, las mutuas son las competentes para acometer la realización y puesta en práctica de programas cuya finalidad última sea la protección de la salud y la prevención de accidentes a los que se expongan. La oportuna eficacia recogida expresamente es la protección de la seguridad y salud en el trabajo, siguiendo los parámetros recogidos en la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

4.2. El poder de sanción

Representa este poder la garantía y efectividad del cumplimiento de los derechos y deberes recogidos legalmente para la prestación de servicios profesionales por parte de la persona deportista. Muy significativamente y para el caso de los deportistas profesionales, en materia de dopaje.

¹⁴ Se ha planteado, incluso, que unas declaraciones de un deportista profesional, como manifestación de su libertad de expresión, pueden incidir en el ambiente laboral no de una forma muy positiva al trascender públicamente, PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., “La libertad de expresión del deportista profesional: casuística y regulación en clave constitucional”, en *Derecho deportivo: aspectos tributarios y laborales*, SÁNCHEZ PINO, A. y PÉREZ GUERRERO, M^o. L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 387-388.

En esta dirección y en conexión con lo que se viene argumentando, el artículo 2.4 del Código Mundial Antidopaje califica como infracción de la normativa antidopaje la geolocalización fallida del deportista (profesional) en un período de doce meses.

La Ley Antidopaje, por su carácter específico, incluye todo tipo de sanciones ante el dopaje y sus abarcadores efectos omnicomprendidos perniciosos. Aunque no sean definidos expresamente para los deportistas profesionales, todos sus contenidos y ámbito subjetivo se refleja y proyecta igualmente sobre los mismos. Incluso, se puede decir que hasta con mayor sostén de política del derecho. Sorprende en ella la carencia de mención. Sobre todo, cuando también, por pura lógica, sus contenidos se encuentran regulados organismos dedicados en exclusiva al dopaje y la lucha contra el mismo.

La Ley del Deporte concibe como deber de toda persona deportista, *ex* artículo 23.1, el realizar su práctica deportiva *sin incurrir en conductas de dopaje*, entre otros. Cuando acomete la definición de deportista profesional, continúa la misma línea, al reconocer, en el artículo 28 a) igualmente como deber el cumplimiento de la normativa autonómica, estatal e internacional en *materia de lucha contra el dopaje*. Análogamente sucede en el artículo 25 a) con los deportistas de alto nivel, pues es su deber el cumplimiento de toda la normativa nacional e internacional existente contra el dopaje.

Es curioso que la Ley del Deporte no establezca sanción alguna expresa referida al dopaje en el deporte profesional y la geolocalización del deportista profesional. Sobre todo, cuando éste está definido en la misma. No basta con que, con carácter general, la lucha contra el dopaje sea concebida como un deber de este. Se echa en falta una conexión directa jurídico-legal en su concepción para el caso tan original señalado. Especialmente, cuando a nivel internacional sí aparece identificado.

4.3. El rol del informante

Tiene una notable y particular relevancia sobre la empleabilidad de las personas deportistas profesionales la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en adelante, Ley de Informantes). También se le está conociendo como *Ley Whistleblowers*, dado que se trata de una trasposición de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

Es evidente que la Ley de Informantes posee un notorio contenido laboral. Tiene un impacto directo sobre las relaciones de trabajo. A pesar de su mínima transversalidad, su finalidad es la protección de las personas que, en el ámbito profesional, descubran infracciones penales o administrativas graves o muy graves, siendo éstas comunicadas con las garantías debidas mediante los canales de denuncia que regula la propia Ley.

Con ella, se supera la concepción inicial del *whistleblower* o denunciante como la persona trabajadora que traiciona y es desleal, pasando a ser garante de la integridad y de la cultura de la ética¹⁵.

Es una norma que, en su aplicación al deporte profesional y las relaciones laborales desarrolladas en su marco, tiene un importante rol en la lucha contra el dopaje. Ilustrativamente: la geolocalización del deportista profesional.

Es susceptible de calificar como una herramienta jurídico-política reforzadora y ampliadora de la ya existente. Concretando aún más, sobre la protección de la

¹⁵ PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “Los canales de denuncia en el ámbito del fútbol, con especial referencia a FIFA”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Estudios de Derecho Deportivo (Libro homenaje al Profesor Bermejo Vera)*, cit., p. 656.

salud. Elemento éste esencial de la práctica deportiva constitucionalmente recogida y desarrollada, por entre otras normas, la misma Ley del Deporte.

La información ha de ser comunicada, entre otros, por personas trabajadoras por cuenta ajena, siendo indiferente el hecho de que: la relación laboral no haya comenzada aún; la modalidad contractual empleada; y el que se haya finalizado el contrato de trabajo. También menciona a las personas trabajadoras autónomas.

La tutela del informante es muy destacada, concretando las infracciones mediante las que se materializa. Muy importante es que, en conexión con lo señalado, la Ley Antidopaje señala expresamente infracciones que son catalogadas sólo como muy graves o graves en la Ley del Informante.

En diferente orden y estructura entre ambas, es de necesaria atención su artículo 20. Fijando un catálogo amplio de infracciones, de las mismas interesa destacar la letra k), que identifica como infracción cualquier actuación que pretenda *intimidar o tratar de intimidar a un testigo u otra persona a efectos de disuadirlos para comunicar la buena fe a una organización antidopaje, a las fuerzas del orden, a un organismo regulador o disciplinario profesional, a los órganos competentes para su conocimiento y resolución o a cualquier persona que esté llevando a cabo una investigación en nombre de cualquier organización antidopaje, información relativa a una presunta infracción de las normas antidopaje o un presunto incumplimiento de la ley.*

Completa este contenido la letra i) del artículo. Fija que es infracción la adopción de *represalias de carácter laboral, social, profesional, deportiva o que afecte a su reputación, entre otras, contra una persona que, actuando siempre de buena fe comunique una presunta infracción de la normativa antidopaje o de un presunto incumplimiento de la Ley a una organización antidopaje, a las fuerzas del orden o a un organismo regulador o disciplinario profesional, a los órganos competentes para su conocimiento y resolución, o a una persona que esté llevando a cabo una investigación en nombre de cualquier organización antidopaje.*

La razón de ser de la interpretación “unida” de las dos letras del precepto, es la puesta de manifiesto del propio título del artículo: *infracciones en materia de dopaje.*

Sin embargo, sí se diferencian en dos cuestiones. Primero, la Ley Antidopaje califica la gravedad de la infracción conforme se van detallando las acciones constitutivas. Y, segundo, en la prescripción: las establecidas en el artículo 20, diez años y las de *multa, así como las de suspensión de licencia, inhabilitación o privación de derechos*, cinco años; las muy graves tres años, las graves dos años y las leves seis meses. De esta diferencia de prescripción, sí se deriva cómo la Ley Antidopaje -pese a ser más desordenada en la materia de infracciones- es más severa ante el mismo en buena lógica. Diferencias que trata de organizar la Ley del Deporte, cuando, al igual que la Ley de Informantes, cataloga las infracciones como muy graves, graves y leves.

Aun así, muestra clara y reseñable es que la propia Ley de Informantes de un paso más, pudiéndose interpretar como clave en materia de lucha contra el dopaje en el ámbito del deporte profesional. A su amparo tienen protección las personas implicadas en los hechos que se relatan en la comunicación ante la circunstancia de que la información se haya manipulado, falta o dé respuesta a motivos imposibles de sujetar al derecho. En su materialización: ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva y defensa; acceder al

Señala, además, que la Unión Ciclista Internacional, la Federación Internacional de Fútbol Asociado, la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol, la Agencia Mundial Antidopaje, el Comité Olímpico Internacional, la Real Federación Española de Fútbol o la Liga de Fútbol Profesional, en los últimos años, han venido estableciendo canales de denuncia en aras de proteger la integridad de la práctica deportiva, p. 657.

expediente; guardar confidencialidad; el mantener reservada su identidad; y el presumir su inocencia.

Valorando toda esta dirección en la que se transita, un avance muy relevante y de evolución es que se haya establecido que la información se ha de comunicar mediante dos canales recogidos en la propia Ley: los internos y los externos¹⁶. Los primeros deben de ser la forma preferente para dar a conocer posibles irregularidades. Los segundos han de actuar complementariamente con éstos¹⁷. Se ha de dar traslado a la Autoridad Independiente de Protección del informante, también de creación *ex novo* como un ente público de derecho público de ámbito estatal con una adscripción al Ministerio de Justicia.

En última instancia, enlazando ambas leyes, lo que se representa es una clara lucha contra la corrupción, bien sea en el ámbito laboral con carácter general o bien sea -hasta casi con una mayor trascendencia- en el deporte profesional y su persecución rigurosa, objetiva y coherente con el sentido y alcance de la práctica deportiva. Todo, reforzado con la protección de datos.

5. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Sin duda alguna, es un gran avance el tratar de forma diferenciada tanto a la profesionalidad del deporte como al deportista profesional. Eso sí, no se produce ningún cambio sobre el derecho que le da razón de ser: el derecho a la salud. Siempre venía generando dificultades interpretativas a nivel laboral, de empleo y de seguridad social el que no se hubiese hecho de forma expresa hasta la aprobación de la Ley del Deporte. Las controversias se han acotado, pero no cesado ni resuelto.

La ordenación jurídica y de política del derecho no se puede considerar de forma estática ni que se ha alcanzado la meta, pensando que se ha llegado al objetivo final que se pretendía de una forma dinámica por el gran salto dado, especialmente tomando como referencia tanto el nivel nacional e internacional, como fechas pasadas. Así, los avances producidos son claves y trascendentales. Sin embargo, la vorágine legislativa y/o reformadora en el contexto de la sociedad actual, hace que los grupos normativos reguladores interconectados del Derecho del Trabajo y del Derecho del Deporte se vean afectados directa o colateralmente también por normas de diferentes disciplinas adicionales y, cuando no o, incluso, simultáneamente, por leyes transversales.

Desde este planteamiento, hay que meter en consideración la amalgama de la ordenación jurídica y política del deporte profesional. Es necesario un entrelazamiento claro y sencillo, aunque sea con remisiones directas, facilitadoras de una visión de conjunto que le dote de un mayor sentido y coherencia. Uno de sus paradigmas, el de la empleabilidad del contenido. También sucede igual con todas las entidades, instituciones y organismos implicados, su naturaleza empleadora o empresarial y las competencias derivadas.

¹⁶ Los canales de denuncia se conciben también como fomento de la cultura del *compliance*. CAMPOS SÁEZ DE SANTAMARÍA, V., “La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción y su próximo impacto en el sector público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2023, La Ley, p. 1. Complementando este planteamiento, la materia se integra en el mismo *compliance*, porque afecta al riesgo legal y reputacional que toda organización empresarial necesita eludir, SÁNCHEZ MORENO, J. L., “Canal de Denuncias. A propósito de la Ley 2/2022, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”, *Diario La Ley*, núm. 10238, 2023, p. 7.

¹⁷ Desde el caso de la mujer deportista profesional y el embarazo, se apuesta por lo contrario a efectos de una mayor visibilidad, CUADROS GARRIDO, M. E., “Cláusulas antiembarazo en el contrato de trabajo de la deportista y *whistleblowing*”, en *Derecho del deporte y del entretenimiento*, MARCOS CARDONA, M. y SELMA PENALVA, V. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 173-174.

El tener como referente un manifiesto horizonte nada claro en materia de empleabilidad del colectivo atendiendo a la realidad social más inmediata y su deficitaria regulación jurídico-legal -individual y de conjunto-, queda consolidado con el límite que supone el acabar con la lacra del dopaje y su general asociación al deporte profesional. Hay una necesidad imperiosa de ello, aunque afecte al empleo y empleabilidad. Es un motivo evidente de su visibilidad.

Las formas y herramientas utilizadas como la geolocalización no pueden convertirse en malas compañeras de viaje. Su conexión con la empleabilidad, requiere una funcionalidad. Han de ser adecuadas y, para ello, es necesario entrar a valorar la prevención de riesgos psicosociales a efectos de hacerla racional, no dándose actitudes y actuaciones perjudiciales, con efectos negativos en la salud de las personas deportistas profesionales, sobre el carácter mismo profesional de la actividad y sobre una necesaria empleabilidad adaptada o modulada que no marque nuevos horizontes.

Es esencial su regulación coordinada a todos los niveles, desde el Derecho Internacional hasta las fuentes jurídicas con menor rango. Para la lucha contra el mismo, cualquier sostén jurídico y político es necesario, pero siempre respetando el estándar mínimo de los derechos sean del carácter que sean y de las políticas de aplicación. Por más que se puedan generar dificultades o aparecer lagunas en su implementación.

Aunque se haya producido una modernización, no hay que perder de vista las reformas a acometer más pronto que tarde o las obligadas a realizar para tener presentes las realidades afectantes a la empleabilidad. Aunque se haya dado un paso largo en la convergencia del derecho con la realidad social más inmediata, hay que seguirlos dando, sin receso alguno, especialmente en materia de empleabilidad.

Carece de sentido común que los horizontes disten más. Si es así, los valores inherentes a la práctica deportiva profesional, poco a poco y no disimuladamente se van relegando y menoscabando, pudiendo llegar a perder totalmente en un futuro quizás no muy lejano, su alcance en materia de empleo. No debe de ser así y sí que éstos sean los que van marcando el camino jurídico y político por el que transitar en el presente y a recorrer coherentemente en un futuro. No vale la resiliencia ni el bajar los brazos, menos aún en la práctica de una actividad deportiva profesional.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *La relación laboral de los deportistas profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022.

BERMEJO VERA, J., *Derecho para el deporte (Referencia especial al deporte profesionalizado)*, Reus, Madrid, 2020.

CAMPOS SÁEZ DE SANTAMARÍA, V., “La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción y su próximo impacto en el sector público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2023, La Ley.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales”, en *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, AA. VV., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. e HIERRO HIERRO, F. J. (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.

CORREA CARRASCO, M., “La regulación jurídica del ejercicio de las profesiones del deporte y sus desafíos. Especial referencia a la Ley 5/2016, del Deporte en Andalucía”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 64, 2019.

CUADROS GARRIDO, M. E., “Cláusulas antiembarazo en el contrato de trabajo de la deportista y *whistleblowing*”, en *Derecho del deporte y del entretenimiento*, MARCOS CARDONA, M. y SELMA PENALVA, V. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

GARCÍA JIMÉNEZ, M. y DE LA CASA QUESADA, S., *Regulación de los riesgos psicosociales en los ambientes de trabajo: panorama comparado de modelos y experiencias en Europa y América*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2011.

GARCÍA SOLANAS, M., “Deporte y derecho a la salud”, en *Deporte y derechos*, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., CAÑIZARES RIVAS, E. (coords.), Reus, Madrid, 2017.

GONZÁLEZ GARCÍA, S., “El contexto laboral de las profesiones del deporte”, en *Desarrollo Reglamentario de la Ley del Deporte*, JIMÉNEZ SOTO, I. y MILLÁN GARRIDO, A., Reus, Barcelona, 2023.

GUILLÉN PAJUELO, Á., “La nueva Ley del Deporte y su desarrollo reglamentario: una puerta (abierta) a la necesaria profesionalización del colectivo arbitral”, en *Desarrollo Reglamentario de la Ley del Deporte*, JIMÉNEZ SOTO, I. y MILLÁN GARRIDO, A., Reus, Barcelona, 2023.

ESPARTERO CASADO, J., “Los actores del deporte: clasificación y definiciones”, en *Comentarios al proyecto de Ley del Deporte*, MILLÁN GARRIDO, A. (Dir.), Reus, Madrid, 2022.

LÓPEZ FRÍAS, F. J., “El derecho a la intimidad de los deportistas”, en *Deporte y derechos*, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., y CAÑIZARES RIVAS, E. (coord.), Reus, Madrid, 2017.

MEDINA MORALES, D., “Normas deportivas y Derecho del Deporte”, en *Estudios de Derecho Deportivo (Libro Homenaje al Profesor Bermejo Vera)*, MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), Reus, Madrid, 2020.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, F., “La libertad de expresión del deportista profesional: casuística y regulación en clave constitucional”, en *Derecho deportivo: aspectos tributarios y laborales*, SÁNCHEZ PINO, A. y PÉREZ GUERRERO, M^a. L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PÉREZ ROCAMORA, M., “Expansión del Derecho Deportivo en la sociedad”, en *Tratado de Derecho Deportivo*, VERDUGO GUZMÁN, S. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “Los canales de denuncia en el ámbito del fútbol, con especial referencia a FIFA”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Estudios de Derecho Deportivo (Libro homenaje al Profesor Bermejo Vera)*, Reus, Madrid, 2020.

ROQUETA BUJ, R., *Derecho deportivo laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

SÁNCHEZ MORENO, J. L., “Canal de Denuncias. A propósito de la Ley 2/2022, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción”, *Diario La Ley*, núm. 10238, 2023.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y CONDE COLMENERO, P., “La protección social y los riesgos psicosociales”, *Revista Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, núm. 26, 2008.

**LA NUEVA LEY DE EMPLEO: DIAGNÓSTICO DE LAS CARENCIAS EN
EL IMPULSO DEL EMPLEO VERDE Y EN EL APUNTALAMIENTO DE LA
TRANSICIÓN ECOLÓGICA SOCIALMENTE JUSTA**

PILAR CONDE COLMENERO
Doctora en Derecho
(acreditada a Titular de Universidad.
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)
Universidad Jaume I. Castellón
ESIC Business and Marketing School. Valencia
colmener@uji.es

SUMARIO:

1. LA NUEVA LEY 3/2023 DE EMPLEO: UN TÍMIDO FAVORECIMIENTO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y DEL EMPLEO VERDE, EN CONTRASTE CON LA APUESTA DECIDIDA POR LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL
2. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE EMPLEOS VERDES QUE PROPICIEN LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA SOCIALMENTE JUSTA
3. PRINCIPALES CARENCIAS DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO EN RELACIÓN CON LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL EMPLEO VERDE
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. LA NUEVA LEY 3/2023 DE EMPLEO: UN TÍMIDO FAVORECIMIENTO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL EMPLEO VERDE, EN CONTRASTE CON LA APUESTA DECIDIDA POR LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Si atendemos a lo propugnado en su Preámbulo, la recién estrenada Ley 3/2023 de Empleo (en adelante LE) pretende constituir un cambio de paradigma en la regulación de las políticas públicas de ocupación, desea modernizarlas y establecer un nuevo modelo de mercado de trabajo, que sea resiliente e inclusivo y que facilite los procesos de transición ecológica y transformación digital en los que se encuentra inmersa la sociedad del siglo XXI. Esto se debe, en gran medida, a la necesidad de cumplir con los compromisos que España había contraído con los Fondos “Next Generation EU” de 2020 y con nuestro propio Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 2021 - en adelante PRTR - (Molina Navarrete, 2021), donde se establece que la transición ecológica es uno de los cuatro ejes sobre los que debe pivotar el camino de la recuperación económica y la conformación de nuevas estructuras resistentes frente a desafíos futuros (los otros ejes son la transformación digital, la cohesión territorial y social y la igualdad de género). De otra parte, una nueva ordenación del mercado de trabajo y de las políticas públicas de empleo que se preciara de ser vanguardista, avanzada y coherente con las preocupaciones climáticas de nuestro tiempo, no podía sino favorecer el proceso de transición ecológica y facilitar que éste camine por la senda de lo “socialmente justo”; es decir, que la naciente normativa de empleo de 2023 no podía obviar los desafíos que plantea la emergencia climática (máxime cuando la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU otorga un papel decisivo al trabajo decente - “ODS 8: Trabajo decente y crecimiento económico” - y una vez que se había publicado la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética), antes al contrario, debería facilitar el cambio hacia un sistema respetuoso con el medio ambiente y, en consecuencia, posibilitar la creación de empleo verde decente, ya que este tipo de ocupación es un instrumento clave en la transición ecológica (Miñarro Yanini, 2023). Sobre todo, si con ello se puede contribuir a la superación de algunos de los problemas estructurales que arrastra el mercado laboral español desde hace años, como son la excesiva temporalidad y la elevada tasa de desempleo (principalmente, la juvenil).

A estas alturas del siglo, los Estados, las empresas y la ciudadanía son conocedores del carácter global y transversal que posee el cambio climático, debido a los efectos cada vez más visibles que este fenómeno está provocando en cualquier rincón del planeta y en todas las esferas de la vida humana (de la que no se zafa el trabajo, particularmente en lo que atañe al mantenimiento de la ocupación y la creación de empleo en las actuales economías de mercado). Por lo tanto, era de esperar que la Ley 3/2023 de Empleo hubiese encarado de manera valiente el reto que supone para la generación de empleo la transición ecológica y que, asimismo, apostase con ahínco y de manera resuelta por impulsar el empleo verde, creando el marco legal y las herramientas jurídicas necesarias para su desarrollo práctico. Solo así esta norma podría estar a la altura de los urgentes problemas medioambientales y sociales que comporta en la actualidad la emergencia climática y servir eficazmente a la creación de empleo de calidad, igualitario e inclusivo. Pero nada más lejos de la realidad, la nueva norma que regula la ocupación en nuestro país (aunque sea defendible por su aportación en otros terrenos) se queda corta en sus planteamientos ecológicos y realiza una defensa demasiado tímida de “lo verde”, una mera declaración de intenciones mientras que sí realiza una apuesta decidida por la transformación digital. Se puede afirmar abiertamente que el texto legal prima lo digital sobre lo ecológico¹. Y este

¹ La LE no va más allá de unas escasas e insuficientes alusiones a la sostenibilidad y la transición ecológica, (arts. 3 y 33.2 letras c y i LE) y apenas cuatro leves referencias al trabajo decente (Preámbulo y arts. 2, 3 y 34 LE). Por demás, en los setenta artículos en los que se estructura la Ley no se utiliza ninguna vez la expresión “empleo verde”.

decantarse por facilitar la transformación digital, orillando la transición ecológica y los distintos aspectos nucleares de dicho proceso, es especialmente llamativo en un momento donde, de un lado, está abierto el debate de los efectos que está teniendo sobre el empleo tanto la robotización, como el desarrollo exponencial de la inteligencia artificial y, de otro lado, existen datos constatables del impacto medioambiental que tiene la actividad digital.

2. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE EMPLEOS VERDES QUE PROPICIEN LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA SOCIALMENTE JUSTA

En la actualidad, los mercados de trabajo se desenvuelven en unos escenarios económicos, sociales, geopolíticos, tecnológicos y ambientales nuevos, propios de este milenio y que inciden sobre el empleo y los derechos laborales de manera compleja, no siempre favorable (Rodríguez Cardo, 2022). Las modernas políticas públicas de ocupación tienen, por tanto, que afrontar desafíos relacionados con múltiples factores (interconectados entre sí) relacionados, de un lado, con la globalización y la digitalización más avanzadas (Mercader Uguina, 2017) y, de otro lado, con el cambio climático (Costa Climent, 2021). Ejemplo de ello son la deslocalización empresarial (y el riesgo de dumping sociolaboral), la implementación de la robótica en los distintos sectores de actividad (Vallecillo Gámez, 2021), el uso al alza de los algoritmos y la inteligencia artificial en el ámbito laboral y del empleo (Rivas Vallejo, 2021), la expansión de la actividad empresarial a través de plataformas digitales, la generalización del empleo en modalidad de teletrabajo, por cuenta propia o ajena (Greenpeace, 2021), la pujanza del sector digital y las nacientes profesiones vinculadas a las empresas de base tecnológica y startups (Vallecillo Gámez, 2021), la irrupción de los empleos verdes o ambientales (relacionados con la gestión de residuos contaminantes, la ecoeficiencia, la regeneración de ecosistemas, etc).

Ante una sociedad y una economía digitalizadas, una industria versión 4.0 o una emergencia climática, el objetivo es intentar seguir el paradigma del trabajo decente, avanzar en la globalización equitativa, el desarrollo sostenible y la economía circular, promoviendo, en último término, la denominada “transición ecológica socialmente justa” (Miñarro Yanini, 2022), creando instrumentos jurídicos robustos que la hagan posible (como ha intentado ser citada Ley 7/2021). Este concepto (a cuya construcción ha contribuido en gran medida la OIT) alude al favorecimiento de un proceso de transición ecológica que contemple, necesariamente, fórmulas de corrección del desequilibrio y la asimetría social que provoca, tanto el propio cambio climático como las políticas para hacerle frente, sobre aquellos grupos que poseen menor capacidad económica (entre dichas fórmulas, son especialmente significativas las de contenido laboral y la apuesta por el estándar social internacional del trabajo decente - cuyos pilares básicos son el diálogo social, la protección social y los derechos en el trabajo y el empleo -).

Centrando el examen en la situación del mercado de trabajo español justo antes de la publicación de la Ley 3/2023 de Empleo, se puede aseverar que el contexto previo a la reforma laboral de 2021 (RDL 32/2021), era de alta precariedad y temporalidad laboral, con elevados índices de desempleo (sobre todo juvenil) y un mercado laboral no inclusivo (por discriminación de género, en particular). Problemas de carácter estructural que se venían manteniendo con independencia de las épocas de bonanza o declive económicos, situando a comienzos de 2021 la tasa de desempleo en 15,98% y la de los menores de 25 años en 39,53 % (según el INE) - unos datos preocupantes, en sí mismo considerados y

en comparación con la media de la UE -. Ante esta situación, el documento “España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo”, presentado el 20 de mayo de 2021 (Gobierno de España, 2021) recoge como desafío la necesidad de resolver las deficiencias de nuestro mercado de trabajo y adaptarlo a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas, para lo que impone metas como la de reducir la tasa de desempleo de mujeres y hombres a menos de la mitad y alcanzar una tasa de empleo similar a la de los países avanzados de Europa (80 % en 2050), minorar progresivamente las brechas de género, aumentar la inserción laboral en 15 puntos en los próximos 30 años, reforzar las políticas activas de empleo y adecuar el marco normativo a las nuevas realidades económicas y laborales. Con esas metas en el horizonte y tras más de año y medio de recorrido de la reforma laboral de 2021, los datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social sobre ocupación y mercado de trabajo en 2023 apuntan a una mejoría progresiva (un 11,6 % de desempleo en el segundo trimestre del año²), con una paulatina tendencia a la disminución del paro registrado, que parece mantenerse en el tiempo.

En un esfuerzo por hacer un análisis adecuado de los puestos de trabajo que hacen falta hoy y de los que serán necesarios en la próxima década, es imprescindible estar atentos a las nuevas oportunidades de generación de empleo en los diferentes campos de actividad, al descubrimiento de nichos de ocupación no tradicionales, al fomento de las profesiones en auge y a la identificación de aquellos sectores de actividad donde no se cubren las ofertas de trabajo, de manera que sea posible superar la eventual brecha de empleo. En concreto, los poderes públicos han de estar fundamentalmente alerta a las nuevas posibilidades de empleo que puede abrir la transición ecológica. No en vano, dos de los objetivos de la Estrategia de Transición Justa³ tienen que ver con esta cuestión: con “facilitar el aprovechamiento de las oportunidades de empleo y mejora de la competitividad y cohesión social y territorial generados por la transición ecológica de la economía” (OE1) y con “dotar a las administraciones públicas y a la sociedad española de una capacidad de observación dinámica y prospectiva sobre la situación y las tendencias del mercado de trabajo respecto a las transformaciones que se producen en el mismo por efecto de la transición ecológica” (OE3). Motivo por el que dicha Estrategia debe incluir aquellos instrumentos que sean necesarios para el seguimiento del mercado de trabajo en el marco de la transición energética y aquellas medidas que sirvan a un mejor conocimiento del impacto que posee la transición ecológica sobre el empleo (Eje H), donde ha de estar involucrado de manera particular el Observatorio de las Ocupaciones (organismo cuya gestión directa es, no ya del Servicio Público de Empleo, sino de la recién creada Agencia Española de Empleo - arts. 18 y 22 letra f de la LE -). En definitiva, reviste especial interés realizar un análisis (dinámico) de la situación y tendencias del mercado de trabajo vinculadas a la transición ecológica, lo que permitirá a su vez establecer políticas eficaces de anticipación de las necesidades presentes y futuras de empleo.

En este sentido, el Informe “Empleos del mañana: empleos sociales y verdes para construir economías inclusivas y sostenibles”⁴, realizado para el Foro Económico Mundial y debatido en el Foro de Davos el 16 de enero de 2023⁵, desvela que España se sitúa a la cabeza europea en demandas de empleo clave sin cubrir: para 2023 se necesitará satisfacer casi 2,4 millones de puestos de trabajo, un 80% más de personal centrado en 24 profesiones nucleares. En la lista de esos empleos del futuro se encuentran aquellos

² Dato extraído de la Encuesta de Población Activa del segundo trimestre de 2023.

³ El art. 27 de la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética dispone que esta Estrategia es un “instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición”.

⁴ Vid. https://www3.weforum.org/docs/WEF_Jobs_of_Tomorrow_2023.pdf

⁵ Consultar: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Jobs_of_Tomorrow_2023.pdf

vinculados a la transición energética, es decir empleos verdes relacionados con los criterios ESG (relativos a factores sociales, ambientales y de gobierno corporativo). Algunos tienen que ver con actividades forestales, agrícolas o pesqueras ecológicas, arquitectura paisajística, urbanismo verde, gestión de residuos, protección del medioambiente y consultoría de sostenibilidad, planificación del tráfico, energías renovables, etc; y otros con parcelas como la educación, la sanidad y los cuidados relacionados con la tercera edad y la atención geriátrica.

Hay que tener presente que en nuestro país, tanto la ansiada descarbonización de la edificación, el transporte y el sector industrial, como la apremiante transformación de otros importantes sectores de la economía que son vulnerables a los impactos del cambio climático (turismo, agricultura, ganadería, pesca y sector forestal), suponen un auténtico desafío a nivel productivo y organizativo, y a la vez, encarnan unas notables oportunidades de ocupación y generación de empleo que es conveniente no perder de vista. A todo ello y desde otro enfoque, hay que sumar los consabidos empleos que están siendo ofertados en el sector digital, logístico y tecnológico (según señalan distintos informes⁶), como son, por ejemplo, los analistas de ciberseguridad, los desarrolladores/as de negocio, los ingenieros/as de inteligencia artificial, de sistemas en la nube y de datos, los/as responsables de marketing en redes sociales, los/as profesionales del metaverso (Nogueira Gustavino, 2022), los expertos/as logísticas o los conductores/as de transporte de mercancías por carretera (Conde Colmenero, 2022).

En definitiva, los empleos verdes son una herramienta decisiva en el proceso de transición ecológica puesto que, por una parte, dada su naturaleza preservadora y restauradora del medioambiente, son imprescindibles para favorecer ese complejo proceso global y, porque, por otra parte, es indispensable tenerlos en consideración para garantizar la generación de empleo (presente y futuro), ya que la transición ecológica es un verdadero motor para la creación de puestos de trabajo (punto 2.2. de la Estrategia de Transición Ecológica). Efectivamente, como ya preconizase la OIT en 2013, atajar los impactos ambientales de la actividad humana mediante la transición ecológica de la economía puede ser una fuente significativa de generación de empleo (Resolución sobre desarrollo sostenible, trabajo decente y empleos verdes⁷). Así, frente al preocupante desempleo que azota las economías actuales y frente a los problemas derivados de la emergencia climática, el empleo verde es una importante modalidad de ocupación que es necesario favorecer. Por lo tanto, cualquier norma básica de empleo que se precie debe contemplarlo seriamente y estimularlo mediante mecanismos jurídicos efectivos, so pena de poner en peligro (o incluso hacer fracasar) el proceso de transición ecológica.

3. PRINCIPALES CARENCIAS DE LA NUEVA LEY DE EMPLEO EN RELACIÓN CON LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL EMPLEO VERDE

3.1. Ausencia de una necesaria definición legal de empleo verde y olvido de los aspectos ecológicos en los objetivos y principios rectores de la política de empleo

La nueva Ley 3/2023 de Empleo lleva a cabo en el art. 4 una reformulación y ampliación de los objetivos de la política de empleo que recogía la norma básica

⁶ Entre otros, Empleos en auge 2023 de LinkedIn: las 25 profesiones que más crecen en España. <https://www.linkedin.com/pulse/empleos-en-auge-2023-de-linkedin-estas-son-las-/?originalSubdomain=es>

⁷ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_223812.pdf

predecesora (el Real Decreto Legislativo 3/2015 que aprobó el texto refundido de la Ley de Empleo) y, a la misma vez, efectúa una inclusión *ex novo*, tanto de algunos conceptos básicos (art. 3 LE) como de unos principios rectores de la política de empleo (art. 5 LE). No obstante, llama poderosamente la atención el hecho de que en la enunciación de los nuevos objetivos y en la creación de los innovadores principios no exista alusión alguna a la transición ecológica, la emergencia climática o el cuidado medioambiental; tampoco aparece la definición (y esto es un olvido o descuido más grave) de “empleo verde” en la batería de nociones básicas que incorpora. Aun reconociendo el avance que representa la redacción dada por el nuevo texto legal de 2023 a los preceptos iniciales de la norma, lo cierto es que hubiera sido más acertado y coherente con los postulados de la OIT y la UE hacer en ellos una referencia a aspectos directamente relacionados con el proceso de transición ecológica (como hace respecto de la transformación digital, al aludir expresamente entre los objetivos de la política de empleo, a la protección de los derechos digitales de las personas usuarias- art. 4 letra g, de la LE -). Analicemos esta cuestión más a fondo.

En la reciente Ley 3/2023 los objetivos de la política de empleo pasan a ser quince (respecto de los nueve preexistentes), aunque la mayor novedad no tiene tanto que ver con el número como con el contenido de los mismos, ya que se les da una redacción actualizada y coherente con el moderno paradigma del empleo que se desea establecer (haciendo referencia a los mercados de trabajo inclusivos, la calidad y estabilidad del empleo, la empleabilidad y las competencias de las personas desempleadas y ocupadas, el acompañamiento personalizado durante los procesos de inserción laboral, el fomento de la economía social viable, entre otros aspectos destacables). Por esa misma razón, no se entiende que entre las finalidades atribuidas a la política de empleo se omitan facetas tan actuales, necesarias, relevantes y urgentes como las climáticas y las medioambientales.

Por otra parte, dentro de las nociones básicas que incorpora la nueva LE destaca, por su relevancia transversal, la de “empleabilidad” y, entre los principios rectores, hay que reseñar algunos significativos como el de igualdad y no discriminación, el de transparencia, los de colaboración institucional y coordinación, el de acompañamiento individualizado a las personas desempleadas, los de eficacia y eficiencia o el de adecuación a las características del territorio. La incorporación de unos principios rectores y de un listado de definiciones básicas es una completa novedad de la LE que permite poner énfasis en algunos aspectos cruciales, entre los que debería haber estado los directamente conectados con la transición ecológica.

En cualquier caso, el aspecto más criticable en lo que concierne a la transición ecológica es que no figura, como hubiera sido deseable, la definición de “empleo verde”. Nuevamente se ha perdido una estupenda oportunidad de establecer un concepto jurídico de este tipo de empleo, ya que lamentablemente en su momento tampoco se incluyó en la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Ecológica (Miñarro Yanini, 2021). Perdida aquella ocasión, la norma básica de empleo habría sido el lugar idóneo donde llevar a cabo esta conceptualización y de este modo garantizar la homogeneidad de la noción y su aplicación uniforme; además de que con ello se ganaría en seguridad jurídica, se acabaría con la confusión actual que existen en torno a esta forma de empleo y se establecería el marco jurídico adecuado desde el que diseñar técnicas y mecanismos eficaces de fomento del empleo verde. Recordemos que actualmente se manejan distintas definiciones de empleo verde que van, desde conceptualizaciones más estrictas (que incluyen solo aquellos empleos pertenecientes a los sectores industriales verdes, los llamados “empleos ambientales”) a otras más extensivas (que incluyen en dicho concepto las actividades con “contenido ecológico positivo” y plantean distintos niveles de desarrollo, precisión

o carácter clasificatorio), pasando por algunas demasiado laxas. Entre las definiciones más extendida destaca la formulada por la OIT en el marco de su programa sobre empleos verdes: “los empleos verdes son empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medio ambiente, ya sea en los sectores tradicionales como la manufactura o la construcción o en nuevos sectores emergentes como las energías renovables y la eficiencia energética”⁸. A pesar del carácter genérico de esta propuesta definitoria, su importancia estriba en la relevancia que otorga a la dimensión social puesto que exige que todo empleo verde, para ser calificado como tal, deba ser empleo decente. Es decir, la OIT entiende que el empleo verde debe ser empleo sostenible, no solo desde la perspectiva medioambiental, sino también desde la perspectiva sociolaboral (Miñarro Yanini, 2021b), conectando así directamente con el modelo de transición ecológica socialmente justa.

En la actualidad, la falta de un concepto (legal) de empleo verde no solo genera, a efectos teóricos, confusión y controversia entre profanos y especialistas, sino que, además, en el plano práctico, reduce la eficacia de las políticas potenciadoras de esta modalidad de empleo, que posee un indudable poder de transformación social (Miñarro Yanini, 2021).

3.2. Falta de priorización de competencias básicas para la empleabilidad relativas al cuidado medioambiental y la emergencia climática

En consonancia con la Recomendación de 2004 de la OIT⁹ y fiel al cambio de modelo que propugna, la Ley 3/2023 de Empleo configura la empleabilidad como un elemento nuclear de las políticas activas de empleo, cuestión que la diferencia respecto a su predecesora (la norma básica de 2015) que había dotado de escasa relevancia a esta moderna y transformadora noción. La nueva LE recoge la definición de empleabilidad acuñada por el referido organismo internacional conceptuándola como el “conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo” - art. 3, letra b) y art. 34 LE -, y le dedica íntegramente el Capítulo II, del Título III en el que se regulan las políticas activas de empleo (arts. 34 a 39 LE). En honor a la importancia otorgada ahora a la empleabilidad, la nueva Ley asume previamente que su ampliación y mejora es uno de los objetivos de las políticas de empleo -art. 4, letra d) LE - y la configura como un “derecho y deber” de las personas demandantes de empleo (art. 35.1 LE, desarrollo del art. 35 CE), ya que estas deben estar comprometidas fuertemente con la mejora de su empleabilidad (art. 58, letras a, b y d LE), aunque siempre con el apoyo obligado del personal de los servicios de empleo (art. 35.2 LE). Por demás, la empleabilidad debe producir “un ajuste dinámico entre las competencias propias y las demandadas por el mercado de trabajo” (art. 34 in fine LE).

Ciertamente, no asombra este despliegue para con la empleabilidad y el conjunto de competencias básicas que la conforman (art. 38 LE) puesto que, desde hace años, existe unanimidad entre los expertos en cuanto al reconocimiento de su importancia en el ámbito de la ocupación y el trabajo (sobre todo en un mundo plenamente globalizado y digitalizado) y, particularmente, por la transcendencia que cobran entre los más jóvenes (OIT, 2013), aunque son igualmente esenciales entre las personas ocupadas que desean mantener su empleo y promocionar en el trabajo.

⁸ Consultar: https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_325253/lang--es/index.htm.

⁹ Recomendación de la OIT sobre el desarrollo de los recursos humanos, 2004 (R195, I, 2, d).

La era en que vivimos se ve marcada por lo que los pedagogos especializados han dado en identificar con el acrónimo “LLL” - Life Long Learning -¹⁰ (en consonancia con los documentos de la OIT y la definición de “formación a lo largo de la vida” dada por el art. 2. 9 de la Ley Orgánica 3/2022 de ordenación e integración de la Formación Profesional¹¹ - en adelante LOIFP -), que alude al hecho de aprender durante toda la trayectoria vital, ajustando los conocimientos, habilidades y competencias a las necesidades del mercado, siempre teniendo en cuenta que existen grandes cambios, no solo de contenido, técnicos o profesionales, sino también metodológicos derivados del uso masivo de las nuevas tecnologías. Ante un mercado de trabajo incierto, cambiante y voluble, altamente tecnificado y abierto al desarrollo de nuevas ocupaciones, es conveniente que las personas utilicen las oportunidades brindadas por la educación, la formación y el aprendizaje permanente mediante el refuerzo de las competencias básicas o clave (o transferibles o blandas o de empleabilidad, según las distintas denominaciones usadas), consiguiendo un alto nivel en todas ellas (trabajo en equipo, comunicación oral y escrita, comportamiento ético, resolución de problemas, habilidades digitales, liderazgo, espíritu emprendedor, gestión del tiempo, resiliencia, adaptación al cambio, capacidad crítica, actitud proactiva, etc). De ahí la importancia que cobran en la empleabilidad las competencias básicas (soft skills), que son transferibles, transversales y utilizables en cualquier profesión, puesto, cargo, sector o ámbito; y entre ellas, las dos que refiere el art. 38 LE: a) la comunicación oral y escrita; b) el manejo de herramientas digitales y tecnológicas, a cuya mejora deberán ir dirigidas, de forma prioritaria, las acciones de empleabilidad.

Lo cierto es que la nueva LE podría haber dado cabida a otras competencias básicas relacionadas, no solo con la transformación digital (como ha hecho cuando ha citado expresamente el manejo de herramientas digitales y tecnológicas), sino también con la transición ecológica socialmente justa (cuestión que ha obviado). En esa línea, hubiera sido aconsejable que en las actividades de empleabilidad que deberán trazar los servicios de empleo (para diseñar un itinerario personalizado adecuado al perfil de cada persona demandante de empleo) se diera protagonismo a la mejora de ciertas competencias básicas íntimamente relacionadas con la sostenibilidad, la emergencia climática o la responsabilidad social y medioambiental, como son, por ejemplo, el comportamiento ético, el espíritu crítico, la adaptación al cambio o la resiliencia. Se trata de habilidades cuya mejora elevará, de seguro, la tasa de empleabilidad (art. 36 LE) en un futuro cercano puesto que van a permitir a las personas demandantes de empleo y a las personas trabajadoras encontrar y conservar más fácilmente un trabajo verde decente, que es el tipo de empleo demandado por la obligada y necesaria transición ecológica.

Este tema enlaza con la defensa a ultranza que efectúa la Ley de 2023 de la atención a la persona y la configuración de la empleabilidad como un derecho y a la vez como un deber, explicitando con precisión, de un lado, las facultades y cargas que tendrán quienes sean demandantes de empleo y, de otro lado, estableciendo extensamente las obligaciones que se derivan para los servicios públicos de empleo (Rojo Torrecilla, 2023). Para ello, la LE establece la necesidad de que se suscriba un “acuerdo de actividad” que plasme los derechos y obligaciones entre la persona demandante de empleo y el correspondiente Servicio Público de Empleo, con la finalidad específica de incrementar la empleabilidad de aquella (art. 3, letra f y art. 56.1, letra c LE) y en el que se ha de incorporar preceptivamente la identificación de las actuaciones de “búsqueda activa de empleo” que, también aquella, se verá obligada a realizar para mejorar su empleabilidad (art. 3, letra h y art. 56. 1, letra c LE). A la par, se generan auténticas y amplias obligaciones para los servicios públicos

¹⁰ Consultar https://www.ilo.org/skills/pubs/WCMS_711842/lang--en/index.htm

¹¹ “El conjunto de la formación inicial y continua de una persona durante su trayectoria vital”.

de empleo con relación a la mejora de la empleabilidad de quienes demandan ocupación (que devienen en derechos para estos últimos): todas ellas conforman el “catálogo de servicios garantizados”, que de manera innovadora y ambiciosa establece el art. 56 de la LE (tutorización individual, asesoramiento continuado, atención personalizada, itinerario personalizado adecuado al perfil individualizado, formación en el trabajo que permita la adquisición o incremento de competencias, asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento con garantías, etc). Este extenso catálogo tiene como objeto, no solo facilitar el acceso a un empleo decente y de calidad (que podrá ser un empleo verde), sino también mejorar la empleabilidad (es decir, sobre todo perfeccionar las competencias básicas citadas en el art. 38 LE, donde deberían haberse incluido también las habilidades vinculadas a la transición ecológica antes citadas). No se puede pasar por alto que en el elenco de servicios garantizados se incluye y potencia la elaboración de un perfil individualizado del usuario (art. 56.1, letras a y c LE), que va a exigir la realización de un diagnóstico adecuado de sus habilidades, formación y experiencia profesional, para poder crear un acertado itinerario personalizado que le ayude a mejorar sus competencias (en particular, las soft skills del art. 38 LE, donde debieran aparecer también las competencias ligadas a la transición ecológica, según se ha propuesto).

3.3. Algunas debilidades en la modernización de la formación profesional y, en particular, en el sistema de formación en el trabajo

Apenas un año antes de la publicación de la Ley 3/2023 de Empleo veía la luz la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (que deroga la LO 5/2002 de las Cualificaciones y la Formación Profesional, vigente hasta entonces). Con esta decisiva norma se afronta, por fin, la ansiada y urgente reforma de la formación profesional en nuestro país, una parcela educativa y laboral de relevancia constitucional (art. 27 y 40.2 CE, art. 4.2 b y 23 ET); y, a la vez, se aprovecha la oportunidad inversora que brinda el Instrumento europeo “Next Generation EU”, contemplando dicha reforma legal en el Componente 20. “Plan Estratégico de impulso de la Formación Profesional” del PRTR. La finalidad es modernizar el Sistema de Formación Profesional unificándolo, así como ampliar las competencias de la población y aumentar su empleabilidad, adaptándolas a la realidad del mercado de trabajo y a las nuevas profesiones de futuro, y fomentar el reciclaje profesional y la optimización del desempeño. Para cumplir con los compromisos europeos adquiridos en el referido Componente 20, se publica la Ley Orgánica 3/2022 que se verá apoyada por lo establecido en los correspondientes preceptos de la Ley 3/2023 de Empleo (el art. 33 sobre el Sistema de formación en el trabajo y los art. 34 y ss dedicados a la empleabilidad).

Lo cierto es que, desde hace años, España tenía pendiente abordar la renovación, flexibilización y reforzamiento del sistema de formación profesional que, a todas luces, había quedado obsoleto y anticuado, dadas las flagrantes carencias y disfuncionalidades detectadas en nuestro mercado de trabajo (dramáticos niveles de desempleo juvenil, demanda creciente de cualificaciones intermedias, desajuste con los perfiles requeridos en el mercado, problemas simultáneos de sobrecualificación y de infracualificación de la población activa, ocupada y desempleada, lastre social de la FP, elevadas tasas de abandono escolar, ...). Una realidad constatada que, como país, nos hacía quedar desbancados frente a la mayor eficacia de otros modelos de nuestro entorno más cercano donde se estaban aplicando iniciativas reformadoras exitosas. Es el caso del modelo alemán, suizo u holandés y sus apuestas decididas por la formación en alternancia, el diseño curricular o la participación de todos los actores sociales en el diseño de programas formativos (Nieto Rojas, 2015).

Bajo estas premisas, la reformulación global de la formación profesional en nuestro país, merced a la LO 3/2022, tiene como finalidad configurar un sistema único e integrado, frente al binomio del anterior modelo donde aparecían, separadas e incomunicadas, de un lado, la formación profesional reglada del sistema educativo y, de otro lado, la formación profesional en el trabajo o para el empleo. Tal cambio de paradigma obedece a algunas desagradables idiosincrasias propias de nuestro mercado laboral y, sobre todo, al desajuste provocado por la sobrecualificación formativa de algunas personas respecto al trabajo desempeñado y a la falta de personas con cualificación intermedia pese a la oferta empresarial de puestos de este nivel. Como era de esperar, la LO 3/2022 aboga decididamente por la formación a lo largo de toda la vida, por un sistema que otorgue el protagonismo a la persona (Menéndez Sebastián y Rodríguez Cardo, 2022) y por la satisfacción de las necesidades formativas del sistema productivo y del empleo (arts. 1.2, 2.9 y 5.2 LO 3/2022), lo que entronca directamente con las cuestiones antes apuntadas sobre la relevancia y necesidad de los empleos verdes, la mejora de la empleabilidad y de las competencias básicas y la importancia de la formación a lo largo de la vida (art. 2.9 LO 3/2022). Por otra parte, esta Ley pretende superar el lastre social que vienen teniendo en España los estudios de formación profesional, respecto de los valorados itinerarios universitarios, dado los incontestables datos que reflejan que la elevada tasa de desempleo juvenil desciende más de cinco veces entre titulados de formación profesional¹².

Sin ánimo de ser exhaustivos, son varias las novedades que más interesa recalcar de la LO 3/2023. Por un lado, la LOIFP establece que el nuevo Sistema de Formación Profesional (art. 5.1 LO 3/2022), estará compuesto por actuaciones dirigidas en cuatro direcciones: 1. Identificar las competencias profesionales del mercado laboral (para construir el Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales¹³, que será la base para diseñarlos módulos y ofertas de formación profesional - arts. 8 y 9 LOIFP - y que, a nuestro juicio, debiera enlazar con el “catálogo de instrumentos de empleabilidad” dispuesto en el art. 37 LE); 2. Asegurar las ofertas de formación (mediante el Catálogo Modular de FP y el Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional - arts. 10 a 12 LOIFP -); 3. Posibilitar la adquisición de la correspondiente formación o, en su caso, el reconocimiento de las competencias profesionales; 4. Dar un servicio de orientación y acompañamiento profesional que posibiliten el diseño de itinerarios formativos individuales y colectivos. De otra parte, en el nuevo Sistema toda la formación será acreditable, acumulable y capitalizable para facilitar la generación de itinerarios formativos. En líneas generales, se ha querido diseñar un modelo más flexible y actualizado de formación profesional, acorde con un mercado de trabajo cambiante, digitalizado, globalizado y sujeto a incertidumbres de toda índole (entre otras, las que está provocando el cambio climático). No obstante, conforme a lo expuesto, el éxito de un adecuado diseño de la oferta de la formación profesional debe pasar, necesariamente, por una correcta identificación de las competencias profesionales que son y serán necesarias en el mercado laboral actual y futuro (la base sobre la que se edifica el transcendental Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales). Y es ahí donde, como se ha señalado antes, deben estar presentes aquellas habilidades y destrezas que demanda la transición ecológica y el empleo verde.

Otra cuestión decisiva, que marca la diferencia del nuevo modelo respecto del anterior, es que toda la oferta de formación profesional tendrá carácter dual (art. 2.12 LO 3/2022), con una fase de formación en las empresas y con armonización de los procesos de enseñanza-aprendizaje entre el centro formativo y la empresa (art. 55 y ss LO 3/2022).

¹² Preámbulo de la LO 3/2022.

¹³ Actualizando, con ello, el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales a la terminología más moderna imperante en la Unión Europea.

Siguiendo la senda de los exitosos modelos implantados en algunos países vecinos (Alemania, Suiza y Austria), se consolida este carácter dual con el objetivo de que todo titulado de formación profesional haya tenido un tiempo “de calidad” en la empresa (Nieto Rojas, 2015). Para garantizar esta dualidad y su excelencia se regulan algunos aspectos relativos a la formación en la empresa y los requisitos que debe reunir. Sin embargo, el triunfo de la formación dual dependerá, en primer término, de que la oferta formativa que se diseñe sea realmente amplia, completa y actualizada de continuo a las necesidades del mercado laboral (incluidas aquellas afines a la emergencia climática), y en segundo plano, del grado de compromiso y cooperación que demuestren las empresas a la hora de ofertar puestos que puedan ser cubiertos por quienes cursen dicha oferta formativa (incluidos los empleos necesarios para facilitar la transición ecológica).

También conviene reseñar que el nuevo texto legal pretende que el modelo de Formación Profesional naciente contribuya a la generación de empleo, sirviendo a la vez a la “sostenibilidad de la economía española” (art. 1.2 LO 3/2022), lo que puede entenderse como un tímido guiño al compromiso con el desarrollo sostenible, los ODS y las preocupaciones ecológicas que favorezcan una transición socialmente justa. Es por esta razón que el Preámbulo de la LO 3/2022 (apartado IV) expone, con determinación, que el nuevo sistema de formación profesional debe ser fundamento clave de la transformación digital y de la transición ecológica. En particular, el moderno modelo único e integrado puede ser un decisivo aliado en la lucha contra el cambio climático si consigue formar a personas en aquellas competencias relacionadas con el cuidado medioambiental y la economía verde, puesto que se han abierto importantes oportunidades laborales en sectores como la reducción de emisiones y residuos, el acomodo de la agricultura, la pesca o el paisajismo al impacto medioambiental, o el fomento de la cultura de la sostenibilidad (ocio y turismo sostenibles, consultoría en eficiencia energética, educación ambiental, etc). No obstante, habrá que ver si los bien intencionados propósitos expuestos en el Preámbulo de la LO 3/2022 cristalizan en auténticas realidades. Por ejemplo, habrá que comprobar si cuando se configure el nuevo Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales quedan incorporadas aquellas que, mejorando la empleabilidad, favorezcan específicamente el proceso de transición ecológica (en aplicación de lo establecido en el art. 9.4 LOIFP) o si, de otra parte, en la nueva oferta formativa de formación profesional que se implante se mantienen, actualizan y van a más los títulos relativos a sectores ligados al medioambiente (por ejemplo, conservación del medio natural, producción agropecuaria y ecológica, paisajismo, medio rural, gestión forestal, etc).

En este sentido, hay que hacer notar que la LO 3/2022 se encuentra aún en fase de implantación de los instrumentos y ofertas formativas que establece (DF quinta de la LO 3/2022). Con un sustancial retraso sobre lo previsto en dicha LO (puesto que había un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma), se ha publicado el Real Decreto 278/2023 que establece el siguiente calendario definitivo de implantación del nuevo Sistema de Formación Profesional¹⁴: en el curso 2023-2024 deberá implantarse de manera gradual la nueva oferta formativa¹⁵; en cuanto a los instrumentos principales de la LO 3/2022, se dispone que antes del 1 de septiembre de 2023 queden desarrollados reglamentariamente los Catálogos Nacionales de Estándares de Competencia y de Ofertas

¹⁴ Real Decreto 278/2023, de 11 de abril, por el que se establece el calendario de implantación del Sistema de Formación Profesional establecido por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

¹⁵ Los Grados A, B y C deberán comenzar el 1 de septiembre de 2023, para completarse el 1 de septiembre de 2024; el Grado D empezará en el curso 2023-24, y se completará en los dos años siguientes; y, finalmente, cada administración implantará a partir del curso que viene los Grados E que considere, aunque en el curso 2024-25 su establecimiento tendrá carácter general.

de Formación Profesional y el Catálogo Modular de Formación Profesional, plazo que ha sido incumplido por lo que, mientras tanto, siguen vigentes los antiguos catálogos¹⁶.

Una cuestión trascendental para el objeto del presente estudio es que la LO 3/2022 obliga al Gobierno a actualizar la Ley 30/2015 ordenadora del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, ya que esta normativa se ha visto decisivamente afectada por el viraje regulatorio que supone el sistema único integrado de la formación profesional (Disposición derogatoria única, apartado 2 de la LO 3/2022). Con esa actualización, que hoy día sigue en trámite, el contenido de dicha Ley 30/2015 se acomodaría también a lo dispuesto en el nuevo marco de las políticas de empleo: “los principios, objetivos y regulación de la formación profesional en el trabajo serán objeto de regulación específica” (art. 33.1 LE). Las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 3/2023 de Empleo eran necesarias puesto que el RD Legislativo 3/2015 disponía en su art. 40 una serie de aspectos sobre la formación profesional en el trabajo (incluida la financiación) que no se pueden mantener con el nuevo paradigma de sistema único e integrado de formación profesional, ni con el nuevo modelo de empleo, ni con la fórmula presupuestaria en él ideada.

Mientras tanto no se lleve a cabo el obligado reajuste de la Ley 30/2015, lo que ha dejado clarificado la Ley 3/2023 de Empleo es que la “formación en el trabajo” se deberá regir por unos fines específicos, congruentes con el actual modelo de empleo diseñado. Se trata de diez fines que quedan fijados en el único precepto que la nueva LE dedica expresamente a esta importante parcela perteneciente a las políticas activas de empleo, el art. 33 LE, donde se agrandan y ponen al día los fines dispuestos en el art. 2 de la Ley 30/2015. Su lectura no deja lugar a dudas, constituyen una apuesta por aspectos innovadores como son la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas (sean del sector público o del privado), la mejora de las competencias profesionales de las personas trabajadoras (sobre todo las digitales y de sostenibilidad, lo que será determinante para facilitar los procesos de transición digital y ecológica), la garantía de la perspectiva de género en este tipo de formación, el incremento de la empleabilidad de las personas trabajadoras o el impulso de la formación programada por las empresas (que es el cauce más ágil y flexible para responder a las necesidades específicas de formación más inmediata y cercanas a empresas). En consecuencia y por lo que atañe a la mejora de las competencias profesionales de quienes trabajan, habrá que comprobar si el progreso efectuado en los fines específicos de la formación en el trabajo queda plasmado en el reajuste que se haga de la Ley 30/2015 ordenadora del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, para conseguir su adaptación a la vigente LE.

Por demás, como no hay que olvidar que la formación en el empleo incluye tanto la formación de las personas desempleadas como las de las que están ocupadas, es de reseñar que la vigente LE de 2023 incorpore entre los objetivos de la política de empleo la ampliación y mejora de las cualificaciones, competencias, habilidades y empleabilidad de ambos tipos de personas mediante la atención de sus necesidades e intereses formativos y de readaptación profesional (art. 4, letra d LE); y que recoja además, dentro del catálogo de servicios garantizados a las personas demandantes de los servicios de empleo, el de la formación en el trabajo, para que se superen las lagunas detectadas en los perfiles

¹⁶ Con la reciente revisión efectuada por el RD 546/2023, de 7 de junio, por el que se establecen determinadas cualificaciones profesionales de las familias profesionales Actividades Físicas y Deportivas; Agraria; Artes y Artesanía; Comercio y Marketing; Edificación y Obra Civil; Electricidad y Electrónica; Energía y Agua; Fabricación Mecánica; Hostelería y Turismo; Informática y Comunicaciones; Instalación y Mantenimiento; Química; Seguridad y Medioambiente; y Transporte y Mantenimiento de Vehículos, que se incluyen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

individualizados de quienes están inscritos en dichos servicios (art. 56, letra d LE). No obstante, habrá que estar al impacto ulterior de la LE de 2023 sobre las funciones y actividad de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo - FUNDAE - (antigua Fundación Tripartita), principalmente por si redundará en una adecuada canalización de los fondos europeos “Next Generation EU” y en una programación formativa actualizada y completa para las personas trabajadoras y desempleadas, en particular en lo que hace a las competencias ecológicas que ayuden a mejorar su empleabilidad (art. 25 Ley 30/2015). En consecuencia, también en esta parcela formativa (pendiente de actualización gubernativa) se requerirá de la complicidad intensa de las empresas, con apoyo de los órganos de gobernanza del Sistema, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las estructuras paritarias constituidas (arts. 8 a 16, 21 y 25 LOIFP).

3.4. Apuesta por la economía social, aunque inexistente estímulo del autoempleo y el emprendimiento verdes

El tratamiento que la LE hace del autoempleo y el emprendimiento tampoco favorece de manera especial el proceso de transición ecológica ni la economía verde. A pesar de los indiscutibles avances efectuados por la nueva Ley en distintos terrenos (Alfonso Mellado, 2023), lo cierto es que no diseña ninguna medida específica para estimular el trabajo autónomo verde ni el espíritu empresarial vinculado al cuidado medioambiental o a la emergencia climática. Analicemos los pormenores de esta deficitaria valoración.

Aunque el fomento del espíritu emprendedor ha sido considerado tradicionalmente parte de las políticas activas de empleo en las anteriores regulaciones básicas (art. 36 RD Legislativo 3/2015 y art. 2, letra i de la Ley 56/2003), realmente ha sido en años posteriores cuando ha tenido una verdadera eclosión y se ha visto reforzada su regulación, haciendo hincapié en el apoyo específico al trabajo autónomo. Esta evolución se debe a distintos factores de muy distinta índole que han provocado que la Ley 3/2023 de Empleo (y otras normas complementarias y/o afines) le otorgue un papel prevalente al emprendimiento y al autoempleo, favoreciendo también las iniciativas de economía social. El tejido empresarial español está constituido en gran medida por trabajadores autónomos y pymes que, sobre todo tras la crisis financiera e inmobiliaria de 2007, la pandemia por el coronavirus y el actual escenario energético y bélico, se han visto afectados negativamente en su actividad, competitividad y, a veces, incluso, han dañado de forma irremediable su misma viabilidad. Consecuentemente, ha ido creciendo en nuestro país de manera paulatina la concienciación política por fomentar el autoempleo, la vocación por emprender y crear entidades (sociales o mercantiles) generadoras de empleo, poniendo particular énfasis en apoyar las iniciativas de economía social y el emprendimiento de base tecnológica, siempre bajo el prisma de la perspectiva de género. A pesar de todo, hay que lamentar que no se esté poniendo la misma intensidad en apreciar las oportunidades laborales que genera el empleo verde, en afrontar los desafíos que plantea el desarrollo sostenible y en entender la urgencia por cuidar el medioambiente.

En cualquier caso, lo cierto es que con el impulso del Componente 23 del PRTR los poderes públicos están obligados a modernizar las políticas públicas de empleo mejorando, entre otras cosas, las oportunidades de ocupación en las áreas que demandan las transformaciones exigidas por nuestra economía. Alineada con estos propósitos, la LE considera parte integrante de las políticas activas de empleo el conjunto de medidas y programas de asesoramiento para el autoempleo y el emprendimiento reconoce el objetivo que tienen dichas políticas de crear empleo digno, no solo por cuenta ajena sino también por cuenta propia, y establece que se ha de fomentar el espíritu empresarial y la economía social (ex art. 31 LE que recoge la definición de las políticas activas). Por tanto,

el enfoque innovador de la nueva LE, respecto de las anteriores leyes básicas, es el interés que manifiesta por contribuir a la generación y mantenimiento del trabajo de carácter autónomo, por favorecer especialmente el emprendimiento y, particularmente, por la apuesta que realiza en pro de la economía social. El avance conceptual e instrumental está en considerar que con estas tres vertientes de las políticas públicas de ocupación se cumple de modo más efectivo el mandato constitucional de tender al pleno empleo (art. 40 CE).

Y el carácter instrumental (no puramente programático) del referido avance que ha efectuado la Ley 3/2023 se manifiesta concretamente en dos planos interconectados: el primer plano, cuando pretende coordinar adecuadamente las políticas activas de empleo con la protección frente al desempleo¹⁷ (Parres Miralles, 2023), para lo que establece la posibilidad de diseñar programas de fomento del empleo que permitan compatibilizar las prestaciones y subsidios de protección económica frente al desempleo, aunque sea parcialmente, con el trabajo para uno mismo (art. 49.1 LE), como cuando permite que la persona trabajadora pueda percibir la prestación contributiva por desempleo, en su importe total o parcial, para abonar el importe de las cuotas a la Seguridad Social, siempre que decida iniciar un proyecto empresarial o de economía social, que lógicamente se controlará que sea viable y que además tenga un acompañamiento técnico y contemple la perspectiva de género (art. 49.2 LE); el segundo plano, cuando incluye, dentro del catálogo de servicios garantizados a las personas desempleadas, el asesoramiento específico e integral para el autoempleo y el emprendimiento, de manera que quede más garantizada la viabilidad de los proyectos diseñados, facilitando la realización de auditorías técnicas y el acompañamiento durante el proceso de activación, e insistiendo en enfatizar el trabajo autónomo, la constitución de entidades de economía social, el desarrollo local y la atención a las necesidades de las mujeres - art. 56.1, letra e) LE -.

En íntima conexión con las previsiones hechas por la LE, el reciente Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de fomento de la contratación laboral¹⁸, reconoce que el fomento del trabajo autónomo y de la economía social son instrumentos eficaces en la generación de empleo estable y de calidad (art. 2.2. letra g RDL 1/2023) - por tanto, también de “empleo digno y decente” -, aunque se centra exclusivamente en disponer un par de medidas de apoyo al empleo en la economía social, otorgando un papel protagonista a las cooperativas y a las sociedades laborales (art. 5 y 28 RDL 1/2023). Se establece, así, una bonificación en la cotización de 73 euros/mes durante tres años para la incorporación de personas trabajadoras desempleadas como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales (si se opta por un régimen de Seguridad Social propio del trabajo por cuenta ajena), que se aumenta a 147 euros/mes durante el primer año si se trata de personas jóvenes menores de 30 años o mayores de 35 años pero con un grado de discapacidad igual o superior al 33% (art. 28.1 y 2 RDL 1/2023).

¹⁷ Cuestión que había quedado aplazada en la anterior Ley de Empleo de 2015 para cuando el empleo iniciase su recuperación (Disposición Adicional quinta del RD Legislativo 3/2015).

¹⁸ De forma intencionada, la LE no ha querido regular los incentivos a la contratación laboral en su seno sino que esta cuestión ha sido abordada en una norma aparte, el RDL 1/2023 de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, dictada casi tres meses antes de la norma básica de empleo. La razón de esta separación es que hubiera sido bastante complejo realizar un tratamiento integrador de todas las vertientes y contenidos del empleo y la ocupación en una misma norma básica. La novedad del planteamiento del RDL 1/2023 es que pretende constituirse en el marco jurídico unificador de la regulación de los incentivos a la contratación, saliendo así al paso de la excesiva fragmentación y dispersión normativa que existía en este ámbito (un número ingente de disposiciones legales que contienen hasta un total de 74 medidas), lo que generaba continuas disfuncionalidades e ineficacias. Era necesario homogeneizar las medidas en una única norma, además de actualizar las cuantías de los incentivos y adaptarlas al nuevo catálogo de colectivos de atención prioritaria que diseña la LE (según los compromisos contraídos con la UE en el PRTR, Componente 23: “revisión de las subvenciones y bonificaciones a la seguridad social”, para simplificar el sistema de incentivos a la contratación y aumentar su eficacia).

Es cierto que todas estas novedades han de entenderse en el contexto de las previsiones y modificaciones llevadas a cabo en los últimos años en la Ley 20/2007 del Estatuto del trabajo autónomo - LETA - (art. 23 a 39 LETA) y el reciente marco regulador creado tanto por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas como por la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. Ya en ellas se habían diseñado medidas, tanto para fomentar el trabajo autónomo (como la remoción de obstáculos en el inicio de la actividad por cuenta propia, el pago único de la prestación por cese de actividad, la capitalización de la prestación por desempleo, el proporcionar asesoramiento técnico, los beneficios y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores por cuenta propia y para facilitar la conciliación con la vida familiar, etc), como para favorecer el espíritu empresarial y la creación de empresas (estableciendo la ventanilla única en la Oficina Nacional de Emprendimiento para reducir trámites burocráticos, reduciendo a un euro el capital social de las SL y agilizando su constitución mediante el canal telemático CIRCE, apoyando especialmente las empresas innovadoras de base tecnológica o startup, disponiendo incentivos fiscales y tipos especiales de visados y autorizaciones de residencia para atraer a emprendedores digitales y a nómadas digitales por cuenta propia a nuestro país, dotando el programa Kit Digital para las pymes, entre otras).

A pesar del conjunto de medidas que ofrecen (de manera aún un tanto dispersa) todas estas normas examinadas en cuanto al fomento del trabajo autónomo, el emprendimiento y la economía social, la pregunta es si se podría haber hecho algo más efectivo, en particular en la actual LE y en el RDL 1/2023, sobre todo en conexión con el proceso de transición ecológica y el fomento del empleo verde - más allá de lo que refiere el art. 27.2, letra i) LETA sobre actividades innovadoras vinculadas con los nuevos yacimientos de empleo-. Y lo cierto es que, nuevamente, queda patente que se ha perdido la ocasión de apuntalar la generación del autoempleo y el emprendimiento que contribuyan a preservar y restaurar el medioambiente, ya sea en los sectores tradicionales como en los emergentes (eficiencia energética, energías renovables, agricultura ecológica, turismo ecológico, vehículos eléctricos, etc). A excepción de las referencias expresas hechas a la necesidad de fomentar la economía social y las varias medidas específicas diseñadas para ello, no existe en ambas normas ninguna otra fórmula o técnica de fomento público del empleo verde, ni del autoempleo verde, que también es factible y deseable (Molina Navarrete, 2013). Si se valoran positivamente esas medidas en favor de las cooperativas y las sociedades laborales es porque es plausible entender que las empresas verdes y el emprendimiento social (en particular, las cooperativas) participan de similares aspiraciones y objetivos de progreso y cohesión social (art. 4 Ley 5/2011 de Economía Social), es decir, que “forman un tándem bien avenido que arroja magníficos resultados en cuanto a emprendimiento y empleos verdes” (Miñarro Yanini, 2021).

4. CONCLUSIONES

En líneas generales y con carácter global, la valoración de la reciente Ley 3/2023 de Empleo es positiva. Sin embargo, hay que admitir que esta ambiciosa norma, cargada de buenas intenciones, padece imperdonables olvidos en lo que respecta al establecimiento de mecanismos jurídicos eficaces para que las modernas políticas activas de ocupación afronten con garantías la emergencia climática y la transición ecológica. En efecto, en lo que concierne a la transición ecológica y la transformación digital, cabe concluir que la nueva Ley de Empleo ha primado el favorecimiento del proceso de digitalización, desconsiderando abiertamente el proceso de transición ecológica, por lo que no

contribuye de manera significativa a dotar de instrumentos legales suficientes la lucha por el empleo verde (decente). A pesar de que el espíritu de quienes legislan es impulsar ambos procesos, el digital y el ecológico (en coherencia con el PRTR y según lo expuesto en los Preámbulos de la Ley 3/2023 de Empleo y de la LO 3/2022 de ordenación e integración de la Formación Profesional), lo cierto es que las reformas legales comentadas en el presente estudio (en particular la llevada a cabo por la LE) regulan conceptos, mecanismos, medidas e instrumentos que favorecen y estimulan la digitalización en las distintas vertientes de las políticas de empleo, mientras que las cuestiones puramente ecológicas apenas han sido abordadas.

Cuando la LE trata aspectos relacionados con la transición ecológica lo hace de manera tímida, puntual y algo difusa, englobándolos en la amplia y multidimensional noción de “sostenibilidad”. Así, el término “empleo verde” no aparece mencionado en ningún momento en la LE. Por el contrario, cuando la nueva Ley regula las distintas instituciones, instrumentos, servicios y medidas clave en materia de empleo, aborda los diferentes aspectos que serán necesarios para impulsar el cambio tecnológico (mecanismos de evitación de la brecha digital entre la población, fomento de la utilización de medios tecnológicos y digitales por parte de los servicios de empleo, priorización de las competencias digitales básicas para la empleabilidad, oferta de una cartera digital de servicios sin discriminación en el uso de las herramientas tecnológicas, garantías de los derechos digitales de las personas usuarias, utilización de la inteligencia artificial y la asistencia virtual en la atención a las personas demandantes de empleo, etc).

Estas insuficiencias se podrían haber sorteado si se hubiesen trabajado los urgentes asuntos ecológicos con más encono, decisión y profusión de medidas. La nueva norma básica de empleo ha perdido la oportunidad de favorecer con más ahínco una transición ecológica socialmente justa. Lo podría haber conseguido, actuando en distintos planos: a) ofreciendo, por ejemplo, una definición legal de empleo verde; b) priorizando la mejora de competencias básicas para la empleabilidad vinculadas al cuidado medioambiental entre las personas demandantes de empleo; c) proporcionando mayor atención a las competencias profesionales relacionadas con la emergencia climática a la hora de afrontar la modernización de la formación profesional y el reajuste del sistema de formación en el trabajo; d) estableciendo medidas de apoyo específicas para incentivar el autoempleo y el emprendimiento verdes (es decir, conectados con la preservación y restauración del medioambiente). En cualquier caso, al potenciar el cambio tecnológico desde las políticas de ocupación, la LE tendría que haber tenido en cuenta también la incidencia, no siempre positiva o inocua, que se sabe está teniendo el proceso de digitalización sobre la generación/destrucción de empleo y, también, sobre la propia transición ecológica y la economía verde. En los primeros tiempos de la era digital, los avances tecnológicos y telemáticos tuvieron gran acogida entre los más preocupados por el cuidado del planeta, ya que se habían convertido en un instrumento eficaz para evitar desplazamientos y emisiones de CO₂ (y aún lo siguen siendo). No obstante, en la actualidad, es imposible obviar las mediciones y estudios sobre el impacto medioambiental que tiene la actividad digital, y el hecho de que el progreso imparable de la robotización y la inteligencia digital constituye un desafío constante para la ética, la economía, los derechos fundamentales y los derechos laborales y de empleo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, C.L. (2023). La nueva Ley de Empleo: una Ley necesaria y ¿eficaz?, Briefs AEDTSS, 21, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 1-6.

Conde Colmenero, P. (2022). Necesario y urgente refuerzo de la sostenibilidad en el sector del transporte de mercancías por carretera: mejora de las condiciones laborales y de protección social de las personas trabajadoras (particular referencia al desplazamiento de quienes conducen), *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, pp. 131-159.

Costa Climent, J. (2021). *Multicapitalismo. Por un capitalismo que nos ayude a crear empleo, proteger el clima y frenar la desigualdad*. Deusto.

Gobierno de España. Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia (2021). España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf.

Greenpeace (2021). Un año de teletrabajo. Su impacto en la movilidad y en las emisiones de CO2. [greenpeace.es](https://www.greenpeace.es).

Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I. A. (2022). El impacto de la nueva ordenación de legal de la formación profesional en el Derecho del Trabajo: una primera aproximación. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 63, pp. 58-83.

Mercader Uguina, J.R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Miñarro Yanini, M. (2023). La proyección de la emergencia climática y la transición ecológica en el ámbito laboral. *Documentación Laboral*, 128, pp. 69-81.

- (2022). El futuro será verde o no será: las herramientas para una transición social ecológica justa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 469, pp. 5-14.

- (2021). Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el “empleo verde”, en M. Miñarro Yanini (Ed.), *Cambio Climático y Derecho Social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva* (1.ª ed., pp. 43-70). UJA Editorial. IVRA Colección.

Molina Navarrete, C. (2021). “Next Generation EU” y políticas de mercado de trabajo inclusivo: transiciones (espinosas) desde las discriminaciones (sistémicas por edad y discapacidad) a la integración (en igualdad). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 458, pp. 5-18.

- (2013). Ecosistema socio-jurídico y políticas regeneradoras de los mercados de trabajo: oportunidades, incentivos y experiencias de autoempleos verdes, en AA.VV. *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales*. Laborum.

Nieto Rojas, P. (2015). La formación dual como política activa de empleo. La escasa empleabilidad de los jóvenes, en *Anuario Laboral*, Lex Nova-Thomson Reuters, pp.169-187.

Nogueira Gustavino, M. (2022). Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, pp. 17-53.

OIT (2013). Mejorar la empleabilidad de los jóvenes: ¿Qué? ¿Por qué? y ¿Cómo? Guía sobre competencias clave. Ginebra https://www.ilo.org/skills/areas/skills-for-youth-employment/WCMS_213452/lang--en/index.htm.

Parres Miralles, R. (2023). La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, Briefs AEDTSS, 13, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 1-5.

Rivas Vallejo, P. (2021). La gestión analítica de personas en la era digital: su impacto sobre los derechos fundamentales, en Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R. (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Aranzadi, Pamplona.

Rodríguez Cardo, I.A. (2022). Decisiones empresariales y discriminación algorítmica en la relación laboral ¿hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 253, pp. 135-188.

Rojo Torrecilla, E. (2023). La nueva Ley de Empleo: una apuesta por la empleabilidad y la atención a la persona, Briefs AEDTSS, 11, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 1-6.

Vallecillo Gámez, M.R. (2021). La digitalización económica y los retos de la modernización de las políticas de empleo, en Molina Navarrete, C. y Vallecillo Gámez, M.R. (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Aranzadi, Pamplona, 65- 84.

**“PRÁCTICAS ECOLÓGICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS
ORIENTADAS A LA RETENCIÓN DEL TALENTO Y AL CRECIMIENTO
SOSTENIBLE DE LAS ORGANIZACIONES”**

ROBERTO FERNÁNDEZ-VILLARINO
Profesor Asociado (Doctor)
Departamento de Derecho Público y del Trabajo
Universidad de Huelva

Orcid: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-8587-9306>
Proyecto de Investigación Nacional
“La Huida del Mercado de Trabajo y la legislación social en España”
Proyecto de Generación de Conocimiento de la
Agencia Estatal de Investigación.
Cód. PID 2022- 141201OB-100.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. CARACTERIZACIÓN, CONTEXTUALIZACIÓN, MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO
3. PRÁCTICAS ECOLÓGICAS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS: INVENTARIADO DE VENTAJAS EXTRAÍDAS DE LA LITERATURA CIENTÍFICA
4. GRADO DE INCORPORACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ECOLÓGICAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y OTROS INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES
5. ORIENTACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ECOLÓGICAS A LOS RETOS DEL EMPLEO VERDE
6. PROPUESTAS
7. CONCLUSIONES
8. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Los problemas derivados de la grave situación medio ambiental suponen un reto de abordaje complejo y de consecuencias globales. Frente a ello, la empresa contemporánea ya no se entiende sin considerar su entorno e impacto social, territorial, pero sobre todo medioambiental. En especial el denominado empleo verde está llamado a ser una herramienta especialmente relevante en los procesos de transición hacia unos sectores productivos y modelo económico de impacto 0 sobre el medio ambiente. La satisfacción laboral y las buenas prácticas *Ambiental, Social y de Gobernanza* (ASG), entre las que destacan las prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos, se relacionan y pueden influir en el crecimiento sostenible de las organizaciones. En este estudio se analizará su grado de incorporación a la negociación colectiva y a otros instrumentos jurídicos relacionados con la orientación de la misma. Se espera que los hallazgos de esta investigación sirvan de base para reforzar el argumentario en pos del empleo verde, la mejora en la toma de decisiones informadas y la implementación de acciones que impulsen el desarrollo sostenible en el ámbito de la gestión de los recursos humanos.

ABSTRACT

The problems arising from the serious environmental situation involve a complex challenge with global consequences. Faced with this, contemporary business can no longer be understood without considering its environment and its social, territorial and, above all, environmental impact. In particular, the so-called green jobs are called to be a particularly relevant tool in the transition processes towards productive sectors and economic models with zero impact on the environment. Job satisfaction and good Environmental, Social and Governance (ESG) practices, among which green human resource management practices stand out, are related to and can influence the sustainable growth of organisations. This study will analyse their degree of incorporation into collective bargaining and other legal instruments related to the orientation of collective bargaining. It is hoped that the findings of this research will serve as a basis for strengthening the case for green jobs, the improvement of informed decision-making and the implementation of actions that drive sustainable development in the field of human resource management.

PALABRAS CLAVE

Desarrollo sostenible, empleo verde, prácticas ecológicas de gestión de recursos humanos, retención del talento, reporte corporativo.

KEY WORDS

Sustainable development, green jobs, green HR management practices, talent retention, corporate reporting.

1. INTRODUCCIÓN

Los problemas derivados de la compleja situación medioambiental suponen un inmenso reto para la humanidad, toda vez que se ha evidenciado que el medio ambiente

se está degradando exponencialmente debido al impacto de la industria pero también como consecuencia del estilo de vida y hábitos del mundo desarrollado. Así lo ponen de manifiesto los últimos informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC)¹ que llevan advirtiendo de esta situación desde los años 90 del siglo pasado. Estamos ante una emergencia climática generada por la acción humana, con graves consecuencias, alguna de las cuales ya se están materializando provocando situaciones irreversibles (Lara Ortiz, M.L. 2021).

En este contexto, la empresa que ya no se entiende sin considerar su entorno social, territorial, cultural, político y medioambiental, tal y como apuntan, Engert y Baumgartner, (2016) o Schönherr et al. (2019). Poco a poco se va adoptando una visión de la Responsabilidad Social (en adelante RS) y del Desarrollo Sostenible (en adelante DS) que los convierten en un marco global y de referencia para la empresa, prestándose más atención a aspectos tales como la ética empresarial, las políticas de cumplimiento de la normativa, las condiciones laborales dignas, la consideración de los riesgos sociales, el modelo de liderazgo, la comunicación interna y el compromiso con la mejora del aprendizaje y la formación (Schönborn et al., 2018).

Se evidencia cómo la gestión de la sostenibilidad está ganando importancia en las agendas políticas, sociales y económicas como un enfoque de acuerdo global. Realmente hablamos de un nuevo contrato social para afrontar los retos del futuro (entre otros muchos Guitart Martin 2022). Los modelos de gestión tienen ahora el objetivo de adecuar la competitividad a las exigencias de un concepto complejo de sostenibilidad, en el que los factores sociales se convierten en los impulsores de un desarrollo integrado, equilibrado y razonable. Pero también hay riesgos, fundamentalmente los derivados de las denominadas prácticas de *green washing* y *social washing* cada vez más preocupantes entre un número relevante de académicos, legisladores, reguladores y partes interesadas de la industria (In y Schumacher 2021). Se trata de un fenómeno que distorsiona las propias reglas del mercado y sobre el que la Unión Europea viene adoptando una férrea presión normativa.

Las empresas deben involucrarse, manifestando un sentido de la responsabilidad sin reservas hacia el medio ambiente (Gupta H. 2018) y, entre otras medidas, adoptar un enfoque proactivo en los lugares de trabajo (Jabbour, C.J.C, 2013). La consecución de objetivos medioambientales implica la adopción de políticas ecológicas en diferentes aspectos funcionales de la gestión de los recursos humanos [entre otros Chaudhary, R. 2019 o Tang, C. 2017]. En este sentido, se ha evidenciado que la integración de la gestión medioambiental y las prácticas de gestión de los recursos humanos facilitan la sostenibilidad (Faisal S, 2023). A su vez, la gestión del personal vinculada a su compromiso medioambiental repercute positivamente con la imagen pública de marca y el negocio. Elemento que se denomina como Prácticas Ecológicas de Gestión de Recursos Humanos (en adelante prácticas ecológicas) (Jamal, T et al 2021). El término *gestión ecológica de los recursos humanos* fue acuñado inicialmente por Renwick et al. (2008), y en general se define como un concepto que abarca los aspectos de la gestión medioambiental relacionados con la gestión de los recursos humanos (Renwick et al., 2013). Paillé P (2014) reveló la asociación de la gestión medioambiental con la gestión de los recursos humanos, en la misma línea, otros autores concluyen que unas prácticas adecuadas de gestión de recursos humanos conducen a la consecución de resultados medioambientales (Ababneh, O.M.A. 2021).

Por otra parte, la literatura más reciente evidencia que una adecuada estrategia fundamentada en los factores Ambiental, Social y de Gobernanza (en adelante ASG) repercute positivamente sobre los indicadores de satisfacción y bienestar del trabajador

¹ <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/> (acceso 10.10.2023).

y favorece la retención del talento (Yu et al., 2020; Naseem et al., 2021). Entre otros beneficios se encuentra un mayor sentido de la RS entre los trabajadores y una mayor capacidad para contratar y retener talentos. Como documentan Paillé et al. (2020), es probable que las empresas que invierten en RS se beneficien de varias maneras, como la satisfacción del cliente, la excelencia en la contratación de personal y la innovación, algo que contribuye directamente a su rendimiento social (Kim et al., 2019; Awan et al., 2021). De tal manera que las empresas que invierten recursos y esfuerzos en proporcionar formación y desarrollo a sus empleados con el objetivo de ampliar continuamente sus conocimientos y mejorar sus habilidades prácticas, así como dar prioridad al compromiso y la satisfacción de los empleados, superan en última instancia a las demás empresas mediante la generación de valor y la consolidación de un crecimiento sostenible a largo plazo (Tay, 2022). Otros estudios asocian la sostenibilidad empresarial con el aumento de la productividad de las personas trabajadoras, la reducción de los gastos de contratación y desgaste, y la reducción de los riesgos estratégicos y operativos (Tang, G.; Chen, Y.; Jiang, Y.; Paillé, P.; Jia, J. 2017). A su vez, proporcionar seguridad laboral, garantizar que los empleados no estén estresados ni sobrecargados de trabajo, ofrecer una remuneración competitiva y reconocer y recompensar su buen rendimiento se consideran las mejores prácticas para mantener altos niveles de satisfacción de las personas trabajadoras dentro de las empresas (Ballester Climent, A. 2022).

Todos estos cambios y estrategias van a acarrear transformaciones de mayor o menor calado en el conjunto de los sectores productivos y desde luego, en el mundo laboral. Por tal motivo, desde la perspectiva jurídico-laboral, la transición ecológica ha de ser justa, “que no deje a nadie atrás” y que asuma y defienda en su desarrollo el trabajo decente, la inclusión social, la erradicación de la pobreza y el respeto y defensa del medioambiente, es decir, un sistema productivo capaz de aunar ecología y empleo (Henar Cuesta 2023). Para ello los principios del Proceso de Transición Justa² (en adelante PTJ) plantean garantizar un DS con mercados laborales inclusivos, generadores de empleos verdes, y conseguir una sociedad socialmente justa. La creación de empleos verdes es uno de los retos principales, por cuanto implican la destrucción o reconversión de empleos en sectores altamente contaminantes hacia nuevos empleos en sectores no contaminantes. Unos nuevos empleos que conforme a los objetivos del PTJ, plantean la exigencia de deber ser dignos, de calidad, estables y sostenibles. El objetivo es el de evitar nuevos focos de desigualdad y pobreza, en concordancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS), los Principios del Trabajo decente OIT, y la transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos (Ginebra: OIT, 2018). Tal como apunta Sierra Hernias E. (2023), su puesta en marcha y desarrollo se materializa a través de tres ejes fundamentales: el papel de la formación profesional, de la negociación colectiva y de la perspectiva de género.

En definitiva, la satisfacción laboral y las buenas prácticas ASG, entre las que destacan las prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos, se relacionan y pueden influir en el crecimiento sostenible de las organizaciones como palanca para mejorar la efectividad de su gestión. A través de un barrido de la más reciente literatura científica, analizaremos cómo estas prácticas, entre otras muchas ventajas para las organizaciones de todo tamaño, favorecen la retención del talento y orientan el modelo de negocio de la empresa hacia mejores resultados y un crecimiento más sostenible. Sobre la base de esta premisa se pretende identificar su grado de incorporación a la negociación colectiva, así como a otros instrumentos jurídicos directamente relacionados con la orientación de la misma. Todo ello tiene un impacto positivo sobre las oportunidades de negocio, la

² https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/La_Transicion_Justa/La-estrategia-de-transici%C3%B3n-justa.aspx (acceso 10.10.203).

motivación de los propios empleados, la imagen pública de la marca y / o negocio y el cumplimiento de las políticas y leyes respetuosas con el medio ambiente, así como la reducción de la rotación de personal y los costos de servicios públicos, y la creación de una ventaja competitiva (Arulrajah, A.A.; Opatha, 2016). Sobre la base de estos resultados se sugerirán propuestas orientadas a la efectiva incorporación de estas prácticas en las agendas de los actores sociales y en los procesos de negociación colectiva. En última instancia, se espera que los hallazgos de esta investigación sirvan como base para la toma de decisiones informadas y la implementación de acciones que impulsen el desarrollo sostenible en el ámbito laboral y empresarial (Martínez, 2022); así como para reforzar el argumentario en pos del empleo verde.

2. CARACTERIZACIÓN, CONTEXTUALIZACIÓN, MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO

2.1. El interés de la bibliografía en los últimos años

El interés y debate por las cuestiones medioambientales en el ámbito de la gestión empresarial se ha trasladado con la misma intensidad al ámbito de la investigación (Udhayageetha V y VVAA, 2023) de tal manera que en los últimos años, los investigadores han prestado cada vez más atención a la búsqueda de formas de prevenir la degradación del medio ambiente y mantener la sostenibilidad ecológica (Benevene y Buonomo, 2020; Kim et al., 2017; Shafaei et al., 2020; Singh et al., 2020). El trabajo seminal de Elkington (1997) sobre el triple balance (personas, beneficios y planeta) ha dado lugar a un crecimiento exponencial de la investigación sobre la producción sostenible, el consumo y la responsabilidad de los individuos y las organizaciones hacia el medio ambiente (Chen et al., 2019; Pereira & Martins, 2021; Zhou et al., 2018).

Una secuela significativa de la investigación contemporánea es el concepto de “volverse verde” en varios frentes. El término “ecológico” se ha convertido en un eslogan, y los investigadores se han centrado en el consumo ecológico (Haws et al., 2014; Tezer & Bodur, 2020), la “innovación ecológica” (Song et al., 2020), el comportamiento ecológico (Chaudhary, 2020; Davis et al., 2020; Pham et al., 2019), la “inversión ecológica” (Doval y Negulescu, 2014; Heinkel et al., 2001; Sharma et al., 2020), el “comportamiento ciudadano ecológico en la organización” (Anwar et al., 2020; Pham et al., 2019) y la “creatividad ecológica” (Awan et al., 2019; Maitlo et al., 2022).

2.2. El trabajo decente y las condiciones laborales como factores fundamentales del concepto Desarrollo Sostenible

Sin duda estamos ante una materia con un largo recorrido histórico, así desde 1972, los documentos de las Naciones Unidas (ONU) que se han convertido en el sello distintivo de las acciones empresariales en el ámbito del desarrollo sostenible (UNCHE, 1972; WCED, 1987; UNCED, 1992; UN, 2000, 2002, 2005) ya pusieron el foco en el abordaje de varias cuestiones directa o indirectamente relacionadas con el trabajo desde diferentes perspectivas (Brunoro et al., 2012). El primer principio de la Declaración de Río afirmaba que los seres humanos son el centro de las preocupaciones por el desarrollo sostenible, por lo que tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza (CNUMAD, 1992). En la Cumbre de la Tierra de 1992, celebrada en Río de Janeiro (Brasil), se insistió en la idea de que la necesidad de satisfacer los deseos materiales no debe producirse a expensas de generar impactos negativos en la salud humana (Scott, 2008), lo que incluye a los seres humanos en situaciones de trabajo (Bolis et al., 2014).

Más cercano al contexto actual y geográfico, la UE ha venido desarrollando un ambicioso e incesante marco normativo que pretende entre otros objetivos, favorecer la integración de la gestión ambiental en las empresas, cuya efectividad real exige la implicación activa de las personas empleadas y sus representantes. Este es el caso de los Sistemas de Gestión Ambiental (EMAS) voluntarios o de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. En ellos se insiste en el fomento de la participación de las personas empleadas y de programas de capacitación para la gestión ambiental.

En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo de cambio climático y transición energética, aborda la necesidad de que el proceso de transición ecológica se aborde sobre cuatro pilares: asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, firmado por España el 22 de abril de 2016; facilitar la descarbonización de la economía española; promover la adaptación a los impactos del cambio climático; y, por último, implantar un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente. Precisamente entre sus principios rectores recogidos en el art. 2, vuelve a aparecer el desarrollo sostenible (que ha de contener en el significado el concepto de trabajo decente (Chacartegui Jávega, C. 2022), unido (por cuanto aquí importa) a la cohesión social y territorial, la protección de colectivos vulnerables y la igualdad entre mujeres y hombres. Tal como sostiene Henar Cuesta, (2023) esta perspectiva sociolaboral aparece desarrollada igualmente en la Estrategia de Transición Justa, la cual constituye como se indica en su art. 27 en el “instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición”.

Por su parte, en la literatura especializada se ha venido utilizando el concepto de empleo decente que fue resultado, sobre todo, de la necesidad de hacer frente a las precarias condiciones de trabajo, especialmente en los países en desarrollo, como en el caso de las “fábricas de explotación” (Block et al., 2001; Chan, 2001; O’Rourke, 2003). Los movimientos a favor de una mayor preocupación por los trabajadores están cobrando fuerza en el entorno empresarial mediante el debate sobre la sostenibilidad empresarial (Sarkis, 2001). El concepto de sostenibilidad empresarial se basa en el desarrollo sostenible (Gladwin et al., 1995; Van Marrewijk, 2003; Figge y Hahn, 2004; Bansal, 2005; Steurer et al., 2005; Montiel, 2008). Las cuestiones relacionadas con el trabajo ya se mencionan explícitamente como un elemento fundamental en muchos enfoques de sostenibilidad (Elkington, 1997; Van Marrewijk y Werre, 2003; Littig y Griessler, 2005; Epstein, 2008; Lozano, 2013). A modo de ejemplo, Lozano (2013) afirmó que se necesita una mano de obra más comprometida como motivación interna para lograr una perspectiva holística de los impulsores de la sostenibilidad empresarial; Littig y Griessler (2005) desarrollaron un modelo de interacción entre la sociedad y la naturaleza en el que el trabajo es un elemento central; Epstein (2008) propuso cinco principios de desempeño de la sostenibilidad (a saber, ética, gobernanza, implicación de la comunidad/ desarrollo económico, valor de los productos y servicios, y prácticas de empleo) que están directa o indirectamente conectados con cuestiones relacionadas con el trabajo; mientras que Van Marrewijk y Werre (2003) propusieron un modelo de sostenibilidad corporativa de seis niveles, que aborda aspectos relacionados con el trabajo (por ejemplo, gestión de personas, entorno laboral, salud y seguridad, diversidad, ética y globalización), distinguiendo el rendimiento más coherente para cada nivel.

2.3. El concepto de las prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos

Se trata de un concepto derivado de la filosofía, las políticas y las prácticas de gestión medioambiental que siguen las empresas (Patel, S 2018) y que parte de la integración de la gestión medioambiental con la gestión de los recursos humanos (Renwick, D. y VVAA 2008]. Se define como la parte de la gestión de recursos humanos que se centra en implicar a los empleados en las decisiones medioambientales, crear conciencia medioambiental y promover comportamientos respetuosos con el medio ambiente. Hace que los empleados se preocupen más por el medio ambiente, los transforma en “empleados verdes” y garantiza su contribución incondicional a la consecución de los objetivos de la organización (Opatha, H.H.D.N.P.; Arulrajah, A.A., 2014). Para alcanzar dichos objetivos, todas las prácticas de gestión de los recursos humanos deben llevarse a cabo teniendo en cuenta las iniciativas ecológicas (Renwick, D. Y VVAA, 2008; Mathapati, C.M. Green HRM 2013, Zaid, A.A y VVAA 2018) y en la reducción del despilfarro (Ansari, N.Y. y VVAA 2021, Rubel, M.R.B y VVAA 2021).

Por tanto, estamos ante una disciplina que combina aspectos medioambientales con políticas y prácticas de gestión ordinaria de los recursos humanos, facilitando así la sostenibilidad general de la empresa (Faisal 2023).

2.4. El reporte de informacion sobre sostenibilidad: un instrumento de legitimación social para cualquier organización

No debemos perder la visión de que estas practicas ecológicas, junto con el resto de información material de la empresa (recordemos contenido ASG) forman parte del modelo de gobernanza y de gestión de las organizaciones, por tanto es información que se reporta en las memorias de sostenibilidad, formando parte del proceso de rendición de cuentas de la corporación. En efecto. toda esta información está regulada en la Ley 11/2018 de Información no Financiera y Diversidad³, (en adelante Ley 11/2018) que ha supuesto la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/95/UE⁴. Norma que a su vez ha sido recientemente superada por la Directiva sobre presentación de información sobre Sostenibilidad por parte de las empresas de 10 de noviembre 2022⁵ (en adelante Directiva sobre Sostenibilidad) que como comprobaremos, introduce relevantes novedades a nivel conceptual y de contenidos sobre el reporte. El texto de la Ley 11/2018 establece la obligación de que determinado tipo de empresas⁶ divulguen información no financiera, que es aquella relacionada con la Responsabilidad Social Corporativa (en adelante RS). La norma tiene como objetivo medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad⁷. Así, la Ley 11/2018 obliga a que se prepare un estado de información no financiera consolidado que incluirá la información necesaria

³ BOE de 28.12.2018.

⁴ A su vez modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresa y determinados grupos.

⁵ Directiva que deberá ser traspuesta por los estados miembros a los 18 meses de entrada en vigor de la misma (art. 5 transposición).

⁶ Conforme al artículo primero de la Ley 11/2018 que da nueva redacción al apartado y se añaden cuatro nuevos apartados 6, 7, 8 y 9 en el artículo 49 del Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, serán aquéllas que: “Están obligadas a presentar esta información aquellas sociedades que formulen cuentas consolidadas y, deberán incluir en el informe de gestión consolidado el estado de información no financiera, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que el número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500; b) Que o bien, tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: 1.º Que el total de las partidas del activo consolidado sea superior a 20.000.000 de euros; 2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 de euros; 3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades cesarán en la obligación de elaborar el estado de información no financiera si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos cualquiera de los requisitos anteriormente establecidos”.

⁷ Conforme a lo expuesto en la Exposición de Motivos (en adelante E.d.M de la Ley 11/2018).

para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo así como el impacto de su actividad. Deberá contemplar (al menos), cuestiones medioambientales y sociales, el respeto de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción y el soborno. El objetivo es ofrecer a los grupos de interés, una herramienta de conocimiento que trascienda a un mero acompañamiento de la información financiera y ofrezca una imagen fiel del desempeño social, ambiental y de buen gobierno de la empresa en su entorno. Así como mejorar la coherencia y la comparabilidad de la misma.

La honestidad de la misma la convierte, entre otras muchas ventajas, en una herramienta óptima para conseguir legitimación social (mitigar riesgos) y profundizar en los impactos positivos de las organizaciones. Así, la teoría de la legitimidad se basa en la existencia de un contrato social entre la empresa y la comunidad, según el cual la empresa debe contribuir al desarrollo económico y social de la comunidad de acuerdo con los valores compartidos (Lindblom, 1994). Es un proceso que también se ha manifestado con claridad en determinados sectores económicos, a modo de ejemplo en el sector de la minería se le ha denominado “licencia social para operar” y en la práctica a menudo consiste en la búsqueda de legitimación de las actividades intervencionistas por una sencilla vía de contribuir a las necesidades más básicas de la sociedad-ambiente que acoge la actividad económica en su territorio. Desde el punto de vista de la sostenibilidad social, la academia especializada reconoce que es el paso más simple e introductorio que contribuye a expandir el poder informal de la empresa en el seno de la comunidad. En este sentido, el reporte y la divulgación de la información sobre RS constituyen una herramienta que favorece la legitimidad de las organizaciones en general (Montecchia et al 2016).

Tengamos presente que los principales usuarios de la información sobre sostenibilidad publicada en los informes anuales son los inversores y las organizaciones no gubernamentales, los interlocutores sociales y otras partes interesadas. Los inversores, incluidos los gestores de activos, quieren y necesitan comprender mejor los riesgos y las oportunidades que las empresas reportan en materia de sostenibilidad, de cara a fundamentar mejor sus inversiones, así como garantizar su impacto sobre las personas y el medio ambiente. El “Forum for Sustainable and Responsible Investment in US” (USSIF) (2014) definió a las inversiones sostenibles, responsables y de impacto, todas ellas englobadas dentro del concepto de Inversión Socialmente Responsable (ISR en adelante), como “las inversiones que consideran criterios ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG) para generar beneficios financieros competitivos a largo plazo y un impacto positivo en la sociedad”. A resultas de lo cual, las ISR o inversiones sostenibles pueden ser consideradas como una alternativa de inversión que integra criterios de sostenibilidad a los tradicionales objetivos financieros de minimización de riesgos y maximización de rentabilidad⁸.

2.5. El contenido laboral del reporte de sostenibilidad

Esta información incluye expresamente el reporte sobre materias propias del ámbito de las relaciones de trabajo de las empresas. Así, la Ley 11/2018, indica que, en materia de personal debe incluir (sic): “Cuestiones sociales y relativas al personal, la información facilitada en el estado puede hacer referencia a las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género, la aplicación de convenios fundamentales de la Organización

⁸ Para que nos hagamos una idea del tamaño estimado del mercado mundial de la ISR, según el informe de la Alianza Global de la Inversión Sostenible (GSIA 2016), alcanzó los 22,89 trillones de dólares americanos a principios de 2016. Esto representaba ya el 26,3% del total de los activos gestionados a nivel mundial. En 2018, el GSIA ya estimaba que el importe de fondos ISR a nivel mundial habría superado los 30,7 trillones de dólares, con una tasa de crecimiento del 34% al compararlo con los datos del 2016 (GSIA, 2018).

Internacional del Trabajo, las condiciones de trabajo, el diálogo social, el respeto del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, el respeto de los derechos sindicales, la salud y seguridad en el lugar de trabajo y el diálogo con las comunidades locales y las medidas adoptadas para garantizar la protección y el desarrollo de esas comunidades”.

Esta normativa de reporte de la sostenibilidad corporativa en la que se consideran aspectos relacionados con el trabajo es a su vez tributaria de una serie de estándares internacionales que ya venían siendo utilizado por las empresas. Por ejemplo, la Global Reporting Initiative (GRI, 2013), la ISO 26000 (ISO, 2010) y el Pacto Mundial (UNGC, 2014), incluyen aspectos como: libertad de asociación y negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso; abolición de todas las formas de explotación del trabajo infantil; eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo; seguridad y salud/ condiciones de trabajo y protección social; empleo y relaciones laborales/compensación, prestaciones y política de carrera/relaciones laborales y gobernanza; y formación y educación/desarrollo humano y formación.

2.6. El reporte honesto y fiable: el método para evitar el green washing

Como exponíamos al principio de este trabajo, cunde la preocupación generalizada por el *greenwashing* (o *social washing*), que básicamente consiste en aquella distancia entre las afirmaciones y los hechos. Se trata de informaciones y/o datos falsos, exagerados, tendenciosos, difícilmente o con pocas posibilidades de verificación y comparabilidad en los documentos de reporte corporativo. Pero también aquellas que están poco o nada ajustadas a las expectativas de información de los *stakeholders*. A partir de este concepto, se manifiestan algunas cuestiones como las denominadas *Skills greenwashing*, que implican afirmar que se tienen conocimientos especializados en materia ESG sin poseer un historial material creíble o una formación suficiente para justificar estas afirmaciones (Schumacher 2022). Este resulta un fenómeno de especial relevancia por cuanto ya tenemos evidencias directas entre el *greenwashing* y el *skills greenwashing* en el área de las finanzas, la inversión ASG y la sostenibilidad corporativa.

No obstante como apuntábamos, es en el marco de la Unión Europea donde pueden destacarse mayores avances a nivel normativo. Citamos principalmente la Directiva sobre Cumplimiento Debido (2021), la Directiva sobre Sostenibilidad, así como el Reglamento de Divulgación de Información sobre Finanzas Sostenibles (SFDR por sus siglas en inglés) (2021). Este último exige a los participantes en los mercados financieros que divulguen información sobre el impacto medioambiental y social que tienen sus productos de inversión. De manera especial destaca la reciente propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo sobre la transparencia y la integridad de las actividades de calificación ESG (13.06.2023). Su primer artículo literalmente recoge lo siguiente: “El presente Reglamento introduce un enfoque regulador común para reforzar la integridad, la transparencia, la rendición de cuentas, la buena gobernanza y la independencia de las actividades de calificación ESG, contribuyendo a la transparencia y la calidad de las calificaciones ESG. Su objetivo es contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, logrando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los consumidores y los inversores e impidiendo el *greenwashing* u otros tipos de información errónea, en particular *socialwashing*, introduciendo requisitos de transparencia relacionados con las calificaciones ESG y normas sobre la organización y conducta de los proveedores de calificaciones ESG.”

Pese a su relativamente corta vigencia la SFDR ha tenido un evidente protagonismo en la consolidación del ASG en la gestión ordinaria de las organizaciones, pero también para evitar el *greenwashing* (Ding 2023).

3. PRÁCTICAS ECOLÓGICAS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS: INVENTARIADO DE VENTAJAS EXTRAÍDAS DE LA LITERATURA CIENTÍFICA

3.1. Mejoran el rendimiento general de las organizaciones y el desempeño ambiental

A los efectos de sostener un marco teórico justificativo del valor de las teorías de la empresa centradas en el capital humano, con la gestión y gobernanza de las relaciones de trabajo y su reporte, entendemos relevante subrayar la muy extendida consideración entre los académicos y los profesionales desde hace años, entre otros Mnzava B, (2013), acerca de cómo el rendimiento individual de los empleados tiene implicaciones para el éxito de la empresa. De tal manera que las empresas que invierten recursos y esfuerzos en proporcionar formación y desarrollo a sus empleados con el objetivo de ampliar continuamente sus conocimientos y mejorar sus habilidades prácticas, así como dar prioridad al compromiso y la satisfacción de los empleados, superan en última instancia a las demás empresas mediante la generación de valor y la consolidación de un crecimiento sostenible a largo plazo (Tay, 2022). A su vez las prácticas ecológicas de la gestión de los recursos humanos son clave para la gestión medioambiental porque la gestión de los recursos humanos tiene un papel crucial en la consecución de los objetivos medioambientales de la organización y su buen desempeño ambiental (Kim et al., 2019; Paillé et al., 2014; Pham, Tuc̃ková, & Phan, 2019). Siyambalapitiya et al. (2018) sugirieron que si las prácticas ecológicas en el lugar de trabajo aumentan ciertas habilidades de los empleados como la motivación y la competencia, el rendimiento financiero puede mejorar como resultado.

Los empleadores que tienen en cuenta la responsabilidad medioambiental a la hora de contratar trabajadores, o al menos demuestran que se preocupan por el medio ambiente, atraerán a candidatos que se sentirán atraídos por la conciencia medioambiental de la empresa (Tariq et al., 2016; Jamil et al., 2021). En vista de la creciente atención que las partes interesadas prestan a las cuestiones medioambientales, las organizaciones han empezado a adoptar proactivamente estrategias de gestión medioambiental. En este sentido Priyanka Aggarwal y Tanuja Agarwala (2022) han evidenciado cómo las prácticas de gestión ecológica de los recursos humanos sirven para traducir la estrategia en resultados de rendimiento. En esta misma línea Awwad Saad Awwad Al-Shammari | Shaheer Alshammrei Nishad Nawaz Muhammad Tayyab (2022) han constatado como de igual modo tienen un impacto positivo y significativo en el rendimiento sostenible de las Pymes.

En el escenario industrial actual, estas prácticas han ganado popularidad porque reducen los residuos industriales y minimizan los posibles efectos adversos para el medio ambiente debidos a los procesos de producción convencionales. Los resultados de su aplicación se traducen en unos procesos empresariales bien organizados y la mejora de la calidad de los productos o servicios con preocupaciones medioambientales. En este sentido estas prácticas contribuyen a crear una hoja de ruta práctica para que la organización desarrolle el capital humano orientado a la mejora del rendimiento medioambiental y el desarrollo sostenible (Faisal, 2023). A modo de ejemplo, contribuye a reducir las emisiones de carbono fomentando la digitalización de los sistemas de llenado tradicionales, el uso compartido del coche, los procesos de contratación electrónicos, las teleconferencias, las entrevistas virtuales, la formación en línea, el ahorro energético y los productos respetuosos con el medio ambiente. Ahorra el coste total de la empresa al utilizar eficazmente la electricidad, el agua y diferentes productos. Por lo tanto, las prácticas respetuosas con el medio ambiente apoyadas en las prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos, favorecen un entorno de trabajo mas eficiente, impulsando la retención de los empleados (Faisal, 2023).

3.2. Mejoran el bienestar de las personas trabajadoras y retienen talento

En efecto, la literatura más reciente evidencia que una adecuada estrategia de ASG repercute positivamente sobre los indicadores de salud, satisfacción y bienestar del trabajador, además de favorecer la retención del talento, en el caso de que la empresa aplique prácticas y políticas ecológicas de gestión de los recursos humanos, (Mousa & Othman, 2020). Otros estudios asocian la sostenibilidad empresarial con el aumento de la productividad de los empleados, la reducción de los gastos de contratación y desgaste, y la reducción de los riesgos estratégicos y operativos (Tang, G.; Chen, Y.; Jiang, Y.; Paillé, P.; Jia, J. 2017). Proporcionar seguridad laboral, garantizar que los empleados no estén estresados ni sobrecargados de trabajo, ofrecer una remuneración competitiva y reconocer y recompensar su buen rendimiento se consideran las mejores prácticas para mantener altos niveles de satisfacción de los empleados dentro de las empresas (Ballester Climent, A 2022).

En esta misma línea, el denominado *employer branding*⁹ de una organización socialmente sostenible proporciona un entorno de trabajo seguro (Luo, 2020) que hace que la organización destaque. La singularidad de la organización se convierte en una fuente de marca de empleador para los empleados actuales y potenciales (Love y Singh, 2011). Las organizaciones atraen a posibles empleados fomentando una cultura organizativa propicia (Küpper et al., 2020). La estrategia social de una organización es uno de los factores cruciales que atraen a los posibles empleados a solicitar un puesto de trabajo. Los solicitantes de empleo recopilan información sobre las actividades y la descripción de una organización para comprender cómo tratan las organizaciones a sus empleados (Jones y Willness, 2013). Se trata de empresas que emiten señales verdes positivas que pueden atraer a los demandantes de empleo (Jabbour, 2011).

3.3. Repercuten positivamente con la imagen pública de marca y el negocio

De hecho parte de la literatura vincula directamente esta ventaja al propio concepto de Prácticas Ecológicas de Gestión de Recursos Humanos (Jamal, T et al 2021). Así, el buen desempeño reputacional de empleador (*branding*) crea un conocimiento de marca de la organización que influye en los solicitantes de empleo, influye en la búsqueda y elección de empleo junto con la motivación laboral y la retención de los empleados (Küpper et al., 2020). Cuando se desarrollan de manera efectiva el comportamiento de los empleados se identifica, desarrolla, motiva y amplía de forma proactiva una ventaja competitiva sostenida de la empresa y un rendimiento superior (Hameed et al., 2021). Todo ello tiene un impacto positivo sobre las oportunidades de negocio, la motivación de los propios empleados, la imagen pública de la marca y / o negocio y el cumplimiento de las políticas y leyes respetuosas con el medio ambiente (Arulrajah, A.A.; Opatha, 2016).

Farza et al. (2021) hacen hincapié en este punto y sugieren que las empresas pueden alcanzar una serie de objetivos sociales como la protección del cliente, la transparencia del mercado y la conservación del medio ambiente.

3.4. Redescubriendo el patrimonio inmaterial de las organizaciones

Estas prácticas quedan igualmente encuadradas en el concepto de activo intangible o patrimonio inmaterial de las organizaciones y por ello, una eficaz política de su reporte es una oportunidad (más allá de la obligación) de generar valor (Fernandez-Villarino, R 2022). Con patrimonio inmaterial (o intangible) hacemos referencia a información sobre

⁹ O marca empleadora, es la reputación e imagen que la compañía proyecta hacia sus empleados, así como a los posibles candidatos a serlo, circunstancia que debe traducirse en una mayor fidelidad de los primeros y el deseo de los segundos por formar parte de la compañía. El concepto se acuñó en 1996 por Barrow S y Ambler T.

las relaciones con el capital intelectual, humano y social. Se precisa de la inclusión de todos los intangibles o la descripción del proceso para determinar los asuntos relevantes sobre los que deben informar. Si tenemos en cuenta la importancia que se otorga en los considerandos previos de la Directiva de Sostenibilidad, observaremos como se subraya que la información sobre ellos, -incluidos los intangibles generados internamente-, están infra-reportados aunque paradójicamente representan la mayoría de la inversión del sector privado de las economías avanzadas.

Como ejemplos concretos de dicho patrimonio intangible estarían el capital humano, la marca, la propiedad intelectual, así como la investigación y el desarrollo. Por otra parte, determinada información sobre recursos inmateriales es intrínseca a las cuestiones de sostenibilidad y, por tanto, debe formar parte de la presentación de información sobre sostenibilidad. Por ejemplo, la información sobre las capacidades, las competencias, la experiencia, la lealtad a la empresa y la motivación de los empleados para mejorar los procedimientos, los productos y los servicios es información sobre sostenibilidad relativa a cuestiones sociales que también podría considerarse información sobre recursos inmateriales. Identificar y valorar correctamente el patrimonio intangible, ayuda a construir un relato honesto, coherente, transparente y evidenciable.

4. GRADO DE INCORPORACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ECOLÓGICAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y OTROS INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

Es cierto, tal como apunta Henar Cuesta (2023) que los convenios colectivos comienzan a asumir la necesidad de incorporar contenido medioambiental y de lucha contra el cambio climático. Más concretamente se aprecia un mayor compromiso por parte de los interlocutores sociales, aunque falta un mayor grado de proliferación del mismo a la gran parte de los sectores productivos (Charchategui Jávega Cy Canalda Criado S, 2020). En este sentido, las referencias a la protección del medio ambiente aumentan, pero sigue siendo excepcional la creación de instrumentos de control efectivo cumplimiento de tales compromisos. Así, todos los niveles negociadores resultan propicios para la defensa del medio ambiente, si bien ha sido especialmente en el sectorial donde se ha mostrado de forma más evidente la preocupación medioambiental, aunque no acaba de aflorar con todo su potencial debido, en cierta medida, a la falta de conciencia sobre la importancia y repercusión social de la materia¹⁰. En todo caso se echa de menos una mayor grado de sistematicidad, concreción e implantación práctica de las cláusulas denominadas *green friendly*, si bien la incorporación de cláusulas de contenido medioambiental (de cualquier tipo) en la negociación colectiva puede contribuir a la concienciación de los agentes sociales y ejecutivos de empresas (Muñoz Ruiz A.B. 2014).

Por lo que respecta a las prácticas ecológicas destaca su ausencia total de mención, y en consecuencia la nula incorporación de las mismas. Se percibe en todo caso alguna referencia sumamente indirecta si ampliamos el objetivo de análisis a otros documentos de regulación de las relaciones de trabajo. Así, la Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva¹¹ (en adelante AENC) aborda de forma específica la “transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, en tanto pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras”. En sus líneas iniciales se relata

¹⁰ UGT: Adaptación de los sectores productivos a los retos climáticos y la generación de empleo, 2020.

¹¹ BOE 31/05/2023.

como cada uno de los acuerdos que han precedido a este, han “obedecido a las situaciones de cada momento, nunca sencillas pero muy diferentes entre sí. Pero todos ellos tienen un hilo conductor común, que es buscar desde la negociación colectiva la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como a abordar contenidos que contribuyan a atajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras”.

Pues bien, en este documento se hace mención a cuestiones ambientales, centradas exclusivamente en el concepto “Transición ecológica”, para incluir dentro de él elementos tales como la descarbonización energética y la economía circular (apartado 4). Para concluir que todos ellos, junto con la digitalización, (sic) (...) “pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. De hecho, puede suceder que surjan nuevas ocupaciones al tiempo que otras desaparecen o se transforman”. El eje clave es la negociación colectiva la herramienta que debe procurar una atención inmediata a estas transiciones, así “(...) deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales”. Para ello contempla la necesidad de: (...) “identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para lo cual resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático. Asimismo, para garantizar la reducción de emisiones y la eficiencia de las medidas que en su caso de apliquen, tanto en beneficio de las empresas como de las personas trabajadoras, se impulsarán planes de movilidad sostenible, fomentando el transporte colectivo por áreas geográficas, polígonos industriales o espacios de gran concentración de personas trabajadoras”.

Así mismo el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE) sobre Negociación Colectiva verde: buenas prácticas y perspectiva de futuro, se apunta que “1.8. La transición ecológica, la descarbonización y la economía circular, junto con la digitalización, están teniendo un impacto en el mundo laboral: cambian las tareas y la naturaleza misma de los puestos de trabajo, y se crean nuevas ocupaciones al tiempo que se eliminan otras. Estas transiciones están relacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente”.

En este sentido el CESE asume que las empresas y las personas trabajadoras deben disponer de canales adecuados de participación en los esfuerzos para apoyar la protección del medio ambiente y luchar contra el cambio climático. Más concretamente considera que las cuestiones relacionadas con la transición ecológica podrían constituir un punto más central de la negociación colectiva en los niveles adecuados y en especial una vía adecuada para ello es promover las negociaciones colectivas verdes, en todos los niveles¹². Para comprender qué es lo que entendemos por negociaciones colectivas verdes, el CESE parte de la premisa que (sic) (...) “el debate sobre las cuestiones ecológicas en el marco de la negociación colectiva hace referencia a las cláusulas negociables entre los interlocutores sociales en el marco de convenios colectivos que tienen un efecto directo e indirecto en el medio ambiente. Estas cláusulas pueden cubrir, entre otras cosas: a) el impacto de la actividad de las empresas en el medio ambiente; b) la protección de las

¹² 1. Conclusiones y recomendaciones (apartado 1.1).

personas trabajadoras frente a los efectos del medio ambiente y del cambio climático; c) el impacto de la transformación ecológica en la actividad de una empresa por lo que respecta a la organización del trabajo, los cambios en los perfiles profesionales y las competencias de las personas trabajadoras; la supervisión interna de la aplicación de las condiciones contenidas en las letras a), b) y c)¹³.

Este apartado c) es el que más se adaptaría a la incorporación a la negociación a su vez, de las prácticas ecológicas de la gestión de los recursos humanos, al contemplar recursos que facilitan la amortiguación del impacto ambiental de la organización, en especial los derivados de la nueva organización del trabajo, así como las modificaciones sobre los cambios en los perfiles profesionales y competencias de las personas trabajadoras.

Por otra parte el CESE atribuye un interesante papel a la responsabilidad de la sociedad civil de cara a la justicia de la transición ecológica (...) “considera que la sociedad civil, no concernida de manera directa por la negociación colectiva (es decir, en lo que se refiere a la negociación de convenios colectivos, de la que se encargan los interlocutores sociales) puede ayudar a encontrar soluciones democráticas a los retos y problemas que se plantean con la transición ecológica, pero también contribuir a ella a través de su participación en el diseño y la implementación de medidas equitativas para garantizar que las transiciones ecológicas sean socialmente justas”¹⁴. Una corriente y línea de actuación entroncada en aquella bibliografía apuntada por Littig y Griessler (2005) desarrollaron un modelo de interacción entre la sociedad y la naturaleza en el que el trabajo es un elemento central.

Sin embargo, el propio CESE ha constatado que, hasta el momento, la experiencia negociadora verde en la UE y en los Estados miembros sigue siendo escasa, además de muy desigual. En claro contraste con el ámbito de la transición digital, se ha prestado menos atención a las cuestiones medioambientales como parte de la negociación colectiva. De ahí que el CESE (...) “pida a la UE, a los Estados miembros y a los interlocutores sociales, desde el pleno respeto de la autonomía colectiva, la adopción de medidas más comprometidas y eficaces que favorezcan el desarrollo -y aumenten la relevancia- de una negociación colectiva verde en los diferentes niveles adecuados”.

Como podemos observar se percibe la necesidad y el compromiso medioambiental en general y de empleo verde en particular, pero sin fórmulas concretas, ágiles y generalizables para todos los sectores productivos. Todo ello sin llegar a descender sobre la propia mención a las prácticas verdes de gestión de los recursos humanos, si bien puede leerse entre líneas, la expresa habilitación a la negociación colectiva para el diseño y puesta en marcha de las mismas. Se precisa en cualquier caso un verdadero cambio en esta tendencia, que pasa por incluirlas expresamente como contenido normativo del convenio, así como la conveniencia de regular un marco legal a tal efecto semejante al previsto para los planes de igualdad, tal y como sostiene Henar Cuesta (2023) cuando sugiere este argumento para la implementación eficaz de los empleos verdes.

5. ORIENTACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ECOLÓGICAS A LOS RETOS DEL EMPLEO VERDE

Conforme a la evidencias de la literatura y grado de madurez científico que incorporan las prácticas ecológicas, consideramos que estas, impulsarían definitivamente los retos señalados para la implementación del empleo verde. No sólo por su capacidad para

¹³ Apartado 1.2 Conclusiones y recomendaciones.

¹⁴ Apartado 1.4 Conclusiones y recomendaciones.

simplificar la complejidad e impacto de los periodos transicionales, sino para mejorar la propia retención de ese nuevo empleo verde que se genere, impulsando a su vez la reputación ecológica de la empresa. Se trataría de diseñar aquellas cláusulas relacionadas con lo que el CESE recomienda para la negociación colectiva incorporando expresamente estas prácticas ecológicas diseñadas para optimizar, regular o amortiguar el impacto de la transformación ecológica en la actividad de una empresa por lo que respecta a la organización del trabajo, los cambios en los perfiles profesionales y las competencias de las personas trabajadoras.

Las prácticas ecológicas facilitarían de igual modo la tarea de identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, el rediseño de los puestos de trabajo, la organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo, todo ello en los términos que se exponía en el V Acuerdo por el Empleo. Es el mismo caso para la implementación de acciones que tengan que ver con la propia formación de las personas trabajadoras (y de la representación legal de los trabajadores), como uno de los ejes fundamentales en la implementación del empleo verde, y que se enmarca en el principio general impulsado por el documento por una transición justa en el sentido que apuntamos como “no dejar nadie atrás” es decir, un sistema productivo capaz de aunar ecología y empleo, en línea con el razonamiento de Henar Cuesta (2023).

Para ello es preciso que esta materia se incorpore a los documentos que guíen la propia negociación, como por ejemplo los citados Acuerdos Nacionales, pero también los documentos estratégicos relacionados en la transición justa o las convocatorias de fomento de contratación o convocatorias de formación. En definitiva, que las administraciones públicas con competencias en la materia, comiencen a dar el paso a través de su consideración estratégica en los procesos de negociación colectiva.

6. PROPUESTAS

Partiendo de la premisa de: a) la especial relevancia que la negociación verde tiene sobre el impulso de la sostenibilidad ambiental y la lucha contra el cambio climático, y el papel que estas prácticas pueden desempeñar en pos de las materias relacionadas con el impulso del empleo verde y la consecución de una cultura verde en la empresa; y b) la ausencia de estas prácticas no sólo en los convenios colectivos sino en los documentos que guían la propia negociación colectiva; se propone la incorporación de las prácticas ecológicas de gestión de los recursos humanos a través de la vía autorregulación ecológica. Para ello resultaría interesante la incorporación de modelos de cláusulas y ejemplos concretos de estas prácticas en las distintas herramientas que las entidades públicas territoriales con competencias en la materia, ponen a disposición de los agentes sociales para facilitar la mejora de los procesos de negociación colectiva. Sería una medida alineada con una de las propuestas del dictamen del CESE, que aborda medidas de parecida naturaleza cuando pone de manifiesto (...) “el CESE toma nota del creciente número de estudios en el ámbito europeo que ponen de manifiesto las virtudes de las negociaciones colectivas verdes como herramienta para impulsar procesos productivos sostenibles a través de convenios que incluyan cláusulas de autorregulación ecológica. La negociación colectiva, en consonancia con las características de los sistemas nacionales de relaciones laborales —y siempre en el pleno respeto de la autonomía de los interlocutores sociales—, puede ayudar a facilitar la generación de consensos sobre las medidas específicas que deben tomar las empresas para promover la transición justa”¹⁵.

¹⁵ Apartado 3.11.

Dicha medida vendría acompañada de una necesaria formación a los agentes sociales encargados de su implementación: concepto, objetivos, ventajas y orientada a las particularidades de cada sector productivo. Una formación que permite en si misma, conocer para superar los retos y tareas que se sostienen para el empleo verde. Medida igualmente alineada con la propuesta del CESE (...) “los estudios sobre negociación colectiva en los países de la UE concluyen que la participación de la temática ambiental en los convenios colectivos es baja. El CESE pide a la UE y a los Estados miembros que sigan apoyando medidas e iniciativas que incentiven a los empleadores y los trabajadores a adaptarse a la transición ecológica, teniendo en cuenta las prácticas de información y consulta en el lugar de trabajo”¹⁶.

Este tipo de prácticas, además de su facilidad e inmediatez de su implementación se justifican en las propias recomendaciones de la OIT en esta materia. En este sentido en sus “Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos (2015)”¹⁷, se subraya el papel de los gobiernos y los interlocutores sociales a la hora de establecer una coherencia política y disposiciones institucionales para un desarrollo sostenible para todos y refleja la necesidad de facilitar la incorporación de disposiciones ambientales en la negociación colectiva a todos los niveles. Asimismo, incide sobre los beneficios de los compromisos de formación específica en esta materia para personas gerentes y empleadas.

Dentro de estos modelos de cláusulas se propone expresamente la incorporación del denominado bonus ambiental, en cualquiera de sus variantes. Ello con el objetivo de incentivar definitivamente la incorporación de estas prácticas desde los órganos de dirección de la empresa a la vez que se alinea a la empresa con una de las novedades más significativas de la Directiva sobre Sostenibilidad. Así, en su art. 19 bis c) previa descripción de la función de los órganos de administración, dirección y supervisión en lo que respecta a las cuestiones ambientales, cita la obligación de incorporar “indicadores pertinentes” en materia de sostenibilidad (art. 19 bis d). Para fomentar la eficiencia de esta medida, se apuesta por premiar económicamente a los ejecutivos de la organización que efectivamente se involucren en la misma: su retribución variable dependerá de ello. Así el art. 19 bis 2 e) vincula la información relacionada con la existencia de sistemas de incentivos ligados a cuestiones de sostenibilidad y ofrecidos a los miembros de los órganos de administración, dirección y supervisión.

7. CONCLUSIONES

La sostenibilidad es una cuestión nuclear en la organización de las corporaciones, y las prácticas ecológicas conducen al desarrollo eficiente de la sostenibilidad organizativa. A su vez las prácticas verdes impulsan los procesos de innovación, de digitalización de la documentación, la contratación en línea y los espacios de oficina energéticamente eficientes. La concienciación sobre la protección del medio ambiente está aumentando en todo el mundo y, en consecuencia, los gobiernos también han promulgado normativas para alcanzar objetivos de sostenibilidad medioambiental. De tal manera que estamos ante una materia en la que se observa un el tránsito del terreno del voluntarismo, para pasar a formar parte de las obligaciones de determinado tipo de empresas.

A la vista de lo analizado, destaca el contraste entre la madurez de la literatura y líneas de investigación sobre las bondades de las prácticas ecológicas en la totalidad de los elementos

¹⁶ Apartado 4.1 Observaciones generales.

¹⁷ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_emp/—emp_ent/documents/publication/wcms_432865.pdf (accesible a 10.10.2023).

estratégicos de cualquier empresa (incluidas las pymes) y su nula traslación teórica con los retos del empleo verde y su orientación a la optimización de los procesos transicionales. Aquí se percibe con claridad la necesidad de seguir profundizando en esta interesante línea de investigación, sobre todo en la vertiente de investigación aplicada al diseño de material formativo y cláusulas para su incorporación en los procesos de negociación colectiva. De igual manera destaca su nula traslación a la negociación colectiva, vehículo natural e idóneo para la materia. No obstante se atisba que este escenario cambiará, entre otras como consecuencias de la presión normativa de la Directiva de sostenibilidad, pero también por la propia mayor rigurosidad del reporte en su orientación a la mejora de las condiciones financieras para la organización. No obstante lo anterior, ciertos estudios apuntan hacia la complejidad de medir el impacto de este tipo de prácticas ecológicas de cara la propia eficiencia para el reporte de la información (Faisal 2023). En este sentido el propio Faisal (2023), basándose en la revisión sistemática de artículos empíricos recopilados en Scopus, identificó y analizó 31 estudios empíricos publicados desde 2010, con el de identificar diversos factores y herramientas de medición de la gestión ecológica de los Recursos Humanos. Basándose en la teoría Habilidad-Motivación-Oportunidad (AMO) y en la metodología de revisión, el estudio identificó varios factores y herramientas de medición de las prácticas ecológicas de la gestión de los recursos humanos. Algunos de dichos factores identificados son la contratación y la selección ecológicas, la formación y el desarrollo ecológicos, la gestión ecológica de la remuneración, la gestión ecológica del rendimiento, la capacitación y la participación ecológicas de los empleados y las relaciones ecológicas con los empleados.

Implementar estas cláusulas entre el contenido nuclear de la negociación colectiva contribuirían a prever con garantías, los desajustes provocados por el cambio sustancial (transición) del modelo productivo que estamos observando. Todo ello a través del cauce natural y mejor adaptado para ello: del uso de los mecanismos participativos en la empresa. Así tal como se lee en las primeras líneas del AENC, (...) “apostamos decididamente por el funcionamiento ágil de los mecanismos participativos para afrontar los importantes desafíos que suponen las grandes transformaciones tecnológica, digital y ecológica y las consecuencias disruptivas que tienen en el seno de las empresas y su actividad y, con ello, en el empleo y sus condiciones. Ello debe permitir la transición justa a una realidad que aún no está escrita, a través de la anticipación, la formación continua y la recualificación, y abordar las diferentes brechas para que nadie quede descolgado”.

Las propuestas que se apuntan en este estudio, son medidas medibles, evaluables, comparables y verificables, por tanto herramientas que mitigan cualquier riesgo de green washing o social washing. A su vez, debido a su potencial para satisfacer las necesidades medioambientales y, al mismo tiempo, permitir que las empresas salgan ganando, las prácticas ecológicas atraen la atención de muchos profesionales, dándoles a las corporaciones que apuestan por ellas, una ventaja competitiva sostenible frente a sus oponentes. En este contexto, tenemos por delante un excelente margen para la efectiva incorporación de las prácticas ecológicas a la negociación colectiva haciendo saber a los agentes sociales y ejecutivos de empresas las ventajas que ofrece. Lamentablemente no parece que tengamos mucho margen temporal para considerarlas, al igual que el resto de medidas contra el cambio climático.

8. BIBLIOGRAFÍA

Aggarwal, P., & Agarwala, T. (2023). Relationship of environmental strategy and performance: Role of green human resource management. *International Journal of Business Environment*, 14(1), 37-66.

- Awwad Al-Shammari, A. S., Alshammrei, S., Nawaz, N., & Tayyab, M. (2022). Green human resource management and sustainable performance with the mediating role of green innovation: A perspective of new technological era. *Frontiers in Environmental Science, 10*, 901235.
- Brunoro, C. M., Bolis, I., Sigahi, T. F., Kawasaki, B. C., & Sznclwar, L. I. (2020). Defining the meaning of “sustainable work” from activity-centered ergonomics and psychodynamics of Work’s perspectives. *Applied Ergonomics, 89*, 103209.
- Cuesta, H. Á. (2020). Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto verde europeo en el proyecto de ley de cambio climático en España. *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret Del Treball, 2*, 74-100.
- Cuesta, H. Á. (2022a). La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa? *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*.
- Cuesta, H. Á. (2022b). Transición energética y políticas de empleo verde. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 3*(3), 154-179.
- Cuesta, H. Á. (2023). TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EMPLEOS VERDES: UNA VISIÓN DESDE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. *Revista Galega de Dereito Social, 18*, 9-40.
- Chaudhary, R. Green human resource management in Indian automobile industry. *J. Glob. Responsib. 2019, 10*, 161-175.
- Domínguez, Á. A., & Prieto, A. B. (2022). La Responsabilidad Social de las empresas: Un análisis del bienestar laboral a través de los informes GRI de las grandes empresas en España. *Revista Internacional de Organizaciones= International Journal of Organizations, 28*, 35-62.
- Edmans, A. (2011). Does the stock market fully value intangibles? Employee satisfaction and equity prices. *Journal of Financial economics, 101*(3), 621-640.
- Faisal, S. (2023). Green human resource management—A synthesis. *Sustainability, 15*(3), 2259.
- Gupta, H. Assessing organizations performance on the basis of GHRM practices using BWM and Fuzzy TOPSIS. *J. Environ. Manag. 2018, 226*, 201-216.
- Islam, M. A., Mendy, J., Haque, A. A., & Rahman, M. (2022). Green human resource management practices and millennial employees’ retention in small and medium enterprises: The moderating impact of creativity climate from a developing country perspective. *Business Strategy & Development, 5*(4), 335-349.
- Jamal, T., Zahid, M., Martins, J. M., Mata, M. N., Rahman, H. U., & Mata, P. N. (2021). Perceived green human resource management practices and corporate sustainability: Multigroup analysis and major industries perspectives. *Sustainability, 13*(6), 3045.
- Jabbour, C.J.C. Environmental training in organisations: From a literature review to a framework for future research. *Resour. Conserv. Recycl. 2013, 74*, 144-155.
- Mehrajunnisa, M., Jabeen, F., Faisal, M. N., & Lange, T. (2022). The influence of green human resource management practices and employee green behavior on business performance in sustainability-focused organizations. *Journal of Environmental Planning and Management, 1-20*.
- Munawar, S., Yousaf, H. Q., Ahmed, M., & Rehman, S. (2022). Effects of green human resource management on green innovation through green human capital, environmental knowledge, and managerial environmental concern. *Journal of Hospitality and Tourism Management, 52*, 141-150.
- Paillé, P.; Chen, Y.; Boiral, O.; Jin, J. The Impact of Human Resource Management on Environmental Performance: An EmployeeLevel Study. *J. Bus. Ethics 2014, 121*, 451-466.
- Patil, V., Wadhwa, C., Bhalarao, K., Nair, D., & Khandare, D. M. (2022). Green human resource management enabled business sustainability. *Journal of Information and Optimization Sciences, 43*(7), 1635-1650.

- Rajput, K. (2022). *Green Human Resource Management Practices and Perceived Corporate Social Responsibility as Predictors of Workplace Behaviour* [PhD Thesis]. Maharaja Sayajirao University of Baroda (India).
- Ren, Z., & Hussain, R. Y. (2022). A mediated-moderated model for green human resource management: An employee perspective. *Frontiers in Environmental Science*, 10, 973692.
- Saptaria, L., Soetjipto, B. E., & Wardoyo, C. (2022). Impact of the Implementation of Green Human Resources Management: A Study of Systematic Literature. *Ilomata International Journal of Management*, 3(2), 264-283.
- Sierra Hernaiz, E. (2023). El proceso de transición justa: Los empleos verdes como instrumentos para su implementación. *Foro: Revista de Derecho*, 40, 69-82.
- Sierra Hernáiz, E. (2023). *El proceso de transición justa: Los empleos verdes como instrumentos para su implementación (Tema Central)*.
- Sun, X., El Askary, A., Meo, M. S., & Hussain, B. (2022). Green transformational leadership and environmental performance in small and medium enterprises. *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 35(1), 5273-5291.
- Tang, G.; Chen, Y.; Jiang, Y.; Paillé, P.; Jia, J. Green human resource management practices: Scale development and validity. *Asia Pac. J. Hum. Resour.* 2017, 56, 31-55.
- Úbeda-García, M., Marco-Lajara, B., Zaragoza-Sáez, P. C., Manresa-Marhuenda, E., & Poveda-Pareja, E. (2022). Green ambidexterity and environmental performance: The role of green human resources. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 29(1), 32-45.
- Veerasamy, U., Joseph, M. S., & Parayitam, S. (2023). Green Human Resource Management and Employee Green.
- Behaviour: Participation and Involvement, and Training and Development as Moderators. *South Asian Journal of Human Resources Management*, 23220937221144361.
- Yasin, R., Huseynova, A., & Atif, M. (2023). Green human resource management, a gateway to employer branding: Mediating role of corporate environmental sustainability and corporate social sustainability. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 30(1), 369-383.
- Yong, J. Y., Yusliza, M. Y., Ramayah, T., & Seles, B. M. R. P. (2022). Testing the stakeholder pressure, relative advantage, top management commitment and green human resource management linkage. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 29(5), 1283-1299.

EL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

YOLANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
Profesora Asociada Área Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMARIO:

- 1. REGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES INMIGRANTES**
- 2. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
- 3. EPÍLOGO**

1. REGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE TRABAJADORES INMIGRANTES

1.1. Datos sobre la situación de los trabajadores extranjeros en España¹

España es un caso singular en lo que se refiere a recepción de población inmigrante, ya que en pocos años ha pasado de ser un país del que salían un buen número de emigrantes, y que tenía a mediados de la década de los años setenta del siglo pasado a cerca de tres millones y mediodo nacionales fuera de sus fronteras, a convertirse en receptor neto de inmigrantes.

En fecha 1 de enero de 2022 la población total del país es de 47.475.420 habitantes, correspondiendo a la población extranjera un 11,68%, lo que se traduce en 5.542.932 millones de residentes. Respecto al año anterior, tanto el conjunto de la población como el colectivo de extranjeros se han incrementado, siendo este aumento en el caso del colectivo de un 1,89% y algo menos en el total, un 0,19%. La evolución del peso de los extranjeros en el período 2013 a 2022 marca un descenso que se inicia en la variación 2014/2013 y que se mantiene a la baja hasta 2017, año en el que el colectivo representa el 9,82% del conjunto de la población. El año 2018 es el que inicia una recuperación continuada en el tiempo de las cifras que llega a 2022 con un porcentaje de extranjeros, sobre la población total, del 11,68%, porcentaje muy cercano al del año 2013. La desagregación de las cifras por género determina que los hombres extranjeros representan el 11,94% del total de hombres residentes en España, mientras que las mujeres extranjeras suponen el 11,42% del conjunto de mujeres. El número de extranjeros extracomunitarios sigue siendo superior al de los que proceden de la UE², correspondiendo un 70,81% a los primeros mientras que los de UE suponen el 29,19%.

Lógicamente, la fuerte incidencia laboral de la inmigración está teniendo efectos muy importantes para la economía española. Todas estas circunstancias hacen difícil entender que no se esté prestando al fenómeno de la inmigración la debida atención analítica. De hecho, en un reciente Informe sobre migraciones de Naciones Unidas se llegó a deslizar una cierta crítica a España por “carecer de suficientes datos sobre emigración”, a pesar de ser uno de los países que más inmigrantes está recibiendo.

Un gran porcentaje de los extranjeros contratados presentan un nivel formativo bajo, de Estudios primarios no acreditados, suponiendo el 69,24% del total. Le siguen, por volumen de contratación, los extranjeros con nivel de estudios de Educación secundaria obligatoria y Bachillerato. Al igual que en la contratación total, la desagregación de los datos por sexo indica que las mujeres son más contratadas en los niveles formativos iguales o superiores al nivel de bachillerato, especialmente en grado superior de FP y universitarios.

La evolución de los contratos por sectores de actividad ha sido dispar en función del sector de que se trate. Tomando como referencia el período 2013-2022, respecto al primer año de la serie destaca el incremento registrado en industria (312,95%). Atendiendo a la variable sexo, en el sector servicios es donde se observa que el número de contratos de mujeres es superior en 2022 al de los hombres, representando un 53,90%. En el resto de

¹ Los datos para la elaboración de este capítulo se han obtenido de la revisión del Padrón publicado en el Real Decreto 1037/2022, de 20 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal referidas al 1 de enero de 2022 2023 - *Informe del Mercado de Trabajo de los Extranjeros. Estatal. Datos 2022. Observatorio de las Ocupaciones.*

² Además, mientras que entre los trabajadores españoles y procedentes de la UE el número de mujeres es ligeramente superior al de hombres, ocurre lo contrario entre los extranjeros extracomunitarios, dado que registran un mayor volumen de hombres que de mujeres.

sectores la presencia femenina es bastante inferior: agricultura un 21,26%, industria un 34,86% y en construcción un 4,55%.

Por lo que se refiere a la variación 2022/2021 se observan crecimientos muy significativos en actividades como servicios de alojamiento con un 59,63%, Otros servicios personales con un 24,38% y servicios de comidas y bebidas con 24,11%. De las quince actividades económicas referenciadas, sólo en tres de ellas se producen retrocesos con respecto al 2021, destacando sobre todo en la actividad agricultura, ganadería, caza y servicios relacionados con las mismas, con una disminución del 20,90%. Agricultura, ganadería, caza y servicios relacionados con las mismas es la actividad que registró en 2022 un mayor volumen de contratos, alcanzando los 1.039.702, con una tasa del 47,73%, siendo también muy significativa la correspondiente a actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico que superó el 50%. Además de estas quince actividades, hay dos que representan más del 2% de la contratación del colectivo pero que no superan la tasa estatal de contratación de extranjeros (21,31%), como son: confección de prendas de vestir y pesca y acuicultura.

La contratación femenina representa el 40,26% del total. Por modalidad contractual la contratación masculina supera a la femenina en todas las tipologías excepto en: Sustitución, Relevo, Obtención práctica profesional, y Mejora de la ocupabilidad, inserción laboral. El número de contratos del colectivo disminuyó en un 1,15% con respecto a 2021. Sin embargo, si se analizan las modalidades contractuales, se observa un descenso de la contratación temporal en un 42,33% y un incremento de la contratación indefinida del 293,55%. Este aumento de la contratación indefinida es consecuencia de los cambios en los tipos de contratos introducidos en la reforma laboral que entró en vigor el 30 de marzo de 2022 con la publicación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que ha tenido un gran impacto en el incremento de la contratación indefinida, con mención especial para los fijos-discontinuos, así como ha supuesto un descenso de la contratación temporal, objetivo de dicha reforma. De entre las modalidades contractuales indefinidas destaca el incremento del 412,41% del contrato indefinido ordinario, y dentro de éste, los fijos discontinuos han aumentado un 885,29% con respecto a 2021. Destaca los descensos de los contratos de Obra o servicio (80,40%) que desaparecen con la reforma laboral de 2022, y el contrato de Sustitución jubilación anticipada (81,82%). Las modalidades contractuales que concentran un mayor número de contratos en 2022 fueron el contrato Indefinido ordinario (Bonificado/No bonificado) y el temporal por circunstancias de la producción³.

1.2. Marco normativo. Especial referencia a la regulación de la contratación de trabajadores inmigrantes en origen

En relación a la normativa en materia de contratación de extranjeros y aún no siendo el objeto principal del presente estudio vamos a hacer una breve referencia a la Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre, que regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2022 por su relevancia precisamente en el establecimiento de las condiciones empleo de los trabajadores inmigrantes de temporada y que se redacta al amparo de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx), que regula, en su art. 39, la gestión colectiva de contrataciones en origen, estableciendo que el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones podrá aprobar, de acuerdo con la situación nacional de empleo, una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se

³ Fuente: Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos del SISPE. Año 2022.

puedan cubrir a través de esa vía en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España y que inicialmente sean seleccionados en sus países. Igualmente le habilita para establecer un número de visados de búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones.

De acuerdo con el art. 169, la OM comprenderá la cifra provisional de los puestos de trabajo de carácter estable que puedan ser cubiertos a través de este procedimiento por los trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España. Además, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen o limitados a determinadas ocupaciones. Y finalmente, podrá regular, de manera diferenciada a las previsiones de contratación estable, las particularidades en el procedimiento reglamentariamente previsto para la contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio, sin establecer una cifra de puestos a cubrir ni una delimitación de ocupaciones laborales.

En relación con estas particularidades procedimentales, el art. 169.3 permite que puedan ser establecidas aun cuando a raíz de las propuestas realizadas por las comunidades autónomas y en atención a la situación nacional de empleo se determine la no procedencia de establecer una cifra de contrataciones estables para una determinada anualidad.

En este marco, por tanto, la gestión colectiva de contrataciones en origen se define como un conjunto de procedimientos administrativos dirigidos a la tramitación y concesión simultánea de una pluralidad de autorizaciones de residencia y trabajo, presentadas por uno o varios empleadores respecto de extranjeros que no se hallan ni residan en España, orientado exclusivamente a la migración con fines laborales.

Así definido, este procedimiento cumple con un doble objetivo. De un lado, permite cubrir las necesidades de mano de obra de determinados sectores y ocupaciones que se hayan mostrado como de difícil cobertura en el mercado laboral interior, en función de la situación nacional de empleo y la capacidad de acogida del país. Y, de otro lado, refuerza las relaciones de colaboración con los países de origen, avanzando en la cogestión de los asuntos migratorios, al realizarse siempre de forma conjunta con estos.

Como muestra de ello, la contratación de trabajadoras de temporada marroquíes para el sector agrícola español se ha consolidado como una buena práctica de migración circular, que teniendo en consideración las necesidades del mercado de trabajo tanto del país de origen como del país de destino, favorece el impacto positivo de una política migratoria bien gestionada.

Para España el establecimiento de vías de migración regular, segura y ordenada es, por tanto, un objetivo y una prioridad en la política migratoria en línea con estos instrumentos internacionales tal y como vienen reflejando las distintas órdenes de gestión colectiva de trabajadores de origen aprobadas desde el año 2018.

Las medidas de protección y prevención, ya integradas en los planes de prevención de riesgos laborales y en la gestión cotidiana del trabajo agrícola, así como el cumplimiento de los requisitos de control sanitario exigidos para el cruce de frontera, deben seguir siendo una prioridad para garantizar el correcto desenvolvimiento de las campañas.

Profundizando, asimismo, en la protección de los derechos y deberes de los trabajadores migrantes de temporada y campaña en la agricultura se impone como obligación empresarial la puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado durante la vigencia del contrato de trabajo que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor, así como en las recomendaciones sanitarias, debiendo quedar

garantizada, en todo caso, la habitabilidad e higiene adecuada del alojamiento. En el caso del sector agrícola, las condiciones mínimas del alojamiento se recogen en el anexo IX donde se realiza una descripción pormenorizada de las condiciones que deben reunir los citados alojamientos en cuanto a instalaciones, suministros, servicios, sistemas de calefacción y refrigeración, sistemas de evacuación, desinfección, botiquín, superficie, mobiliario, etc....indicando además que la puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado se extenderá más allá de la vigencia del contrato en caso de que concurran causas sobrevenidas de fuerza mayor toda vez que en estos casos la obligación se extenderá hasta la finalización de las citadas causas.

La regulación de las condiciones que deben reunir los alojamientos de los trabajadores migrantes de temporada y campaña mediante la citada OM vincula por tanto a todas las empresas que reciban trabajadores mediante contrataciones en origen por lo que las cláusulas convencionales que las partes negociadoras puedan establecer deberán observar en todo caso las prescripciones de la citada norma.

1.3. Infracciones en materia de contratación de trabajadores inmigrantes extranjeros

Sin ánimo de profundizar en el ámbito sancionador administrativo, brevemente vamos a hacer referencia a las infracciones en materia de contratación laboral de trabajadores extranjeros que podemos encontrar toda vez que se encuentran reguladas y amparadas por la LISOS como campo de protección de la situación de emigrante que tipifica las infracciones atendiendo a una doble intención:

- a) Proteger a las personas trabajadoras emigrantes, especialmente en lo relativo a su reclutamiento y contratación, condiciones de trabajo u ofertas para emigrar.
- b) Un control público de la emigración, mediante la sanción de la difusión de ofertas de trabajo para el extranjero sin la preceptiva autorización administrativa⁴.

Bajo la denominación «*Infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros*» la LISOS se relaciona directamente con la LOEx, al englobar la utilización de personas trabajadoras extranjeras sin los correspondientes permisos, el desarrollo de actividades por cuenta propia sin las debidas autorizaciones, y actividades de mediación o promoción del trabajo de extranjeros sin el preceptivo permiso de trabajo constitutivas de infracción muy grave, como son (art. 37 de la LISOS).

Dada la interacción de lo especificado en este punto con la LOEx, merece la pena aclarar determinados aspectos:

- a) El art. 54.1.d) de la LOEx, tipifica como infracción muy grave la conducta de contratar a trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la autorización de residencia y trabajo, y el art. 37.1 de la LISOS como infracción muy grave que los empresarios utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación. De esta forma se hace necesario, por su similitud, distinguir la tipificación realizada:
 - La LOEX, distingue en sus artículos 37 y 38 la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia y ajena, de forma que el extranjero que en España quiera trabajar por cuenta propia o ajena deberá obtener una u otra autorización,

⁴ Constituyen infracciones en materia de movimientos migratorios laborales las acciones u omisiones de los transportistas, agentes, consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración o movimientos migratorios (arts. 2.4 y 33 de la LISOS) que se califican como leves (art. 34 de la LISOS), graves (art. 35 de la LISOS) y muy graves (art. 36 de la LISOS).

y la primera tendrá efectos inicialmente limitados al ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma. Lo que sería trasladable al artículo 54.1.d) de la LOEx.

- La mención del art. 37.1 de la LISOS al término «preceptivo» debe interpretarse como lo que es ordenado por un precepto, y por lo tanto deber entenderse, tal y como concreta la SJS Zaragoza n.º 95/2018, de 20 de marzo de 2018, (ECLI:ES:JSO:2018:1774), que el permiso preceptivo es el que corresponde a la actividad para la que se obtiene la autorización⁵.

- b) La LISOS considera muy grave la conducta de los extranjeros que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el permiso de residencia y de trabajo, o no haberlo renovado, en su art. 37.2. Esto conecta con los arts. 52. c), 53. b) y 54.1.b) de la LOEX que clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves.

En relación a los incumplimientos de la normativa laboral en la materia de permisos de residencia y de trabajo encontramos que la mayoría de Sentencias de los distintos TSJ en el Orden Social se refieren precisamente a las impugnaciones de sanciones impuestas a empresarios por la contratación de trabajadores extranjeros sin el correspondiente y preceptivo permiso de residencia y de trabajo en los que los demandantes son precisamente los empleadores que solicitan la revocación del acta de infracción de la ITSS y la anulación de la correspondiente sanción, señalando a título de ejemplo, y por su reciente dictado, la STS de 23 de Mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:6966A), STSJ de Madrid de 8 de Junio de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:9494) o la STS de 7 de Septiembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:13289A) por la contratación de trabajadores extranjeros con permiso de residencia para estudios pero sin permiso de residencia y de trabajo preceptivos para trabajar. Así como Sentencias en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en solicitud reconocimiento de permisos de residencia y de trabajo instados por los propios trabajadores que solicitan la concesión o renovación de los mismos como acciones más habituales en la materia citando a título de ejemplo STS Galicia de 22 de Marzo de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2008).

Por otro lado y título de complemento de las infracciones en materia de contratación de extranjeros debemos hacer referencia a la incorporación en el CP de un nuevo tipo penal de delito en materia laboral, contra los derechos de las personas trabajadoras. Así, la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la UE, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, ha introducido una modificación del art. 311 del CP que responde, de esta manera, a la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento a la normativa europea y su modernización ante las nuevas realidades sociales.

La incorporación de las nuevas tecnologías en el mercado de trabajo ha provocado la elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas más perjudiciales. Estas niegan a las personas trabajadoras los derechos individuales y colectivos reconocidos con carácter de indisponibles e irrenunciables por la legislación laboral, la Constitución y los tratados

⁵ El art. 37.1 sanciona la contratación del trabajador extranjero que no dispone del permiso de trabajo correspondiente, que es el permiso de trabajo por cuenta ajena. Si la Ley ha querido distinguir entre autorizaciones para trabajar por cuenta ajena o propia y se contrata a un trabajador con un permiso o autorización no válido (no preceptivo) se incurre en la infracción del art. 37.1 de la LISOS. Existe tipicidad en el comportamiento del empresario que contrató al trabajador cuando contrató para trabajar por cuenta ajena, sin el permiso preceptivo, sin que desaparezca la tipicidad por el hecho de contar con un permiso para trabajar por cuenta propia.

internacionales. Así, el cambio impone como punibles hechos vinculados a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo.

Es decir, con esto se trata de reforzar los derechos de las personas trabajadoras a través de un mecanismo legal contra las empresas que, de manera sistemática, incumplan la legislación laboral. Algo que se da sobre todo en los modelos de contratación en el sector de *delivery*, que utiliza las plataformas digitales de reparto a domicilio: Glovo, Just Eat, Uber Eats, Deliveroo, entre otras. Todo ello deriva del reiterado abuso del modelo de contratación de los falsos autónomos bajo la apariencia de una contratación por cuenta ajena. Algo que ya viene definido en la STS de 25 de Septiembre de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:2924), y está considerado como la presunción de laboralidad en la Ley Rider⁶.

La tutela de la relación de trabajo está regulada en el ordenamiento jurídico laboral. Sin embargo, cuando entran en juego nuevas formas de criminalidad grave, los medios preventivos y sancionadores laborales parecen ser insuficientes. Por esto, se acude al Código Penal y se introduce un nuevo apartado 2º en el art. 311 del CP.

Hasta ahora, las empresas que contrataban a los trabajadores como autónomos con contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos o microtarefas se enfrentaban a multas administrativas de más de 200.000 euros. Estaban reguladas en la LISOS y las imponía la ITSS. En muchas ocasiones, las empresas preferían pagar la multa y seguir incumpliendo la ley. Actualmente, y con el reconocimiento de dicho tipo de contratación como un delito penal, los empresarios podrán enfrentarse a penas de prisión de hasta 6 años. Esta medida pretende endurecer el castigo para que se cumpla la normativa.

El art. 311 del CP protege las condiciones mínimas exigibles e irrenunciables de la contratación laboral. Además, garantiza la indemnidad de la relación laboral mediante la sanción de las conductas que atenten de forma más grave contra los derechos y condiciones laborales de las personas trabajadoras⁷. *SAP Oviedo de 4 de Septiembre de 2020 (ECLI:ES:APO:2020:3654), STS de 29 de Septiembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3488) y STS de 20 de Abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2077) dictada por delitos contra los derechos de los trabajadores por no haber dado de alta en la Seguridad Social a las trabajadoras en un club de alterne y haber contratado a mujeres extranjeras que no tenían el preceptivo permiso de residencia y de trabajo (art. 211.2 del CP). Doctrina consolidada en STS 425/2009, de 14 de abril, señaló que “[...] la jurisprudencia interpretativa del art. 312 del CP, siempre ha incluido en su contenido, al empleador que intenta contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, independientemente de que estos sean legales o ilegales. Lo valorable, a efectos punitivos, son las condiciones de trabajo impuestas. Siempre se ha considerado que comprende a todas aquellas personas que presten servicios remunerados por cuenta ajena, entre las que se deben incluir, según sentencia de 18 de Julio de 2003, las conocidas como chicas de alterne[...]” (en igual sentido SSTS 995/2000, 438/2004, 221/2005, 372/2005, 1360/2009, 308/2010, 503/2010, 160/211 y 378/211). SAP de Murcia de 2 de Noviembre*

⁶ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

⁷ Art. 311.2 del CP: “serán castigados con las penas de prisión de 6 meses a 6 años y multa de 6 a 12 meses: Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa. Las mismas sanciones siguen manteniéndose para “los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

de 2022 (ECLI:ES:APMU:2022:2694) por delito contra los derechos de los trabajadores del art. 311.1 CP en concurso ideal con un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 CP y en el que se personó como acusación particular el Sindicato CCOO, fueron perpetrados contra mujeres extranjeras con cargas familiares en su país, carentes de apoyos familiares cercanos, escasa cultura, desconocedoras del idioma español, cinco de las cuales habían venido a la campaña de la fresa de Huelva y posteriormente se habían desplazado a la Región de Murcia al haber tenido noticia de que ahí podrían trabajar sin papeles”. Aprovechando la situación de dichas personas que dependían de el empleador para su subsistencia, y de que las llevaba a solas al trabajo, valiéndose de las ventajas que le proporcionaba ser quien le proporcionaba trabajos e ingresos a personas que no podía trabajar legalmente y sin familia, circunstancias de que era consciente, mantuvo relaciones sexuales no deseadas por ellas.

Hay que añadir que existen otros abusos graves por parte de los empresarios que podrían encajar en este tipo penal, y pasar a considerarse ilegales y ajenos al contrato de trabajo. Por ejemplo, y entre otros: el fraude reiterado en las horas extras; la superación de la jornada en los contratos parciales o los contratos de becas o prácticas no laborales con el desempeño de funciones efectivamente laborales⁸.

En relación a estos posibles delitos por incumplimientos graves por parte de los empresarios en lo referente a la imposición de condiciones laborales distintas a las establecidas en los convenios colectivos y fundamentalmente referidas a trabajadores extranjeros, no se ha encontrado ninguna sentencia de carácter específico más allá de las anteriormente reseñadas.

Aunque el meritado art. 311 del CP no menciona expresamente a los extranjeros resulta evidente que el abuso así como las situaciones de necesidad se predicán habitualmente de trabajadores extranjeros que vienen a España en busca de trabajo y que en el caso de que se encuentren en situación de irregularidad tanto en su entrada como en su estancia, son presa fácil de empresarios que precisan mano de obra económica y que constituye la base de las condenas por infracciones de la normativa laboral de trabajadores extranjeros. Como tipo agravado nos encontramos con el art. 311 bis del CP que aumenta las penas para quien de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo o emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo.

Los arts. 312 y 313 del CP elevan nuevamente las penas impuestas a prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra así como a quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante tipificando conductas empresariales que con anterioridad se quedaban en meras sanciones administrativas que aunque elevadas en su cuantía no constituía una medida disuasoria suficiente, sin embargo la tipificación penal con la imposición de penas desde los dos años de prisión hasta cinco, provoca que la pena no pueda ser objeto de suspensión por carecer el imputado de antecedentes penales como ocurre en otros delitos por lo que el riesgo de entrada en prisión es más que evidente por lo que consideramos plausible la medida adoptada por el legislador como protección de los trabajadores extranjeros en España.

⁸ <https://www.uso.es/reforma-del-codigo-penal-nuevo-delito-de-ambito-laboral>

Como quiera que en este apartado hemos hecho referencia a alguna de las sentencias que a título de ejemplo nos han parecido relevantes en materia de infracciones de la normativa en relación a las condiciones de empleo, resulta paradigmático el caso de una trabajadora musulmana que con fundamentación en su religión solicitó a su empleador, utilizar uniforme que no tenga falda corta, quedar exenta de trabajar los viernes entre 13,30 y las 16,30 horas para realizar el rezo colectivo, así como finalizar su jornada una hora antes de la puesta de sol durante el mes de Ramadán y no trabajar en establecimientos donde se manipulen o vendan productos derivados del cerdo y alcohol. Dichas peticiones fueron denegadas por la empresa y la Sentencia del TSJ de Madrid de fecha 27 de Octubre de 1997 (ECLI:ES:TSJM:1997:1126) bajo la cuestionable argumentación de que la trabajadora al suscribir el contrato de trabajo, no manifestó su religión, hecho que entra en directa contradicción con el derecho a la intimidad de los trabajadores. En relación a la flexibilización de la jornada de los trabajadores para adaptarla a las especialidades de su confesión religiosa el Tribunal Constitucional en STC de 13 de Febrero de 1983 (ECLI:ES:TC:1985:19) entiende que la trabajadora no podía abandonar el puesto de trabajo de manera unilateral para satisfacer sus necesidades religiosas que previamente había solicitado por escrito a su empresa que acomodase su jornada de trabajo a la satisfacción de los ritos religiosos de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, dado que su institución religiosa “impide” trabajar entre la puesta de Sol del viernes y la del sábado. El TC atribuye a los convenios colectivos o los contratos de trabajo el hecho de poder pactar un día diferente de descanso semanal al señalar que el descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que dice el art. 37.1 del ET se organiza en la empresa de que se trata de acuerdo con la regla general, según la cual, se comprende el «domingo» en este descanso, regla que pertenece al ámbito dispositivo, ya que hace falta que por convenio colectivo o contrato de trabajo se pacte una regulación diferente por lo que en todo caso como vemos se dejan todas estas cuestiones a la negociación colectiva que es la que debe coordinar los intereses empresariales y la salvaguarda de los derechos en este caso, de los trabajadores extranjeros profesantes de religiones distintas.

No obstante, el objeto principal del presente estudio lo constituye el análisis de las cláusulas reguladoras del empleo y de las condiciones de trabajo de los trabajadores inmigrantes en la negociación colectiva, en relación con aquellos sectores de actividad laboral en los que existe una mayor presencia de extranjeros y que permite observar que son escasos los contenidos negociales que fomentan el empleo de estas personas por lo que se ha optado por una perspectiva amplia, analizándose también las medidas incluidas en los convenios colectivos que facilitan la integración de los trabajadores inmigrantes o que pueden prestar atención especial a su especial problemática aunque de un modo indirecto con especial análisis de los trabajadores del sector agrario, fundamentalmente en los denominados Convenios colectivos del Campo, pero también en aquellos que además regulan otras actividades cercanas, tales como ganadería, forestal, riego, recolección y empaquetado de productos y donde sorprendentemente no se ha encontrado una regulación pormenorizada del colectivo de trabajadores inmigrantes, siendo, curiosamente, su regulación más amplia en otros tipo de sectores como la industria, construcción u hostelería, sin olvidar su regulación por algunos convenios colectivos de empresa.

2. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA⁹

2.1. Derechos colectivos y de representación

No hemos encontrado en la negociación colectiva referencias expresas a la representatividad de los intereses de los trabajadores inmigrantes. Excepcionalmente, el art. 35. c) Convenio colectivo del Campo de Huelva (BOP de Huelva de 24 de Febrero de 2023), asume el compromiso de que se facilite que los sindicatos puedan acceder a las fincas para celebrar asambleas y/o visitar a las mujeres inmigrantes¹⁰. Resulta relevante esta especial consideración por parte de los sindicatos de la situación laboral de la trabajadora inmigrante, expresando una especial sensibilidad hacia la situación en la que se pueden encontrar en su doble condición de trabajadora “inmigrante” y “mujer”.

2.2. Libertad religiosa y fiestas propias

En relación con trabajadores extranjeros procedentes de países con sistemas culturales y religiosos diferentes, hay que tener en cuenta la dimensión religiosa, con el objeto de garantizar la ausencia de toda discriminación por motivo de creencias religiosas en el ámbito de las relaciones de trabajo. En este sentido hay casos en los que el convenio colectivo aplicable, para garantizar la neutralidad y aconfesionalidad, puede incluir una cláusula de prohibición de la utilización de cualquier rito o símbolo en el contexto de la relación de trabajo. Sin embargo, desde nuestro análisis de las condiciones de trabajo de los trabajadores extranjeros dicha previsión puede ser cuanto menos controvertida. Así, el art. 41 del Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal, manifiesta que “*con objeto de establecer una política de neutralidad corporativa que promueva unas condiciones de trabajo respetuosas con la diversidad de creencias o ideologías de cualquier índole, se prohíbe manifestar, practicar ritos y/o exhibir en el trabajo todo tipo de símbolos que demuestren convicciones políticas, religiosas o filosóficas*”. Esta prohibición de manifestar en el trabajo convicciones religiosas deberá ser aplicada atendiendo a lo que vaya marcando la jurisprudencia, siendo decisiva la reciente STJUE 15 de julio 2021, C-804/18, *Asunto WABE y MH*¹¹, que considera que una norma interna que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad, siempre que se acrediten posibles consecuencias desfavorables frente clientes o usuarios. Asimismo, advierte la STJUE 15 julio 2021 que la prohibición de portar signos visibles de convicciones políticas, religiosas o filosóficas solo podrá aceptarse cuando cubra toda

⁹ En nuestro análisis compartimos los resultados del estudio ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.; ORDÓÑEZ CASADO, I.; TOMÁS JIMÉNEZ, N. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables”, en VV.AA. (coords. C.L. Alfonso Mellado, M.A. Almendros González, H. Álvarez Cuesta, A. Esteve Segarra, R. Gómez Gordillo, D. Lantarón Barquín, A. Merino Segovia, J.L. Moneréo Pérez, A.B. Muñoz Ruiz y W. Sanguinetti Raymond): *Observatorio de la negociación colectiva. Políticas de empleo, trabajo a distancia y derechos digitales*, Biblioteca Ciencias Sociales núm. 22, Ed. Cinca, Madrid, 2022, conclusiones que añadimos a nuestro estudio particular.

¹⁰ *Ibid.*, página 195.

¹¹ Es preciso observar sentencias anteriores, entre otras, la STJUE n.º 157/15, de 14 de marzo de 2017, núm. 157/15, en relación con la utilización del velo o pañuelo islámico en el trabajo el TJUE establece que “la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones”.

forma visible de expresión y no solo aquellas que sean vistosas o de gran tamaño ya que en tal caso, sí mediaría discriminación.¹²

Ni el ET ni el RD 1561/1995 de 21 de septiembre de jornadas especiales de trabajo, nombran la posibilidad de acomodar la jornada de trabajo a las necesidades religiosas de los trabajadores. Sí que el RD 2001/2001 de 28 de julio sobre regulación de jornada de trabajo, jornadas especiales y descanso, que sigue parcialmente vigente, otorga en su art. 45 una serie de festividades de índole religiosa, que afectarán a todos los trabajadores de manera *erga omnes* y con carácter general sin tener en cuenta la particularidad confesional de los diferentes trabajadores de la empresa. Por tanto y ante la falta de norma, le corresponde a los agentes sociales determinar a nivel de convenio colectivo la acomodación razonable que debe ponderar entre el interés laboral y empresarial, negociando en su caso las especialidades sobre la religiosidad de los trabajadores profesantes dentro de las empresas y que debería incorporar una seguridad jurídica paccionada entre las partes negociadoras del convenio colectivo a efectos de establecer una norma de paz relativa a la hora de ejercer los derechos religiosos de los trabajadores.¹³

Respecto a las concretas condiciones de empleo que son expresamente reconocidas en los convenios colectivos, veamos algunos ejemplos.

El artículo 10 del Convenio colectivo de Frutas y Hortalizas de Almería (BOP de Almería de 20 de Febrero de 2021) reconoce el derecho de los trabajadores a obtener licencias no retribuidas obligando para ello a las empresas del sector a negociar con las personas trabajadores la distribución de la jornada de trabajo para compatibilizar el mismo con la celebración de costumbres religiosas señaladas de todos los cultos.

Más descriptivo es el art. 23 del Convenio colectivo del trabajo del Campo de Almería (BOP de Almería de 24 de Abril de 2013) que reconoce un permiso especial con motivo de las fiestas del Ramadán entendiendo que la mayoría de los trabajadores de su ámbito de aplicación profesan la religión musulmana, trabajadores provenientes de Marruecos y de otros países de África al establecer que:

“Todos los trabajadores sujetos al presente Convenio y siempre que la situación del trabajo lo permita, tendrán derecho a un mes por año de permiso sin retribuir, por motivos plena y claramente justificados, según la casuística del artículo anterior. Este permiso especial habrá de ser solicitado previamente y justificado adecuadamente con posterioridad. Durante la duración de este permiso, el trabajador que lo disfrute, no podrá realizar ningún tipo de trabajo retribuido como asalariado por cuenta ajena.

¹² ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.; ORDÓÑEZ CASADO, I.; TOMÁS JIMÉNEZ, N. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables”, *op. cit.*, páginas 195 y 196.

¹³ Art. 12 de la Ley 26/1992 de cooperación del Estado con la Comisión Islámica Española otorga una flexibilidad entre las partes contratantes para pactar jornadas especiales y de festividad para la acomodación de las necesidades religiosas de los musulmanes. “Los miembros de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España» que lo deseen, podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta hasta las dieciséis treinta horas, así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta del sol, durante el mes de ayuno (Ramadán). En ambos casos, será necesario el previo acuerdo entre las partes. Las horas dejadas de trabajar deberán ser recuperadas sin compensación alguna. Las festividades y conmemoraciones que a continuación se expresan, que según la Ley Islámica tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir, siempre que medie acuerdo entre las partes, a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de los fieles de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la «Comisión Islámica de España». Por su parte, el art. 12 de la Ley 25/1992 del Acuerdo de Cooperación con las Comunidades Israelitas de España fija, un ajuste del horario para los trabajadores profesantes de la religión judía, el descanso semanal reglamentario desde la tarde del viernes y todo el día del sábado (*Sábar*) siempre que exista acuerdo entre las partes, y, por lo tanto, si existiera el acuerdo, el día y medio de descanso semanal que fija el ET pasaría a ser la tarde del viernes y el día del sábado, en lugar de, preferentemente la tarde del sábado y el día entero del domingo o el día entero del domingo y la mañana del lunes.

Fiestas con motivo del Ramadán.

a) Los trabajadores que, por sus ideas religiosas, celebren “la Fiesta Chica” y “la Fiesta del Cordero”, disfrutarán de un día de permiso no retribuido coincidiendo con la fecha en que cada una de ellas tengan lugar. b) Así mismo, durante la celebración del Ramadán, los trabajadores que profesen esta confesión religiosa, previo acuerdo entre la empresa y los representantes legales o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los trabajadores del centro de trabajo afectado, podrán fijar su jornada de forma continuada, con una disminución de una hora al comienzo y otra al término de la misma. Dicha reducción se recuperará en la forma que, igualmente, se acuerde. A falta de acuerdo, los trabajadores podrán solicitar el arbitraje de la Comisión Paritaria del Convenio, cuya decisión, que deberá adoptarse por unanimidad de sus miembros, tendrá carácter vinculante para la empresa y los trabajadores afectados”.

A la vista del contenido de las mencionadas cláusulas convencionales se aprecia cómo el derecho a solicitar adaptaciones de la jornada de trabajo con motivo de las festividades religiosas se transforma en auténtico derecho a disfrutar de permisos y licencias no retribuidas.

2.3. Desplazamientos a sus lugares de origen

Como medida indirecta de fomento del empleo de la población extranjera se puede considerar el hecho de facilitar que los trabajadores extranjeros puedan asistir a acontecimientos importantes de carácter familiar en sus países de origen¹⁴. Para ello resulta esencial atender a los permisos retribuidos previstos en el art. 37 del ET y que los convenios colectivos asuman el compromiso concreto de mejorar estos términos cuando el hecho causante concorra en el extranjero. De esta manera, algunos convenios colectivos contemplan permisos de corta o media duración, retribuidos y no retribuidos, para los casos de nacimiento, enfermedad grave, fallecimiento, etc., de familiares cuando éstos estén fuera del país. No obstante, este tipo de cláusulas deben redactarse atendiendo al dato objetivo de la necesidad del desplazamiento al extranjero, sin que pueda ser relevante a estos efectos la nacionalidad del sujeto que se desplaza, careciendo por tanto de una justificación objetiva cuando se refiere exclusivamente al colectivo de los trabajadores extranjeros al implicar una desigualdad de trato reservar esa ventaja sólo para los extranjeros. Una redacción de este tipo, restringida a los trabajadores extranjeros, tendría un valor positivo al prestar atención a una situación de vulnerabilidad pero resultaría discriminatoria respecto a los trabajadores nacionales que tengan familiares en el extranjero. Por ejemplo el art. 22 del Convenio colectivo del Campo de Almería reconoce un permiso retribuido adicional de dos días para los casos de fallecimiento del cónyuge, hijos, padres, hermanos, abuelos y nietos, alumbramiento de la esposa, así como el los casos de enfermedad grave y/u hospitalización del cónyuge, padres, hijos, hermanos o padres políticos, el trabajador tuviera que desplazarse fuera del territorio español, todo ello sin especificar si se trata de un trabajador de nacionalidad extranjera o español suponiendo en este caso un trato igualitario para todos los trabajadores de la empresa afectados por el convenio.

Para satisfacer estas necesidades personales y familiares los trabajadores, en general, cuentan con estos permisos retribuidos que reconoce el art. 37.3 ET. No obstante, algunos convenios prevén exclusivamente para los trabajadores extranjeros extracomunitarios o comunitarios de países no colindantes con España, una ampliación de estos permisos.

¹⁴ Siguiendo a ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.; ORDÓÑEZ CASADO, I.; TOMÁS JIMÉNEZ, N. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables”, op. cit., página 197.

Como se ha señalado en estudios específicos¹⁵, se trata de una cláusula habitual en el sector de la construcción y a título de ejemplo, el art. 73 Convenio colectivo estatal de la Construcción prevé que en el caso de trabajadores no comunitarios o comunitarios de países no colindantes con España por nacimiento o adopción de un hijo el permiso será, siempre que acrediten efectivamente la realización del desplazamiento a su país de origen, de cinco días naturales, pudiéndose ampliar hasta ocho días con el consentimiento de la empresa, pero siendo exclusivamente retribuidos los cinco días antes señalados; y correspondiendo por fallecimiento del cónyuge y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, un permiso de seis días naturales, pudiéndose ampliar hasta ocho días con el consentimiento de la empresa, pero siendo exclusivamente retribuidos los seis días antes señalados¹⁶.

Otros convenios colectivos simplemente contemplan una ampliación de los permisos sin atender a la nacionalidad del trabajador y en otros casos se requiere que dicho desplazamiento se realice fuera de la localidad donde el trabajador resida¹⁷, o exigiéndose que el desplazamiento supere un determinado número de kilómetros o el límite provincial, autonómico, etc.; pudiendo observarse en este sentido, tanto en convenios colectivos sectoriales como de empresa.

En cuanto a la fijación de un umbral kilométrico como referencia, los convenios suelen oscilar entre 75 kms. y 200 kms.¹⁸ El art. 18.1 Convenio colectivo marco de la UGT añade un corrector que puede ser considerado una buena práctica al prever la posibilidad de alcanzar acuerdos para matizar ese concepto de desplazamiento *“en función de los medios de transportes existentes y el tiempo que se tarde ir de un lugar a otro y, otras circunstancias que permiten discriminar positivamente a quien tiene que realizar una travesía más larga y complicada”*.

¹⁵ *Ibid.*, páginas 197 a 201, que específicamente seguimos.

¹⁶ En términos similares, convenios colectivos provinciales del sector de la construcción, como por ejemplo, el art. 13.3 Convenio colectivo de Córdoba de Construcción y Obras Públicas; art. 19 Convenio colectivo de Huelva para las industrias de la Construcción y Obras Públicas; art. 62 b) Convenio colectivo de Almería de Construcción y Obras Públicas; art. 38 Convenio Colectivo de Pontevedra de Construcción; el art. 32 del Convenio Colectivo de Navarra de las Industrias de la Construcción y Obras Públicas. También se localiza este tipo de cláusula de forma aislada en algún convenio de empresa como, por ejemplo, en el art. 55 Convenio colectivo de la empresa Akra Rehabilitación.

¹⁷ Art. 20 Convenio colectivo Frutas Agua. También el art. 30 Convenio colectivo de la empresa Agrícolas Las Lomas (Complejo Agrícola SL. y Navazos Boyer SL.), aunque es una cláusula controvertida porque vulnera en algunos aspectos lo establecido en el ET, si bien en otros lo mejora.

¹⁸ Entre los convenios sectoriales: art. 14 Convenio colectivo de la Comunidad de Madrid de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos, requiriéndose un desplazamiento al efecto de más de 100 kilómetros; art. 18 Convenio colectivo de Navarra de Comercio del Metal, que asciende hasta 150 kms.; el art. 24 Convenio colectivo de Navarra de Almacenistas de Alimentación fija este umbral en 200 kms. de desplazamiento; o el art. 18.3 Convenio colectivo de Teruel de Comercio que amplía el permiso a cinco días si concurre un desplazamiento superior a 100 kilómetros, o que deba realizarse en medio de transporte colectivo. Entre los *convenios de empresa*: art. el art. 14 Convenio colectivo Diario El Correo, SAU, estableciendo que los permisos se amplían en tres días naturales más cuando se realice un desplazamiento superior a 150 kms.; o el art. 26 Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forms Valencians Forva, SA, Unipersonal determinando que si se necesita hacer un desplazamiento al efecto de más de 100 kilómetros, el plazo será de cuatro días hábiles. En términos similares, art. 45.2 Convenio colectivo del Grupo Enagás considerando que existe tal desplazamiento cuando la localidad de destino se encuentre a una distancia igual o superior a 100 km de la localidad en que esté ubicado el Centro de Trabajo; el art. 18 Convenio colectivo TermEuropa, S.A. (Balneario de Arnedillo), que lo fija en 75 kms. del lugar de residencia del trabajador; el art. 23 Convenio colectivo de la empresa Ezkerraldea Meatzaldea Bus, S. A. que lo incrementa en dos días si existe un desplazamiento de más de 150 kms.; o el art. 20 Convenio colectivo de la empresa Hyperion Materials & Technologies Spain, SL. al expresar que cuando la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, igual o superior a 200 kilómetros, el plazo se ampliará hasta un máximo de cinco días. También el art. 18.1 Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores, especificando que se considera desplazamiento a estos efectos los realizados desde el domicilio del trabajador, superiores a 80 kilómetros de ida y 80 de vuelta, concediéndose en estos casos cuatro días laborales; y matizando que si el desplazamiento tiene que efectuarse desde territorio peninsular a las islas, a Ceuta o Melilla, o desde cualquiera de estos lugares a la península, así como entre Islas, no se computará este límite de 80 kms. De forma restrictiva, el art. 26 del Convenio colectivo de Beer&Food al aumentarse en un día cuando se necesite hacer un desplazamiento de 150 kilómetros por cada uno de los viajes de ida y vuelta. Por tanto, ofrece una regulación no respetuosa con el ET que prevé en estos casos un permiso de cuatro días.

Algunos convenios colectivos optan por una ampliación del permiso de forma gradual, atendiendo al número de kilómetros que supone el desplazamiento e incrementándose de forma progresiva el permiso¹⁹. Este tipo de cláusulas representan una buena práctica convencional, si bien es preciso advertir que algunos convenios establecen que esos días adicionales no tengan la consideración de permiso retribuido²⁰.

En otros casos ese carácter progresivo del permiso se realiza tomándose como referencia la Comunidad Autónoma, como por ejemplo, el art. 26 Convenio colectivo Domiberia SLU, que amplía considerablemente estos permisos atendiendo a la realización de un desplazamiento al efecto fuera de la provincia de residencia, pero dentro de la Comunidad Autónoma (se incrementa dos días), e incrementándose en tres días (naturales) más si el desplazamiento es fuera de la Comunidad Autónoma²¹.

Lo relevante desde el punto de vista de este estudio y para el caso que nos ocupa es que se tenga en cuenta que el desplazamiento que el trabajador extranjero precisa realizar con carácter general se encuentra fuera del territorio nacional lo cual supondría un diferenciación en pro del trabajador sin tener en cuenta la nacionalidad del trabajador sino la necesidad del desplazamiento toda vez que a falta de una regulación específica los trabajadores extranjeros se ven abocados a solicitar excedencias para poder viajar a sus países de origen sin perder el vínculo contractual con las consecuencias negativas que dicha decisión conlleva por lo que el establecimiento de permisos no retribuidos es una buena medida para coordinar los intereses empresariales y los del trabajador extranjero²²

2.4. Licencias sin sueldo

Con la finalidad de facilitar el desplazamiento ocasional al país de origen del trabajador extranjero algunos convenios colectivos contemplan la posibilidad de solicitar una licencia sin sueldo, lo que igualmente constituye una medida indirecta de fomento

¹⁹ Art. 11 Convenio colectivo de Gipuzkoa de Fabricación de Pasta, Papel y Cartón; art. 27 Convenio colectivo de Zaragoza de Transporte de Viajeros por Carretera; art. 17 Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa; art. 20 Convenio Colectivo de la empresa Troger, S.A.; art. 23 Convenio colectivo de la empresa Faes Farma S.A. que prevé una ampliación gradual del número de días si el desplazamiento supera 200kms., 400kms., etc.; art. 30 c) Convenio colectivo de la Comunidad Autónoma de Canarias del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, que contempla la ampliación del permiso en un día por cada 300 kilómetros dentro de la península, salvo que se realice fuera de la península en cuyo caso se computará por desplazamiento y no por km, siendo, por tanto, un día para la ida y otro para la vuelta. El art. 16 Convenio colectivo de Segovia de empresas de transporte de mercancías por carretera recoge una ampliación gradual idónea atendiendo al número de kilómetros: *“los citados días se aumentarán en un día más, si con tal motivo la persona trabajadora necesita hacer un desplazamiento al efecto siempre que sea fuera de la provincia del centro de trabajo, y siempre que se encuentre a más de 250 kilómetros y se aumentará en dos días más, hasta alcanzar un total de cuatro días, cuando la distancia sea superior a 500 kms.”*. Más benevolente se muestra el art. 24 Convenio colectivo Estatal de Estaciones de Servicio que prevé seis días retribuidos, ampliables a cuatro más sin retribución.

²⁰ Art. 14 Convenio colectivo de la empresa Busturialdea Lea Artibai Bus, S.A.

²¹ En esta línea, el art. 16 Convenio Colectivo de la empresa Oleícola El Tejar Ntra. Señora de Araceli, S.C.A., ampliándose el permiso a tres días naturales más si el desplazamiento es fuera de la Comunidad Andaluza. Atendiendo a si se trata de provincias limítrofes o no, el art. 2 Convenio colectivo de la empresa DHL Supply Chain, SL.

²² Art. 35. 9 Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, que establece siete días laborables; art. 20. 2 a) Convenio colectivo de Málaga de Hostelería; art. 30 c) Convenio colectivo de la Comunidad Autónoma de Canarias del Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia; art. 52.2 Convenio colectivo Estatal de Perfumería y Afines; art. 36 Convenio colectivo para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia; art. 20, b) Convenio colectivo de Valencia de Transportes de mercancías por carretera, logística y mensajerías, que los amplía a 7 días en el caso de desplazamiento al extranjero pero bajo la fórmula de permiso no retribuido la mejora; o el art. 7.3 Convenio colectivo de empresa para el personal laboral del Ayuntamiento de Cangas del Narcea que prevé de forma más satisfactoria una ampliación de estos permisos de siete días en caso de producirse fuera de la península o del territorio nacional y afecte a familiares de primer grado, y seis días si es de segundo grado. Como una cláusula convencional aceptable en esta materia cabe mencionar la contenida en el art. 44. c) Convenio colectivo de la empresa Dependencia en Extremadura, S.L., al establecer que *“cuando el hecho causante haya acaecido fuera del territorio español y con una distancia mínima de 1000 kilómetros, y el afectado sea el cónyuge, pareja de hecho legalmente establecida o pariente de primer grado por consanguinidad o afinidad, los 5 días de permiso se verán incrementados, previa solicitud del trabajador, en otros 5 días más, estos últimos no retribuidos. En este caso, se deberá probar cumplidamente el desplazamiento realizado”*.

del empleo de la población extranjera. Es cierto que tales licencias sin sueldo no están exclusivamente contempladas para trabajadores extranjeros, sino para cualquier incluido en el ámbito de aplicación el convenio colectivo. Pero igualmente es cierto que son los trabajadores extranjeros los que pueden hacer uso de los mismos para cubrir sus necesidades de desplazamiento. De esta manera, algunos convenios colectivos²³ recogen esta posibilidad, estableciendo en cada caso unos diferentes límites temporales, requisitos como una mínima antigüedad en la empresa y/o tener un contrato indefinido, que no se supere un determinado porcentaje de trabajadores que estén disfrutando este tipo de licencia²⁴. Por ejemplo, el art. 14 b) Convenio colectivo de la Comunidad de Madrid de Comercio de Óptica al Detalle y Talleres Anejos, prevé tal opción, indicando que *“podrán solicitar licencia sin sueldo, con una antelación máxima de tres meses, los trabajadores fijos que, habiendo superado el período de prueba, lleven al servicio de la empresa más de seis meses. Las empresas resolverán favorablemente las solicitudes que en este sentido se les formule, salvo que la concesión de licencias afectara gravemente al proceso de trabajo o se encontraran disfrutando este derecho un número de trabajadores equivalente al 2 por 100 de la plantilla, o un trabajador en las empresas de menos de 50 trabajadores. Para tener derecho a una nueva licencia, deberán transcurrir como mínimo dos años completos desde la fecha de terminación de la anterior”*.

No obstante, no son muchos los convenios colectivos que contemplan estas licencias no retribuidas, pero los que la regulan suelen establecer una serie de requisitos para poder obtener la licencia, como por ejemplo exigir una mínima antigüedad en la empresa y un período de carencia para que les sean concedidas de nuevo (por ejemplo, art. 18 c) Convenio colectivo de European Air Transport Leipzig GmbH, sucursal en España, establece que podrá solicitarse solo cada tres años; o el art. 55 Convenio colectivo Estatal de Perfumería y Afines que establece cada dos años). En cuanto al aspecto de la antigüedad, varía desde los citados 6 meses de antigüedad (art. 55 Convenio colectivo Estatal de Perfumería y Afines), un año (art. 17. b Convenio colectivo de oficinas corporativas del Grupo Siemens Gamesa; art. 37 Convenio colectivo de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía; art. 65 Convenio colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad), o incluso dos años (art. 22 Convenio colectivo Nacional para las Industrias de Turrones y Mazapanes; art. 52 Convenio colectivo Estatal de Industrias Cárnicas). Este último caso es del art. 26 Convenio colectivo de Navarra de Almacenistas de Alimentación contiene una cláusula que si bien puede parecer más exigente al requerir que el trabajador/a lleve un mínimo de 2 años de servicio en la empresa, no pudiendo exceder en su duración el plazo de un mes, combina elementos que otorgan la flexibilidad necesaria para que esta medida resulte eficaz como que se solicite con al menos un mes de antelación como plazo razonable para la organización de la empresa, y muy especialmente protege al trabajador que disfrute esta licencia al establecer que *“el trabajador/a en esta situación, permanecerá de alta en la empresa obligándose ésta a cotizar por la base mínima de cotización a la Seguridad Social durante el tiempo en que permanezca en situación de licencia sin sueldo”*, aspecto éste muy relevante para el trabajador. En términos similares se pronuncia el art. 19 Convenio colectivo de Navarra de Comercio del Metal, pero sin la protección referida a que el trabajador continúe dado de alta en la Seguridad Social.

²³ Siguiendo a ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.; ORDÓÑEZ CASADO, I.; TOMÁS JIMÉNEZ, N. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables”, *op. cit.*, páginas 201 a 204.

²⁴ En este sentido, art. 16 Convenio colectivo de la empresa Teka Industrial, S.A.; art. 55 Convenio colectivo Estatal de Perfumería y Afines; art. 65 Convenio colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad; o el art. 164, a) Convenio colectivo del personal de tierra de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A., establece que “el límite máximo de concesión de licencias no retribuidas, en cuanto al número de trabajadores que puedan disfrutarlas, será de uno por cada cuarenta o fracción dentro del respectivo grupo o especialidad”.

En cuanto a las duraciones de estas licencias no retribuidas encontramos una importante casuística. De este modo, en el análisis que seguimos se comprueba como las mismas oscilan desde los diez días, ampliables de mutuo acuerdo hasta quince días para asuntos propios (art. 26 Convenio colectivo de la Comunidad Valenciana para la recolección de cítricos; art. 59.18 Convenio colectivo de Zaragoza de la Industria, la Tecnología y los Servicios del sector del Metal; art. 65 Convenio colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad), que puede ser insuficiente²⁵; a un intervalo que necesariamente debe fluctuar entre doce y veinticuatro meses (art. 11 Convenio colectivo de Segovia de empresas de Transporte de Mercancías por Carretera), lo que puede resultar excesivamente amplio ya que es una figura complementaria de las excedencias²⁶. Aunque dependerá de las circunstancias concurrentes, hay convenios colectivos que reconocen una duración intermedia a las anteriormente mencionadas, más flexible y equilibrada, por ejemplo, entre 1 y 3 meses²⁷.

2.5. Formación específica. El idioma

En relación a la formación específica para trabajadores extranjeros e instaurar medidas para promover la inserción de los mismos tan solo se ha encontrado un artículo en el Convenio colectivo del Campo de Almería cuyo título reza *formación específica para inmigrantes* y que tras una lectura del mismo se puede verificar que no contiene prescripción alguna en tal sentido limitándose a una remisión genérica a los programas de formación continua que se lleven a efectos en desarrollo del Acuerdo Tripartito para el resto de trabajadores echándose en falta la concesión de permisos retribuidos o no, para recibir formación específica para dicho colectivo o el establecimiento de medidas de acción social tales como la asunción de los gastos de matrícula para la realización de cursos de formación o aprendizaje del idioma español en caso de colectivos de habla extranjera como ocurre en algún que otro sector.

Nos encontramos con que en ocasiones, el idioma es uno de los mayores obstáculos para la integración sociolaboral de los trabajadores inmigrantes, por lo que sería recomendable la inclusión de cláusulas que prevean subvenciones o ayudas de diferente índole (económicas, licencias, facilidades de horario, etc.) para la realización de cursos o talleres de la lengua predominante en la empresa. En esa línea, y de forma aislada, puede mencionarse el art. 59 Convenio colectivo del Grupo Enagás que prevé ayudas económicas por estudios de idioma; o el art. 21 Convenio colectivo de Navarra de Comercio del Metal, indica que *“con el fin de conseguir la mayor elevación cultural y profesional de los trabajadores, las empresas abonarán a todos aquellos trabajadores que lo soliciten los gastos de matrícula en la Escuela de Artes Aplicados y Oficios Artísticos y en la Escuela de Idiomas para aprendizaje del Euskera o en cualquier otro centro similar de la localidad donde realicen la prestación de trabajo, siempre que dichas enseñanzas sean tomadas fuera de las horas de trabajo y con normal aprovechamiento en los estudios.*

²⁵ Insuficiente sería también el previsto en el art. 46 Convenio colectivo del Grupo Enagás al limitarlo como máximo al total de las horas laborables correspondientes a diez días naturales al año. Sin embargo, podría considerarse suficiente el periodo de entre siete y veintidós días establecido en el art. 30 Convenio colectivo de la Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón, S.A.

²⁶ En este sentido, el Convenio colectivo Diario El Correo, SAU (art. 14), contempla una excedencia voluntaria especial que funciona a modo de licencia no retribuida que prevé la reserva de puesto de trabajo de 6 a 12 meses de duración, siempre y cuando cumplan los trabajadores unos requisitos.

²⁷ Por ejemplo, el art. 11.11) Convenio colectivo de Segovia de Limpieza de Edificios y Locales, prevé una licencia por asuntos propios de tres meses al año, computándose de una sola vez o fracción mensual, no coincidente con el período estival, y que debe solicitarse solamente con una antelación de 20 días, salvo en casos de urgente necesidad. En términos similares, art. 25.a) Convenio colectivo de Teruel de Oficinas y Despachos; art. 45 Convenio colectivo de la empresa Dependencia en Extremadura, S.L. Asimismo, el art. 60 Convenio colectivo Asociación Prodiversa, Progreso y Diversidad contempla estas licencias por un periodo mínimo de 15 días hasta 4 meses de duración al año. En similares términos, el art. 66 Convenio colectivo de La Voz de Galicia, SA., o el art. 18.2 Convenio colectivo de la UGT.

*Esto se hará extensivo a los aprendices, bien entendido que una falta injustificada, dará lugar a la pérdida del derecho. Las empresas facilitarán a los aprendices la salida a las siete de la tarde para hacer uso de lo previsto en este artículo*²⁸. La finalidad de esta cláusula concreta puede ser promover el uso del euskera, en detrimento de otras lenguas, sin embargo entendemos que para lograr una integración socio laboral de los trabajadores inmigrantes sería conveniente la inclusión de ayudas para que los trabajadores inmigrantes puedan expresarse en la lengua que corresponda en cada caso²⁹.

2.6. Circunstancias que afectan a la contratación

Las cláusulas de los convenios colectivos analizados no contienen prescripción alguna sobre la contratación de trabajadores extranjeros por lo que a falta de regulación se ha acudido a la Jurisprudencia resultando que en la jurisdicción social no se ha encontrado ninguna sentencia relativa a las condiciones de empleo de los trabajadores inmigrantes concluyendo que la jurisprudencia existente en la materia no tiene un carácter estrictamente laboral, más allá de la ya conocida STS de fecha 25 de Septiembre de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:2924) que declara la laboralidad de los trabajadores de plataformas digitales y por ende su encuadramiento en el régimen general de la seguridad social, sector éste conformado en su mayoría por trabajadores extranjeros extracomunitarios y que son empleados como falsos autónomos cuando en realidad se trata de una relación laboral por cuenta ajena con todas las consecuencias legales inherentes a dicha circunstancia.

Al hilo de lo anteriormente expuesto vamos a hacer referencia en orden a su especial relevancia en cuanto a la contratación verbal de un trabajador extranjero sin el preceptivo permiso de residencia y de trabajo, se declaración de existencia de relación laboral del trabajador que posteriormente es despedido y cómo mediante sentencia se condena al empresario al abono de la correspondiente indemnización por despido declarándose la extinción del contrato de trabajo con efectos retroactivos a la fecha del despido, sin que haya lugar a la opción entre la readmisión, con abono de los salarios de tramitación y la extinción de la relación laboral (en la fecha del dictado de la sentencia), con abono de la correspondiente indemnización, pues la condición de trabajador extranjero no comunitario, sin autorización de residencia y trabajo, se declara que no es una causa sobrevenida de extinción del contrato de trabajo, siendo lo esencial la imposibilidad de readmisión del trabajador ante la irregularidad de la situación cuando esta imposibilidad es por una causa preexistente al despido teniéndose en cuenta que la ausencia de la autorización "imposibilita" el "contrato de trabajo del extranjero". STJ de Cataluña de fecha 7 de Julio de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:7006).

Mencionamos así mismo por su relevancia la STS de fecha 16 de Noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5350) en cuanto da respuesta a la cuestión sobre los efectos que tiene en el contrato de trabajo de un trabajador extranjero extracomunitario y la pérdida sobrevenida del permiso de trabajo y residencia por cuanto la cuestión da validez y efectos al contrato de trabajo celebrado por quien, careciendo de la nacionalidad de alguno de los Estados Miembros de la UE. Partiendo de la inicial consideración de nulidad del contrato de trabajo del trabajador extranjero irregular, el TS había admitido, no obstante, que el trabajador pudiera exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido (ex art. 9.2 ET) por el trabajo que ya hubiese prestado. Tras la entrada en vigor de la LOEx, la Sala pasó a tener en

²⁸ También el art. 10 Convenio colectivo de la empresa Busturialdea Lea Artibai Bus, S.A. incluye un plan de ayudas al aprendizaje del euskera en la línea de un 50% del coste de la matrícula previa presentación de la acreditación por parte del centro de la asistencia exigida por la ley. Este porcentaje será del 100% de la matrícula acreditando la obtención del título correspondiente o la aprobación del examen correspondiente.

²⁹ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.; ORDÓÑEZ CASADO, I.; TOMÁS JIMÉNEZ, N. y VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: "La igualdad en el empleo para colectivos vulnerables", *op. cit.*, página 196.

cuenta la especial relevancia de su art. 36.5, según el cual «*la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles en su situación (...)*». En la STS de 9 junio 2003 (rcud. 4217/02) se afirmaba, si bien para el caso de la determinación de responsabilidad por accidente de trabajo, que «*el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo, y, siendo ello así, no puede privarse al trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo*». En congruencia, en STS de 29 septiembre 2003 (rcud. 3003/2002), 21 junio 2011 (rcud. 3428/2010) y 17 septiembre 2013 (rcud. 2398/2012) sostuvo que es obligado concluir que la misma ley salva la sanción de nulidad del contrato proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado. El debate se suscita en las consecuencias de la extinción contractual ocasionada por la circunstancia de que el trabajador pierda -por falta de renovación- la necesaria autorización para trabajar. La extinción del contrato ha de ser tratada como un despido improcedente, si bien, dada la imposibilidad de readmisión ante la situación irregular en la que se encuentra el trabajador, impone directamente la condena a la empresa al abono de la indemnización.

No existe precisión sobre la cuestión de la posible aplicación de la causa objetiva del apartado a) del art. 52 ET. Pero, en todo caso, es lo cierto que la fijación de las consecuencias económicas del cese como si se tratara de un despido improcedente, excluye subsumir este tipo de situaciones en una causa extintiva previamente aceptada en el contrato y, por ende, huérfana de compensación para el trabajador.

La pérdida del permiso justificaría la extinción del contrato de trabajo, mas el extranjero sin la pertinente autorización no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley. La utilización del apartado b) del art. 49.1 ET para poner fin al contrato no resulta ajustada a derecho. El precepto legal sólo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley. Además, resultaría cláusula abusiva aquélla que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador. No cabe duda de que la pérdida de la autorización para trabajar en España imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero. Tampoco puede negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Sin embargo, nuestro legislador ha querido dotar de un determinado marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y los contornos de esa protección deben garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en España pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente.

2.7. Especial referencia al sector del campo

2.7.1. Alojamiento y manutención en la agricultura

Hemos considerado conveniente realizar algunas consideraciones específicas sobre el empleo de los trabajadores extranjeros en el *sector de la agricultura (y afines)*, que además se caracterizan por tratarse normalmente de trabajos de temporada. En este sentido, incluso se ha llegado a acuñar una terminología propia de “trabajador migrante”, concepto más amplio, no necesariamente coincidente con el de “trabajador extranjero”³⁰.

³⁰ Con carácter general se define a las personas trabajadoras migrantes a los españoles, comunitarios, extranjeros residentes con autorización para trabajar y extranjeros no residentes contratados en su país de origen, que

En relación con la cuestión del alojamiento en algunos convenios colectivos se reconoce el derecho del trabajador inmigrante a que la empresa les facilite alojamiento gratuito como en el caso del art. 13 Convenio colectivo de Huelva del Campo por cuanto establece que *“cuando las empresas faciliten alojamiento a sus trabajadores/as, estos serán gratuitos, no descontándose alquiler alguno al trabajador/a, principalmente en los casos en que se produce inmigración de trabajadores/as con motivo de recogida de cosecha, inexcusablemente, deberán reunir los requisitos adecuados de sanidad e higiene exigidos por la legislación vigente, para que las personas trabajadoras puedan habitar en ellos de una forma digna, y en todo caso, reunir como mínimo, las condiciones de habitabilidad establecidas por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. También instarán a la Junta de Andalucía, la construcción de viviendas y Locales Sociales, en los lugares donde se produce inmigración de mano de obra, con la finalidad de que puedan ser habitadas por las referidas personas trabajadoras”*. Este tipo de cláusulas son tradicionales en este sector, si bien ésta destaca al contemplarse expresamente el carácter gratuito de estos alojamientos y la alusión prioritaria a los trabajadores inmigrantes.

En términos similares se pronuncia el art. 19 Convenio colectivo de Huesca Agrícola³¹, indica que *“en los supuestos de excepción, en los que un empresario contratase al personal procedente de otras localidades para la realización de faenas de temporada, campaña o circunstanciales, deberán facilitarles, además del alojamiento, la manutención o en su defecto, suministrarles las mercancías necesarias para que ellos mismos puedan atender a su manutención. En todo caso, los productos facilitados habrán de venderse, como máximo, al precio que fija en el mercado de la localidad de referencia”*.

En otros convenios como el Convenio colectivo de Trabajo en el Campo para la Provincia de Almería reconoce únicamente el derecho del trabajador inmigrante a obtener un alojamiento por parte del empresario pero como (repetido, suprimir el segundo como) parte del salario en este caso en especie al establecer en su art. 35 que: *“la empresa y el trabajador, podrán acordar el abono en especie de parte del salario. Por el concepto de alojamiento, es decir, cuando el alojamiento corra a cargo del empresario sólo podrá descontarse al trabajador un máximo del 15 por ciento del salario correspondiente. Cuando se refiera a otros conceptos, el descuento no podrá superar el 15 por ciento del salario establecido en el presente convenio. Por la suma de conceptos no se podrá superar en ningún caso el 20% de las percepciones salariales del trabajador. Estos descuentos no podrán efectuarse en las gratificaciones extraordinarias ni durante la situación de incapacidad temporal”*.

Respecto de las condiciones del alojamiento se establece en su artículo 46 que cuando como consecuencia de su trabajo, le sea facilitado al trabajador por el empresario un alojamiento, éste deberá reunir las condiciones adecuadas de habitabilidad. En tal sentido, las habitaciones tendrán ventilación suficiente y sus paredes y suelos estarán cubiertos de material susceptible de limpieza. Las viviendas tendrán suficientes condiciones higiénicas y dispondrán de aseo y cocina. En todo caso, se respetará lo establecido en los arts. 34 y 35 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene. El trabajador dispondrá de un plazo máximo de un mes, a contar desde la fecha en que se extinga la relación laboral, para proceder al desalojo de la vivienda, continuando señalando que son conscientes de las dificultades que, especialmente, encuentran para su alojamiento los trabajadores

tenga que realizar su actividad laboral en trabajos de temporada o campaña de la agricultura, en puestos de trabajo previamente ofertados, y que se desplacen dentro del territorio nacional, a más de 100 kilómetros de su residencia habitual o desde el lugar de residencia de su último empleo Convenios de Colaboración entre las federaciones sectoriales de las Organizaciones Sindicales CCOO y UGT con el fin de instrumentar las actuaciones de las organizaciones sindicales en el marco del Convenio firmado por la Dirección General de Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

³¹ Convenio colectivo Sector Agrícola de Huesca. (BOP de Huesca de 21 de Octubre de 2020).

que procedentes de otros países pretende desarrollar su actividad laboral en este sector por lo que a través de la Comisión Paritaria, instarán a los Organismos e Instituciones competentes la construcción de dependencias en las que dichos trabajadores puedan alojarse³².

2.7.2. *Especial referencia a los trabajadores temporeros de la recogida de aceituna en Jaén y a la red de albergues para inmigrantes extranjeros temporeros*

En la provincia de Jaén nos encontramos además con el trabajo de temporeros de la recogida de aceituna y que fundamentalmente se realiza con trabajadores extranjeros de origen magrebí y argelinos que en ocasiones se desplazan con la familia echándose en falta una regulación convencional específica toda vez que las condiciones de trabajo del sector se encuentran recogidas en el Convenio colectivo de Actividades Agropecuarias de la Provincia de Jaén en cuyo ámbito funcional de aplicación resulta que afecta, regula y obliga a todas las empresas de carácter agrario, ganadero, forestal y usuarias de riego agrícola, así como las dedicadas al manipulado, empaquetado y recolección de productos hortofrutícolas, cultivos bajo abrigo, jardinería y producción ganadera, que no supongan alteraciones físico-químicas del producto en toda la provincia de Jaén, haciendo únicamente una mención expresa a la vid en cuanto a la aplicación de las tablas salariales sin contener regulación específica alguna relativa a la recogida de la aceituna. Con carácter genérico y para todos los trabajadores afectados por el convenio se regulan los permisos, licencias, vacaciones así como la formación sin establecer ninguna medida adicional protectora de los derechos de los trabajadores inmigrantes a fin de facilitar su integración.

En cuanto al alojamiento se limita a establecer en su art. 30 relativo a las condiciones de alojamiento que cuando, como consecuencia de su trabajo, la empresa disponga de alojamiento y lo proporcione a la persona contratada, este alojamiento presentará condiciones de habitabilidad dignas, según legislación vigente. A título orientativo, deberían estar dotadas de: los elementos y utensilios necesarios para la preparación de las comidas, así como los medios idóneos para la pernoctación, los alojamientos deberían estar alejados de zonas perjudiciales para la salud, los alojamientos deberán disponer de luz directa y ventilación suficiente, los alojamientos dispondrán de agua potable, los alojamientos deberían estar provistos de medios adecuados, capaces de mantener los lugares de estancia con temperaturas admisibles.

Únicamente contiene un artículo específico relativo a la escolarización de los hijos de los trabajadores en su art. 26 que señala que en los trabajos de recolección y aquellos otros relacionados con la misma, cuando las personas contratadas pernocten con su familia fuera del pueblo, las empresas tendrán que coordinar con la Administración competente la asistencia al Colegio de los hijos de aquellos, facilitando entre ambas los medios de locomoción que la hagan posible³³.

La regulación específica de los derechos de los trabajadores extranjeros y sus posibles necesidades es inexistente, habida cuenta que la gran mayoría de trabajadores del campo son inmigrantes y siendo una de las provincias andaluzas de mayor recepción de mano de obra extranjera desde finales de los años 80, fundamentalmente el trabajo de carácter estacional todo ello en comparación con otros convenios como los convenios colectivos del campo de Almería y Huelva.

³² Convenio colectivo del Campo de Almería (BOP de Almería de 24 de Abril de 2013).

³³ Convenio Colectivo de trabajo para las actividades agropecuarias en la provincia de Jaén 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025 y 2025/2026. (BOP de Jaén de 6 de Marzo de 2023).

Conociendo que la cosecha del olivar genera empleo entre los meses de diciembre, enero y febrero (con las lógicas fluctuaciones dependiendo de la cantidad de la cosecha a recoger en cada temporada), se comprenderá la dependencia del sector agrícola olivarero y el hecho de que un sector de la población sólo se integre en el mercado de trabajo de manera transitoria por lo que sería necesaria una regulación convencional específica del sector que las partes negociadoras del Convenio colectivo de Actividades Agropecuarias no han contemplado resultando el contenido del mismo de carácter excesivamente genérico sin atender a las necesidades específicas de los trabajadores temporeros de la recogida de aceituna, en su mayoría, extranjeros extracomunitarios.

La densidad migratoria es poco destacada pero durante la época de recolección de la aceituna -desde finales de noviembre hasta febrero- el número de inmigrantes extranjeros aumenta significativamente con respecto a los extranjeros residentes el resto del año. Es esta característica de la estacionalidad la que plantea un nuevo reto a los agentes sociales y a los investigadores de las migraciones, ambos empeñados en comprender mejor la situación del colectivo de inmigrantes extracomunitarios en la provincia de Jaén y empeñados también en diseñar programas para su integración.

El fenómeno de la inmigración temporera viene definido tradicional e históricamente porque afecta tanto a trabajadores como a las familias enteras, que se desplazan a los lugares de trabajo para residir en ellos en unas condiciones que se podrían calificar como mínimo de peor calidad que las que disfrutaban en sus lugares de origen. Permanecen en las poblaciones cercanas a los tajos durante los meses que dura la campaña correspondiente. En ocasiones, las condiciones climatológicas adversas hacen que los periodos se amplíen y que las dificultades existentes aumenten considerablemente.

En cuanto a las actuaciones llevadas a cabo en relación a los trabajadores temporeros destacamos la red de albergues para inmigrantes extranjeros creados a lo largo de toda la geografía de la provincia como respuesta ante un tipo de inmigración extranjera, la temporera, con unas características intrínsecas propias.

Los albergues no son sino una solución eventual inherente a la problemática de la accesibilidad a la vivienda. El tiempo de estancia en estos establecimientos está limitado a un máximo de cinco días, período en el que el inmigrante busca trabajo. No obstante, subyace una nueva muestra de la “discriminación” para con los inmigrantes una vez que éstos encuentran empleador y una vivienda facilitada por éste -que generalmente suele ser un cortijo dentro de la misma finca donde se trabaja o una casa en el pueblo más cercano al “tajo”-, pues las condiciones de habitabilidad de las viviendas no son las más adecuadas para vivir.

Esta discriminación se considera no tanto en las condiciones laborales como en la accesibilidad a la vivienda. Los inmigrantes observan que lo estipulado en el convenio del campo en relación a la vivienda casi no se cumple porque la mayoría son pequeños propietarios que no disponen de cortijos para este trabajo, dejando el problema a los propios inmigrantes o bien a las autoridades locales.

La labor desempeñada por los sindicatos está ayudando a mejorar las condiciones en que se encuentran los cortijos, tanto del estado de los mismos como de la infraestructura con la que cuentan. Desde los servicios sociales se reivindica una mejor infraestructura y equipamiento de los locales que suelen ser naves industriales, casas prefabricadas, locales alquilados, y en el mejor de los casos, casas preparadas a tal efecto. El principal problema es el del equipamiento fijo, por el hecho de ser albergues “temporeros”, utilizados, como su propio nombre indica, en temporadas³⁴.

³⁴ La presencia de trabajadores extranjeros en el mercado laboral de la recogida de la aceituna en la provincia de Jaén. F. Javier García Castaño, Belén Agrela Romero y Raquel Martínez Chicón Laboratorio de Estudios Interculturales, Universidad de Granada.

3. EPÍLOGO

Son pocos los convenios que contienen cláusulas específicas para facilitar la empleabilidad y mantenimiento de contratos de trabajo con trabajadores extranjeros a pesar de la alta inmigración en España durante los últimos años según los datos del Informe del Mercado de Trabajo de Extranjeros, sobre todo de trabajadores provenientes de América del Sur y del Norte de África todo ello sin desmerecer la recepción de mano de obra de países de Europa del Este.

Nos encontramos con una falta de medidas reguladoras de las condiciones especiales de los trabajadores extranjeros fundamentalmente en lo que se refiere a personas de habla no hispana que ven como son sometidos a una doble discriminación, por un lado la propia inherente a la condición de inmigrante y otra, la del desconocimiento del idioma que en la mayoría de los ocasiones no llegan a hablar nunca y precisan de ser interpretados por sus propios compañeros de trabajo que sí dominan el idioma, amén de la discriminación adicional que sufren las mujeres extranjeras de habla no hispana que son sometidas en numerosas ocasiones a situaciones de abuso laboral y que soportan al encontrarse en situaciones de vulnerabilidad por necesidades económicas, cargas familiares e irregularidad tanto en la entrada como en la permanencia en territorio español y que en algún caso, pueden verse inducidas a realizar trabajos de carácter sexual que como hemos reseñado en la jurisprudencia expuesta, la prostitución en locales de alterne se considera prestación de servicios laborales por cuenta ajena siempre que la misma sea voluntaria toda vez que en otro caso además de ser constitutivo de delito contra los derechos de los trabajadores al imponer condiciones laborales inferiores a las legalmente reconocidas (la falta de permiso de residencia y de trabajo y la falta de afiliación y alta en Seguridad Social además de la vulneración del resto de condiciones laborales) nos encontramos con delitos de abusos sexuales.

Por otro lado y centrándonos en el objeto principal de análisis sobre las condiciones convencionales de empleo específicas para el colectivo de trabajadores extranjeros, nos encontramos con una falta casi absoluta de referencias a la libertad religiosa y de culto a fin de adaptar la jornada de trabajo a las especialidades de la religión del trabajador y que como hemos visto, la escasa jurisprudencia en la materia, deja a las partes negociadoras la regulación de las concreciones específicas para coordinar los intereses empresariales y el derecho a la libertad religiosa de los trabajadores. La única referencia concreta es la relativa al reconocimiento del derecho a disfrutar un permiso no remunerado para la celebración del Ramadán para los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo del campo de Almería.

En relación a la formación específica del trabajador extranjero para aprender el idioma castellano a fin de facilitar su integración social y laboral se concluye como inexistente, siendo la mayor regulación convencional la relativa al reconocimiento del derecho a la concesión de permisos, en su mayoría no retribuidos, para desplazamientos a sus lugares de origen por motivos personales y familiares y alguna que otra referencia a la obligación empresarial de facilitar alojamientos, fundamentalmente en los trabajos de carácter estacional o de campañas como ocurre en el caso de la recogida de aceituna en el campo de Jaén pero que si bien a la luz de la OM de 24 de Diciembre de 2021 que regula la gestión colectiva de contratación de trabajadores de temporada en origen y su exhaustiva descripción de las condiciones que deben reunir los citados alojamientos, huelga entrar en la materia en vía convencional salvo para mejorar lo ya reconocido legalmente.

EL ITINERARIO PERSONALIZADO DE INSERCIÓN TRAS LA NUEVA LEY DE EMPLEO

ANA DOMÍNGUEZ MORALES
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO COMO MARCO DE LOS ITINERARIOS INDIVIDUALIZADOS DE INSERCIÓN
2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS ITINERARIOS INDIVIDUALIZADOS DE INSERCIÓN
3. LA REGULACIÓN DE LOS ITINERARIOS PERSONALIZADOS EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO DE 2023
4. ITINERARIO PERSONALIZADO DE EMPLEO COMO SERVICIO GARANTIZADO A LOS DEMANDANTES DE LOS SERVICIOS DE EMPLEO
5. ITINERARIO PERSONALIZADO DE INSERCIÓN PARA COLECTIVOS PRIORITARIOS
6. OBLIGACIONES Y CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE LOS IPI
7. IDEAS DE CIERRE

1. LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO COMO MARCO DE LOS ITINERARIOS INDIVIDUALIZADOS DE INSERCIÓN

Las políticas de empleo, como conjunto de medidas públicas destinadas al fomento del pleno empleo, se subdividen en activas y pasivas¹. Las primeras son las que centran su atención en la implementación de actuaciones encaminadas a la mejora cualitativa y cuantitativa del empleo. Dentro de las mismas, podemos encontrar las dirigidas de forma global a toda la población, así como aquellas que se destinan al sujeto individualizado, proporcionando una atención particular, sustancialmente enfocada en sus cualidades y necesidades de mejora en atención a sus propias circunstancias personales y profesionales.

Es en este marco donde se conciben los denominados itinerarios personalizados de inserción (IPIs en adelante), que tienen como fin procurar que cada uno de los sujetos que se adscriben al sistema de empleo -nacional o autonómico- consigan orientar su futuro profesional en aplicación de decisiones y medidas individualizadas y, en particular, el de los sujetos que se encuentran en una situación de difícil acceso y permanencia en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones que el resto, como son los miembros de los colectivos prioritarios para las políticas de empleo.

La transferencia a las Comunidades Autónomas de la adaptación y ejecución de las políticas activas de empleo no opaca el establecimiento de unas condiciones básicas que a ellas se imponen para el desarrollo de tales instrumentos, habiendo sido ampliada la dedicación a los mismos de la recién aprobada ley de empleo².

Con ellos, en fin, se da cuenta de la relevancia de poner el foco en lo particular, en el individuo, en un mundo cada vez más global, más tecnológicamente conectado, pero que en ocasiones omite la especificidad y la propia esencia del ser humano.

2. ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS ITINERARIOS INDIVIDUALIZADOS DE INSERCIÓN

2.1. Referencias en la Unión Europea

En el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, se instituye por primera vez, a los fines del desarrollo de un mercado común, el Fondo Social Europeo (FSE en adelante), con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida³. El fondo estaba entonces destinado a garantizar, entre otras cuestiones, la reconversión profesional, así como a sostener a los trabajadores que vieran interrumpida o reducida su relación laboral. Posteriormente, el Acta Única Europea de 1986 permitió introducir las modificaciones necesarias al FSE para precisar y racionalizar sus funciones⁴.

No es hasta el Tratado de Maastricht de 1992, cuando se impulsa verdaderamente la cohesión social, y con ello la persecución de un alto nivel de empleo y de protección social. En el nuevo Tratado de la Unión Europea (TUE) se constata el mantenimiento del FSE cuyo objetivo sigue siendo el de mejorar las posibilidades de empleo incidiendo en la cualificación como medio de adaptación a las transformaciones industriales y los sistemas

¹ Para una comprensión genérica de las políticas de empleo en España vid. NAVARRO NIETO, F., "Las políticas de empleo en España: una visión panorámica", NAVARRO NIETO, F., COSTA REYES, A., (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*, Bomarzo, Albacete, 2021.

² Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

³ Art.123. TCEE.

⁴ Art. 130 D) Tratado de la Comunidad Económica Europea.

de producción⁵. Para ello, se hace hincapié en la mejora de la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral⁶. El fomento del empleo es la piedra angular del protocolo relativo a la política social, anexo al Tratado. Es entonces cuando por primera vez se aludirá a la integración de las personas excluidas del mercado laboral⁷.

Como se ha puesto de manifiesto, las instituciones europeas desde los años 90, son conscientes que el mundo asistía a una mutación de tal magnitud de los sistemas de producción, la organización del trabajo y las pautas de consumo, que resultaban comparables a los de la primera revolución industrial. Es por ello por lo que el libro blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo destaca, entre las prioridades de acción al servicio del empleo, las de apostar por la educación y la formación a lo largo de toda la vida. También se comenzaba a reparar en la importancia de encontrar posibilidades de empleo para quienes tienen dificultades de inserción en un mundo del trabajo cada día más complejo y exigente. Con todo, en atención a la diversidad de los ecosistemas de empleo de cada Estado miembro, se constataba la necesidad de perpetrar acciones coordinadas de los diferentes protagonistas⁸.

Tales problemáticas comenzaron a ser abordadas desde diferentes ópticas, como la implementada en el Tratado de Ámsterdam de 1997, que apuesta por la «estrategia coordinada para el empleo»⁹, plasmada, en la actualidad, en la Estrategia Europea de Empleo¹⁰. Principalmente, está encaminada al fomento de la cooperación entre países, sin imponer un marco de regulación imperativo, sino la coordinación de las políticas nacionales y la participación de las autoridades locales, los sindicatos y las organizaciones empresariales, recibiendo para ello el apoyo financiero del FSE.

Por otro lado, el Consejo de la UE ha ido fijando con regularidad orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, destacando, en particular, el papel importante en la activación y la adecuación entre competencias y necesidades, instando entonces al reforzamiento de servicios individualizados y con medidas de mercado de trabajo activas y preventivas en una fase temprana. Tales servicios deben ser operativos para todos, pero incidir aún más en la inclusión de los jóvenes, de las personas amenazadas de desempleo y de aquellas que se encuentren más alejadas del mercado de trabajo¹¹.

Las políticas de empleo a nivel comunitario se han sustentado en los últimos años en el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹². Entre los objetivos de este último, y a los efectos de fomentar un empleo de calidad, destacan el de educación y formación permanentes, el apoyo activo para el empleo y la protección de grupos vulnerables como los de mayor edad o las personas con discapacidad. De forma específica, el cuarto principio del pilar se refiere al apoyo activo para el empleo, que tiene por objeto defender el derecho de toda persona a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia.

⁵ Art. 123 TUE.

⁶ Art. 127 TUE.

⁷ Art. 2 Protocolo de política social.

⁸ Libro Blanco sobre “Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el Siglo XXI”. COM_1993_0700_FIN. Accesible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/4e6ecfb6-471e-4108-9c7d-90cb1c3096af/language-es>.

⁹ Art. 3 TCE.

¹⁰ Artículos 145 a 150 del TFUE.

¹¹ Decisiones del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros: Decisión UE de 21 de octubre de 2010 (2010/707/UE); Decisión UE 2015/1848 del Consejo de 5 de octubre de 2015; Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo de 16 de julio de 2018; Decisión (UE) 2020/1512 del Consejo de 13 de octubre de 2020; Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales. COM (2017) 250 final.

De entre todos los espacios de actuación, la apuesta por la formación en el marco del fomento del empleo en Europa resulta incuestionable desde sus orígenes. Entre sus últimas actuaciones al respecto sobresale la Recomendación del Consejo sobre las cuentas de aprendizajes individuales¹³, que ya fueran preconizadas en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁴. Ponen el foco en la necesidad de reforzar la competitividad sostenible de la Unión, especialmente al albur de la pandemia de Covid-19, mediante la cualificación y mejora de las capacidades profesionales. Para garantizar este derecho a la formación individual y a lo largo de la vida, la cuenta de aprendizaje, que no es otra cosa que un presupuesto destinado con carácter individual para la formación con el fin de mejorar sus capacidades y su empleabilidad, permite a su titular acumular y conservar sus derechos a lo largo del tiempo para acceder a las oportunidades formativas, de orientación o validación de aprendizajes que considere más útiles, en el momento en que lo desee, de conformidad con las normas nacionales.

Para sustentar estas y otras políticas de empleo, los Estados siguen contando con el respaldo financiero del ahora denominado Fondo Social Europeo Plus para el período 2021-2027, que reúne cuatro instrumentos de financiación separados en el período de programación: el Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD), la Iniciativa de Empleo Juvenil y el Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Innovación Social (EaSI).

2.2. La atención individualizada a los desempleados en España

Cuando todavía España no se había incorporado a la Comunidad Europea, se aprueba por primera vez una norma básica en materia de empleo, que sienta como el primero de sus objetivos el de aumentar el nivel de empleo, intensificando para ello el factor trabajo. Entre otras medidas, se previeron los programas específicos destinados a fomentar la colocación de los trabajadores con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral. A su consecución se disponía la formación profesional gratuita y preferente, acciones de asistencia técnica, reconversión y orientación profesional o incluso becas y ayudas para la formación en el extranjero¹⁵. Estas eran las únicas referencias en la ley de empleo de 1980 al establecimiento de acciones, no individualizadas, pero sí que afectarían a sujetos concretos. *Sensu contrario*, en ella no existía referencia alguna a los itinerarios individualizados de inserción, ni para los sujetos antes señalados, ni mucho menos accesibles a la ciudadanía en general.

Será en 2011, con la reforma a la ley de empleo 2003 (en adelante, LE 2003), cuando se aplica por primera vez un enfoque personalizado de los servicios de empleo. Primero, en el marco de la nueva Estrategia Española de Activación para el Empleo, que se debía articular en torno a cuatro Ejes entre los cuales destacaban las actuaciones de «información, orientación profesional, motivación, asesoramiento, diagnóstico y determinación del perfil profesional y de competencias, diseño y gestión de la trayectoria individual de aprendizaje, búsqueda de empleo, intermediación laboral y, en resumen, las actuaciones de apoyo a la inserción de las personas beneficiarias». Las medidas de dispuestas en el marco la Estrategia española se debían especificar en el Plan Anual de Política de Empleo, que además contendría los indicadores de evaluación de cumplimiento de los objetivos plasmados en aquella¹⁶.

¹³ Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a las cuentas de aprendizaje individuales. DOUE» núm. 243, 27 de junio de 2022.

¹⁴ Comunicación de la Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones. Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. [SWD (2021) 46 final].

¹⁵ Art. 2 a) de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

¹⁶ Art. 4 bis 4 a) y 4 Ter.1 respectivamente de la Ley 56/2003 de 16 de diciembre, de Empleo.

Lejos de configurarse con una actuación instrumental¹⁷, la articulación de un itinerario individual y personalizado de empleo se concibe como un derecho de las personas desempleadas y una obligación de los Servicios Públicos de Empleo, cuando así se acuerde entre las partes¹⁸. El mismo se nutriría del perfil profesional del sujeto desempleado, con referencia a sus competencias profesionales, necesidades y expectativas, que se pondrían en conexión con la situación del mercado de trabajo, así como con criterios vinculados a la percepción de prestaciones. Además, se debía indicar si el sujeto pertenecía a uno de los colectivos definidos como prioritarios en el marco del Sistema Nacional de Empleo (SNE en adelante), asunto sobre el que se volverá más adelante.

En un artículo 19 *septies* de la ley de empleo, se describía su contenido, creado a partir de una entrevista de diagnóstico, tras lo cual se determinarían las acciones y servicios a proporcionar al individuo en función de necesidades, requerimientos y objetivos perseguidos. Se señalaba a los Servicios Públicos de Empleo como responsables de la realización, seguimiento y evaluación, así como en su caso, de la redefinición de los IPIs. Para ello, se le permitía derivar determinadas acciones a entidades colaboradoras siempre que así se hubiera admitido previamente.

En todo caso, el IPI se supeditaba a la suscripción y firma de un acuerdo personal de empleo -si el sujeto recibía prestaciones o subsidios, este acuerdo iría incorporado en el compromiso de actividad al que se obligaba al beneficiario- que comprometía al individuo a participar activamente en las acciones para mejorar su empleabilidad y la búsqueda de empleo activa, o bien a poner en marcha una iniciativa empresarial. En caso de incumplimiento por causas no justificadas, la persona beneficiaria se enfrentaba a sanciones previstas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS en adelante). A mayor abundamiento, si el incumplimiento partía de una persona beneficiaria de prestaciones y subsidios por desempleo, suponía asimismo el quebrantamiento del compromiso de actividad suscrito, con suspensión o pérdida de aquellas.

En este mismo contexto normativo, fueron introducidos unos instrumentos diferentes a los IPIs, pero perfectamente combinables con los mismos, como son, en primer lugar, las cuentas de formación configuradas como un mero registro individual de los cursos que realizaban los trabajadores¹⁹. Por otro lado, el cheque formación²⁰, lo que parece incorporar las antes aludidas cuentas individuales de formación propuestas desde la Unión Europea. A través de ellos, los servicios de empleo podrían proporcionar un crédito para formación a desempleados.

Finalmente, en el texto refundido de la ley de empleo de 2015 (en adelante TRLE 2015) se da absoluta continuidad a lo previsto en la LE 2003 en materia de IPIs. Así, pasando a estar regulados en el art. 29, las diferencias entre preceptos son en general insignificantes. Si destaca su posterior desarrollo reglamentario en el seno de la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, que inserta a los IPIs entre los servicios de orientación profesional. Esta será la regulación que se tomará como referencia

¹⁷ Así lo destacan DE VAL TENA, A.L., ALCÁZAR ORTIZ, S. "Servicios del sistema nacional de empleo prestados por los servicios públicos de empleo", MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, p.447.

¹⁸ Se introduce la regulación de los itinerarios por el art. 8 del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, cuya DT 2 fijaba un calendario de aplicación gradual dando prioridad a ciertos colectivos durante dos años, hasta su extensión a toda la población desempleada en 2013.

¹⁹ Art. 26.10 de la LE 2003, tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²⁰ Art. 26.4 de la LE 2003 en su reforma introducida por el art.4 del Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

para su posterior comparación con lo regulado por la nueva ley de empleo y nos servirá para detectar si se han producido cambios sustanciales.

Destacar, por último, que en el TRLE no se menciona la cuenta de formación²¹, pero sí el cheque formación, facultando a los servicios de empleo a sustituir las subvenciones para la formación por el cheque y así dotar a los desempleados de una cantidad destinada a cubrir las acciones formativas previstas en su itinerario personalizado de inserción²².

3. LA REGULACIÓN DE LOS ITINERARIOS PERSONALIZADOS EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO DE 2023

El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, elemento central del Instrumento Europeo de Recuperación que puso en marcha la UE a resultas de la pandemia internacional causada por el Covid-19, instituyó la creación de un fondo europeo que permitiría a los Estados realizar reformas estructurales, tanto normativas como a nivel de inversión. A colación de este, España aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia cuyo componente 23 concibe la modernización de las políticas activas de empleo, constituyendo la nueva ley de empleo vigente desde marzo de 2023 (en adelante, LE 2023), una de las actuaciones para la implementación de este objetivo.

Esta norma ha transformado determinados aspectos, tanto desde el punto de vista orgánico, como en lo relativo a su planificación, aludiendo, por un lado, a la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, de carácter cuatrienal, y por otro, al Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno, lo que recuerda la implicación de la norma no solo con directrices de la UE, sino también con las de la OIT.

Con esta reforma se tratan de paliar las carencias de nuestro panorama laboral, no ya en lo que se refiere a los altos índices de temporalidad o empleo informal, sino en la adaptación a un mercado de trabajo fugazmente cambiante y que requiere, en ocasiones, de actualizaciones formativas que difícilmente pueden ser alcanzadas en el tiempo en que se vienen a requerir. Constituyen elementos claves de la reformulación de las políticas de empleo, por tanto, la adecuación permanente del ciudadano -que no solo del desempleado-a las nuevas realidades, sociales, económicas y tecnológicas, lo que sugiere el acompañamiento continuado a lo largo de toda su vida laboral activa²³. Lo anterior requiere de la multiplicación de los servicios prestados a los ciudadanos, que tengan en cuenta las características particulares del sujeto y del contexto en el que se inserta, de una forma verdaderamente personalizada²⁴.

Es por todo ello que la LE 2023 amplía y concreta los contenidos de los itinerarios individuales y personalizados de empleo, al que también se refiere como plan personalizado para la mejora de la empleabilidad y el acceso al mercado de trabajo, aunque ahora no se dispone de un artículo específico que lo regule, sino que su régimen jurídico descansa en el capítulo relativo a los servicios garantizados a personas demandantes de los servicios de empleo y en el desarrollo reglamentario que del mismo se haga. Como se verá, en el planteamiento de los IPIs trasluce el objetivo marcado por la UE relativo a la imprescindible atención en la formación, debiendo poner énfasis en la mejora de las

²¹ Cuya regulación se encuentra en el art. 22 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

²² Art. 26.2 Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

²³ A ello alude expresamente el Preámbulo de la LE 2023.

²⁴ CABEZA PEREIRO, J., "La Ley 3/2023, de empleo: marco general de buen gobierno". *Revista Justicia & Trabajo*, n.º extraordinario, p.16.

competencias profesionales de las personas trabajadoras y sus itinerarios de empleo y formación, especialmente en competencias digitales y de sostenibilidad²⁵, afirmándose que los itinerarios individuales y sus servicios asociados tienen como finalidad mejorar la empleabilidad de cada persona demandante de empleo, y en consecuencia la del conjunto de todas ellas²⁶.

4. ITINERARIO PERSONALIZADO DE EMPLEO COMO SERVICIO GARANTIZADO A LOS DEMANDANTES DE LOS SERVICIOS DE EMPLEO

El itinerario personalizado de inserción laboral sigue siendo un servicio prestado en el marco de la Cartera Común de servicios, sin perjuicio de que las carteras de las administraciones autonómicas competentes establezcan las suyas propias. Situado en el capítulo dedicado a los servicios garantizados, figuran de manera detallada los aspectos básicos de los itinerarios de inserción. Se consolidan, así, como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos que demanden este servicio y no solo de quienes se encuentren desempleados, como así establecía la ley de empleo ahora derogada²⁷.

Conscientes de la marcada digitalización de todos los ámbitos de la vida, también de la relativa al empleo, la norma alude en muchos de sus aspectos a la incorporación de las nuevas tecnologías. De este modo, se constata que la exigencia de digitalización de las Administraciones Públicas también ha alcanzado a los Servicios de Empleo²⁸. Ciertamente ya se habían dado algunos pasos para su transformación digital, habiéndose creado el Portal Único de Empleo -Empléate-, cuya finalidad es dar la máxima visibilidad a las ofertas de empleo, proporcionar información de utilidad para orientar y poner al alcance de ciudadanos y empresas las herramientas que faciliten la búsqueda de empleo o el inicio de una actividad emprendedora a través de una estrategia íntegramente digital. Pero ahora, sin perjuicio de recibir una atención presencial personalizada e inclusiva, consideran necesario el uso de herramientas digitales para que los usuarios accedan a sus perfiles individualizados y, en especial, a sus itinerarios personalizados²⁹, como después se verá.

La nueva LE 2023 realiza una descripción detallada de las fases por las que atraviesa la elaboración del itinerario o plan personalizado y de los contenidos de este, ampliando notablemente el desarrollo que dedica ahora a tales instrumentos si lo comparamos con lo previsto en la normativa ahora derogada. Quizás con ello se pretenda dar cierta uniformidad a los itinerarios personalizados de inserción que ahora se caracterizan por su heterogeneidad en el mapa de las Comunidades Autónomas. En todo caso, en ejecución de sus competencias en materia de desarrollo de las políticas de empleo, los servicios de empleo autonómicos siguen estando habilitados para concretar tales instrumentos, si bien atendiendo a las directrices que ahora recoge la norma estatal.

En cualquier caso, la utilización de los IPI ha de ser objeto de una evaluación global en la medida en que se exige a los servicios públicos valorar de forma continuada el

²⁵ Art. 33 c).

²⁶ Art. 36.1. de la LE 2023.

²⁷ At. 5.2 TRLE 2015.

²⁸ En aplicación del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

²⁹ Ahora la norma deja de referirse a ellos de modo uniforme como Itinerario Personalizado de Inserción, para usar diferentes fórmulas, aunque todas ellas referidas a este instrumento de inserción laboral: itinerario o plan personalizado de actuación; itinerarios individuales y personalizados de empleo; itinerario personalizado para el empleo; itinerario o plan de actuación individualizado. Se advierte que seguiremos refiriéndonos a ellos como IPI, para que pueda ser comprendida de forma efectiva la comparación con las regulaciones precedentes.

impacto, eficacia y eficiencia de programas y medidas de políticas de empleo, tanto a nivel interno como externo³⁰, de lo que hasta ahora carecemos casi por completo, salvando lo recogido en el análisis sobre las políticas de empleo en España efectuado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Airef) en 2018, en el que se ponían de manifiesto la diferencias sustanciales en el perfilado y el nivel de desarrollo de los IPIs en las distintas Comunidades Autónomas³¹.

4.1. Elaboración de perfil individualizado

El art. 57 de la LE 2023 concentra las fases por las que debe atravesar el IPI, constituyendo el primer paso la elaboración de un perfil individualizado del usuario, que comienza por la evaluación de sus circunstancias personales y profesionales. Se trata, en realidad, de un servicio que se prestará a todos los usuarios del sistema, aunque no generen posteriormente un IPI, pero que sin duda es necesario para la posterior concreción de este cuando así se acuerde.

Esta primera acción requerirá un diagnóstico previo de la situación de la persona usuaria, a lo que ya aludía la anterior ley de empleo y que hasta ahora no parece ser una herramienta eficiente³². El diagnóstico servirá para facilitar posteriormente un itinerario formativo o de búsqueda activa de empleo o emprendimiento, en su caso. Luego, esta primera fase pone el acento en la detección de las necesidades del usuario, que podrán estar dirigidas hacia dos áreas bien determinadas: la formación o el acceso inmediato al empleo asalariado o autónomo, cuestión sobre la que profundizaremos más adelante.

El diagnóstico deberá contemplar un haz de aspectos como son, las habilidades, competencias, formación, experiencia profesional y situación familiar del usuario. Hasta este punto, coinciden las características a identificar con lo previsto en el aún vigente Reglamento mediante el que se regula la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo, que cerraba esta cuestión aludiendo a otras variables que se estimen relevantes en el protocolo específico que desarrolle esta actividad³³. La LE 2023 añade otras circunstancias como la edad o pertenencia a colectivos prioritarios, ámbito territorial, tiempo y motivos de desempleo, percepción de prestaciones o ayudas económicas a la activación y cualquier otra variable personal o social que pueda ser relevante, en función de sus necesidades y expectativas. Como novedad, el citado diagnóstico debe tener en cuenta las situaciones de interseccionalidad, esto es, situaciones que puedan dar lugar a la interacción de dos o más causas de exclusión o discriminación en una misma persona, lo que no supone la mera acumulación de discriminaciones, sino que constituye una nueva forma de discriminar³⁴.

Terminada la fase de diagnóstico, se elaborará una evaluación individual a la que tendrá acceso el usuario en el plazo más breve posible desde la solicitud de este servicio. Esta facultad reconocida al usuario resulta muy novedosa si nos atenemos a la ausencia de referencia alguna en las normas anteriores. De este modo, serán conocedores, al tiempo que lo serán los servicios de empleo, de los resultados del diagnóstico, pudiendo controlar la veracidad y adecuación de estos e incluso solicitar su corrección en caso de detectar alguna incorrección a través del canal que se ha de habilitar para que interesado y servicio público se mantengan en contacto.

³⁰ Art. 68.c) de la LE 2023.

³¹ Estudio "Programa políticas de empleo. Evaluación del gasto público 2018", Airef, 2019, p.65.

³² Como pone de relieve el Estudio "Programa políticas de empleo. Evaluación del gasto público 2018", Airef, 2019, p.15.

³³ Art. 8.2 a) del Real Decreto 7/2015, de 16 de enero, por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

³⁴ LOUSADA AROCHENA. J.F., "Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones". *Aequalitas*, nº 41, 2017, p. 31.

4.2. Formación en el trabajo vs. autoempleo y el emprendimiento

Superada la fase de diagnóstico de la situación del usuario, el servicio de empleo está en disposición de ubicarlo en uno de los dos canales de inserción claramente definidos en la norma: el de la mejora en la capacitación y cualificación a efectos de una mejor empleabilidad; o el del autoempleo.

En el primero de los supuestos, el itinerario individualizado deberá prever, a su vez, un itinerario formativo, que permita la adquisición efectiva o el incremento de competencias que redunden en una mayor capacidad de inserción laboral. De este modo, se plantean medidas formativas que traten de colmar las lagunas detectadas en el proceso de diagnóstico, pero no de una forma aislada o simplemente atendiendo a los requerimientos del usuario, sino que debe estar conectada con las necesidades del mercado de trabajo. En este punto conviene recordar la conveniencia de hacer uso del cheque formación, si así fuera posible, al ser este un instrumento útil para garantizar el itinerario formativo. Si bien, se advierte que no se ha modificado el ámbito subjetivo de beneficiarios de tales cheques, estos son, los desempleados, excluyendo así a quienes se encuentren empleados, pero requieren de cualificación profesional para la mejora de ocupabilidad.

Lo verdaderamente novedoso en este punto es que, si la evaluación del perfil del usuario arroja una propensión a la búsqueda del autoempleo o la generación de un modelo de negocio propio, los servicios públicos de empleo prestarán todo el apoyo integral a su disposición en aras a la activación de proyectos viables, que serán adaptados cuando sea positivo el resultado de una previa auditoría de viabilidad. De todas las opciones posibles, la norma se decanta por prestar especial soporte a iniciativas generadoras de trabajo autónomo, a la constitución de entidades de economía social y a la dinamización del desarrollo económico local. En este terreno, añade la norma, se prestará especial atención a las necesidades específicas de uno de los colectivos tradicionalmente prioritarios, el de las mujeres.

4.3. Formalización del acuerdo de actividad y contenido del IPI

La elaboración de un itinerario personalizado de inserción está sometido a ciertas formalidades. En primer lugar, usuarios están constreñidos a su previa inscripción como demandantes de empleo. Esta cuestión permanece invariable con respecto a la normativa anterior³⁵.

Posteriormente, beneficiario y servicio público de empleo deberán celebrar un acuerdo de actividad que preverá las acciones, los programas y actividades que se integrarán en el propio IPI y que se destinan a cualificar al usuario y/o a insertarlo en el mercado de trabajo³⁶. Dado que se trata de un acuerdo de voluntades, o por decirlo de otro modo, un pacto entre las partes, se refleja la necesidad de cierto consenso en la elaboración de este instrumento.

El anteriormente denominado «acuerdo personal de empleo», comprometía al beneficiario a participar activamente en las acciones para la mejora de su empleabilidad y búsqueda activa de empleo, o bien, la puesta en marcha de una actividad empresarial. En cambio, el servicio público se comprometía a la asignación y planificación de acciones y medidas necesarias³⁷. Hoy, la norma describe al acuerdo de actividad de una manera más sucinta refiriéndose a él como «el documentado mediante el que se establecen derechos y obligaciones entre la persona demandante de los servicios públicos de empleo

³⁵ Art. 29.2 TRLE 2015.

³⁶ Art. 56.1 c) LE 2023.

³⁷ Art. 29.2 TRLE 2015.

y el correspondiente Servicio Público de Empleo para incrementar la empleabilidad de aquella»³⁸.

Corresponde, pues, al servicio público de empleo, proporcionar los servicios y actividades concretos comprometidos en el IPI, así como el acompañamiento y seguimiento por la persona tutora, a la que a continuación nos referiremos. En este aspecto, la norma prácticamente mantiene la misma regulación, a excepción de la denominación del acuerdo. En todo caso, en la adopción del mismo, se atenderán las necesidades de conciliación de la vida familiar y personal y las de los colectivos con dificultades especiales de empleabilidad, cuestión a la que no se refería la anterior ley de empleo ni se especificaba en la regulación de la Cartera Común de Servicios.

Por otro lado, se destaca como una de las acciones a desarrollar por el servicio público de empleo la búsqueda de mecanismos de protección social que permita a los beneficiarios del IPI del mantenimiento de un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación³⁹, para cuya atribución se atenderá, de nuevo, a las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. Protección que se satisfará bien a través de las prestaciones de protección por desempleo, que directamente ha podido solicitar el interesado de forma contemporánea a la solicitud de atención individualizada, bien a través de ayudas de empleo accesorias de los servicios del Servicio Público de Empleo dispuestas conforme a su normativa específica.

Al mismo tiempo, el IPI genera obligaciones para la persona usuaria, compelida a aceptar los compromisos de participación en los servicios y actividades incluidos en el acuerdo y, en su caso, el de una colocación adecuada definida en la propia LE 2023, hasta ahora descrita por la Ley General de la Seguridad Social (LGSS en adelante) en términos similares⁴⁰. La norma prevé como tal la profesión demandada por la persona trabajadora, de acuerdo con su formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales, así como la correspondiente con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En los dos últimos casos, añade la norma como novedad en este punto, la oferta deberá implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo. Por último y esta vez como criterio genérico, para ser adecuada, la colocación que se ofrezca deberá ser indefinida y con un salario, en ningún caso, inferior al salario mínimo interprofesional. Por último, también lo serán aquellas otras actividades que se hubieran especificado en el acuerdo de actividad e incorporado al itinerario de inserción y solamente en el marco de lo previsto en el acuerdo, será adecuada la colocación que se ofrezca en una localidad que no sea la de residencia de la persona trabajadora⁴¹. En cambio, no se incluye ahora como colocación adecuada, mientras que sí lo hacía la LGSS, la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses.

Celebrado el acuerdo, el IPI debe contemplar las principales actividades propuestas con objeto de mejorar la empleabilidad del usuario, al mismo tiempo que debe tomar en consideración las necesidades del sistema productivo, el empleo local y los sectores emergentes o estratégicos o, en su caso, iniciativas de emprendimiento, autoempleo y economía social. Esta cuestión no resulta desdeñable, sino de sumo interés habida cuenta de que la realidad laboral española evidencia desde hace años el desfase entre el número de

³⁸ Art. 3 f) de la LE 2023.

³⁹ Art. 4 m) LE 2023.

⁴⁰ Artículo 301 LGSS: «A los efectos previstos en este título, se entenderá por colocación adecuada la profesión demandada por el trabajador y también aquella que se corresponda con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En todo caso, se entenderá por colocación adecuada la coincidente con la última actividad laboral desempeñada siempre que su duración hubiese sido igual o superior a tres meses».

⁴¹ Art. 3 g) de la LE 2023.

titulados sobrecualificados para el puesto de trabajo que desempeñan, así como la carencia de determinados profesionales para cubrir ofertas de empleo en sectores emergentes⁴². Aún más cuando nos movemos en un ritmo de avance de las tecnologías que fácilmente puede transformar en obsoleta en un corto espacio de tiempo la cualificación que se pueda requerir para desempeñar determinadas actividades laborales⁴³.

Descrito en términos generales y con carácter de mínimos, la norma pasa a especificar el contenido de todo IPI, como herramienta que sirve para racionalizar todas las actuaciones llevadas a cabo hasta ese momento. En primer lugar, incorporará el itinerario formativo, que contendrá las acciones de formación que resulten adecuadas para la mejora de competencias y cualificación profesional de la persona usuaria o, en su caso, para su formación continuada y actualización permanente para adaptarse a las necesidades de transformación productiva o a los cambios paulatinos en la forma de trabajo y a las exigencias de nuevas competencias. Una referencia similar ya descansa en el aún vigente Reglamento que regula la Cartera Común de Servicios, pero con la particularidad de que en esta se contempla el itinerario formativo como contenido opcional y no como contenido genuino del IPI, como lo es ahora.

En segundo lugar, el IPI debe identificar las alternativas laborales o de emprendimiento de acuerdo con el perfil profesional del solicitante del servicio, las necesidades específicas de las distintas etapas vitales, así como las del sistema productivo. La norma que regula la Cartera Común de Servicios también exige la identificación de las alternativas laborales, pero no las de emprendimiento, aunque impone, a nuestro juicio, un enfoque más amplio al requerir un análisis motivado de las oportunidades de empleo tanto en España, como en la Unión Europea y en el ámbito internacional, lo que sin duda podrá respetarse en la nueva regulación reglamentaria de aquella.

Por último, ha de identificar las actuaciones de búsqueda activa de empleo que el beneficiario obligatoriamente ha de realizar de acuerdo con su perfil y sus necesidades de conciliación. La única novedad en este caso radica en la garantía del derecho a conciliar la vida familiar y la laboral⁴⁴.

Una vez adoptado el acuerdo de actividad y conformado el IPI, se reconoce el derecho de los usuarios de disponer de su itinerario o plan de actuación individualizado en el plazo máximo de un mes a contar desde la elaboración de su perfil de usuario⁴⁵. Esto supone una mejora cualitativa con respecto lo previsto en el Reglamento que regula la Cartera de Servicios en el cual se indica que el diseño del itinerario consistirá en una comunicación fehaciente al usuario, cuando proceda -es decir, a decisión del servicio de empleo- del procedimiento que consideren más adecuado para su acceso al empleo, propuestas, calendarios y elementos de verificación y seguimiento⁴⁶.

No obstante lo anterior, el IPI no es un instrumento estático o inamovible, sino que se podrá ser objeto de reformulación cuando así se estime conveniente por el tutor, en

⁴² Señala este como uno de los principales déficits de nuestro sistema de relaciones laborales, FERNANDEZ PRIETO, M., “Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023”, *Revista Justicia & Trabajo*, n.º extraordinario, p. 26.

⁴³ En este sentido, PÉREZ GÁZQUEZ, M.I., “El impacto de la industria 4.0 en el empleo. Especial referencia a las políticas activas de empleo y la formación digital como elementos de inclusión sociolaboral”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº60, 2022, op.cit., p. 4.

⁴⁴ El contenido mínimo el IPI en la Cartera Común de Servicios del SNE se disponen en el art. 8.2 b) 1º a 3º del Real Decreto 7/2015, de 16 de enero.

⁴⁵ Cifra que parece poco realista para ser cumplida en atención a las carencias en la gestión del sistema de empleo, NAVARRO NIETO, F., “Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo”. *Diario La ley*, nº 10302, 2023. Consultado en Smarteca, desde donde se cita, p. 9.

⁴⁶ Art. 8.2 b) del Real Decreto 7/2015, de 16 de enero.

apreciación de los resultados alcanzados por la persona usuaria durante el desarrollo de las actividades y servicios previstos en el marco del itinerario.

4.4. Tutorización individual y al asesoramiento

La individualización de la atención en los servicios de empleo descansa en una conexión constante entre el usuario y la Administración, en la medida en que se reconoce el asesoramiento continuado y atención personalizada, tanto presencial como no presencial. Esto último se hará efectivo a través de un canal digital, para la recepción de los servicios, orientación y atención, lo que exigirá una adecuación digital de los portales tanto del servicio estatal, como de los autonómicos. En su implementación, no se ha de descuidar la necesaria formación e información sobre el uso de este instrumento digital, atendiendo en particular a los colectivos de atención prioritaria en aras a que no desemboque en un ensanchamiento mayor de la brecha digital que entre ellos se detecta. Huelga decir que también es necesario dotar de estas competencias digitales al propio tutor.

Este acompañamiento continuo se personaliza en la figura de un tutor, que debe estar presente tanto en los momentos de transición laboral, entre la educación y el empleo o entre situaciones de empleo y desempleo. Se ordena que la tutorización sea libre de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad, origen, etnia y discapacidad, exigiendo poner atención a las necesidades específicas de las distintas etapas vitales, en particular aquellas que producen mayor alejamiento del mercado laboral, como la maternidad y el cuidado de personas menores o mayores. En este sentido, sería oportuno realizar actividades de sensibilización previa de atención a la diversidad de quienes serán tutores.

La decidida apuesta de la norma por un sistema digital impediría implantar mecanismos más sofisticados que introdujeran una tutorización mecanizada, guiada por algoritmos, en la medida en que se debe permitir identificar a la persona que acompaña al demandante de los servicios de empleo. Lo que sí se va a permitir, en cambio, es que el tutor acceda a herramientas digitales como el análisis de datos y las evidencias estadísticas, para facilitar su toma de decisiones y recomendaciones que elaboren y emitan en el ejercicio de sus funciones. Esta información será proporcionada por el Servicio Público Integrado de Información -que sustituye al Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo-órgano encargado de reunir los datos relativos al empleo y la empleabilidad de las personas usuarias de los servicios públicos de empleo.

La persona tutora, en definitiva, debe prestar servicio integral al usuario , a fin de facilitarle la información y asesoramiento necesarios para la definición de su currículo, pero también ofrecerle los recursos necesarios para el manejo de medios, técnicas y herramientas accesibles para la búsqueda activa de empleo, la situación del mercado, las necesidades de los sectores productivos, la oferta formativa, la movilidad laboral, geográfica o funcional y cuantas funciones de apoyo individual y personalizado sean precisas. Todas las anteriores no se describían antes como tareas asignadas al tutor, sino que se enmarcaban actividades de asesoramiento y ayuda técnica adicional que podrían ofrecerse de forma personal, grupal o general a los usuarios.

El catálogo de funciones de tutor se cierra con las de acompañamiento en la ejecución del IPI y en su revisión y actualización, para facilitar su activación y mejorar su empleabilidad. En este punto existe coincidencia con las funciones que en la Cartera Común de Servicios del SNE ya se asignaba al tutor.

4.5. Intermediación laboral en todo el territorio español

Dejando al margen a los sujetos que tienen intención de emprender un negocio propio, para que el IPI arroje los resultados esperados para quienes pretenden un empleo asalariado, es esencial que se ponga en marcha el servicio de intermediación. La norma exige que esta sea eficiente, en el sentido de detectar las ofertas de empleo adecuadas, en particular en el caso de personas desempleadas inmersas en procesos de recolocación. Para que, además, sea eficaz el itinerario planteado, deben imperar una serie de condiciones, tales como permitir el acceso a trabajos en cualquier territorio del Estado, en iguales condiciones.

En tanto que el IPI refleja no solo actividades sino otros servicios que los servicios de empleo se comprometen a proporcionar, entre ellos se podrá prever que el sujeto se beneficie de ayudas al empleo establecidas en las diferentes Comunidades Autónomas, ya pertenezcan a la cartera común o complementaria de servicios, siempre que se haya inscrito previamente el beneficiario en el Servicio Nacional de Empleo. Para salvaguardar esta garantía, resulta oponible la prohibición de discriminar directa o indirectamente a las personas demandantes de empleo por parte de los servicios públicos y privados de empleo a causa de su vecindad civil, su residencia o su nacionalidad en cualquier Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, ni tampoco podrán establecerse requisitos de vinculación con un determinado servicio de empleo en detrimento de los demás. Como única excepción, se permite el establecimiento de condiciones previas de empadronamiento, residencia o vecindad civil en el ámbito de los programas de apoyo al empleo local, así como preferencias de acceso a las acciones de fijación de población en ciertos entornos o de recolocación de personas que hayan perdido sus empleos.

Lo anterior no supone, a nuestro modo de ver, ninguna intromisión de las competencias de las Comunidades Autónomas tiene transferidas en esta materia, en la medida en que no solo el Estado es competente para sentar las bases de las políticas de empleo, sino también para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos⁴⁷.

4.6. Inclusión del IPI en el expediente laboral personalizado único

Toda persona demandante de los servicios de empleo debe contar, desde la aprobación de la nueva LE 2023, con un expediente laboral personalizado y único, del que hasta ahora se carecía.

El mismo ha de estar integrado por el perfil individualizado del usuario con referencia a su cualificación y experiencia profesional precedente. A este se incorporará, cuando proceda, el itinerario o plan personalizado de actuación, junto con el acuerdo de actividad, las actividades desarrolladas en cumplimiento del mismo, la tutorización y seguimiento de la persona usuaria durante las transiciones laborales, la cartera individualizada de formación, las ofertas de empleo adecuadas aceptadas o rechazadas y su justificación, los contratos suscritos, la vida laboral de la Seguridad Social y las prestaciones, ayudas o incentivos económicos que, en su caso, perciba durante su proceso de búsqueda de empleo o como consecuencia del mismo.

El usuario debería tener acceso su expediente a través de una plataforma digital. Otra cosa no podría ser interpretada en la medida en que se exige por la propia ley que sean

⁴⁷ En atribución de los títulos competenciales previstos en el art. 149 7º y 1º respectivamente de la Constitución Española.

facilitados los servicios de la cartera común -entre los que se incluye este- a través de medios electrónicos y digitales a las personas demandantes⁴⁸.

En definitiva, en él se insertan absolutamente todas las acciones emprendidas por los servicios de empleo y por el mismo usuario siempre que mantenga la suscripción como demandante de los mismos, aunque lo más coherente es que la misma no desapareciera si se suspende la demanda. De este modo, al acumular todos los datos obtenidos en el periodo en que se mantuvo activa la demanda de empleo, servirá de referencia a futuros IPIs cuando así resulte necesario.

5. EL ITINERARIO PERSONALIZADO DE INSERCIÓN PARA COLECTIVOS PRIORITARIOS

Todas las leyes de empleo que anteceden a la recién aprobada dedicaban especial atención a colectivos prioritarios de inserción. La ley de empleo de 1980, aunque no se refería a ellos como tal, establecía el deber del Gobierno de adoptar programas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores. Entre ellos estaban los jóvenes demandantes de primer empleo, trabajadores perceptores de las prestaciones de desempleo, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de cuarenta y cinco años y minusválidos. La ley posterior, de 2003, a la luz de la reforma introducida en 2011, señalaba ya como a miembros de colectivos prioritarios, por sus especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, a los mayores de cuarenta y cinco años, a los jóvenes con déficit de formación, a las mujeres, separándolas de las personas con responsabilidades familiares, y añadiendo también a los parados de larga duración, la personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes. Se trataba de una lista abierta, pudiendo ser complementada por lo dispuesto en el marco del SNE⁴⁹. Esta misma enumeración de los colectivos prioritarios se mantuvo en el texto refundido de 2015.

La nueva ley de empleo aumenta notablemente el listado de colectivos considerados de atención prioritaria para la política de empleo, aunque ciertamente su lectura nos muestra no ya una ampliación de estos, sino también la especificación de algunos de los ya previstos. Así, además de los anteriormente señalados, se identifican a personas con discapacidad, con particular atención a las personas con capacidad intelectual límite y personas con trastornos del espectro autista. Pero además, se añade un listado de situaciones de discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo; en cuanto al colectivo de mujeres, se refiere únicamente a las que tienen baja cualificación y a las mujeres víctimas de violencia de género; además de los migrantes se destaca a las personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable; las personas con responsabilidades familiares ahora no se mencionan como tal refiriéndose ahora a personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales; finalmente se incorporan nuevos colectivos, como son, las personas víctimas de trata de seres humanos, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, víctimas del terrorismo, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género, así como personas cuya

⁴⁸ Art. 56 de la LE 2023.

⁴⁹ Art. 19 *octies* de la LE 2003, tras la modificación introducida por el art. 9 de Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero.

guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas. Por último, personas LGTBI, en particular trans.

La amalgama de supuestos que califican a un colectivo como prioritario supone una consecuencia lógica del aumento de la preocupación y atención de la diversidad, reflejo de una realidad que demuestra que la exclusión social es un proceso modificable⁵⁰. Por esto, es indudable la mejora cualitativa, a la par que cuantitativa, de la concreción de los colectivos de atención prioritaria en materia de empleo, si bien debemos hacer dos matizaciones que deslucen en alguna medida esta evaluación tan positiva. En primer lugar, se evidencia cierta dificultad del legislador por clasificar y dotar de medidas adecuadas a colectivos que podrían dividirse en dos subcategorías: quienes tienen problemas de empleabilidad y quienes son vulnerables en el mercado de trabajo⁵¹, siendo más numerosos los grupos que encajan en la segunda. Suponemos que la propia Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales dará cuenta de los requerimientos específicos de tales situaciones en la medida en que periódicamente evaluará la evolución del cumplimiento de objetivos cuantitativos y cualitativos que determine la condición de cada colectivo, a los efectos de proseguir con las mismas acciones, o adaptarlas para una mejor consecución de estos. Si bien, habría sido conveniente no dejar a la discrecionalidad de esta el establecimiento de tales objetivos de forma desagregada para cada uno de los colectivos prioritarios, sino fijarlo con carácter imperativo.

En segundo lugar, llama la atención la supresión o reducción aparente del ámbito de extensión de dos colectivos antes mencionados. Nos referimos por un lado, a la supresión de la referencia a las mujeres, sin más calificativos, transformada ahora en la atención a determinados colectivos de estas. En nuestra opinión, habría sido más adecuado especificar tales supuestos dentro de la más genérica alusión a mujeres, como ocurre con el colectivo de personas con discapacidad, habida cuenta de que existen otras circunstancias que impiden a la mujer la plena inserción en el mercado laboral, relacionadas con la maternidad o con alcanzar determinada edad. Esto iría en consonancia, además, con la propia disposición adicional séptima que permite el establecimiento de acciones positivas en tanto se reduzca la tasa de desempleo femenino. En segundo lugar, consideramos que puede ser limitativa la referencia a quienes tienen menores o mayores dependientes a cargo en sustitución de la más genérica mención a personas con responsabilidades familiares, pues con ello se podrían obviar otras circunstancias limitantes a la inserción laboral, y ello pese a que las personas con responsabilidades familiares gozan de referencia explícita tanto en el Eje 3 de la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, dedicado a las oportunidades de empleo como en el Eje 4 relativo a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. En cualquier caso, dado que la lista de colectivos de atención prioritaria es *numerus apertus*, creemos que todos los anteriores podrían estar referidos en su futura regulación reglamentaria, tanto a nivel estatal, como autonómico.

Son conocidas las políticas de empleo con mayor incidencia sobre estos colectivos. Dentro de las activas, destacan las reducciones o bonificaciones a su contratación⁵²; entre las pasivas las dirigidas a paliar la situación de exclusión social a la que se ven abocados estos sujetos, tales como rentas de inserción-con distintas denominaciones y configuración en las diferentes autonomías-. En cambio, nos detenemos en los mecanismos activos de inserción previstos por la ley de empleo 2023. Para todos aquellos

⁵⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ G., “Desarrollo de itinerarios personalizados de inserción. Un modelo centrado en las necesidades de los usuarios”. *Trabajo Social Hoy*, nº 26, 1999, p. 88.

⁵¹ Siguiendo en este punto a Cifra que parece poco realista para ser cumplida en atención a las carencias en la gestión del sistema de empleo, NAVARRO NIETO, F., “Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo”, op.cit. p. 10.

⁵² Se pueden consultar en: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/bonificaciones-reducciones-contratacion-laboral.html>

sujetos, advierte la norma, el Gobierno y las Comunidades Autónomas, deben promover una atención específica en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo, cuyas medidas deberán ser reforzadas en los casos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad.

Dadas las especiales dificultades de inserción laboral con las que se topan los miembros de los colectivos señalados, proporcionar una atención individualizada resulta imprescindible. De este modo, se atribuye al SNE, «*en sus distintos niveles territoriales y funcionales y de manera coordinada y articulada* asegurar el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que los integran y a sus necesidades específicas». En todo caso, para dar un mejor cumplimiento a tal mandato, cuando ello sea necesario, los servicios de empleo se coordinarán con los servicios sociales para dar una mejor atención a estas personas *mediante protocolos de coordinación aprobados para tal fin*⁵³. Solo las frases señaladas en cursiva suponen una novedad con respecto a lo que fijaba el art. 30 de la anterior ley de empleo, por lo que en este terreno la norma no ha innovado en exceso.

Esta regulación nos plantea un par de cuestiones sobre las que reflexionar. La primera de ellas radica determinar si existirá alguna diferencia entre los itinerarios individualizados para estos colectivos de los previstos con carácter general en la ley de empleo. Al margen de lo que se prevean en los protocolos de coordinación entre los distintos servicios públicos, en nuestra opinión, se ha de dar una respuesta negativa, en tanto no sea contradicha por una norma de desarrollo posterior. Conectando con lo anterior, aunque resulta bienvenida la referencia a tales protocolos, no se ha concretado cuándo y en qué circunstancias se podrá requerir tal coordinación y ni cómo se llevará a cabo el procedimiento de adopción del protocolo referido, cuestiones que, suponemos, serán objeto de desarrollo reglamentario.

6. OBLIGACIONES Y CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS SUJETOS BENEFICIARIOS DE LOS IPIS

Hasta ahora, hemos puesto el foco en el itinerario personalizado de inserción como un derecho subjetivo de los ciudadanos a recibir una atención individualizada por los servicios de empleo que favorezca su mejora de empleabilidad e inserción laboral. Sin embargo, el acceso a este servicio también genera obligaciones para los usuarios⁵⁴.

En primer lugar, se le requiere colaboración activa en la elaboración de su propio perfil individualizado, en las recomendaciones para la mejora de su empleabilidad y en el diseño del propio IPI. La misma se arbitra a través del requerimiento de documentación acreditativa de los datos e informes relevantes, así como exigiendo su atención, presencial o telemática a los llamamientos del organismo correspondiente y de la persona tutora. Esto obliga al sujeto a facilitar su contacto, ya sea a través de la entrega de su número de teléfono, dirección de correo postal o electrónico o mediante la plataforma o portal digital creado a tales efectos debiéndose garantizar en todo caso su derecho a la protección de datos⁵⁵. Además, el usuario está constreñido a desarrollar las actividades propuestas en el itinerario de inserción, salvo causa justificada, tales como búsqueda activa de empleo, acciones de formación y/o acreditación de experiencia laboral o formación no formal

⁵³ Art. 50 de la LE 2023.

⁵⁴ Art. 58 de la LE 2023.

⁵⁵ El art. 16 LE proporciona por primera un tratamiento integral de la protección de datos personales a los que accedan los servicios públicos en aplicación de dicha norma.

adecuadas para la mejora de sus competencias y cualificación profesional. Del usuario se espera una actitud activa, que quedará patente no solo cuando cumpla con las actividades propuestas, sino también cuando desarrolle iniciativas propias.

Para finalizar, el sujeto beneficiario debe poner de manifiesto cualquier cambio de sus circunstancias personales que puedan tener impacto en la viabilidad de las acciones que puedan ser adoptadas en el marco del IPI, tales como, cambios de domicilio o dificultades de conciliación. De ese modo, si las circunstancias así lo determinan, se procedería a la reformulación de este.

También impone exigencias de participación en su propia empleabilidad la LGSS, por cuanto a que obliga a los beneficiarios de prestaciones por desempleo a la búsqueda activa de empleo, así como participar en acciones de mejora de la empleabilidad que se determinen por los servicios públicos de empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción⁵⁶.

En la medida en que se generan todas estas obligaciones al usuario, debemos preguntarnos cuáles serían las consecuencias de su incumplimiento y para dar respuesta a ello debemos atender a dos planos diferenciados. En el ámbito administrativo sancionador, se contempla como infracción leve, la no comparecencia presencial o telemática, cuando se haya aceptado expresa y voluntariamente este medio, no devolver el justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo que le fueran facilitadas, o no cumplir las exigencias del acuerdo de actividad, salvo causa justificada o de fuerza mayor. Se califican como graves, tanto rechazar una colocación adecuada, como negarse a participar, salvo causa justificada, en aquellas actividades para la mejora de la empleabilidad propuestas en el itinerario o plan personalizado. Finalmente se considera como infracción muy grave no aplicar o desviar las ayudas recibidas, en especial de fomento del empleo⁵⁷. Quedan impunes, por no venir reflejadas como incumplimientos sancionables, todas las acciones relativas a la propia iniciativa individual, lo que acaba por flexibilizar en cierto modo la exigencia de actitud activa exigida por la norma a los usuarios del servicio de atención individualizada no beneficiarios de una prestación por desempleo. Consecuencia de lo anterior será la imposición de sanciones económicas que oscilan entre los 70€ de las más leves en su grado mínimo, a los 225.018€ en el caso de las más graves en su grado máximo⁵⁸.

En este punto las modificaciones introducidas por la LE 2023 a la LISOS son de tono menor, dirigidas, en gran medida, a adecuar los tipos a la norma vigente, como por ejemplo sustituyendo la referencia del acuerdo personal de empleo por el acuerdo de actividad, si bien con alguna modificación de calado mayor, como es la supresión como infracción leve el no renovar la demanda de empleo. Pero la principal novedad que aporta la reforma en la materia que a nosotros ocupa resulta de la mención específica al itinerario o plan personalizado para describir como falta grave negarse a participar en las actividades propuestas en su seno, sustituyendo la referencia anterior y más genérica de los programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional.

Adicionalmente, si el sujeto es perceptor o beneficiario de prestaciones por desempleo, cometerá una infracción leve, igualmente, por no comparecer cuando así lo requieran los servicios públicos de empleo, o cuando no devuelva el justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir ofertas de empleo y no cumplir el

⁵⁶ Art. 299 e) LGSS.

⁵⁷ Art. 17 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁵⁸ Art. 40 LISOS.

compromiso de actividad, salvo causa justificada. Serán infracciones graves rechazar una oferta de empleo adecuada, conforme al compromiso de actividad adoptado, salvo causa justificada, o no participar en programas de empleo o inserción profesional cuando le sean ofrecidos, salvo causa justificada. Las sanciones correspondientes en tales casos serán la de la pérdida de la prestación durante determinados meses, atendiendo a una escala ascendente en función de la gravedad y de la reiteración de la falta cometida⁵⁹.

De todo lo anterior, una cuestión resulta enormemente llamativa, a nuestro modo de ver, y es la referida a la ausencia de definición de la causa justificada como eximente de la responsabilidad administrativa y de Seguridad Social cuando el sujeto se negara a cumplir con el acuerdo de actividad o a participar en las acciones de mejora de empleabilidad propuestas en el IPI. Se espera que el desarrollo reglamentario de la ley de empleo arroje luz sobre este concepto jurídico indeterminado que evite así la aplicación discrecional de las disposiciones relativas a las infracciones por incumplimiento de los compromisos adoptados en el seno del IPI, lo que hasta ahora no se ha acometido en las normas anteriores.

7. IDEAS DE CIERRE

Los itinerarios personalizados de inserción tal y como se regulan hoy, sin suponer una novedad introducida por la recién aprobada ley de empleo, vienen a dar un impulso a estas medidas de atención personalizada, de la mano de la transición digital por la que atraviesa la Administración pública. En ellos se vislumbra la decidida apuesta que el legislador estatal, guiado por el comunitario, hace sobre la formación a lo largo de la vida activa, configurando al IPI como un servicio con vocación de permanencia y acompañamiento permanente del sujeto, persiguiendo la mejora constante de su empleabilidad. Es la búsqueda de esta, sin duda, el elemento central de la norma y que tantas veces se ha repetido en este trabajo, por sus hondas repercusiones no solo en lo particular, la integración del sujeto en el mercado laboral, sino también en lo general, en la medida en que el aumento de los niveles de empleo supone un verdadero acicate para el objetivo de sostenibilidad futura del sistema de Seguridad Social.

La elaboración de los IPIs ha de tomar en consideración diferentes factores como son los estructurales del mercado de trabajo, como son el volumen y calidad del empleo, las asignaciones presupuestarias y el refuerzo técnico de los servicios de empleo; los competenciales, en cuanto a la cualificación profesional y técnica de los usuarios; y los personales, en atención a necesidades, intereses o la ubicación del sujeto en un colectivo de atención prioritaria. Todo ello sin descuidar dos factores que, a nuestro juicio, la ley impone con todo acierto: la eliminación de sesgos y estereotipos, con especial referencia a las situaciones de discriminación interseccional, y la atención a la conciliación familiar y laboral. Nada de ello será factible sin la debida formación o cualificación previa de los servicios encargados de su elaboración, en especial de los encargados de tutorizar los itinerarios de inserción personalizados.

En conclusión, nos resulta adecuada la actualización y adecuación de los IPIS a los nuevos tiempos, tanto en el plano subjetivo, referido a todos los sujetos que demanden un servicio de empleo, y no solo desempleados; como en el objetivo, ampliando contenidos y conectándolo con el mundo digitalizado, aunque su eficacia dependerá del desarrollo reglamentario, la adaptación de estos por las autonomías, los recursos que se pongan a su disposición y, en fin, la estructura del marco productivo. En cualquier caso, para

⁵⁹ 47 LISOS.

valorar definitivamente si su impacto es positivo precisamos de los datos que genere su puesta en marcha, situándonos a la espera del seguimiento y evaluación, área que se ha visto reforzada por la LE 2023 y que pocos resultados ha mostrado hasta ahora. No basta con la información que publican los servicios autonómicos de empleo. Es preciso que a nivel estatal se estudie su eventual eficacia, la relación causa efecto entre los IPIs y sus resultados, que demuestre los aspectos de generan desigualdad en los distintos territorios, como así ha demostrara el estudio de la Airef sobre las políticas activas de empleo en 2019, para posteriormente, incidir en su mejora, para que la implementación futura de este servicios de empleo verdaderamente cumpla con su propósito, la integración laboral de la población activa en aras al cumplimiento del mandato de pleno empleo.

**PONENCIAS ESPECÍFICAS INVITADAS
PRESENTADAS AL PRIMER PANEL**

**LOS EMPLEOS VERDES Y SUS POLÍTICAS DE MERCADO DE TRABAJO:
UN MOTOR PENDIENTE DE ARRANQUE EN
LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA**

MARGARITA MIÑARRO YANINI

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
IP del grupo Laborclima, Nuevos retos vinculados a la emergencia climática
Universidad Jaume I, Castellón*

SUMARIO:

1. INSTRUMENTOS DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA
2. LAS REALIZACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE “EMPLEO VERDE”
3. (PESEA TODO) LA NECESIDAD DE CONTAR CON UN CONCEPTO UNIFICADO Y SEGURO DE EMPLEO VERDE
4. PROYECCIONES NORMATIVAS: SOBRE LAS OPORTUNIDADES PERDIDAS
5. CONCLUSIONES

1. INSTRUMENTOS DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA

El cambio climático es una realidad absolutamente sensible, que hace ya años ha dejado de ser una oscura expectativa. Muestra de ello es la terrible situación en la que recientemente estuvo sumida de Grecia, donde la grave sequía padecida durante meses fue seguida de devastadores incendios que se produjeron en agosto y culminó con las lluvias torrenciales caídas en septiembre, que arrasaron todo a su paso¹. En otra variante también exponente de los efectos destructivos del cambio climático, puede hacerse referencia al letal terremoto que asoló Marruecos el 8 de septiembre, puesto que diversos estudios científicos han constatado que, aunque la actividad sísmica se produce a niveles muy por debajo de la corteza terrestre, también se relaciona desde diversas perspectivas con varios efectos derivados del cambio climático².

Además del enorme impacto en el plano ecológico que ello ocasiona, es evidente que produce muy perniciosos efectos sociales, tanto directos como indirectos. Los directos se traducen en los miles de personas que mueren³ o que deben abandonar sus hogares, incluso sus países, por perder sus medios de vida a consecuencia de tales fenómenos, convirtiéndose en migrantes climáticos⁴. A ello hay que añadir que los efectos vinculados al cambio climático (sequía, lluvias torrencial...) afectan a la producción agrícola y con ello, a toda la cadena alimentaria⁵. En países pobres, ello es causa de crisis alimentarias y hambrunas. Además, provoca un demoledor impacto económico, dado que afecta de lleno a la economía primaria, al ser inescindible del clima y del medioambiente, que es el motor de sus economías⁶. En países “desarrollados”, la carestía en productos de primera necesidad provoca el alza de precios, haciéndolos inaccesibles para gran parte de la población y ampliando así la brecha de desigualdad social⁷. En suma, tiene un enorme impacto social negativo, que es más intenso para los países pobres y los grupos sociales más vulnerables.

Resulta poco discutible el origen antropoceno del cambio climático, siendo la quema de combustibles fósiles en la actividad industrial, y la liberación de gases de efecto invernadero (CO₂, metano, gases fluorados...) en el proceso productivo, en continuo incremento, su causa principal. De este modo, las empresas son las que en mayor medida contribuyen al cambio climático a través de su actividad industrial, así como de los modelos de consumo “sucios” que imponen para ganar cotas de mercado⁸. Resulta evidente, por lo tanto, que corresponde también a las empresas un papel protagonista en la imprescindible reversión de este patrón contaminante. Para que dicha transición se

¹ <https://www.lavanguardia.com/internacional/20230907/9210152/lluvias-grecia-inundaciones-muertos-tormenta-daniel.html>

² Así, se ha probado científicamente, que tanto el deshielo de los polos, las variaciones bruscas en la presión atmosférica producida por el calentamiento de los gases, como las inundaciones, ciclones o tifones, facilitan que las fallas sísmicas ubicadas en las profundidades de la corteza terrestre se muevan con mayor facilidad y liberen la tensión acumulada, <https://www.eltiempo.es/noticias/como-afecta-el-cambio-climatico-a-los-terremotos> Desde otra perspectiva, está demostrada la vinculación entre los terremotos y acciones humanas, como la construcción de presas o el fracking <https://verdeyazul.diarioinformacion.com/confirman-que-la-tecnica-del-fracking-origina-terremotos.html>

³ <https://cnnespanol.cnn.com/2023/09/12/muertos-heridos-danos-graves-afectaciones-terremoto-marruecos-trax/>

⁴ Vid. Miñarro Yanini, M. “El derecho en la encrucijada: el caso de los mirantes climáticos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº26, 2022, p.431 ss.

⁵ <https://www.nytimes.com/es/2019/08/08/espanol/ciencia-y-tecnologia/el-cambio-climatico-pone-en-peligro-nuestra-comida.html>

⁶ Así lo destaca Felipe Pérez, B. “Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional”, Aranzadi, 2019, p.19.

⁷ Ejemplo de esta situación es el precio del aceite de oliva en España, que en un año se ha encarecido casi un 53%, <https://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-precio-aceite-oliva-lleva-26-meses-subiendo-dos-digitos-hoy-cuesta-39-mas-hace-ano-20230912094607.html>

⁸ Pueden englobarse prácticas empresariales muy variadas, como la obsolescencia programada, la imposibilidad de reparación o reutilización de los productos, la utilización de empaquetado y envasado excesivo de los productos, el modelo textil “low cost”...

produzca es necesario, además de abandonar tácticas que generan un consumo con enorme huella ecológica, cambiar la manera de producir, lo que supone transitar desde modelos contaminantes a otros más limpios. Esta transformación en los procedimientos implica, asimismo, cambiar la manera de trabajar. En esta transformación cobran protagonismo los empleos verdes, que están inescindiblemente ligados a la producción limpia y a la necesaria transición ecológica⁹. Son así emblema de una economía y sociedad más sostenible, llamada a preservar el medioambiente para las generaciones futuras¹⁰.

En este sentido, los empleos verdes deben ser motor de una nueva manera de trabajar, no contaminante e inserta en la economía circular, que no sólo no degrade, sino que contribuya a revertir, en la medida de lo posible, la situación climática. Ello implica, por lo que respecta a los empleos existentes, que han de ajustarse a las exigencias medioambientales para que sean neutros desde el punto de vista climático. A tal fin, se han introducido cauces en el ordenamiento jurídico para mitigar los efectos en el empleo de esta necesaria “reconversión industrial verde”, a través de los renovados Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (art.47 ET)¹¹ y la nueva medida del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art.47,bis ET)¹². En los casos en los que resulte imposible llevar a cabo esa transformación en clave ecológica, la actividad debería cesar¹³. Con ello, desaparecerían los empleos asociados a ella, por lo que habría de darse a las personas que los ocupaban la posibilidad de participar en planes de formación, también vinculados a las medidas apuntadas, que les capaciten y les permitan desarrollar otros trabajos que se ajusten a las nuevas exigencias medioambientales¹⁴.

En consecuencia, en el plano teórico u objetivo, por lo que respecta al empleo, el proceso de transición parece claro. No obstante, como suele suceder, su desarrollo práctico es mucho más complejo. Lo es porque es frecuente que las empresas se resistan a cualquier cambio, por cuestiones económicas -las inversiones que puedan implicar- y por el gran peso de la inercia respecto del modelo existente. Pero, fundamentalmente, también lo es porque no se han configurado adecuadamente algunos aspectos imprescindibles para lograr el impulso de los empleos verdes, cuya importancia económica y social en la transición ecológica es clave. En este punto, existe una clara responsabilidad de los poderes públicos, que han obviado su deber, y con ello, incumplido los compromisos de apostar por el necesario cambio social en clave ecológica¹⁵.

En las siguientes páginas se examinan las cuestiones nucleares vinculadas a los empleos verdes, como son sus elementos básicos, su papel en la transición ecológica

⁹ Así, Miñarro Yanini, M. “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el “empleo verde”, en AAVV *Cambio climático y Derecho Social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, IVRA, Universidad de Jaén, 2021, p.43.

¹⁰ Así se destaca en el Informe del PNUMA “Empleos verdes: hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono”

¹¹ Vid. sobre el tema Vila Tierno, F. y Álvarez Cortés, J.C. “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Revista Temas Laborales*, nº161, 2022, p.281 ss.

¹² Sobre su delimitación y configuración, vid. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P. “Mecanismo red de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, p.305 ss., y orientado específicamente a su dimensión ecológica, Miñarro Yanini, M. “Flexicurity in ambito laborativo e transizione ecológica giusta: il ricorso agli ERTE e al meccanismo RED nel quadro del Next Generation EU”, *Diritto delle relazioni Industriali*, vol.32, nº3, 2022, p.765 ss. y “Las pretendidas transiciones gemelas ecológica y digital: en particular, su impacto en el empleo y los procedimientos de adaptación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nº156, 2023, p.86 ss.

¹³ Como ejemplo (también de la frecuente resistencia de las empresas al cierre definitivo) <https://www.wwf.es/?48921/Un-Futuro-Sin-Carbon-reclama-a-Endesa-el-cierre-inmediato-de-sus-termicas-por-ser-de-las-mas-contaminantes-de-Europa>

¹⁴ Sobre la importancia de la recualificación y formación en clave verdes, Cuesta Álvarez, H. “La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género”, *Lan Herremank*, nº49, 2023, p.37 ss.

¹⁵ En este sentido, Miñarro Yanini, M. “El papel del Derecho para garantizar una transición ecológica socialmente justa”, en AAVV *Cambio climático y Derecho Social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, IVRA, Universidad de Jaén, 2021, p.10.

y los problemas existentes para su efectivo despegue, todo ello desde una perspectiva crítica y positiva.

2. LAS REALIZACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE "EMPLEO VERDE"

2.1. Los obstáculos a la conceptualización del “empleo verde” y su efecto en la transición ecológica

Resulta evidente que el estudio del papel de los empleos verdes en la transición ecológica debe empezar por su delimitación conceptual, pues es imposible saber cuántos empleos verdes existen y fomentar su creación a través de los diversos sistemas de incentivación existentes, si se ignora lo que son. No obstante, esta cuestión básica y esencial constituye ya un escollo, pues no existe un concepto unívoco de empleo verde, sino tantos como sujetos lo definan, siendo además las nociones muy heterogéneas, al responder a interpretaciones e intereses muy diversos. Ello resulta especialmente sorprendente si se atiende al importante rol que se les asigna en el marco de la transición ecológica, al que alude de forma reiterada la Ley de Cambio climático y Transición Energética¹⁶ que, sin embargo, no aborda su definición.

Las razones de que no se haya logrado formular un concepto único de validez general son variadas, pero esencialmente se debe a¹⁷:

1. La existencia de muchas “tonalidades de verde”, es decir, muy diversos niveles de exigencia respecto del componente y/o aportación ecológica requerida.
2. El carácter evolutivo y cambiante del empleo verde.
3. La necesidad -y suma dificultad- de utilizar parámetros homogéneos en la delimitación.
4. La heterogeneidad de las actividades que incluyen, en un plano horizontal pero también vertical, incluso en relación con su núcleo verde esencial -restrictivo-.

La diversidad de conceptualizaciones de “empleo verde” existentes diluye su funcionalidad, puesto que, al ser definido por cada sujeto que lo aborda según su criterio propio, y con frecuencia también en función de sus intereses, realmente, no puede saberse con exactitud a qué hace referencia, reinando así la confusión más absoluta en este punto esencial y haciendo inoperativo el concepto¹⁸. Esta falta de unidad implica la existencia de una gran variedad de nociones de muy diverso contenido y alcance. Así, si se atiende al empleo verde existente en España, según la noción que se adopte como referente, puede resultar una cifra muy elevada o, por el contrario, mucho menor, de ser ésta laxa o estricta, respectivamente. En la misma dirección, en cuanto a la fase de fomento del empleo, el concepto estricto o amplio que se utilice determinará que los incentivos públicos se

¹⁶ En este sentido, arts.1 y 28.

¹⁷ Vid. Miñarro Yanini, M. “Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el “empleo verde”, pp.46-47.

¹⁸ De hecho, aunque se trata de un claro ejemplo de green washing, resulta curioso comprobar que las empresas más contaminantes hacen de los empleos verdes su bandera, pudiendo citarse los casos de REPSOL (<https://www.repsol.com/es/energia-futuro/personas/empleos-verdes/index.cshtml>), Endesa (<https://www.google.es/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjezvK1t-aBAxWvfiqQEHTP9AGsQFnoECBQQA-Q&url=https%3A%2F%2Fwww.endesa.com%2Fes%2Fprensa%2Fsala-de-prensa%2Fnoticias%2Feficiencia-energetica%2Fmedioambiente%2Fempleos-verdes-desarrollo-renovable-endesa&usg=AOvVaw1RImCt21Mzoxb-b59XKBduT&opi=89978449>), Naturgy -antigua Gas Natural FENOSA- (https://estaticos.naturgy.com/fundacion/Empleos_que_demandara_el_sector_energetico/44/), Iberdrola (<https://www.iberdrola.com/sostenibilidad/que-es-empleo-verde>)...

destinen a actividades con mayor aporte ecológico o alcancen a otras cuya contribución en esta dimensión sea mucho más reducida. En suma, la indagación en el concepto de “empleo verde” no es en absoluto un tema eminentemente teórico, sino, al contrario, presenta una gran y evidente importancia práctica.

Sin voluntad de realizar un análisis exhaustivo, que sería, además de innecesario, imposible, dadas las limitaciones de este trabajo, procede repasar algunas definiciones de “empleo verde”, incidir en las claves del problema y poner de relieve el último y relevante episodio de esta evolución.

Como punto de partida de este breve análisis, quiere reseñarse el concepto formulado en el Informe de la OCDE y Eurostat titulado “*The environmental goods and services industry*”, publicado en 1999. Según este, los empleos verdes son “*Aquellas actividades que producen bienes y servicios capaces de medir, prevenir, limitar, minimizar o corregir daños al medio ambiente tales como la contaminación del agua, aire, suelos, así como problemas relacionados con los desechos, el ruido y los ecosistemas, incluyendo las tecnologías limpias, productos y servicios que reducen el riesgo medioambiental y minimizan la contaminación y la utilización de recursos*”. Se trata de una delimitación de interés que atiende al efecto de la actividad en el medioambiente, más aun atendiendo al momento en que fue formulada, si bien es cierto que presenta perfiles difusos, lo que reduce su utilidad práctica.

En otros casos, la noción planteada es excesivamente flexible, lo que perjudica su utilidad. Es el caso de la formulada por el PNUMA en 2008, en virtud de la cual, los empleos verdes son “los que reducen el impacto medioambiental de las empresas y los sectores económicos, hasta alcanzar en definitiva niveles sostenibles”¹⁹. Realmente, se trata de una definición muy amplia y excesivamente inconcreta para resultar funcional, y si bien a lo largo del informe se añaden algunos elementos adicionales, lo cierto es que, aun con ellos, sigue siendo muy imprecisa.

Junto a éstas, otras muchas formulaciones han tratado de hallar un concepto útil de empleo verde. Las más, como los ejemplos dados, formulan nociones amplias e inconcretas, siendo ese su principal problema funcional.

Otras, sin embargo, presentan conceptos más estrictos, como el que ofrece el Informe “Empleo: ideas para una España más sostenible creadora de empleo”, del Partido Verde Europeo y la Fundación EQUO²⁰. Este vincula los empleos verdes a los sectores industriales verdes, la economía verde o los llamados “empleos ambientales”²¹.

En otros casos, se propone una noción plural, que distingue tres categorías de empleos verdes en atención a la fase de desarrollo ecológico²², a saber:

1. Empleo verde defensivo: empleos en actividades que suponen la respuesta pública a los efectos ambientales de la actividad productiva y de consumo. En consecuencia, se trata de actividades dirigidas a revertir el impacto humano en el medioambiente (ej: reciclaje, depuración de aguas...).
2. Empleo verde genuino: supone un avance respecto del anterior, al tratarse de actividades con bajo impacto ambiental (ej: agricultura ecológica, energía renovable...).

¹⁹ Informe PNUMA “Empleos verdes: hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono” p.12.

²⁰ Año 2012, autoras: A. B. Sánchez y M. Mendiluce.

²¹ Incluida en la p.8 del Informe.

²² Tomás Carpi, J.A. “El empleo verde en España: evolución y perspectivas”, en AAVV Aspectos medioambientales de las relaciones laborales, Murcia, Laborum, 2013, p.307.

3. Empleo verde generativo: son empleos en actividades que contribuyen al incremento de la capacidad de carga y regeneración de servicios de la naturaleza (ej: silvicultura sostenible, regeneración y desarrollo de ecosistemas...).

Sin duda, se trata de una delimitación con una intachable precisión técnica, que supone un intento de dar una definición realmente funcional, que atienda a la complejidad que entrañan los empleos verdes, incluida la derivada de su apuntado carácter evolutivo, lo que le aporta un valor adicional. Con todo, puede chocar con la propia dificultad que deriva del manejo de una definición plural o articulada, en la que no solo habría que definir en la teoría, sino también identificar en la práctica, las diversas fases evolutivas, que no son tan nítidas como sobre el papel pudiera parecer. En suma, esta categorización múltiple entraña complejidad en su manejo.

Aunque este muestreo podría continuar largamente, se considera que no es necesario, por resultar las nociones expuestas suficientemente ilustrativas. Sí es oportuno, como síntesis, incidir en la problemática que entraña el establecimiento de un concepto preciso y funcional de empleo verde, lo que en consecuencia obsta a la adopción de un concepto unificado.

Los problemas vinculados al concepto de “empleo verde” y su evolución -que no solución-, quedan perfectamente reflejados en la posición que al respecto ha mantenido la Fundación Biodiversidad. Es oportuno recordar que es ésta un organismo que tiene un papel clave en materia de transición ecológica en España, dado su carácter de fundación pública del Gobierno de España, adscrita al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, y su protagonismo en la gestión de fondos europeos, el desarrollo de proyectos y la convocatoria de ayudas. Pues bien, la Fundación Biodiversidad es un buen exponente de la falta de unidad conceptual, incluso dentro de la propia institución, puesto que en algún documento ha mantenido simultáneamente varias nociones de “empleo verde” claramente distintas. Así, por una parte, parece hacer suya la amplia definición del PNUMA antes examinada²³. No obstante, se aprecia un cambio en su reciente Informe “Empleo y Transición Ecológica: Yacimientos de empleo, transformación laboral y retos formativos en los sectores relacionados con el cambio climático y la biodiversidad en España”²⁴, cuyo objeto es establecer estrategias formativas para crear nuevas capacidades o complementar las existentes con contenidos formativos que den respuesta a las necesidades identificadas en aras a la transición ecológica. Este informe, en primera instancia, se remite a la definición de la OIT²⁵, que será abordada en el siguiente epígrafe. Sin embargo, de forma simultánea ofrece lo que parece ser una noción de “empleos verdes” que no se ajusta exactamente a ésta, al señalar que son “aquellas ocupaciones que ayudan, entre otros propósitos, a proteger los ecosistemas y la biodiversidad; reducir el consumo de energía, materiales y agua; descarbonizar la economía y minimizar o evitar la generación de todas las formas de residuos y contaminación”. Esta conceptualización atiende así a la funcionalidad de las ocupaciones en relación a aspectos relevantes para el medioambiente, si bien, el hecho de que sea meramente enunciativa, aunque por una parte es un acierto puesto que no restringe a los apuntados todos los posibles efectos positivos, por otra determina que resulte inconcreta.

En cualquier caso, es muy importante destacar que la Fundación expresamente hace pasar a un segundo plano la determinación de la noción de empleos verdes, al no limitarse a ellos e incluir en su estudio, según indica, actividades que no lo son, pero que son

²³ https://www.mites.gob.es/uafse/videos/IIIForo/27/3/03Programa_empleaverde_FBiodiversidad.pdf

²⁴ Informe “Empleo y Transición Ecológica: Yacimientos de empleo, transformación laboral y retos formativos en los sectores relacionados con el cambio climático y la biodiversidad en España”, 2023, https://fundacion-biodiversidad.es/wp-content/uploads/2023/05/Estudio-Empleo-y-Transicion-Ecologica_-def.pdf

²⁵ En nota al pie 2, p.9.

relevantes para la transición ecológica. De hecho, tal proceder no sólo se aprecia en el esquema de trabajo que sigue la norma, sino que es admitido de forma expresa en el Informe. En esta línea, aunque presentada como explicación “a mayor abundamiento” -introducida por el adverbio “además”-, precisa que “existe una falta de consenso en torno a la definición y medición estándar del empleo verde, así como una carencia de criterios consistentes sobre cómo clasificar estas ocupaciones, lo que genera, en muchas ocasiones, dificultades para comparar diferentes estudios y avanzar de forma armonizada en las investigaciones”.

En consecuencia, ello supone que la Fundación Biodiversidad ha renunciado de manera consciente a conceptualizar los empleos verdes o a apostar por alguna de las nociones manejadas de manera unitaria, en base a que no existe un concepto unívoco de empleo verde y es complejo formularlo. Realmente, se estima criticable que las dificultades para encontrar una noción válida determinen que un actor determinante en la transición ecológica y que debería ser uno de sus principales valedores renuncie a su uso en favor de elencos enunciativos, que no distinguen entre lo que realmente es verde y lo que es sostenible o poco contaminante.

En este sentido, se considera que ha de recuperarse el espíritu plasmado en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 2015 sobre Iniciativa de Empleo Verde. Esta resulta de interés, pese a no dar, como tal, una definición de “empleo verde” y utilizar, además, los términos de “sostenible” y “verde” de manera indistinta, lo que se considera que resulta poco preciso. No obstante, es relevante destacar, además de que vincula la economía verde con el “empleo de calidad”, que en su apartado 7 “considera que debe adoptarse una definición acordada de “empleos verdes” basada en la de la OIT y de la Conferencia Internacional de Estadísticos”. De este modo, consciente del problema, identifica la debilidad que supone la inexistencia de un concepto único de empleo verde, y por ello reclama su adopción, apuntando, además, unos pilares referenciales sobre los que construirlo.

2.2. La dimensión transformadora del empleo verde: la importancia del componente social en el concepto formulado por la OIT

En las anteriores páginas, al hilo del examen de algunas nociones de “empleo verde”, se ha hecho referencia al concepto mantenido por la OIT. La peculiaridad que éste presenta es que incluye un “plus social”, elemento éste que no recogen, o no en la misma medida²⁶, otras nociones.

A tenor de este concepto, los “empleos verdes” son “empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medioambiente, ya sea en los sectores tradicionales, como la manufactura o la construcción, o en nuevos sectores emergentes, como las energías renovables y la eficiencia energética. Estos permiten:

- Aumentar la eficiencia del consumo de energía y materias primas.
- Limitar las emisiones de gases de efecto invernadero.
- Minimizar los residuos y la contaminación.
- Proteger y restaurar ecosistemas.
- Contribuir a la adaptación al cambio climático”.

²⁶ Pues sí hay reflejo de este componente en definiciones como la incluida en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 2015, sobre la Iniciativa Empleo Verde, así como en la Ley de Cambio Climático y Transición Energética, como se ha señalado.

Realmente, atendiendo a la vertiente estrictamente medioambiental de la definición, lo cierto es que se trata de un concepto muy laxo, por lo que su utilidad es cuestionable. No obstante, el factor que explica su relativa celebridad es la inclusión del elemento “empleo decente” que, significativamente, se coloca al inicio de la conceptualización. Con ello, se pretende incidir en el valor transformador de los empleos verdes desde el punto de vista social. De este modo, estos empleos, además de contar con el componente ecológico determinante de su consideración de verdes, deberían ser sostenibles desde el punto de vista social²⁷. Se introducen así consideraciones sociales y humanas en el concepto, que implicaría excluir de la consideración de “verdes” a los empleos que, aun cumpliendo las exigencias medioambientales, no respondan a las exigencias del trabajo decente²⁸. En esta misma línea, se ha señalado que el empleo verde elimina fragmentaciones en el mercado de trabajo, generando oportunidades de empleos para jóvenes, mujeres y, en general, colectivos vulnerables, corrigiendo desigualdades sociales y formando una sociedad más justa e inclusiva²⁹.

En suma, como puede observarse, se arroga a los empleos verdes un papel muy destacado no sólo en la transformación ecológica, sino también en la social, que correría así en paralelo, considerándolos un remedio frente a los principales problemas que presenta el mercado de trabajo español. Incluso algún autor coloca el elemento laboral como núcleo de los empleos verdes, llegando a afirmar que éstos carecen de valor si falta aquél³⁰.

Ante las muy elevadas expectativas socio-laborales que estos planteamientos ponen en los empleos verdes debe hacerse varias precisiones.

Por una parte, es cierto que algunas de las fórmulas más afines al empleo verde y a través de las que muchos de ellos se canalizan tienen una especial implicación con el empleo decente. Es el caso de la economía social, y de manera concreta, las cooperativas³¹, ámbito que parece facilitar que ambas notas confluyan. En este sentido, es de destacar que la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, indica en su preámbulo que *la economía social es, en cierto modo, precursora y está comprometida con el modelo económico de desarrollo sostenible, en su triple dimensión económica, social y medioambiental*, implicación esta que queda patente en su articulado. En esa misma dirección, el Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social, por su parte, otorga la consideración de “empresas sociales” a las entidades de economía social que contemplen en sus Estatutos fines sociales y/o medioambientales perseguidos por el desarrollo de sus actividades (art.5)³². Con todo, la economía social en España supone un 10% del PIB y contribuye al 12.5% del empleo. Se trata de una cifra relevante, pero que deja mucho margen al empleo -también verde- mediante empresas ordinarias. En suma, la economía social no es una fórmula ni exclusiva ni excluyente a través de la que generar empleo verde.

²⁷ Como destaca Álvarez, Cuesta, H. Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 8.

²⁸ Así, Molina Navarrete, C. “Ecosistema socio-jurídico y políticas regeneradoras de los mercados de trabajo: oportunidades, incentivos y experiencias de autoempleos verdes”, en AAVV Aspectos medioambientales en las relaciones laborales, Murcia, Laborum, 2013, p.269.

²⁹ Informe sobre la iniciativa de empleo verde: aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde, EU https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0204_ES.pdf

³⁰ Así lo mantiene Díaz Rodríguez, J.M. “El empleo verde en un mundo económico insostenible”, en AAVV Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, nº469, 2022, p.26.

³¹ Sobre el tema, vid. Díaz Rodríguez, J.M. “El papel de las cooperativas en el empleo verde”, en AAVV *Cambio climático y Derecho Social*, IVRA, Universidad de Jaén, 2021, p.71 ss.

³² Sobre el particular, vid. extensamente, Miñarro Yanini, M. “La economía social como motor de desarrollo sostenible medioambiental y social” Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa CIRIEC, nº42, 2023, p.34 ss.

Por otra, también se ha apuntado que los empleos verdes suelen tener mayor vinculación al territorio, por lo que, generalmente, resultan menos deslocalizables, y por ello, contribuirían a fijar población en los entornos y serían más estables³³. Con todo, además de que esta apreciación no tiene valor absoluto, lo cierto es que la estabilidad territorial no implica necesariamente la contractual.

En fin, también es innegable que los programas de fomento de los empleos verdes que se desarrollen para impulsarlos pueden y deben favorecer de manera específica el empleo de calidad para las personas trabajadoras. De este modo, estos han de exigir que, para beneficiarse de los mismos, las empresas suscriban relaciones laborales con condiciones laborales que alcancen o superen los estándares propios del trabajo decente³⁴, siendo esta la mejor vía para garantizar que los empleos verdes sean empleos de calidad. Con todo, aun si esto se diera, tampoco podría descartarse que se generasen otros empleos al margen de dichos programas y con condiciones diversas a las exigidas.

Tras las anteriores consideraciones puede concluirse que las posiciones que consideran que existe una comunión natural entre los empleos verdes y decentes son excesivas, incluso podría decirse que utópicas, pues no existe ninguna vinculación automática entre los adjetivos “verde” y “decente”. Así, al margen de las puntuales conexiones señaladas, se trata de dos condiciones que tienen autonomía y, aunque por supuesto es muy deseable que coincidan, al igual que sucede en el resto de empleos, su consecución exige que así se procure mediante medidas establecidas a tal fin. En definitiva, sin la debida intervención externa específica, estos empleos, como los demás, son arrastrados por la inercia precarizante y excluyente del mercado de trabajo.

De este modo, incuestionablemente, debe exigirse con toda rotundidad y sin excepción que las relaciones laborales mediante las que se desarrollan los empleos verdes cumplan la legalidad establecida, al igual que sucede respecto de cualesquiera otras relaciones de trabajo. Con todo, existen ciertas condiciones laborales -relativas al tiempo y duración del trabajo- que son plenamente legales pero que se cuestionan desde el paradigma del trabajo decente. Si bien sería deseable que los programas de fomento de empleos verdes incentivaran la concertación de contratos estables y de jornada completa, es posible que no sea así, como de hecho sucede en estos momentos, sin que en tal caso exista óbice alguno para que se concierten con otras condiciones laborales admitidas por la ley. En tal caso, en contra de algunas posiciones³⁵, se considera que, si se dan las exigencias ecológicas, no podría cuestionarse su carácter de “empleo verde”, ni mucho menos su aporte y utilidad social por tal circunstancia laboral³⁶. Así, aunque evidentemente lo deseable es que el empleo verde sea de calidad, si cumpliendo la legalidad no alcanza todos los estándares del empleo decente, seguirá siendo beneficioso socialmente, al contrario que si se tratara de un “empleo marrón”. En suma, el componente “verde” tiene un valor autónomo, que comporta un efecto social positivo directo y *per se*.

³³ Vid. Molina Navarrete, C. “Ecosistema socio-jurídico y políticas regeneradoras de los mercados de trabajo: oportunidades, incentivos y experiencias de autoempleos verdes”, op. cit., p.278.

³⁴ Con todo, es de destacar que el programa EMPLEA de la Fundación Biodiversidad, en la edición de 2021, incentivaba económicamente la concertación de contratos temporales en los sectores de economía verde y azul que alcanzaran una duración mínima de 6 meses. En los proyectos financiados, la duración de los contratos laborales que debían concertar era de 2 meses https://convocatoria.empleaverde.es/wp-content/uploads/2021/09/presentacion_crea_e_innova_sept.2021.pdf

³⁵ Díaz Rodríguez, J.M. “Empleo verde en un mundo económico insostenible”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, nº469, 2022, p.26.

³⁶ Vid. Miñarro Yanini, M. “La proyección de la emergencia climática y la transición ecológica en el ámbito laboral”, Documentación Laboral, nº128, 2023, p.76.

3. (PESE A TODO) LA NECESIDAD DE CONTAR CON UN CONCEPTO UNIFICADO Y SEGURO DE EMPLEO VERDE

Como ha quedado expuesto, no sólo no se ha logrado establecer un concepto unificado de empleo verde, con suficiente solvencia para tener valor general, sino que algunas importantes iniciativas en la que éste debería ser referencial, como la Fundación Biodiversidad, han sorteado el problema acogiendo otras fórmulas. Aunque resulta comprensible que, a falta de noción pacífica, se busquen otras soluciones, pues las dificultades ligadas a la conceptualización no pueden paralizar el camino a la transición ecológica, tal renuncia es expresión de un fracaso.

Así, en este momento es más necesario que nunca dar un verdadero impulso ecológico a la sociedad desde todos los ámbitos, y específicamente, del productivo, al ser evidentes los efectos del cambio climático. Pese a ello, prima la confusión, generalmente inducida por intereses económicos particulares, entre lo que es o no ecológico, lo que indudablemente lastra la transición ecológica. En este contexto, la formulación de un concepto unificado de empleo verde, que recordemos que están llamados a ser una herramienta transicional fundamental, constituiría un importantísimo y muy necesario respaldo a aquella.

De este modo, volviendo -críticamente- a la posición antes expuesta, importantes para la transición ecológica van a ser todos los empleos, en un sentido o en otro, en mayor o menor medida, por lo que tomar este dato como criterio de atención preferente no parece muy esclarecedor. Por ello, es imprescindible establecer cuáles son las notas que han de cumplir los empleos verdes para ser considerados como tales, determinar qué grado de contenido ecológico han de tener, y darles carácter prioritario a través de los correspondientes apoyos, económicos y de otra índole, que deben establecerse³⁷.

Se insiste en que no pueden fomentarse y potenciarse los empleos verdes con la intensidad requerida y de manera eficaz si no se sabe lo que son. Así, la indefinición actual debilita el impacto que potencialmente podrían alcanzar en aras a la transición ecológica, planteando el riesgo de que los esfuerzos que se realicen se diluyan y desvíen hacia actividades menos relevantes. En suma, supone reducir implícitamente las aspiraciones medioambientales, en un momento en que éstas deberían ser especialmente ambiciosas. Es por ello que el esfuerzo por conceptualizar unitariamente los empleos verdes no sólo es oportuno, sino necesario.

En un intento de aproximación a las claves que se estima han de guiar dicha conceptualización, se considera que debería adoptarse un concepto estricto de empleo verde, ligado a actividades vinculadas a la economía verde que sean desarrolladas a través de procedimientos respetuosos con el medio ambiente. Por lo que respecta a la exigencia de vinculación con la economía verde, se justifica en el efecto positivo amplificado que ésta produce, así como los empleos que se vinculan a ella, puesto que se trata de actividades que generan un beneficio medioambiental. Además, ello serviría como estímulo al desarrollo de nuevas actividades que constituyen importantes yacimientos de empleos verdes. En cuanto a la segunda condición, es importante incidir en que en ningún caso pueden reputarse verdes las actividades que, aunque objetivamente puedan serlo, no se desarrollen a través de métodos que preservan el medio ambiente. En este sentido, aunque pueda parecer paradójico, no son infrecuentes los casos en los que una actividad

³⁷ Sobre las técnicas de fomento de los empleos verdes, Miñarro Yanini, M. "Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el "empleo verde", p.59 ss.

que, en principio, tiene un reporte positivo medioambiental, produce un impacto negativo debido a la forma en que se desarrolla³⁸, lo que debe excluir su carácter verde.

Junto a éstos, debe identificarse otra categoría, la de los empleos sostenibles, en la que habrán de incluirse todos los demás empleos tras la oportuna fase de revisión en clave ecológica. Éstos, aunque carezcan de un especial aporte positivo verde, han de resultar sostenibles, lo que supone, básicamente, que no degraden el medioambiente. En consecuencia, las empresas han de revisar las actividades y procesos y realizar los ajustes necesarios para eliminar o reducir al máximo su huella medioambiental, a través de medidas de eficiencia energética, ahorro de materias primas, circularidad, reducción de residuos... Cuando sea imposible lograr su sostenibilidad tras aplicar tales ajustes, las actividades y empleos que en ellas se desarrollan tendrán que desaparecer³⁹, siendo esenciales en los procesos de adaptación y reconversión los cauces de capacitación y formación en actividades verdes o sostenibles para las personas trabajadoras⁴⁰.

Por lo demás, el establecimiento de esta distinción entre empleos verdes y sostenibles es útil como criterio ordenador de los estímulos que unos y otros reciban. En este sentido, deben primarse los empleos verdes por su efecto positivo medioambiental amplificado, por lo que deberían ser los beneficiarios de estímulos y apoyos. No obstante, en la fase de transición, también sería oportuno establecer ayudas para facilitar la adaptación de los restantes empleos a los estándares de sostenibilidad.

4. PROYECCIONES NORMATIVAS: SOBRE LAS OPORTUNIDADES PERDIDAS

Otra cuestión que se considera relevante es el medio a través del que habría de formularse el concepto de empleo verde. Se estima al respecto que la vía idónea a tal fin sería la norma jurídica, dado que es el instrumento más seguro, garantista y que mejor puede asegurar la necesaria unicidad.

Con todo, lo cierto es que, hasta el momento, las normas jurídicas más vinculadas materialmente a la transición ecológica no han aprovechado su potencial para impulsar los empleos verdes, ni a través de su conceptualización ni desde un punto de vista material. Sin posibilidad ni pretensión de realizar un análisis en detalle, baste destacar de manera sintética dos hitos referentes a las mal llamadas “transiciones gemelas”⁴¹ -ecológica y digital- que ilustran perfectamente estas afirmaciones.

El primero está constituido por la Ley 3/2023, de Empleo, coprotagonista de estas Jornadas. Esta norma, que por su objeto y el momento en que ha aparecido podía haber desempeñado un importantísimo y muy necesario papel en el impulso de la economía y empleos verdes, resulta absolutamente decepcionante⁴². Esta norma no sólo renuncia a tratar de determinar qué son los empleos verdes, sino que los obvia. Así, sólo incluye una

³⁸ Como, por ejemplo, la producción de energía hidroeléctrica que arrase un ecosistema y cause gran impacto social; ilustrativo de este problema es el caso de la megaintervención de Hydrochina en el río Magdalena, en Colombia, <https://caritascalcolombiana.org/impactos-negativos-de-las-hidroelectricas-en-los-territorios-y-su-costo-socioambiental/>, o, en España, la central hidroeléctrica reversible de Chira-Soria, en Gran Canaria <https://www.salvarchirasoria.com>

³⁹ Sobre los procesos de reconversión, vid. Canalda Criado, S. “Transición socialmente justa y procesos de reestructuración empresarial en clave verde”, Documentación Laboral, n°128, 2023, p.103 ss.

⁴⁰ Siendo la formación y capacitación clave en el mecanismo RED, y pudiendo incluirla en los nuevos ERTE, vid. Miñarro Yanini, M. “Las pretendidas transiciones gemelas ecológica y digital: en particular, su impacto en el empleo y los procedimientos de adaptación”, op.cit., p.93.

⁴¹ Denominación que quiere incidir en la voluntad de abordarlas conjuntamente y aprovechar eventuales conexiones. Comunicación “Configurar el futuro digital de Europa”, 20 de febrero de 2020.

⁴² Al respecto, Miñarro Yanini, M. “La economía social como motor de desarrollo sostenible medioambiental y social” Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, op. cit, p.29 ss.

referencia a la transformación ecológica entre los objetivos de la formación (art.33.2.i), es decir, en relación a una cuestión con poca operatividad directa. También hace algunas referencias genéricas a la “sostenibilidad”, sin más adjetivación, por lo que no se asocia necesariamente con cuestiones medioambientales, sino que puede vincularse a aspectos variados (económica, temporal...), siendo, en consecuencia, menciones vagas. En contraste con esta evidente pobreza de contenidos medioambientales, son muy frecuentes las referencias a la digitalización contenidas en la norma.

Algo similar sucede con la segunda referencia normativa, el Real Decreto Ley 32/2021, que reforma el art.47 del Estatuto de los Trabajadores e introduce el art.47,bis para establecer los nuevos ERTE y el mecanismo RED de Flexibilización y Estabilidad del Empleo. Como es sabido, estas normas incluyen instrumentos de apoyo para las transiciones digital y ecológica⁴³. En consecuencia, fundamentalmente el segundo, es clave para la transición ecológica, pues establece los cauces que utilizarán las empresas para adaptarse a las exigencias medioambientales y que permitirán a las personas trabajadoras adquirir formación y capacitación para el desarrollo de actividades verdes o procesos sostenibles. No obstante, en relación a los factores determinantes del tránsito, la norma hace alusión de manera recurrente a la digitalización y la transición digital, mientras que a penas alude a las exigencias medioambientales⁴⁴. Es cierto que se trata de una cuestión meramente formal, pues es indudable que los instrumentos de los ERTE y el mecanismo RED son soporte tanto de la transición digital como ecológica, pero resulta reveladora de una determinada disposición.

No es preciso continuar este repaso, pues sólo confirmaría lo que ya puede evidenciarse con la pequeña muestra examinada. La cuestión es que la ley parece sumida en un “deslumbramiento digital” que va mucho más allá del plano formal, pues revela cuáles son sus aspectos de atención prioritaria. Ello, pese a la emergencia climática y las evidencias del cambio climático que imponen una urgente transición ecológica. También, a pesar de que cada vez son más las voces expertas que alertan de las relaciones antinómicas que existen entre digitalización y preservación del medioambiente. Aunque no hay posibilidad de desarrollar este aspecto en este análisis, quiere apuntarse un aspecto que se está obviando y puede perjudicar todo avance de la transición ecológica, que es la enorme huella contaminante que provoca la digitalización. A esta relación dicotómica se hacía alusión en las Conclusiones del Consejo de 17 de diciembre de 2020, que apuntaba que era necesario establecer vías para limitar los efectos negativos, en forma de emisiones por el alto consumo energético o debido al posible “efecto rebote”, causados por la digitalización en el medio ambiente⁴⁵.

5. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

Para concluir, quiere incidirse en la imperiosa necesidad de establecer un concepto de “empleo verde” homogéneo y único que realmente suponga un aporte ecológico y tenga el efecto amplificado que exige la situación actual. Sólo con esta formulación, sólida y unívoca, los empleos verdes podrán ser el instrumento para la transición ecológica y desplegarán sus efectos benéficos en la lucha contra el cambio climático. En este sentido, la pluralidad de nociones de muy variados contenidos que actualmente se manejan, no

⁴³ Sobre esta norma, Álvarez Cortés, J.C. “La flexibilidad interna en el Real Decreto-Ley 32/2021, a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y del mecanismo RED”, Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, n°1, 2022, p.183 ss.

⁴⁴ En este sentido, Miñarro Yanini, M. “Las pretendidas transiciones gemelas ecológica y digital: en particular, su impacto en el empleo y los procedimientos de adaptación”, op.cit., p.88.

⁴⁵ <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/env/2020/12/17/>

sólo no constituyen ningún avance, sino que induce a confusión tanto sobre la verdadera situación existente como respecto de los objetivos a perseguir, además de plantear el riesgo de que se malgasten esfuerzos en fomentar empleos que quizás no son relevantes, o no lo son en la medida suficiente, desde el punto de vista ecológico.

Se considera que este concepto debería ser formulado en una norma jurídica, al ser éste el cauce que mayor seguridad y homogeneidad garantiza. Con todo, las normas aparecidas con objeto de impulsar la transición ecológica, aunque en algunos casos hacen referencia a los empleos verdes, no han acometido la importante función de conceptualizarlos.

Por lo demás, en relación al tratamiento normativo de la transición ecológica, ha de apuntarse lo criticable que resulta el contraste existente entre el que se dispensa a ésta y el relativo a la transición digital, pese a denominarlas -con escaso acierto- “gemelas”. Este “favor digital” de la ley, además de no responder al criterio de mayor relevancia vital de una y otra, como sería oportuno, presenta un problema de fondo, puesto que cada vez son más concluyentes las investigaciones que destacan los efectos nocivos que tiene la digitalización en el medioambiente. Se aprecia, en consecuencia, una ausencia de coherencia y afinidad entre los objetivos perseguidos, que va más allá de los empleos verdes.

INCENTIVOS AL EMPLEO EN EL REAL DECRETO-LEY 1/2023

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO
Profesora Visitante Acreditada a Titular
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y LEY DE EMPLEO: LA EMPLEABILIDAD COMO CLAVE
2. PANORÁMICA DE LA SITUACIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO-LEY 1/2023
3. RASGOS GENERALES DE LOS INCENTIVOS AL EMPLEO A PARTIR DEL REAL DECRETO-LEY 1/2023
4. VALORACIONES FINALES

1. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y LEY DE EMPLEO: LA EMPLEABILIDAD COMO CLAVE

En este trabajo se abordará la cuestión específica de los incentivos en el empleo, a partir de la reciente aprobación del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

El concepto de políticas activas de empleo ya se recogía en el art. 36 de la antigua Ley de Empleo¹, de manera que se definían como “el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”.

En cambio, la actual Ley de Empleo, Ley 3/2023, en su art. 2.2, define actualmente las políticas activas de empleo² como “el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados a la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea. La eficacia de la política de pleno empleo se referirá al cumplimiento de los objetivos señalados por la política europea de empleo”. Un concepto sensiblemente más detallado y que, entre otros, destaca por dos aspectos esenciales: la mención al empleo de calidad³; y la referencia al elemento de la empleabilidad.

Desde hace tiempo, las políticas de empleo, han depurado progresivamente el tipo de empleo que pretenden alcanzar, de manera que no se hace referencia a un mero incremento del mismo como objetivo, sino a que este lo sea en términos de empleo de calidad. Los estudios doctrinales han evolucionado en el análisis de los diagnósticos y valoraciones de los cambios normativos, de una evaluación puramente objetiva de aumento en tasas de empleo a la percepción como medidas exitosas de aquellas que logran que este aumento lo sea en empleos no precarios. Por tanto, teniendo en cuenta variables de análisis que no solo se limitan a los índices de desempleo o empleo, sino a otras como es el caso de la valoración de la temporalidad, entre otros.

De esta manera, el concepto de empleo de calidad tiene diversas acepciones dependiendo de distintos condicionantes. Pudiendo destacarse la definición de trabajo decente elaborada por la OIT, o el concepto elaborado por la Comisión Europea, que, entre otros factores, hace referencia a la remuneración, la jornada; las capacidades, formación continua y desarrollo profesional del trabajador; la igualdad de género; la seguridad y salud en el trabajo; flexibilidad y estabilidad; inclusión y acceso al mercado de trabajo; la organización del trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar; el diálogo social y participación de los trabajadores; respeto de la diversidad y no discriminación; el rendimiento laboral en general⁴. Existiendo otros también relevantes señalados por

¹ Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

² Un concepto que ha sido calificado de “moderno”. (Fernández Prieto, M. Hacia una modernización de las políticas activas de empleo. *Revista Justicia & Trabajo*, nº extraordinario, septiembre 2023, p. 29).

³ Fernández Prieto, M. Hacia una modernización..., op. cit., p. 26.

⁴ González Beguega, S.; Guillén Rodríguez, A. M. La calidad del empleo en la Unión Europea. Debate político y construcción de indicadores. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 81, 2009, p. 75 y ss y Comunicación de la Comisión Europea COM (2001)313 Final.

la doctrina, como el prestigio e interés del trabajo, la cualificación y competencia, las relaciones interpersonales en el trabajo, etc⁵.

Como puede observarse, muchos de estos factores son actualmente considerados en las distintas Estrategias de Empleo como imprescindibles en las políticas abordadas por los Estados⁶. La Ley 3/2023 hace referencia fundamental a estos aspectos, algunos de ellos menos novedosos, pero, como se ha dicho, que no se integraban en el concepto de las políticas activas de empleo, como es el de la empleabilidad. Otros también relevantes son los relativos a la insistencia en la perspectiva de género o la evaluación del funcionamiento y eficacia de las políticas de empleo⁷.

Por lo que se refiere a la empleabilidad, es un elemento crucial en esta materia, definida en el art. 3.b) Ley 3/2023 como el “conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar profesionalmente y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo”. Y es que debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho, las políticas activas de empleo van dirigidas a un incremento del empleo de calidad. De manera que, desde hace tiempo, se considera que la vía más eficaz para ello no es simplemente los incentivos económicos para la contratación, sino actuar desde el origen del problema: el convertir al trabajador en un factor atractivo para el empresario y que cubra sus necesidades productivas⁸. Y esta realidad se muestra más compleja cuando se trata de colectivos con especiales dificultades de inserción.

Es por esto que desde hace tiempo, las políticas activas de empleo y, en particular, los incentivos económicos⁹, van más dirigidos a dos aspectos esenciales: la contratación indefinida, con alguna excepción¹⁰; y colectivos especiales, es decir, no de manera generalizada sino dirigida¹¹.

A partir de lo anterior, este trabajo centrará la atención, precisamente, en este tipo de instrumentos, dada la novedad que constituye la aprobación de una nueva norma, el RD-ley 1/2023. Pero el régimen de este tipo de medidas, en concreto la de los incentivos, además de ser muy cambiante, ha revestido siempre una dificultad añadida y es la complicada valoración de su validez, eficacia y efectividad. No solo por el tipo de medidas en sí, su adecuación, utilidad o cantidad, sino por una característica primera, que es su absoluta dispersión¹². Una dispersión que lo es tanto normativa, como de colectivos como de tipología de incentivo.

⁵ Op. cit. p. 73.

⁶ Fernández Prieto, M. *Hacia una modernización...*, op.cit., p. 27 y Hierro Hierro, F. J. De estrategias y planes con incidencia en el empleo: Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, Estrategia Española de Economía Social 2023-2017, Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo (ENDITA) 2022-2027 y Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 266, 2023.

⁷ Fernández Prieto, M. *Hacia una modernización...*, op. cit., p. 28.

⁸ Por tanto, siendo esencial la capacitación del mismo (Fernández Prieto, M. *Hacia una modernización...* op. cit., p. 30).

⁹ Considerados “como uno de los principales instrumentos de intervención del Estado dirigido a resolver los problemas del mercado de trabajo”. (Dans Álvarez de Sotomayor, L. El impacto de los incentivos económicos a la contratación y a la actividad autónoma en la sostenibilidad del Sistema español de Seguridad Social. *Documentación Laboral*, 103, 2015, p. 173).

¹⁰ Se afirma, así, que “el impacto negativo de la temporalidad se concentra en los colectivos con mayores problemas de acceso y permanencia en el mercado de trabajo, como jóvenes mujeres inmigrantes y trabajadores poco cualificados” (Alujas Ruiz, J.A. Contratación laboral y temporalidad durante la recuperación económica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 447, 2020, p. 158), de modo que lo adecuado es potenciar el contrato indefinido, más cercano a la idea de empleo de calidad.

¹¹ Fernández Ramírez, M. Colectivos especialmente discriminados: los supuestos de pluridiscriminación en el empleo. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 64, 2023, p. 245.

¹² Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos a la contratación tras la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. *Temas Laborales*, 107, 2010, p. 381.

Es por ello que el RD-ley 1/2023, pretende dar respuesta a dicho defecto, no a todos, tampoco lo pretende, para al menos aportar una mayor seguridad jurídica recogiendo el conjunto de los incentivos al empleo. A partir de lo anterior, el objetivo aquí es valorar si efectivamente cumple con su objetivo, si lo hace adecuadamente y si esto contribuye a una mayor efectividad de este tipo de política activa o, si no, al menos permite entrar a valorar de manera más precisa las interacciones y problemas que plantea el sistema por cuestiones de fondo y ya no de forma, como es la mencionada dispersión. Esto es, debe cuestionarse si las empresas conocen los incentivos, si son compatibles entre ellos o si son adecuados a sus situaciones, y si los colectivos seleccionados lo son de manera apropiada. En definitiva, si el sistema de incentivo es realmente eficaz.

A todo ello es a lo que se pretende dar respuesta en este trabajo, comenzando con una visión general de la situación anterior a esta norma, previa a la nueva Ley de Empleo de 2023, y a las principales modificaciones en materia de incentivos. A continuación se realizará un análisis de los aspectos más particulares de la norma en cuanto a sus objetivos y necesidad, a los destinatarios de los incentivos y situaciones afectadas, los requisitos de los beneficiarios de las mismas y las fórmulas de financiación previstas. Para terminar con un apartado final de valoraciones y diagnósticos iniciales de esta regulación, teniendo presente, lógicamente, el hecho de su muy reciente entrada en vigor.

2. PANORÁMICA DE LA SITUACIÓN ANTERIOR AL REAL DECRETO-LEY 1/2023

Los incentivos al empleo no son una medida de activación del empleo novedosa. Su origen puede remontarse a los años 70, tras los Pactos de la Moncloa de 1977 y asociados a una crisis económica¹³, situándose en el origen de una gran proliferación de normas que llevan a la dispersión normativa que ha caracterizado estas medidas a lo largo del tiempo. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la labor realizada por el RD-ley 1/2023, y aquí se adelanta un poco el análisis de la norma, no es la primera, pues ya en años anteriores hubo intentos de unificación como la que se ha producido en 2023. Es el caso, por ejemplo, del RD 1445/1982, de 25 de junio, de medidas de fomento del empleo, o la Ley 64/1997, de 26 de diciembre¹⁴; o que en etapas posteriores, el Gobierno se comprometiera mediante la DF 8 RD-Ley 16/2013, de 20 de diciembre¹⁵, o la Ley 18/2014, de 15 de octubre¹⁶, a regular una disposición que unificara esta situación de dispersión e inseguridad jurídica, cosa que no se hizo hasta el presente año.

Una serie de normas cuyos aspectos esenciales se ha señalado que son el establecimiento de beneficios para estimular el empleo indefinido, ya fuera a través de la celebración de contratos directamente indefinidos o la transformación de los temporales; un enfoque de destinatarios, dirigido a colectivos especiales; y unas medidas consistentes esencialmente en bonificaciones a la Seguridad Social, siendo residual al recurso a los incentivos fiscales¹⁷.

No obstante, tras aquella primera norma de unificación, el resultado no fue todo lo positivo que se habría deseado, como bien se sabe dado el panorama normativo acaecido

¹³ Es el caso del RD 3280/1977, de 9 de diciembre, RD 3281/1977, de 16 de diciembre o la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, que ya establecen bonificaciones de Seguridad Social e incentivos fiscales. (Dans Álvarez de Sotomayor, L. El impacto de los incentivos... op. cit., p. 174).

¹⁴ Antecedido por el RD-ley 9/1997, de 16 de mayo, por el que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo.

¹⁵ De medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

¹⁶ De aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

¹⁷ Dans Álvarez de Sotomayor, L. El impacto de los incentivos..., op. cit., p. 176.

posteriormente. A esta característica del panorama anterior a la norma que aquí se va a examinar, se añade el hecho señalado de la variedad de objetivos de estas políticas de incentivos económicos al empleo. Como se ha dicho anteriormente, el fin inicial era la creación de empleo, algo que ha ido evolucionando a que dicho empleo lo sea de calidad, asociando este hecho al mantenimiento en el mismo, a la estabilidad. Y no solo de empleo por cuenta ajena, sino también de empleo autónomo, fundamentalmente a partir de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹⁸. Con el fin, probablemente, de paliar uno de los efectos adversos de estas políticas de incentivos, el llamado efecto sustitución. Es decir, que los trabajadores que sean contratados por existir incentivos a la contratación, impidan el acceso a otros al mercado de trabajo. Con la incentivación del empleo por cuenta propia, se disminuye tal efecto, o al menos así se pretende.

Añadido a lo anterior, algo que sin duda ha caracterizado el panorama anterior de la normativa de incentivos a la contratación es la heterogeneidad. Tanto de los colectivos como de las fórmulas de incentivación.

Comenzando por los colectivos, debe partirse de que las medidas se dirigen esencialmente a colectivos con dificultades de inserción laboral. Unos colectivos que, si bien tradicionalmente se han centrado especialmente en los jóvenes, mayores, mujeres y discapacitados, son cada vez más heterogéneos. Entre otros motivos debido a la evolución del sistema de empleo y de requerimiento competencial de las empresas, esto es, por la evolución del mundo del trabajo¹⁹. En especial, en cuanto a los requerimientos formativos y de digitalización que afectan esencialmente a los trabajadores de mayor edad y a las mujeres. Muestra de ello son algunas de las normas, alguna aún vigente en algunos aspectos, en esta materia, como es la Ley 43/2006, de 20 de diciembre, y el RD-ley 20/2012, de 13 de julio.

En lo que se refiere a las fórmulas de incentivación²⁰, antes del RD-ley 1/2023, estas se encontraban en distintas maneras, destacando las bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social, normalmente en forma de porcentaje, si bien con etapas en que se trataba de cuantías máximas mensuales; las reducciones en las cuotas; las subvenciones; los contratos con tipos y cotizaciones especiales y más reducidos; y los incentivos fiscales. Ello además de determinadas medidas normativas de otro tipo con efectos también económicos, como es el caso de las diversas modificaciones de los contratos formativos, cuya regulación ha variado a partir de la reforma laboral de 2021²¹.

En definitiva, un panorama caracterizado por la dispersión normativa y su falta de claridad, transparencia y seguridad jurídica. Con efectos muy cuestionados por la doctrina en multitud de ocasiones al no verse correspondido, al menos de manera clara, con tasas de empleo superiores para los colectivos que, en cada momento, pudieran verse afectados por los incentivos²². Situaciones que han llevado a plantearse si los incentivos económicos al empleo son en realidad la medida más adecuada y óptima de política de empleo. Habida cuenta, entre otros aspectos, el gran gasto público que suponen.

Entre los motivos de la crítica a la existencia de estos incentivos se encuentra, además de los anteriores, el hecho de que se trata de medidas más reparadoras que preventivas.

¹⁸ Dans Álvarez de Sotomayor, L. El impacto de los incentivos..., op. cit. p. 179. Y también la Ley 11/2013.

¹⁹ De modo que es necesario ajustarse a las características del mercado de trabajo. (Fernández Prieto, M. Hacia una modernización..., op. cit., p. 26).

²⁰ Op. cit. p. 182.

²¹ RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

²² Gómez Abelleira, F. J. Los incentivos económicos a la contratación laboral en el RD-Ley 1/2023. Brief AEDTSS, 1 (1), 2023.

Y no es ese el camino que llevan nuestras instituciones europeas. Considerándose más relevante el hecho de prevenir las situaciones de dificultad de inserción, como es a través de adecuados programas de formación, reciclaje profesional, intentar disminuir la tasa de abandono escolar o, incluso, medidas de fomento de la contratación para parados que no lleguen aún a ser de larga duración, para evitar que se conviertan en tales, que el tener que corregir aquellas, algo mucho más complejo de resolver²³. Dejando por tanto a las políticas pasivas de empleo este papel reparador.

Además de lo anterior, se han realizado otras valoraciones críticas que hacen referencia, no solo al ya mencionado efecto sustitución, sino también al efecto “peso muerto” y al efecto desplazamiento²⁴.

A pesar de ello, y de que los estudios económicos demuestran que en España hay más inversión en políticas pasivas que activas²⁵, el hecho es que se trata de un tipo de política activa que no se ha abandonado. Y, partiendo de lo anterior, se procederá ahora a examinar el panorama actual de regulación de estas medidas, a través del RD-ley 1/2023.

3. RASGOS GENERALES DE LOS INCENTIVOS AL EMPLEO A PARTIR DEL REAL DECRETO-LEY 1/2023

El RD-ley 1/2023, constituye un nuevo intento de unificación de la normativa relativa a los incentivos a la contratación. Una norma que, sin duda, era necesaria, pero que no está exenta de polémica por varios aspectos. Comenzando con la propia forma de aprobación, mediante un RD-ley. No se va a entrar a profundizar en exceso en este aspecto, pero es de reseñar los intentos de su Exposición de Motivos de justificar la urgente necesidad de la misma. Añadido a un hecho nada despreciable como es su aprobación antes de la Ley de Empleo, también del año 2023, con los problemas de coordinación que genera, como se verá posteriormente, y que la propia norma ya vaticinaba en su DA 17 al determinar que las referencias a la Ley de Empleo se entenderán que lo son a la que corresponda en cada momento, ya sea modificada o sustituida por un texto nuevo.

A partir de lo anterior, se procederá aquí a realizar una primera valoración acerca de la funcionalidad y cuestiones más problemáticas o singulares de esta norma en relación con cuatro aspectos: los objetivos de la misma, los destinatarios de los incentivos, los requisitos de los beneficiarios y las fórmulas empleadas.

3.1. Los objetivos del RD-ley 1/2023: ¿una verdadera unificación normativa?

El art. 2 RD-ley 1/2023, establece como tres objetivos generales y nueve específicos. De esta forma, son objetivos generales: la promoción de la contratación de personas desempleadas vulnerables; el mantenimiento y mejora de la calidad del empleo y promoción profesional (que como se ha dicho es uno de los factores que caracterizan al empleo de calidad); y el fomento de la creación de empleo en el ámbito de la economía social. Siendo sus objetivos específicos de gran variedad, pudiendo destacarse aquí los relativos al impulso a la contratación indefinida y el mantenimiento del empleo de los colectivos vulnerables o de baja empleabilidad; la garantía del principio de igualdad

²³ Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos..., op. cit., p. 398.

²⁴ Esto es, el hecho de la escasa eficacia de los incentivos al considerarse que las contrataciones realizadas se habrían producido aun sin incentivos, y a la posición ventajosa en que coloca a las empresas beneficiarias de los incentivos, con el riesgo de desaparecer el resto, lo que supondría la pérdida de puestos de trabajo. Sobre la escasa eficacia de ellos incentivos, Fernández Prieto, M. Hacia una modernización..., op. cit., p. 27.

²⁵ García Sánchez, M. Políticas Activas de Empleo: implantación de las políticas activas, efectos y principales problemas. *Revista Universitaria Europea*, 28, 2018, p. 78.

y no discriminación, que, como se verá, se entremezcla como objetivo en la atención a determinados colectivos (especificando posteriormente el caso de las personas con discapacidad); y la mejora en la calidad del empleo, en este caso, del conjunto de las personas trabajadoras. Un objetivo, este último, que solo se entiende cumplido como efecto derivado de las medidas adoptadas. Pues no diferencia entre colectivos de atención prioritaria pero, que puede llegar a conseguirse, por ejemplo, a través de las medidas propias de los desempleados de larga duración, que es de aplicación general, o con las obligaciones a las empresas de mantenimiento del empleo de los destinatarios de las políticas, aunque no del crecimiento del empleo neto de la empresa, que no se recoge como obligación de la empresa a pesar de ser otros de los objetivos específicos de la norma.

Pero aquí se quiere centrar la atención fundamentalmente en el objetivo esencial que predica la norma, la reducción o eliminación de la dispersión normativa. No puede sino afirmarse que, en principio, la aprobación de una norma que introduzca cierto orden y claridad en el panorama normativo es una buena medida y una buena noticia. La cuestión es examinar los cambios que se han podido producir y si realmente se cumple el objetivo de la misma.

En general, la mayoría de los incentivos presentes en el RD-ley 1/2023 se encontraban ya regulados en una norma principal, la Ley 43/2006, pues en ella se contemplaban aquellos dirigidos a colectivos como personas con discapacidad, víctimas de terrorismo, violencia de género, violencia sexual, personas con capacidad intelectual límite o colectivos en exclusión social. Una norma que es en parte derogada por el RD-ley 1/2023, añadiéndose a esta derogación otras como el RD-ley 11/1998, de 4 de septiembre, que regulaba las bonificaciones en el caso de contratos de interinidad en casos de conciliación, la DA 2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, también con bonificaciones en este caso de los trabajadores sustituidos por dichos motivos conciliatorios; la DA 9 de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, referida a la sustitución de bajas por incapacidad temporal de discapacitados; el art. 5 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, sobre el cambio a puesto de trabajo compatible a personas con enfermedad profesional o que sea contratada por otra empresa, la DA 18 de la Ley 14/2011 sobre los contratos de investigadores predoctorales; los arts. 3 y 7 de la Ley 3/2012 sobre reducciones de cuotas en el antiguo contratos formativos, de relevo y de sustitución; el art. 107 de la Ley 18/2014 en cuanto a la bonificación para los jóvenes del Sistema Nacional de Garantía Juvenil; la DA 23 LGSS sobre bonificaciones en determinadas relaciones laborales especiales o trabajadores en ámbitos geográficos; la DA 7 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre relacionada con las bonificaciones en la contratación de familiares del trabajador autónomo; y los arts. 7 a 9 y DA 3 RD-ley 8/2019, de 8 de marzo, relativos a la conversión de contratos eventuales en fijos-discontinuos en el sector agrario, para los parados de larga duración y para la prolongación del periodo de actividad de los fijos-discontinuos en determinados sectores; así como la DA 123 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, relativa a los cambios de puesto de trabajo durante las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia.

Las derogaciones anteriores se traducen como regla general en la traslación de las bonificaciones mencionadas al texto del RD-ley 1/2023. No obstante, del análisis de la norma se puede afirmar que esta unificación no es completa. Los motivos son variados, pudiendo destacarse los siguientes.

En primer lugar, porque existe un régimen transitorio para los incentivos ya en vigor anteriormente a la norma. De manera que la DT 10 RD-ley 1/2023 establece que a éstos se les aplicará la normativa vigente en el momento de la celebración.

Además de lo anterior, sigue habiendo remisiones a otras normativas diversas, señalándose de manera especial el caso de la discapacidad, recogida especialmente en una de las DA de la norma, algo cuestionable en una norma que intenta unificar, por mucho que sean medidas especiales y a veces limitadas temporalmente en su vigencia. Incluso se mantienen normas de incentivos independientes. Como es el caso del RD 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo, que prevén determinadas subvenciones en los contratos indefinidos, por ejemplo.

Además de lo anterior, se trata de una lista abierta, y que también puede verse reducida en función de las evaluaciones realizadas y previstas en el art. 42 de la norma o de los objetivos y necesidades de empleo de cada momento²⁶; así como en el art. 36 de la Ley de Empleo, que tiene en cuenta una serie de tasas para valorar la mejora de la empleabilidad²⁷. Esto último es un objetivo loable, si bien cabe plantearse si así será cuando, como ha sucedido en tiempos anteriores, se ha cuestionado tanto esta medida de política activa. Esto unido a la apertura a otras medidas de incentivos a través de la negociación colectiva, las cuotas de reserva, los planes de igualdad y los pactos a nivel local o comarcal, hacen que no pueda afirmarse que haya una verdadera y completa unificación normativa.

3.2. Destinatarios de los incentivos y disfuncionalidades en su relación con la Ley de Empleo

En este epígrafe se tratarán las cuestiones principales en cuanto a los destinatarios de las políticas de incentivos al empleo del RD-ley 1/2023 en coordinación con la Ley de Empleo, a partir de lo cual poder realizar una valoración de sus aspectos principales.

El RD-ley 1/2023 recoge una multitud de incentivos al empleo (eliminando otros)²⁸, que, en lo que hace a sus destinatarios, podrían caracterizarse por recoger una variedad importante de destinatarios.

Se ha dicho que la lógica de los incentivos al empleo va en su dirección a colectivos especiales, además de la contratación indefinida. Se debe partir, pues, de que el concepto de colectivo especial y de atención prioritaria está regulado en la Ley de Empleo, pues el art. 6.a) RD-ley 1/2023 se remite a él²⁹. Un concepto, el de la Ley 3/2023, sensiblemente más amplio que el de su antecesora, la Ley de Empleo del año 2015. Por tanto, debe entenderse que los destinatarios de las políticas de incentivos al empleo de esta norma, son los que señala la Ley de Empleo, cuando estén inscritos como demandantes de empleo con las excepciones señaladas por el art. 4 RD-ley.

La remisión realizada por el RD-ley es una técnica que puede ser adecuada para la coordinación de ambas normas, si bien no lo es en la práctica a efectos de incentivos al precisar posteriormente, uno a uno, el RD-ley 1/2023, los colectivos destinatarios de los mismos y no incluir algunos sí presentes en la Ley 3/2023. Además de lo anterior, se observa cómo el RD-ley 1/2023, sigue estableciendo incentivos al empleo para supuestos

²⁶ Ya se preveía algo del estilo en la DF 12 Ley 35/2010 (Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos..., op. cit., p. 379).

²⁷ En concreto, la tasa de empleabilidad, de intermediación y de cobertura (Fernández Prieto, M. Hacia una modernización... op. cit., p. 41).

²⁸ Valdeolivas, Y. Aspectos laborales y de seguridad social contenidos en el Real Decreto-ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. *Pérez-Llorca, Nota jurídica*, enero 2023.

²⁹ Hay que tener en cuenta que “no existe un concepto jurídico-positivo sobre la clasificación de grupos especialmente vulnerables a la discriminación, ni una lista que los enumere con carácter exhaustivo”, lo cual lleva a señalar como positivo que existe un concepto de colectivos vulnerables en el marco del empleo. (Fernández Ramírez, M. Colectivos especialmente discriminados..., op. cit, p. 240).

más allá de los colectivos de atención prioritaria ya que establece determinados escenarios que considera necesario incentivar sin que se relacionen con colectivos subjetivamente específicos, sino más bien con situaciones contractuales o de desempleo de especial dificultad de acceso al trabajo o que pretenden su mantenimiento³⁰.

Así pues, y analizando el RD-ley 1/2023, los destinatarios de medidas de incentivos podrían clasificarse en dos grandes grupos: colectivos de atención prioritaria; y aquéllos en situaciones de especial dificultad para el empleo que no dependen del colectivo. Esto es, un enfoque subjetivo el primero y objetivo el siguiente, lo que ha sido denominado por la doctrina como situaciones personales o situacionales³¹. Se trata estas últimas de situaciones de trabajadores “1.º Que vean transformados sus contratos en contratos indefinidos en los supuestos previstos en esta norma. 2.º Que vean mejorada su contratación por conversión de contratos indefinidos a tiempo parcial en contratos indefinidos a tiempo completo, o de contratos fijos discontinuos en contratos indefinidos ordinarios en los supuestos previstos en esta norma”³². Además, el art. 5 RD-ley 1/2023, señala también la existencia de otras personas destinatarias, en esta ocasión, de programas o medidas de impulso y mantenimiento del empleo, en concreto, “las personas consideradas como tales en cada uno de ellos, en los términos señalados en el capítulo II cuando se financien mediante bonificaciones en la cotización y en los señalados por la Administraciones Pública cuando se financien mediante subvenciones públicas previstas en el artículo 1.2, y en particular: a) Las cotizaciones de las personas trabajadoras sustituidas por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral o que cambian de puesto de trabajo por riesgos derivados del embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional. b) Personas trabajadoras que se incorporan como socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales”.

Además, a los colectivos y situaciones anteriores, se podrán añadir aquellos que determinen los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas, tratándose por tanto de una lista abierta.

De esta forma, una posible clasificación de estos incentivos podría ser la siguiente. En primer lugar, situaciones relacionadas con la discapacidad, entre ellas los casos de personas con capacidad intelectual límite (que no siendo discapacitados del 33% sí suponen entre un 20 y un 33%, por lo que tienen la atención de la norma³³) y las personas readmitidas tras supuestos de incapacidad permanente total o absoluta³⁴. En este caso, hay que añadir, que para el supuesto de la discapacidad, es necesario tener en cuenta que la DA 5, se refiere a determinadas bonificaciones remitiéndose a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, al Real Decreto-ley 18/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) y se establecen medidas de Seguridad Social para las personas trabajadoras afectadas por la crisis de la bacteria “E.coli” y a la DA 20 ET.

En segundo lugar, las situaciones relacionadas con la mujer, incluyendo estas las situaciones de violencia (a veces contempladas como casos de exclusión social³⁵) y

³⁰ No obstante, lo que no se recogen son incentivos para el empleo en general, pues su objetivo es proteger a los colectivos de mayor vulnerabilidad (Gómez Abelleira, F. J. Los incentivos... op. cit.).

³¹ Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos..., op. cit., p. 397.

³² Art. 4 RD-ley 1/2023.

³³ Art. 2 RD 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite.

³⁴ Arts. 14 y 15 RD-ley 1/2023.

³⁵ Definidos por el art. 6.d) RD-ley 1/2023: “quienes se hallen incluidas en alguno de los colectivos relacionados en el artículo 2.1 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, así como cualquier otro colectivo que, por sus características y situación socio económica tenga acreditada esta condición por los servicios sociales u órganos competentes”.

conciliación³⁶. Aquí, se debe añadir la DA 9, referida a la bonificación por la sustitución de mujeres víctimas de violencia de género o violencias sexuales. Debiendo señalarse que el art. 6 RD-ley 1/2023 contempla determinadas situaciones de violencia específicamente para el caso de las mujeres, de manera que debe entenderse que dichas bonificaciones van dirigidas a ellas³⁷, y cuyos regímenes de bonificaciones son similares a la del caso mencionado en la violencia de género³⁸.

Un tercer grupo es el de las situaciones, sin distingo de género en un inicio, de víctimas del terrorismo³⁹, desempleados de larga duración y exclusión social en general⁴⁰. Es necesario añadir aquí la DA 6, referida a las bonificaciones en contratos suscritos por empresas de inserción, que se remite a la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción y la Ley 43/2006. El cuarto grupo es el referido a los casos de contratos temporales, ya sea por su realización, como es el caso del contrato de formación en alternancia, o por su transformación en indefinidos, como es el supuesto de la transición de los contratos formativos a indefinidos, entre otros⁴¹. De igual modo, por la realización de contratos de formación para personal predoctoral, también temporales, pero que se deben distinguir de otros contratos incentivados, en este caso indefinidos, para personal investigador⁴² en empresas dedicadas exclusivamente a estos fines.

Finalmente, otro grupo está dedicado a incentivos en sectores específicos⁴³, como es el caso de la incorporación de socios trabajadores o de trabajo a cooperativas y sociedades laborales, la transformación de contratos temporales del sector agrario en fijos-discontinuos, con las cautelas establecidas en la DA 8 del RD-ley 1/2023, que limita esta medida a dos años desde la entrada en vigor de la norma), medidas de apoyo a la prolongación de la actividad de trabajadores fijos-discontinuos en los sectores de turismo, comercio y hostelería vinculados a la actividad turística y determinadas bonificaciones para sectores de actividad y ámbitos geográficos como agricultura o pesca, entre otros, establecidos como lista abierta y que sean empresas con trabajadores con contratos indefinidos, con la exigencia de que realicen actividades de formación de al menos 20 horas al año, con alguna excepción en función de la duración de la aplicación de la bonificación⁴⁴.

Este sería el panorama general de los incentivos a la contratación, si bien, además de su articulado, la norma hace referencia también en sus disposiciones adicionales y

³⁶ Arts. 16 a 19 RD-ley 1/2023.

³⁷ Art. 6 RD-ley 1/2023: “e) Mujeres víctimas de violencia de género: las mujeres que acrediten dicha situación de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. f) Mujeres víctimas de trata de seres humanos, de explotación sexual o laboral y mujeres en contextos de prostitución: las mujeres que acrediten dicha situación mediante informe de un servicio público encargado de la atención integral a las víctimas de trata, explotación sexual o laboral y mujeres en contextos de prostitución o por entidades sociales especializadas debidamente reconocidas por las Administraciones públicas competentes en la materia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. g) Mujeres víctimas de violencias sexuales: las mujeres mayores de 16 años que acrediten dicha situación de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”.

³⁸ Arts. 16 y 22 RD-ley 1/2023.

³⁹ Definidas en el art. 6.h) RD-ley 1/2023 como: “las personas que acrediten dicha condición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

⁴⁰ Arts. 20 a 22 RD-ley 1/2023.

⁴¹ Arts. 23 a 27 RD-ley 1/2023.

⁴² DA 7 RD-ley 1/2023.

⁴³ Hay que tener en cuenta que la mayor parte de la temporalidad se encuentra en “personas con un bajo nivel formativo enroladas en sectores de bajo nivel añadido que son muy volátiles, como es el caso de la hostelería o el comercio” (Alujas Ruiz, J.A. Contratación laboral y temporalidad... op. cit., p. 159).

⁴⁴ Arts. 28 a 31 RD-ley 1/2023.

transitorias a otros colectivos o a especialidades, además de las ya vistas. De esta forma, la DA 1 establece bonificaciones para el caso de jóvenes, a los que no se hacía referencia anteriormente en el texto, de los considerados colectivos de atención prioritaria, esto es, menores de 30 años y con baja cualificación beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Estableciendo una medida de duración de un año desde la entrada en vigor de la norma, pudiendo ser ampliada. De igual modo, en la DA 2, se recoge el supuesto de bonificaciones por la contratación de personas del entorno familiar, esto es, en general trabajadores del servicio del hogar. En concreto, se remite para ello al RD-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, dejando claro que no se refiere a los beneficios por la contratación de personas cuidadoras en familias numerosas. De igual modo, permite la aplicación de algunas de las bonificaciones de los arts. 17 y 18 y DA 9. Debe tenerse en cuenta que, aunque las relaciones laborales especiales son excluidas por regla general del RD-ley 1/2023, esta es una excepción. Lo mismo que sucede con la DT 2, que se ocupa de las bonificaciones en caso de la relación laboral de carácter especial de las personas penadas en las instituciones penitenciarias, que, estando vigentes, se regularán por la normativa anterior mientras no se decida una nueva forma de financiación. Por último, los autónomos no se encuentran tampoco incluidos en el articulado general del RD-ley 1/2023, de manera que la DA 4 se ocupa de regular las bonificaciones, remitiéndose a la DA 2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio.

Todo lo anterior, permite realizar una serie de reflexiones acerca de esta nueva norma que, en lo que hace a los destinatarios de los incentivos, pueden ser las siguientes.

En primer lugar, existe una importante falta de coordinación entre el RD-ley 1/2023 y la Ley de Empleo. Pues aunque el art. 4 RD-ley 1/2023, hace referencia a estos destinatarios, ya desde el origen se observa cómo hay colectivos que no se encuentran recogidos por el RD-ley. Y si hay un aspecto que destaca sobre los demás es la referencia que el art. 50 de la Ley de Empleo hace al colectivo LGTBI y, en particular, a las personas trans⁴⁵. Una mención necesaria, más aún a partir de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, de la misma fecha que la Ley de Empleo y que cuenta con una sección específica sobre medidas en el ámbito laboral, en cuyo art. 54 establece que el Ministerio de Trabajo y Economía Social, debe diseñar “medidas de acción positiva para la mejora de la empleabilidad de las personas trans y planes específicos para el fomento del empleo de este colectivo. En la elaboración de dichas medidas o planes, se tendrán en cuenta las necesidades específicas de las mujeres trans”. Medidas entre las cuales, de acuerdo con el art. 55, se encuentra la aprobación de subvenciones públicas que favorezcan su contratación cuando se encuentren en situación de desempleo.

Pero el hecho es que el RD-ley 1/2023 no recoge medidas propias de este colectivo. De manera que, aunque se remita a la Ley de Empleo en lo que hace a sus colectivos prioritarios, su consideración como tales no tiene efecto alguno en materia de incentivos, al menos en cuanto a los recogidos en el RD-ley. Si bien también hay que tener en cuenta que, como se ha dicho, esta norma deja abierta algunas vías adicionales de incentivos que podrán justificarse más fácilmente si atienden a colectivos de entre los incluidos en el concepto de atención prioritaria en la Ley de Empleo.

En segundo lugar, la clasificación en tipos de incentivos no es especialmente ordenada. Ya sea porque hay medidas que se incorporan a los colectivos o situaciones que no se

⁴⁵ Una inclusión que ya se venía reclamando por la doctrina, más aún teniendo en cuenta los problemas que tienen de acceso al empleo y de acceder a salarios superiores (Fernández Ramírez, M. Colectivos especialmente discriminados..., op. cit., p. 241 y 251).

contemplan en el propio articulado, sino que se regulan en las DA de la norma. También porque el RD-ley 1/2023 establece incentivos al empleo para supuestos más allá de los colectivos de atención prioritaria, pues, como se ha visto, establece determinados supuestos que considera necesario incentivar sin que se relacionen con colectivos subjetivamente específicos, sino más bien con situaciones de especial dificultad para el empleo⁴⁶. Es más, también es de señalar que la clasificación mezcla colectivos diversos y situaciones que no siempre tienen que ver con el mismo. Por ejemplo, existiendo medidas que tienen en cuenta, en su desarrollo, a las mujeres o a los mayores, pero no hay medidas directas, al menos en el RD-ley 1/2023, destinadas a esos mayores.

Además de lo anterior, y haciendo ya referencia a los concretos colectivos, hay pocas menciones específicas a los jóvenes como colectivos de atención prioritaria, esto es, menores de 30 años, con baja cualificación y beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. La regulación más directa se encuentra en la DA 1 de la norma y en especialidades de contratos de sustitución por nacimiento de hijo o de formación en alternancia, en una línea continuista con las regulaciones anteriores y que, por cierto, no siempre hace referencia a los jóvenes como colectivo de atención prioritaria. Esto es, sí se tiene en cuenta el criterio de la baja cualificación en el caso de la conversión de contratos de formación en alternancia en indefinidos, pero no sucede en el caso de otros, como son aquellos que, propios de otra situación como es la sustitución de trabajadores en supuestos de conciliación, son jóvenes sin ningún condicionante añadido. De igual modo, no diferencia por tramos de edad, cuando la Ley de Empleo sí hace alguna distinción y, de hecho, de acuerdo con la doctrina, el colectivo de jóvenes tiene dificultades de empleabilidad en función de los tramos de edad. Diferenciando aquellos hasta los 19 años del resto. En estos casos, las tasas de desempleo de los primeros, muy superiores⁴⁷, deben ponerse en relación con el hecho de tratarse de un colectivo que en su mayoría está cursando estudios.

Además, en el caso del incentivo para la celebración de un contrato indefinido para menores de 30 años con baja cualificación y beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, debe mencionarse que se trata de un incentivo previsto en la DA 1 del RD-ley 1/2023 que ya desde su concepción se opone en cierta medida a lo que establece la Ley de Empleo, pues ésta considera joven al menor de 30 años o beneficiario del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, sin que sea preciso que se reúnan las dos condiciones.

En el caso de los mayores, el silencio de la norma es aún superior como tal colectivo. De nuevo se les tiene presentes, principalmente, como especialidades dentro de otros incentivos, en que las bonificaciones serán superiores para los mayores de 45 años, con el fin, normalmente de prologar la vida activa y por las dificultades de encontrar o mantener un empleo a partir de dicha edad⁴⁸. Pero cabe señalar aquí, como también sucede en el caso de las mujeres, cierta inconsistencia en la norma en cuanto a la determinación de la lógica de las cuantías asociadas a colectivos. Pues quedando claro que son superiores en estos trabajadores de más de 45 años, cuando se integra dicho dato con ser hombre o mujer, la lógica se rompe. Existiendo casos, muchos en supuestos relacionados además con la discapacidad⁴⁹, en que el importe de la bonificación tendrá tres tramos en que distinga entre hombres menores de 45 años, mujeres menores de 45, y luego personas mayores de 45 años independientemente de si son hombres o mujeres⁵⁰. Otros en que los tres tramos son:

⁴⁶ No obstante, lo que no se recogen son incentivos para el empleo en general, pues su objetivo es proteger a los colectivos de mayor vulnerabilidad (Gómez Abelleira, F. J. Los incentivos económicos... op. cit.).

⁴⁷ Rojo Torrecilla, E. Empleo y jóvenes. *Revista Justicia & Trabajo*, nº extraordinario, septiembre 2023, p. 58.

⁴⁸ Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos..., op. cit., p. 393.

⁴⁹ En cuyo caso se determina que hay más incidencia de discapacidad en las mujeres que en hombres (Fernández Ramírez, M. Colectivos especialmente discriminados..., op. cit., p. 256).

⁵⁰ Es el caso del contrato indefinido para personas con discapacidad y la conversión en indefinido del contrato temporal de fomento del empleo, contratos para la adquisición de la práctica profesional y de formación en alternancia en empresas ordinarias para personas con discapacidad.

hombres menores de 45 años, mujeres menores de 45 junto con hombres mayores de esa edad y mujeres mayores de 45⁵¹. Y otras en que solo hay dos tramos: hombres menores de 45 años y hombres mayores de 45 junto a mujeres de cualquier edad⁵².

De manera que en ocasiones el factor más protegido parece ser la edad y en otras el género, sin ninguna lógica clara.

De igual modo, en el caso de la mujer, se deben hacer las siguientes reflexiones. La mujer se tiene en cuenta a través de situaciones entremezcladas como es la conciliación, la edad, discapacidad o situaciones de violencia, dado que la Ley de Empleo no la contempla como tal entre sus colectivos de atención prioritaria. Algo, además, en la línea de las definiciones de la Ley 15/2022 de igualdad de tener en cuenta situaciones de varias discriminaciones, a partir de conceptos como la discriminación interseccional y la múltiple⁵³.

No obstante, a lo largo de las diversas medidas de incentivos a la contratación, se observa como rasgos generales la consideración de la mujer como colectivo especialmente protegido sin ser asociado a dichas situaciones. Habitualmente previendo cuantías de bonificaciones superiores al resto de circunstancias. Algunos casos se han señalado anteriormente, como es la diferenciación entre edad, pero con falta de coherencia en algunas situaciones en que la edad a veces se considera un factor y otras veces no. El hecho es que por regla general, la mujer a la que más se incentiva frente al hombre es aquella menor de 45 años pues, cuando se alcanza esa edad, el hombre parece entrar en el mismo grupo de vulnerabilidad que la mujer.

En este punto es necesario recordar que, a pesar de que el art. 50 de la Ley de Empleo no la contemple de manera directa como colectivo de atención prioritaria, el art. 51 hace referencia a la perspectiva de género en el marco de las políticas de empleo. De manera que, en la idea de promover la igualdad entre mujeres y hombres, señala que la actuación “deberá intensificarse cuando las demandantes de empleo, mujeres desempleadas o inactivas, encabecen una familia monomarental”⁵⁴. Una situación que, en el caso del RD-ley 1/2023 no se encuentra recogida. Por otra parte, es de señalar como algo positivo el que se obligue a que se establezcan objetivos sectoriales específicamente cuantitativos de disminución de la brecha de empleo “en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media total, computada anualmente”, añadiendo que “Podrá beneficiarse de medidas de incentivo al empleo, reguladas por la normativa laboral, toda aquella empresa perteneciente a dichos ámbitos que en el último ejercicio haya incrementado el porcentaje de empleo femenino sobre el total”⁵⁵. No obstante, esta medida no se encuentra contemplada en el RD-ley 1/2023, quizá por su aprobación anterior.

Añade el art. 51.4 de la Ley de Empleo, que los servicios de empleo deben realizar acciones de empleabilidad dirigidas exclusivamente a mujeres en los ámbitos de infrarrepresentación femenina. Punto en el que se debe remarcar que “En particular, se organizarán iniciativas de este tipo destinadas a la promoción hacia los grupos

⁵¹ Como es el caso de contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad.

⁵² Como en el caso de las medidas para parados de larga duración.

⁵³ Art. 6.3: “Discriminación múltiple e interseccional. a) Se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley. b) Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación. c) En supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación. d) Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple e interseccional las medidas de acción positiva contempladas en el apartado 7 de este artículo deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación”.

⁵⁴ Art. 51.1 Ley de Empleo.

⁵⁵ Art. 51.2 Ley de Empleo.

profesionales superiores. A estos fines, se desarrollarán algunas de las acciones consideradas más eficientes de entre las incluidas en el catálogo de instrumentos de empleabilidad⁵⁷. Algo que llama la atención, pues si bien es adecuado, tiene como medida contraria el establecimiento de cuantías fijas de las bonificaciones, que, como se verá posteriormente, hacen que aquellos grupos profesionales superiores, como más salarios, se vean proporcionalmente menos beneficiados por los incentivos. Quizá esta sea una medida de compensación.

En contrapartida con esta atención a los sectores con poca representación femenina, se prevé además como una medida poco habitual, incluso medidas de incentivos para incorporar trabajadores varones en el caso de sectores con más presencia femenina, de manera que se aboga por la equiparación en ambos sentidos⁵⁶.

3.3. Beneficiarios y requisitos: mantenimiento del empleo pero no aumento neto del mismo

Otros de los elementos esenciales del panorama general sobre el RD-ley 1/2023 es el referido a los requisitos exigidos a los beneficiarios de las medidas. Un elenco de sujetos que ha ido aumentando progresivamente a lo largo del tiempo⁵⁷ y que, en el caso del RD-ley 1/2023, se trata de las empresas, los autónomos, las sociedades laborales o cooperativas por la incorporación de socios trabajadores o de trabajo y las entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro con las excepciones contempladas en el art. 7.2 RD-ley 1/2023⁵⁸.

Resulta esencial en este sentido tener en cuenta que dichos beneficiarios, para poder acceder a los incentivos, deben cumplir esencialmente un conjunto de requisitos, algunos de ellos ya clásicos⁵⁹: no haber sido inhabilitado penalmente para la obtención de subvenciones y ayudas públicas, beneficios e incentivos fiscales o de Seguridad Social; no ser excluido para el acceso a ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivados de programas de empleo o formación profesional ni excluido del acceso a subvenciones por la aplicación de programas de empleo por infracciones graves o muy graves no prescritas; estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social; contar con un plan de igualdad, en caso de estar obligados por ley o convenio colectivo.

Pero más interés suscita un requisito esencial relativo al nivel de empleo que tenga el empresario beneficiario⁶⁰. Se trata este de un requisito que, en general, no es novedoso, pues las normas anteriores ya tenían referencia a ello, si bien evolucionando desde un mero mantenimiento del empleo, teniendo o no en cuenta la contratación temporal, a exigir el aumento neto del empleo.

En el caso del RD-ley 1/2023, se establece que, tanto en la contratación indefinida como en la transformación de contratos temporales o incorporación como socios

⁵⁶ Art. 51.3 Ley de Empleo.

⁵⁷ García Sánchez, M. Políticas Activas de Empleo..., op. cit., p. 81.

⁵⁸ Art. 7.2 RD-ley 1/2023: "No podrán ser beneficiarios la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local, así como los organismos públicos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas señaladas anteriormente, en los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. No se aplicará lo establecido en este apartado a la contratación de personas trabajadoras con discapacidad por centros especiales de empleo de titularidad pública, así como a la contratación de personas en situación de exclusión social por empresas de inserción participadas por las administraciones o entidades públicas. Tampoco será de aplicación a la contratación del personal investigador predoctoral previsto en el artículo 27".

⁵⁹ Art. 8 RD-ley 1/2023.

⁶⁰ Art. 9 RD-ley 1/2023.

trabajadores o de trabajo en cooperativas y sociedades laborales, así como en el caso de subvenciones públicas, el empresario debe mantener de alta al trabajador al menos tres años desde el inicio del contrato. Puede observarse cómo, la duración de las medidas de incentivos, suelen tener precisamente, como regla general una duración de entre tres y cuatro años, con excepción de los contratos temporales, que limitan su duración a la vigencia del mismo, más variedad y generalmente más reducida.

En esta obligación de mantenimiento del empleo, no se hace referencia a que el mismo sea neto, ni a la exigencia de aumento del empleo en la empresa. Solo a la permanencia del contrato. Además, no se tendrán en cuenta en esta obligación determinados tipos de extinciones como son las referidas a causas objetivas, despidos disciplinarios que no hayan sido declarados o reconocidos como improcedentes, despidos colectivos que no hayan sido declarados no ajustados a derecho, dimisiones, jubilaciones, muertes o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador, todos ellos supuestos lógicos. Revistiendo más dudas el referido a la resolución del período de prueba, si bien lo cierto es que la naturaleza de este período impide penalizar al empresario si se realiza correctamente, habría sido más conveniente especificar que solo en caso de que esta resolución sea acorde a derecho. Se añaden también las clásicas causas como la expiración del tiempo convenido en caso de contratos formativos o de duración determinada, el fin del llamamiento de personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo, aunque no se especifica que cuando sea legal, pero en cuyo caso se aplicaría el régimen referido a los despidos, así como, en el caso de subrogaciones, por las causas legales estipuladas. Finalmente, se excluyen las extinciones de contratos de trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo que transiten a la empresa ordinaria.

De igual modo, tampoco se considera incumplimiento de este requisito el caso de las extinciones mencionadas anteriormente pero por causas imputables al empresario, esto es, su muerte o jubilación entre otras.

En definitiva, la norma parece ir en la línea únicamente del mantenimiento del empleo. Sin embargo, cabe señalar que el objetivo del incremento neto del empleo es uno de los objetivos específicos del RD-ley 1/2023. Es más, no es algo nuevo pues, por ejemplo, ya en la Ley 35/2010 se contemplaba como tal, estableciéndose incluso un sistema de cálculo para la comprobación de esta medida, todo con el objetivo principal de evitar el efecto sustitución⁶¹. Puede que indirectamente algo aporte el RD-ley 1/2023 al establecer algunas medidas de exclusión con relación a las bajas de los trabajadores contratados con contratos incentivos en esa empresa u otras, o también, aunque no recogida en el RD-ley 1/2023, sino en el art. 51.2 de la Ley de Empleo, la referida a los sectores que pueden acceder a los incentivos en relación con el aumento del porcentaje de empleo femenino sobre el total, pero no es una medida especialmente efectiva y que dé cumplimiento a este objetivo.

Añadido a lo anterior, se debe mencionar como aspecto, en este caso positivo, a reseñar, que los supuestos de deslocalización de actividades por parte de la empresa implicarán la obligación de reintegrar las bonificaciones recibidas durante los 4 años anteriores a la deslocalización.

3.4. Fórmulas empleadas para los incentivos: el recurso a las bonificaciones de cuantía fija como regla general

Como aspecto esencial, se debe recordar que se parte de un panorama normativo en que se combinaban distintas fórmulas de incentivos: bonificaciones, reducciones,

⁶¹ Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos..., op. cit, p. 386 y ss.

subvenciones e incentivos fiscales entre otros. Además, estas fórmulas se hacían, según la época, a través de porcentajes de la base de cotización (la mayoría de las veces) o en cuantías fijas (la minoría de las ocasiones).

En el caso del RD-ley 1/2023, la norma aboga de una forma muy clara por unificar en lo posible las medidas de incentivos en forma de bonificaciones a la Seguridad Social frente al resto de posibilidades, aunque no cierra la puerta a estas. De manera que el recurso a las reducciones, similares a las bonificaciones pero con distinto ente de financiación, desaparecen como regla general de la norma.

Además de lo anterior, del recurso fundamental a las bonificaciones, estas se realizan en su práctica totalidad a través de cuantías fijas⁶², mensuales o anuales que nunca podrán superar el 100% de las cotizaciones. Unas veces, las que más, solo en la cuota patronal y otras también en la del trabajador, y unas solo para contingencias comunes y otras de forma más amplia, siendo la regla general su aplicación a contingencias comunes, profesionales y conceptos de recaudación conjunta.

Esta situación presenta determinadas ventajas e inconvenientes⁶³ sobre las que se realizarán aquí una serie de reflexiones y que será necesario ir revisando con el tiempo para valorar cuál de ellas tiene un peso superior.

Por lo que se refiere a las ventajas, por una parte, sin duda contribuyen a aclarar el marco regulador y a valorar de una manera más inmediata el ahorro que puede suponer a la empresa las mismas⁶⁴. Aportando también claridad en cuanto al régimen de compatibilidad entre los incentivos. Pues, como establece el art. 12 RD-ley 1/2023, son en principio incompatibles, de manera que si es posible disfrutar de más de una, el beneficiario será el que tenga el derecho de opción. Y el conocer la cuantía exacta en relación con la duración, facilita una decisión más adecuada.

Además, al ser en cuantía fija y no dependiendo de la base de cotización, se pierde la progresividad relacionada con el tipo de contrato y el salario recibido suponiendo un incremento en el caso de contratos de baja cualificación⁶⁵, que quizá sea el objetivo de la norma. Pues debe recordarse que el fin es incrementar la empleabilidad de los trabajadores con menos posibilidades de acceso al mercado de trabajo.

Además, la claridad mencionada, permitirá controlar de mejor manera el gasto público, algo que ha sido tradicionalmente una de las críticas a los incentivos económicos al empleo, su escasa efectividad en relación con el gasto público⁶⁶.

Finalmente, permite realizar una comparativa entre las cuantías con el objeto de valorar cuál es la lógica que impera detrás de cada una de ellas. Esto es, ver las diferencias de incentivo que puede haber según colectivos y situaciones y, por tanto, intuir a qué supuestos otorga un interés más central.

Por ejemplo, se observa cómo el RD-ley 1/2023 atribuye la misma cuantía de bonificación, 128 euros/mes, a la contratación indefinida de personas con capacidad intelectual límite (sin distinguir por sexo), las víctimas de violencia (género, sexual y trata de seres humanos), víctimas del terrorismo, personas en riesgo de exclusión social en general, mujeres mayores de 45 años paradas de larga duración, todas con una duración de cuatro años. Cuantía que es la misma que, en el caso de temporales, la transformación

⁶² Algo que ya se contempló por la Ley 43/2006.

⁶³ Ya se valoraban estas con anteriores reformas (Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos... op. cit., p. 385 y ss).

⁶⁴ Esteban Legarreta, R.; Gutiérrez Colomina, D. La incentivar del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo. *Revista Española de Discapacidad*, 2 (1), 2014, p. 12.

⁶⁵ Gómez Abelleira, F. J. Los incentivos económicos... op. cit.

⁶⁶ Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos... op. cit., p. 376.

de contratos formativos a su finalización en indefinidos para hombres, con una duración, en este caso de tres años. Por tanto colectivos, sobre todo los primeros, especialmente vulnerables y supuestos que derivan en la contratación indefinida. Una equiparación que quizá pueda ser cuestionada en el caso de la discapacidad⁶⁷.

Llama la atención, no obstante, que la cuantía sea superior en cuota, 138 euros/mes, aunque no en duración (de dos años), en el caso de la readmisión de trabajadores tras cese por incapacidad permanente o mayores de 55 años con incapacidad permanente o que recuperen su actividad y sean contratados por otra empresa. Por tanto contratos que a corto plazo están más incentivados que los anteriores, no tanto a largo plazo. También, puede mencionarse a los jóvenes que constituyen colectivos de atención prioritaria, es decir, menores de 30 años, beneficiarios de sistema nacional de garantía juvenil y con baja cualificación, en cuyo caso, su contratación indefinida tiene una cuota sensiblemente superior, 275 euros/mes, durante tres años, aunque queda supeditada a la existencia de fondos⁶⁸. Algo que puede valorarse positivamente dadas las altas tasas de desempleo de este colectivo.

Por tanto, en el caso de los incentivos nuevos a la contratación indefinida, la regla general es la cuantía de 128 euros/mes durante 4 años, con alguna excepción: unas en que se supera la misma aunque con menor duración del contrato (supuestos de reincorporación o contratación tras incapacidad permanente; jóvenes de atención prioritaria o primer contrato a personas en exclusión social durante los 12 primeros meses tras el fin de un contrato con una empresa de inserción); y otros que son inferiores, como es el caso de los parados de larga duración que sean hombres de cualquier edad o mujeres menores de 45 años⁶⁹.

En el caso de la contratación temporal, los supuestos son más heterogéneos. Si bien la cuantía general es de 366 euros/mes durante el periodo del correspondiente contrato. Siendo el caso de los desempleados contratados para la sustitución de trabajadores en casos de discapacitados en incapacidad temporal, menores de 30 años que sustituyan a trabajadores en situación de riesgo durante el embarazo, lactancia, nacimiento o cuidado del menor o ejercicio de la corresponsabilidad del cuidado del menor lactante; sustitución de autónomos en los mismos casos y cotización por las personas sustituidas en los mismos casos. Por tanto, supuestos de sustitución de trabajadores relacionados con la conciliación o que el sustituido tenga una discapacidad.

Con menos incentivos se contemplan el cambio de puesto de trabajo en casos de riesgo durante el embarazo o lactancia o por enfermedad profesional, con 138 euros/mes. Algo altamente criticable y sobre lo que se volverá posteriormente.

También tienen menores incentivos los supuestos de contratos de formación en alternancia, aunque es cierto que aquí ya se parte de situaciones más beneficiosas para la empresa y de que la bonificación también se aplica al trabajador y a los costes derivados de la tutorización y de la formación recibida. Siendo más beneficiada la transformación de contratos formativos o de relevo⁷⁰ en indefinidos, con especial papel para la mujer, pero que no llega al máximo de bonificación establecido antes. De modo que apenas tiene en cuenta el sujeto si no más la situación y tipo de contrato. No son los únicos casos pero sí algunos de los más reseñables.

⁶⁷ Esteban Legarreta, R.; Gutiérrez Colomina, D. La incentivación del empleo... op. cit., p. 14.

⁶⁸ DA 1 RD-ley 1/2023.

⁶⁹ En anteriores normativas se preveían siempre cantidades superiores a los mayores, algo que era criticado por la doctrina al tener los jóvenes tasas de desempleo y temporalidad superiores (Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos... op. cit., p. 386).

⁷⁰ Anteriormente contemplado en la Ley 3/2012.

Como inconvenientes, se debe comenzar por señalar que, esa pérdida de progresividad señalada, implica una disminución del beneficio en el caso de trabajos de alta cualificación. Por lo que los empresarios no verán de manera tan clara la utilidad del incentivo y tenderán a no realizar tantos aumentos salariales negociados⁷¹, pues se encuentra penalizado en proporción a la cuantía de la bonificación. No obstante, debe tenerse en cuenta que son trabajos normalmente de mayor productividad y generalmente con menos dificultades de contratación⁷², además de que la Ley de Empleo contempla en su art. 51.4 la incentivación de estos puestos, sobre todo en mujeres, mediante acciones de empleabilidad.

No obstante, en el caso de puestos de más alta cualificación, hay un perjuicio añadido derivado de un concreto tipo de incentivo. El de la sustitución de trabajadoras en situaciones de conciliación. Se trata de casos en que la sustitución de trabajadores de alta cualificación probablemente no pueda ser incentivada al limitarse la medida a colectivos jóvenes y además, no suponer un coste cero para el empresario al estar topada la cuantía. Y, aunque así fuera⁷³, la mujer sustituida en puestos de responsabilidad, por ejemplo en situaciones de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, estará menos bonificada, lo cual puede redundar en problemas futuros⁷⁴, afirmándose que con esta medida “el legislador se aparta de la igualdad de género”⁷⁵. Más aún, teniendo en cuenta que es precisamente la mujer la que más dificultades tiene de acceso a los puestos directivos y que se ha determinado que el mercado laboral “castiga a las mujeres que deciden ser madres con una reducción del 11’4% de sus ingresos durante el primer año tras el nacimiento de sus hijos, una caída que llega al 33% al cabo de una década”⁷⁶.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que estas bonificaciones tienen cuantías de las más altas y, además, al tener derecho de retorno al puesto de trabajo, lo cierto es que estos incentivos han sido en ocasiones criticados por existir ya medidas de protección y, por tanto, no ser tan necesarios⁷⁷.

Añadido a lo anterior, y continuando con los inconvenientes, se establece en el art. 42 RD-ley 1/2023 que las cuantías se actualizarán con una periodicidad de 3 años y se hará “en función de los porcentajes de bonificación aplicados para su cálculo inicial a la cuota mínima empresarial por las correspondientes contingencias y, en su caso, conceptos de recaudación conjunta”. Tratándose este, en principio, de un periodo muy amplio sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de las duraciones de los incentivos es de entre 3 y 4 años y con el riesgo de que, en función de las situaciones, se puedan llegar a congelar⁷⁸.

Finalmente, aunque se pueda realizar esa comparativa entre cuantías para poder intuir qué situaciones son más incentivadas, se observa situaciones discutibles. Es el caso, por ejemplo, de los incentivos por el cambio de puesto de trabajo en casos de riesgo durante el embarazo o lactancia o por enfermedad profesional, con 138 euros/mes. Y se considera discutible por dos motivos. El primero, porque se trata de una cuantía reducida cuando se

⁷¹ Esteban Legarreta, R.; Gutiérrez Colomina, D. La incentivación del empleo... op. cit., p. 15.

⁷² Morales Ortega, J. M. El régimen de incentivos... op. cit., p. 385.

⁷³ Cabe recordar la posibilidad de los supuestos de sustitución indirecta (Álvarez González, N. Nuevo sistema de incentivos a la contratación ¿una cuestión de género?. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 999, 2023).

⁷⁴ Señalándose que se puede ver afectada no solo su contratación sino también su promoción profesional (Dans Álvarez de Sotomayor, L. El impacto, ... op. cit).

⁷⁵ Álvarez González, N. Nuevo sistema de incentivos... op. cit.

⁷⁶ Fernández Ramírez, M. Colectivos especialmente discriminados..., op. cit., p. 242-243.

⁷⁷ Ya se eliminaron esas medidas en periodos de crisis en que el empleo se redujo considerablemente en sectores masculinizados, de manera que las tasas se equiparaban a las de las mujeres. En lugar de bonificar directamente a las mujeres, se gradúan las ayudas de los colectivos en función de si se es mujer, algo valorado positivamente por la doctrina Dans Álvarez de Sotomayor, L. El impacto... op. cit, p. 188).

⁷⁸ Esteban Legarreta, R.; Gutiérrez Colomina, D. La incentivación del empleo... op. cit., p. 12.

trata de temas de salud laboral y es uno de los supuestos en que los empresarios suelen preferir la suspensión del contrato de trabajo, con la vulneración del derecho al empleo y el mayor gasto público que supone; el segundo, porque no diferencia el caso del riesgo durante el embarazo y lactancia, vinculado exclusivamente a la mujer, de la enfermedad profesional. Pues si es cierto que la enfermedad actualmente es causa de discriminación según la Ley 15/2022, lo cierto es que la mujer es un colectivo más protegido por muchos aspectos, y no debería darse el mismo régimen a situaciones que solo se producen en su caso.

4. VALORACIONES FINALES

Del análisis general del RD-ley 1/2023, de reciente aprobación y cuya entrada en vigor se sitúa, en su mayoría, en septiembre de 2023, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, se aclara y reduce la dispersión del panorama normativo, pero debe plantearse hasta qué punto esto es así. Pues en principio no parece haber duda de que se esclarece la situación, pero el análisis realizado permite concluir que no es algo definitivo, pues existen demasiadas remisiones a otras normas aún vigentes, se mantienen vivas las normas aplicables a incentivos aún en vigor, y se reconoce que la lista de incentivos es una lista abierta. Por tanto, ante la pregunta de si se ha depurado la dispersión normativa, la respuesta es que esto se ha conseguido pero de una manera menos eficaz de la esperada.

En lo que parece que sí se ha avanzado es en lo relativo a la claridad de las medidas. Más por la fórmula empleada, en forma de cuantías fijas. Aunque a veces, su comparación, no permite ver de manera clara cuál es la lógica que impera entre el distinto tratamiento de las cuantías de cada incentivo y en función de los colectivos.

Estas fórmulas presentan diversas ventajas pero también inconvenientes, relativos tanto a la pérdida de progresividad de las mismas en relación con los salarios, a la actualización de cuantías, claridad del ahorro para el empresario o previsión de gasto público, entre otras.

Sin embargo, la claridad señalada en cuanto a dichas medidas no se corresponde con una coherencia en la organización de los colectivos y las medidas económicas asociadas. Si bien, sí se debe valorar positivamente el acento especial en los colectivos, a pesar de que la descoordinación con la Ley de Empleo es muy relevante, como es el caso de la ignorancia por el RD-ley del colectivo LGTBI. Finalmente, y como uno de los aspectos más destacados y que aquí se ha criticado, es que, a pesar de que el RD-ley 1/2023 establezca como objetivos específicos el mantenimiento y la creación de empleo neto, en la práctica solo se refiere al primero. Con alguna medida relativa pero muy débil y que desde luego es uno de los aspectos más criticables de una norma de la que se esperaba más. No obstante, será necesario esperar a su aplicación práctica para determinar los efectos reales de esta regulación.

**PONENCIAS ESPECÍFICAS
PRESENTADAS AL SEGUNDO PANEL:
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU ROL EN MATERIA EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO (ERTE) Y EL MECANISMO RED: UN ESTUDIO SOBRE LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN ESPAÑA

GLORIA MARÍA MONTES ADALID
*Contratada FPU en el Departamento de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

SUMARIO:

1. FLEXIBILIDAD LABORAL EN ESPAÑA: LA ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS
2. LA REFORMA LABORAL COMO CIMIENTO DE CAMBIOS
3. LA INFLUENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE ESTOS MECANISMOS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS
4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. FLEXIBILIDAD LABORAL EN ESPAÑA: LA ALTERNATIVA A LOS DESPIDOS

Para una completa comprensión y evaluación de la legislación laboral en España, es esencial tener en cuenta el contexto sociológico que fundamenta las relaciones laborales. En este sentido, es innegable que el mercado laboral en España se encuentra entre los más tensos y desestructurados en comparación con otros países de la Unión Europea y la OCDE. Esto se refleja en altas tasas de desempleo, particularmente entre grupos vulnerables como los jóvenes, las mujeres y las personas mayores de 55 años, así como en la prevalencia de empleos temporales y empleos a tiempo parcial involuntarios. A pesar de varias reformas laborales implementadas a lo largo del tiempo, estos problemas persisten en gran medida¹.

En este sentido, hay varios factores complejos que no vamos a analizar en detalle en este momento, pero están estrechamente relacionados con el hecho de que la mayoría de las empresas en España sean pequeñas y medianas (PYME), y que, de manera similar, la mayor parte del empleo en el país provenga de estas empresas². Las PYME, debido a sus características intrínsecas, responden de manera dispar a las medidas de las reformas laborales y, en muchas ocasiones, adoptan enfoques opuestos a los objetivos pretendidos.

En este contexto de las relaciones laborales en España, la regulación de la flexibilidad interna en las empresas, en particular, la capacidad del empleador para tomar medidas temporales como suspender las relaciones laborales o reducir la jornada de trabajo en situaciones de crisis, puede ser crucial como alternativa a la terminación de los contratos laborales de las aludidas PYME. En este sentido, posibilitar estas medidas de flexibilidad podría ayudar a las empresas en dificultades o con problemas específicos a adaptarse dentro de ciertos límites, evitando así recurrir a despidos.

En esta línea, a partir de la década de 1970, la flexibilidad se ha convertido en un concepto central en los debates teóricos y en las reformas legales y empresariales en el ámbito de las relaciones laborales a nivel mundial, especialmente en el contexto europeo. Pero, a pesar de la intensidad de estos cambios, muchas de las problemáticas históricas en los mercados laborales no se han resuelto mediante la implementación de reformas³.

En el caso de España, prácticamente todas las modificaciones legislativas introducidas y su posterior aplicación han tendido a promover ajustes flexibles a través de uno de los componentes clave de la flexibilidad: la flexibilidad externa. Esto se ha reflejado especialmente en la alta tasa de empleo temporal. No obstante, el análisis y el marco legal relacionados con el otro aspecto de la flexibilidad, es decir, la flexibilidad interna o las adaptaciones en las circunstancias y la organización del trabajo dentro de la empresa, han permanecido prácticamente sin cambios significativos. Por ello, durante un largo período, se ha sostenido que nuestra normativa laboral era notablemente rígida y que había una denotada falta de flexibilidad interna en las empresas, que se compensaba con la contratación temporal y los despidos (flexibilidad externa⁴).

¹ GÓMEZ GARRIDO, M. L.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral del RDL 32/2021: historia de un desencanto", *Revista de Jurisprudencia Lefevre*, 2022. Disponible en: <https://elderecho.com/reforma-laboral-flexibilidad-interna-real-decreto-32-2021>

² La información se obtiene de la Estadística de Empresas registradas en la Seguridad Social, suministrada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social. Puede acceder a ella en el siguiente enlace: <https://www.mites.gob.es/estadisticas/Emp/welcome.htm>

³ M. RUESGA, S., DA SILVA BICHARA, J., PÉREZ ORTIZ, L. Y PÉREZ TRUJILLO, M.: "Flexibilidad interna en la negociación colectiva", Publicaciones de la Universidad de Jaén, 2011, pág. 4. Disponible en: <http://xivrem.ujaen.es/wp-content/uploads/2011/11/87-R-120M609.pdf>

⁴ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: "Anatomía jurídica del mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo", *IUSLabor*, núm. 2, 2022, pág. 55-93.

No obstante, dentro de los programas de reparto temporal del trabajo (PRTT), las empresas han adoptado medidas relacionadas con Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) para suspender contratos y reducir la jornada laboral (conocidos como ERTE debido a su carácter temporal) como alternativa a los despidos al ajustar el uso de la fuerza laboral. Estas medidas no son desconocidas⁵ y, de hecho, tienen cierto reconocimiento legal⁶. Cabe añadir que han sido un objetivo buscado en las diversas reformas de la legislación laboral española, especialmente desde la gran recesión económica de 2008 y los cambios introducidos por las reformas de 2010 y 2012, aunque hasta ahora no se ha logrado su pleno éxito.

Sin embargo, se han producido cambios significativos en este panorama. La experiencia de los últimos años en la implementación de los ERTE ha demostrado la eficacia y el carácter preventivo de estas medidas al colocar el tiempo de trabajo en el centro de la flexibilidad interna. Han permitido ajustar las necesidades de mano de obra en situaciones coyunturales mediante la gestión flexible de la jornada laboral⁷. A raíz de esto, el uso de los ERTE se incrementó desde abril de 2020 como una medida política específica para mitigar los efectos socioeconómicos generados por la pandemia de COVID-19⁸.

En este sentido, durante los primeros meses de implementación de las medidas legales en respuesta a la pandemia, un total de 3,6 millones de trabajadores se beneficiaron de los mismos. Estos, acompañados por una especie de prohibición legal de despedir a causa de la COVID debido a su naturaleza temporal, han funcionado de manera efectiva como un mecanismo de contención, evitando una pérdida masiva de empleos a través de despidos de trabajadores permanentes y la no renovación de contratos temporales⁹.

Su buen funcionamiento durante este período llevó al gobierno a tomar la decisión de desarrollar un esquema permanente de flexibilidad laboral en las empresas con el fin de preservar los empleos ante posibles disminuciones estructurales en la demanda. Aunque no estaban previstos originalmente en esta reforma, se impulsó la modificación del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET) para incorporar estas medidas que se han mostrado particularmente efectivas en situaciones de crisis¹⁰.

Tras brindar estos datos preliminares, este estudio se enfocará en analizar cómo ha evolucionado, o no, el marco normativo de las relaciones laborales en materia de

⁵ LOUSADA AROCHENA, F.: “La suspensión del contrato y la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2016; GARCÍA-SERRANO, C.: “Las reformas dirigidas a la flexibilidad interna de las empresas: suspensión de contratos y reducción de jornada”, *Revista de Economía Laboral*, núm. 12, 2015, pág. 249. Vid. artículos 47.5 (que remite al 51.7) y 31-33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

⁶ Esta figura ya estaba presente en la versión original del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y ha experimentado algunos cambios con la reforma laboral de 2012.

⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, núm. Extra 0, 2022 (Ejemplar dedicado a: número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021); (<https://doi.org/10.20318/labos.2022.6641>), pág. 8.

⁸ RUESGA BENITO, S. M. y VIÑAS APAOLAZA, A.: “El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis COVID-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España”, *Temas Laborales*, núm. 157, 2021, pág. 246.

⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Capítulo XVIII: Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y el nuevo Mecanismo Red en la Reforma Laboral de 2021”, en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs. y coords.), *La reordenación del tiempo de trabajo*, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 709.

¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pág. 107 y ss.; CALVO GALLEGO, F. J. y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: “La respuesta del derecho del trabajo a la crisis del Covid-19: los ERTES de la emergencia sanitaria”, en VVAA, *Pandemia y derecho: Una visión multidisciplinar*, LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. y MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M. Á. (DIRS.), PÉREZ LUÑO, A. E. (pr.), ed. Laborum, 2020, pág. 233-249; DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de reducción de jornada...”, ob cit., pág. 84 y ss.

flexibilidad interna (ERTE y Mecanismo RED, en concreto) en un aspecto crucial de su estructura, que es la negociación colectiva, partiendo del análisis inicial de la reciente reforma laboral. Vamos a verlo.

2. LA REFORMA LABORAL COMO CIMIENTO DE CAMBIOS

2.1. Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) a la vista de la reciente reforma laboral y el innovador Mecanismo RED

Como es ampliamente conocido, en la versión original de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 2015, el marco de la flexibilidad interna se presentaba de manera simple en un solo artículo, el artículo 47 ET (EDL 2015/182832). Este artículo abordaba dos aspectos principales¹¹:

- En primer lugar, establecía un único procedimiento para la suspensión de relaciones laborales debido a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), que se detallaba en el apartado 1 del artículo. Además, el apartado 2 del mismo artículo remitía a este procedimiento en caso de reducción de la jornada laboral por las mismas causas.
- En segundo lugar, el artículo contemplaba la posibilidad de suspender las relaciones laborales por causas de fuerza mayor, mencionando esta opción en el apartado 3 del mismo artículo y haciendo referencia al procedimiento de despido por causa de fuerza mayor del artículo 51.7 ET¹².

Recientemente, mediante el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹³, se ha implementado una reforma con el objetivo de fortalecer los mecanismos de flexibilidad interna para evitar despidos colectivos de trabajadores. Para dicho fin, se ha agilizado el procedimiento de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), incorporando el mecanismo hasta ahora considerado “extraordinario” surgido durante la pandemia de Covid-19, conocido como los famosos ERTE por fuerza mayor limitativos y de impedimento debido a una decisión de la autoridad pública.

Asimismo, y como novedad, se ha creado un nuevo procedimiento denominado mecanismo o sistema RED, el cual tiene como objetivo actuar de manera preventiva frente a futuras crisis. Esto busca proporcionar un marco estable de garantías tanto para los trabajadores como para las empresas en casos de fluctuaciones cíclicas de la demanda o para sectores afectados por cambios estructurales. Además, se desarrollan instrumentos que acompañen a las empresas durante periodos de transición (nuevo artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores)¹⁴. Veámoslo.

¹¹ GÓMEZ GARRIDO, M. L.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral del RDL 32/2021: historia de un desencanto”, *Revista de Jurisprudencia Lefevre*, 2022. Disponible en: <https://elderecho.com/reforma-laboral-flexibilidad-interna-real-decreto-32-2021>

¹² Cabe destacar que, aunque la redacción concisa del artículo podía generar ciertas dudas, el desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (EDL 2012/224880), anterior incluso al Estatuto de los Trabajadores de 2015, permitía también la reducción de la jornada laboral en caso de fuerza mayor. Asimismo, para todos los casos de flexibilidad interna contemplados en el artículo 47 ET, se preveía la posibilidad de “desarrollar acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados, con el propósito de aumentar su polivalencia o mejorar su empleabilidad”, aunque esta previsión no se detallaba de manera más específica.

¹³ BOE, núm. 313, de 30/12/2021.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “Flexibilidad interna y estabilización: El mecanismo red como instrumento real de “Flexibilidad” Garantista”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y ALMENDRÓS GON-

2.2. Los ERTE tras la reforma laboral

Los cambios más significativos en los ERTE se refieren a cuestiones procedimentales¹⁵.

En lo que concierne a los ERTE motivados por causas económicas, técnicas, organizativas y/o de producción (ETOP)¹⁶ y los ERTE por fuerza mayor, se introducen nuevas disposiciones en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores¹⁷. Fundamentalmente, la reforma tiene como objetivo simplificar los procedimientos para que las empresas puedan aplicar los ERTE.

En relación a los ERTE por fuerza mayor temporal, se establecen regulaciones más detalladas. Es importante destacar, entre otros aspectos, la inclusión de la incapacidad para llevar a cabo la actividad empresarial debido a decisiones de la autoridad pública competente como parte de las circunstancias consideradas como fuerza mayor.

En esta línea, se establecen reglas comunes para los ERTE debido a causas económicas, técnicas, organizativas y/o de producción (ETOP) y los ERTE por fuerza mayor, que se pueden resumir de la siguiente manera:

- Se establece que la suspensión de contratos y la reducción de jornada se aplicarán de manera temporal, manteniendo la obligatoriedad de realizar un periodo de consultas. La novedad radica en la agilización del procedimiento. Específicamente, se reduce la duración máxima del periodo de consultas a 7 días en empresas con menos de 50 trabajadores, mientras que para el resto de las empresas se mantiene el periodo máximo de 15 días para las consultas.
- En relación al proceso de constitución de la comisión representativa, se han realizado cambios significativos. En primer lugar, se ha reducido el periodo máximo para constituir dicha comisión en todas las empresas. Anteriormente, este plazo era de 7 días, pero ahora se ha reducido a 5 días. Además, también se ha acordado el plazo de constitución de la comisión en aquellos casos en los que uno de los centros de trabajo afectados no cuenta con representación legal de los trabajadores. Antes, este plazo era de 15 días, pero ahora se ha reducido a 10 días.
- Después de la finalización del periodo de consultas, la empresa debe comunicar a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión respecto a la reducción de jornada o la suspensión de contratos, como se hacía anteriormente. Sin embargo, la reforma precisa ahora que dicha comunicación debe incluir el periodo durante el cual se aplicarán estas medidas (suspensión/reducción de jornada).

ZÁLEZ, M.Á. (DIRS): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. Y MARÍN ALONSO, I. (COORDS), Granada, Comares, 2022, págs. 291-317.

¹⁵ FERNÁNDEZ NAVARRO, E.: "PUNTOS ESENCIALES DE LA NUEVA REFORMA LABORAL. Principales puntos de interés", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, pág. 380.

¹⁶ En cuanto a los ERTE ETOP, es relevante señalar que el periodo de consultas se limita a un máximo de quince días (o siete días en el caso de empresas con menos de cincuenta empleados). También se contempla la opción de extender los ERTE después de un periodo de consultas acordado con los representantes legales de los trabajadores, el cual no excederá de cinco días. J&A GARRIGUES, S.L.P.: *Novedades del Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, Comentario: Laboral España, 2022.

¹⁷ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, R.: "La suspensión del contrato de trabajo como medida de flexibilidad interna", en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., Y ALMENDRÓS GONZÁLEZ, M.Á. (DIRS): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. Y MARÍN ALONSO, I. (COORDS), Granada, Comares, 2022, págs.701-723.

- Se da prioridad a la reducción de jornada en lugar de la suspensión.
- La reducción de la jornada puede variar entre un mínimo del 10% y un máximo del 70%.
- La empresa debe especificar el período durante el cual se aplicará la medida, identificar a los empleados afectados y definir el tipo de medida para cada uno. Durante la vigencia de la medida, es posible incluir o excluir trabajadores.
- Mientras la medida esté en vigor, se prohíben las horas extraordinarias, las contrataciones laborales y la externalización de actividades, a menos que los trabajadores afectados no cuenten con la formación o capacitación necesaria para desempeñar las funciones encomendadas.
- Se regula cómo se afecta a los trabajadores a lo largo del ERTE.
- Se prevén exenciones de cotización relacionadas con los ERTE, que están condicionadas al mantenimiento del empleo y a la implementación de acciones formativas.
- Durante la aplicación de las medidas, las empresas tienen la posibilidad de llevar a cabo acciones formativas para los trabajadores afectados, con un derecho a un aumento de los recursos financieros destinados a estas acciones.
- Se simplifican los procedimientos administrativos mediante un único procedimiento de comunicación¹⁸. En este sentido, se ha eliminado la obligación de la autoridad laboral de transmitir la comunicación empresarial al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Hasta ahora, la empresa debía comunicar el inicio del periodo de consultas con la representación legal de los trabajadores a la autoridad laboral, quien a su vez debía transmitir dicha comunicación al SEPE y solicitar un informe a la Inspección de Trabajo. A partir de ahora, la autoridad laboral solo deberá solicitar el informe preceptivo de la Inspección, sin necesidad de comunicarlo al SEPE.

2.3. El nuevo Mecanismo RED

Prosiguiendo, vemos que el mencionado Real Decreto-Ley 32/2021 introduce medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones laborales y, además de modificar el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET), también incluye un nuevo artículo, el 47 bis, para establecer el denominado “mecanismo RED”, que busca preservar el empleo mediante la implementación de expedientes temporales. En síntesis, esta nueva figura tiene como objetivo la protección de los salarios y el tejido productivo, evitando así situaciones de insolvencia empresarial. Veámoslo.

El “mecanismo RED” permite la reducción de jornada laboral o la suspensión de contratos de trabajo, con el propósito de fortalecer el vínculo entre los trabajadores y la empresa. Es decir, su fin es posibilitar que las empresas soliciten medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo en supuestos concretos¹⁹. En particular, tiene como propósito abordar los desequilibrios que surgen en los ciclos económicos y que suponen una merma del aumento de la productividad, originados tanto por la configuración del sistema productivo como por las carencias en la formación de los trabajadores²⁰.

¹⁸ WOLTERS KLUWER TAA ESPAÑA: *Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave*, Wolters Kluwer, 2022.

¹⁹ MONTES ADALID, G. M.: “Una mirada a la reforma laboral. Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, pág. 389.

²⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, Núm.. Extra 1 (Monográfico), 2022, págs. 183-222.

A este tenor, se han establecido dos posibles circunstancias o modalidades de aplicación:

- Causas cíclicas o modalidad cíclica: derivadas de una coyuntura macroeconómica general en la que se recomienda la adopción de instrumentos adicionales de estabilización con una duración máxima de un año. En este sentido, el Mecanismo RED actúa frente a situaciones macroeconómicas generales que requieren adaptación y estabilización. En este contexto, las empresas tienen la posibilidad de elegir reducir la jornada laboral o suspender los contratos de trabajo de parte de sus empleados durante un máximo de un año, como alternativa al despido. En este lapso de tiempo, se proporciona formación a las personas trabajadoras. A posteriori, cuando se recupera la actividad, las personas empleadas se reincorporan a sus puestos de trabajo. En esta línea, durante la suspensión, se establecen exoneraciones de Seguridad Social de manera decreciente, para la empresa que hace uso de este mecanismo: el 60% durante los primeros 4 meses, el 30% durante los siguientes 4 meses y el 20% durante los últimos 4 meses. Estas exoneraciones se aplican por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social a solicitud de la empresa mediante una declaración responsable, y están condicionadas al compromiso de mantener el empleo de los afectados durante los 6 meses posteriores al final del periodo de aplicación.
- Causas sectoriales o modalidad sectorial: cuando en un determinado sector/es de actividad se aprecien modificaciones que exijan la recualificación y transición profesional, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una²¹. En este sentido, el Mecanismo RED se pone en marcha en el supuesto de observar transformaciones permanentes en un sector o sectores de actividad que requieren recualificación y procesos de transición profesional para las personas trabajadoras. El propósito es ofrecer respaldo al sector empresarial en proceso de cambio y reentrenar a los empleados para que puedan encontrar una nueva ocupación. Similar a la modalidad cíclica, la modalidad sectorial puede ser activada por la compañía durante un máximo inicial de un año, con la opción de dos extensiones o prórrogas de 6 meses cada una. En los planes sectoriales RED, las empresas están requeridas a elaborar un plan de reentrenamiento que incluye capacitación obligatoria para facilitar la reubicación de los trabajadores afectados en otros puestos de trabajo o en otras empresas. En cuanto a la Seguridad Social, se contemplan exenciones del 40% exclusivamente para aquellas empresas que impulsen acciones formativas. Asimismo, los beneficios están condicionados al compromiso de mantener el empleo de los afectados durante los 6 meses posteriores al final del período de implementación.

En resumen, en ambos escenarios se aplican restricciones similares en cuanto a horas extras, contratación y subcontratación de producción, al igual que se permite a las empresas llevar a cabo acciones de capacitación. Además, se establece el derecho de los trabajadores afectados a recibir una prestación específica a través del Mecanismo RED, y se crea un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo con el propósito de cubrir las necesidades futuras de financiamiento de prestaciones, exenciones de cotizaciones a la Seguridad Social y costos de formación.

²¹ J&A Garrigues, S.L.P.: *Novedades del Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, Comentario: Laboral España, 2022, pág. 9.

Algunos de los aspectos más reseñables en la regulación de este mecanismo, sin ser exhaustivos, son:

- **Periodo de duración:** se establece una fecha precisa o garantías para el regreso a la jornada completa o la restauración del contrato original.
- **Beneficios empresariales:** se otorgan beneficios en las cotizaciones a la Seguridad Social para las empresas y se protege a los afectados mediante una nueva prestación de sostenibilidad de empleo, que es incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo.
- **Activación:** a pesar de que el artículo 47 bis del ET está en vigor desde el 31 de diciembre de 2021, las empresas no podrán utilizar ni solicitar las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo que ofrece el nuevo mecanismo hasta que sean activadas por el Consejo de Ministros -en este sentido, se activó el mecanismo sectorial desde el 1 de abril hasta el 31 de diciembre de 2022 para el sector de las agencias de viajes, en la Orden PCM/250/2022²²-, previa información a las organizaciones más representativas, en caso de que se den las circunstancias adecuadas²³.
- **Periodo de consultas:** es importante tener en cuenta que la implementación de este mecanismo requiere seguir un procedimiento regulado que incluye un período de consultas de acuerdo con el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se trata de un proceso negociador en el que las partes involucradas pueden adaptarse a las dificultades que la empresa pueda enfrentar debido a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP). Este proceso se rige por los requisitos y normas procedimentales establecidos por el legislador y desarrollados en el Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo²⁴.
- **Financiación:** en cuanto a la financiación de todas las necesidades del sistema RED, incluyendo prestaciones, exoneraciones de cuotas y formación de los trabajadores, se realizará a través del fondo RED, que está adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social. Durante este periodo, los trabajadores percibirán el 70% de su base reguladora.
- **Insolvencia:** las medidas mencionadas solo se aplicarán cuando haya vías que permitan la continuidad de la actividad empresarial; en caso contrario, primará el mantenimiento del empleo. En este sentido, en caso de que existan circunstancias externas a la insolvencia, los despidos colectivos serán legítimos. Así, las empresas deberán demostrar las causas económicas o productivas que posteriormente conducirán a la fase de concurso de acreedores. En otras palabras, no sería posible evitar el compromiso de mantener el empleo en

²² La Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje.

²³ MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: "Flexibilidad interna y estabilización: El mecanismo red como instrumento real de "Flexibilidad" Garantista", en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A. (DIRS): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. y MARÍN ALONSO, I. (COORDS), Granada, Comares, 2022, págs. 291-317.

²⁴ "El real decreto-ley responde a la necesidad de que las empresas pertenecientes a sectores que han sufrido cambios estructurales y permanentes puedan adoptar medidas de transición y recualificación profesional. De esta manera se impulsa el objetivo de que recurran a la flexibilidad para superar situaciones de dificultad estructural derivadas de cambios que se califican expresamente de permanentes y no lleguen a tomar medidas basadas en el despido de las personas trabajadoras" (<https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/noticias/detalle-noticia.html?folder=/2022/Marzo/&detail=Aprobado-el-procedimiento-para-solicitar-el-Mecanismo-RED-y-la-constitucion-del-Fondo-RED>).

general mediante la solicitud del concurso de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, o mediante el retraso de la solicitud del mismo según lo dispuesto en dicho artículo. Solo existiría respaldo legal para eludir el compromiso de mantener el empleo en caso de declaración posterior de concurso, siempre y cuando el término “riesgo de concurso de acreedores” al que se asocia la posibilidad de no aplicar dicho compromiso sea claramente definido (sentencia del TSJ de la Comunidad de Valencia, de 1 de diciembre de 2020, recurso número 4278/2020 y 22 de marzo de 2021, recurso número 870/2021). En cualquier caso, las empresas deben acogerse a esta disposición cuando cuenten con la documentación necesaria que demuestre la insolvencia actual o inminente, es decir, cuando quede claro que la empresa no podrá cumplir con sus obligaciones de pago en un corto periodo de tiempo, y siempre y cuando la situación económica derivada de la crisis sanitaria sea el telón de fondo de las medidas a adoptar.

Los aludidos cambios se han llevado a cabo en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, promovido por el gobierno español. Este plan tenía como objetivo principal la creación de un nuevo Estatuto del Trabajo para el siglo XXI, que pudiera hacer frente a los retos planteados por la revolución tecnológica y las nuevas dinámicas del mercado laboral²⁵, agravados por el acusado impacto de la pandemia.

En este sentido, para materializar esta visión, el mencionado Plan incluyó un componente específico, conocido como el componente número 23, que instaba a establecer un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de los trabajadores en transición. El Real Decreto-Ley, en su introducción, señala que estos mecanismos de flexibilidad interna, de carácter temporal, se consideran opciones de adaptación más eficientes y con un menor impacto social en contraste con la reducción de plantilla o el uso de contrataciones temporales.

2.4. La regulación de la Negociación Colectiva en el Real Decreto-Ley 32/2021

En este contexto de flexibilidad laboral que estamos abordando, es importante destacar el papel que se le da a la negociación colectiva como una herramienta para la flexibilidad interna en respuesta a situaciones de crisis económica. Así, se puede apuntar que el legislador ha recurrido a menudo a la negociación colectiva para abordar los problemas relacionados con el empleo durante crisis económicas. Esto ha llevado a una repetición constante de las mismas soluciones a lo largo de las crisis, sin importar las particularidades de cada una. De hecho, durante los 42 años de existencia del Estatuto de los Trabajadores desde su introducción en 1980, ha estado sujeto a una presión constante para flexibilizar las normativas laborales, especialmente en la reforma laboral de 2012, que se asemeja mucho a las soluciones anteriores²⁶.

Además, en el ámbito de la negociación colectiva, también se han realizado ajustes que buscan convertirla en otra herramienta para aumentar la flexibilidad en el mercado laboral. En este sentido, en los años 2011 y 2012, se llevaron a cabo cambios importantes en nuestro sistema de negociación colectiva como un intento de abordar lo que se percibía

²⁵ MERCADER UGUINA, J.: “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI. Digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 63, 2020, pág. 45; MIÑARRO YANINI, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de «reformas» y «maquillados»: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 444, 2020, págs. 5-21.

²⁶ VILA TIERNO, F. y CASTRO MEDINA, R.: “La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDL 32/2021”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 4, 2022, págs. 71-96.

como un problema en el mercado laboral español: la rigidez en la regulación de nuestras relaciones laborales²⁷.

En el momento actual, uno de los aspectos más destacados de la nueva normativa laboral es la evolución del papel del convenio colectivo, que adquiere una nueva dimensión²⁸. En este sentido, es importante destacar varios puntos clave:

- Ya no se permite que el convenio de empresa tenga prioridad en la regulación salarial. Esto no significa que se altere la regla general de competencia de convenios según el artículo 84.1 del Estatuto de los Trabajadores, ni la posibilidad de desviación o desvinculación convencional según el artículo 82.3 del mismo. Además, no se han introducido cambios en relación con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.
- Se introduce una modificación en el régimen convencional en el caso de contratas y subcontratas. Se aplicará el convenio de la empresa principal contratante o subcontratante si es más antiguo (incluyendo aspectos salariales), y se dará prioridad a la aplicación de aquellas materias contempladas en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores o el convenio sectorial correspondiente según la tarea realizada por los empleados²⁹.
- En lo que respecta a la ultraactividad, se ha producido un cambio significativo, adquiriendo mayor relevancia. En el marco de la legislación anterior, si la negociación de un convenio superaba los 12 meses, sus condiciones quedaban automáticamente sin efecto. Sin embargo, con la aprobación de la reforma laboral de 2022, el convenio mantendrá su validez indefinidamente hasta que se acuerde uno nuevo y se llegue a un consenso (según el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores). En primer lugar, se dará prioridad a lo que acuerden las partes en cuanto a la duración y el régimen de la ultraactividad. En caso de que no exista un acuerdo explícito al respecto, se aplicarán las disposiciones establecidas en los artículos 86.3 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores de manera supletoria. En otras palabras, el convenio que ha sido denunciado seguirá siendo efectivo hasta que el proceso de negociación no haya fracasado por completo, momento en el cual se recurriría al convenio colectivo de ámbito superior, si existiera³⁰.

3. LA INFLUENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE ESTOS MECANISMOS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

3.1. El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva: tratamiento de los instrumentos de flexibilidad interna

A tenor de la regulación de la negociación colectiva, desde 1997³¹, vienen firmándose en España diversos Acuerdos para la Negociación Colectiva, como una parte fundamental de las relaciones laborales. Estos acuerdos, alcanzados entre los representantes de los

²⁷ Vid. en este sentido, RECIO ANDREU, A.: “Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 5, 1994, págs. 57 y ss.

²⁸ WOLTERS KLUWER TAA ESPAÑA: *Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave*, Wolters Kluwer, 2022.

²⁹ MONTES ADALID, G. M.: “Una mirada a la reforma laboral. Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022, pág. 389.

³⁰ VILA TIerno, F.: *Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)*, Blog TRABAJO, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

³¹ Vid. BOE, núm. 135, 6/07/1997.

trabajadores y los empleadores, tienen como objetivo establecer las condiciones de trabajo, los salarios y otros aspectos laborales de manera colectiva y consensuada.

Los mismos, han sido reconocidos legalmente y han evolucionado a lo largo del tiempo, adaptándose a los cambios en el entorno laboral y las necesidades de los trabajadores y las empresas. En este sentido, han surgido distintas reformas y actualizaciones para fortalecer y modernizar el sistema de negociación colectiva en España.

Hasta hace escasos meses, estaba en vigor el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, que se extendía desde 2018 hasta 2020 y prorrogaba en su mayoría el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Estos acuerdos no contenían disposiciones relacionadas con los ERTE o el Mecanismo RED.

En el momento presente, y tras el RDL 32/2021 del 28 de diciembre, -que buscaba restaurar el equilibrio en el poder de negociación de las partes involucradas en las negociaciones colectivas, que se vio afectado por la reforma de 2012, y poner fin a prácticas que afectan negativamente los derechos y garantías de los trabajadores involucrados en estrategias de descentralización productiva³²-, ya contamos con un nuevo acuerdo: la Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva³³, con fecha de publicación el 31 de mayo de 2023.

Así, cuenta con la presencia de un “Capítulo IX”, sobre los instrumentos de flexibilidad interna. Así, en el apartado cuatro, encontramos la referencia a los expedientes de regulación temporal de empleo -ERTE- y Mecanismo RED, nuestro objeto de estudio, que requiere atención.

En este apartado se pone de manifiesto que, durante la pandemia, surgió la necesidad de contar con herramientas que permitieran a las empresas realizar ajustes para adaptarse a las nuevas circunstancias, al mismo tiempo que se protegía el empleo. El V Acuerdo para la Negociación Colectiva establece una serie de directrices para los convenios colectivos, que incluyen:

- Reforzar el uso de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) como una opción de flexibilidad interna para enfrentar situaciones temporales y facilitar la adaptación de las empresas, con el objetivo de preservar el empleo.
- Establecer criterios y objetivos claros para la aplicación de los ERTE, proporcionando directrices precisas sobre su utilización.
- Dar prioridad a la implementación de medidas de reducción de la jornada laboral en lugar de la suspensión de contratos, buscando alternativas que permitan ajustar la carga de trabajo sin prescindir totalmente de los empleados.
- Garantizar la transparencia en la comunicación de información, proporcionando a los representantes de los trabajadores datos completos y adecuados sobre la situación de la empresa y las decisiones tomadas.
- Sugerir programas de formación que puedan ser implementados en caso de activación del Mecanismo de Regulación de Empleo a través de la Distribución (Mecanismo RED) o de los ERTE, con el fin de promover la formación y recualificación de los trabajadores afectados.

³² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Capítulo XVIII: Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y el nuevo Mecanismo Red en la Reforma Laboral de 2021”, en MALDONADO MONTOTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I. Y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs. y coords.), *La reordenación del tiempo de trabajo*, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág., 707.

³³ BOE, núm. 129, de 31 de mayo de 2023.

Además, se destaca que la activación del Mecanismo RED a nivel sectorial requiere una solicitud conjunta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, conforme a lo establecido en el artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

También se enfatiza la importancia de considerar la situación específica de las pequeñas y medianas empresas (PYME) y el impacto que los procesos de reestructuración empresarial tienen en las comunidades locales, debido a su influencia en la sociedad, la economía y el empleo.

3.2. La inclusión de los mecanismos de flexibilidad interna (Mecanismo RED y ERTE) en los Convenios Colectivos

Retomando nuestro discurso anterior sobre las medidas de flexibilidad interna, se puede señalar que la principal forma de medir la flexibilidad en nuestra regulación es observar cuántas veces se hace referencia o se conecta con acuerdos más específicos (desde la ley hasta los convenios colectivos y entre estos últimos). Esto se debe a que los cambios en la estructura y la organización de estas referencias tienen un objetivo común: aumentar la flexibilidad interna de manera repetida³⁴.

Por ello, en base a la importancia de evaluar la flexibilidad interna a través del análisis de los convenios colectivos, hemos llevado a cabo un estudio profundo utilizando una base de datos que incluye un total de 400 convenios colectivos. Este enfoque nos permite obtener una comprensión más profunda y precisa de cómo se articula la flexibilidad laboral en el contexto de las relaciones laborales, lo que a su vez arrojará luz sobre las dinámicas y tendencias en el mercado laboral actual.

En referencia al primer sondeo de nuestra investigación, es importante considerarlo como una fase preliminar, aunque podemos proporcionar algunas aproximaciones sobre el tema que estamos analizando.

En esta etapa de análisis, hemos seguido una metodología que implica buscar el término en cuestión (o equivalentes) dentro de los propios convenios colectivos. Nuestra pregunta clave ha sido: ¿contienen o no disposiciones relacionadas con el Mecanismo RED y los ERTE, en caso afirmativo, hasta qué punto se profundiza en su tratamiento? En este sentido, el objetivo principal se ha orientado a la identificación de la presencia de cláusulas relacionadas con el Mecanismo RED y los ERTE en estos convenios colectivos y evaluación de los avances logrados a través de la introducción de cláusulas específicas en esta área.

En este sentido, hasta el momento, en los primeros convenios examinados, no hemos encontrado ninguna referencia directa o indirecta al Mecanismo RED en la base de datos proporcionada. Esto se debe a que las fechas de publicación de estos convenios en la base de datos son anteriores a la reforma laboral, es decir, antes de 2021, cuando el Mecanismo RED ni siquiera existía.

Por lo tanto, no es ahora cuando podremos llegar a conclusiones definitivas, ya que es necesario llevar a cabo un análisis más detenido de los convenios colectivos más recientes para evaluar la presencia y el alcance de disposiciones relacionadas con el Mecanismo RED en su contenido.

³⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo II, Editorial La Ley, núm. 18, 2012, págs. 1-20.

Atendiendo a una base de datos conformada por los mencionados 400 convenios de empresa y sector³⁵, la cual se ha analizado exhaustivamente, se revela una notable ausencia de disposiciones relacionadas con la regulación de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) y el Mecanismo RED. De hecho, en los convenios colectivos examinados, no se encontraron preceptos relativos a estas cuestiones, a excepción del Convenio colectivo estatal de industrias cárnicas (estatal). Este, en su art. 62 menciona los Expedientes de Regulación de Empleo, pero únicamente disponiendo que se estará a lo establecido en la Ley.

No obstante, es de prever que en los meses y años venideros se lleve a cabo el necesario proceso de desarrollo reglamentario de estas medidas, en cumplimiento de la autorización general establecida en la disposición final séptima del RDL 32/2021, que concede al Gobierno la facultad de *“emitir todas las disposiciones requeridas para la implementación y ejecución de este real decreto-ley”*.

4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Como hemos apuntado, en España, los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo han surgido como una alternativa a los despidos en momentos de crisis económica. Esto ha demostrado ser una estrategia eficaz para ajustar la fuerza laboral de las empresas de manera temporal y preservar el empleo.

Durante la pandemia de COVID-19, los ERTE se convirtieron en un mecanismo efectivo para evitar despidos masivos y mitigar los efectos socioeconómicos. Esto llevó al gobierno a considerar la implementación permanente de medidas de flexibilidad laboral para preservar el empleo en situaciones de disminución estructural de la demanda.

Por ello, la reciente reforma laboral, implementada a través del Real Decreto-ley 32/2021, ha fortalecido los mecanismos de flexibilidad interna, agilizando los procedimientos relacionados con los ERTE y creando el innovador Mecanismo RED, respondiendo a la necesidad de prevenir despidos colectivos y proteger el empleo en situaciones de crisis.

En este sentido, el papel del Mecanismo RED es una herramienta preventiva para abordar fluctuaciones cíclicas en la demanda y cambios estructurales en los sectores, buscando preservar el empleo al permitir la reducción de la jornada laboral o la suspensión de contratos de trabajo durante situaciones económicas difíciles.

Igualmente, la reforma laboral también ha influido en la negociación colectiva, otorgando un nuevo papel al convenio colectivo. En esta línea, en lo relativo a la inclusión de los ERTE y el Mecanismo RED en los Convenios Colectivos, aunque se menciona la necesidad de fortalecer el uso de los ERTE y se establecen directrices en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, nuestro estudio encuentra una falta notable de disposiciones relacionadas con los ERTE y el Mecanismo RED en la mayoría de los convenios colectivos examinados.

En conclusión, es evidente que la regulación de los ERTE y el Mecanismo RED en los convenios colectivos es muy escasa -prácticamente inexistente-, y no refleja la complejidad y especificidad de estas medidas de flexibilidad laboral.

³⁵ Vid. Anexo I. Esta relación de convenios se enmarca en la base de datos utilizada en el Proyecto “Mecanismos e instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva”, del cual la autora de esta tesis forma parte del equipo de investigación (cuyos codirectores son los profesores Monereo Pérez, J. L. y Vila Tierno, F., y coordinadora la profesora López Insua, B.).

En el caso del Mecanismo RED, en parte, es comprensible: es un nuevo mecanismo presente tras la reforma laboral de 2022. Está en fase embrionaria y, debido a su naturaleza, los interesados no pueden acceder a él de forma directa; solo pueden hacerlo si previamente el Gobierno lo activa. Por otro lado, si el mecanismo RED no se activa, entonces los interesados deberán recurrir necesariamente a los métodos tradicionales. En resumen, el nuevo mecanismo queda como una posibilidad potencial sin un uso efectivo o real a menos que sea activado por el Gobierno, aspecto por el que quizás no se ha incluido de manera contundente en los convenios.

Sin embargo, no se llega a entender la falta de inclusión en materia de ERTE. Lo que es claro es que las cláusulas de los convenios colectivos no están aprovechando adecuadamente las oportunidades de flexibilidad interna que se presentan a través de la negociación colectiva y tendríamos que indagar en los motivos.

En este sentido, cumplir con el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se vuelve esencial para garantizar condiciones laborales justas y equitativas en el ámbito de los ERTE y el Mecanismo RED. Solo mediante un enfoque proactivo y colaborativo en la negociación colectiva podremos lograr una regulación adecuada y actualizada que promueva el bienestar de los trabajadores y fomente un entorno laboral productivo y sostenible. Por ello, debemos atender al llamamiento a la negociación colectiva para abordar diversos aspectos relacionados con los ERTE y el Mecanismo RED, como el desarrollo de objetivos y criterios para su implementación, la priorización de medidas de reducción de jornada, la transmisión transparente de información, la propuesta de contenidos formativos, el apoyo a la formación y recualificación de los trabajadores en situación de ERTE, y la consideración de las PYME y los procesos de reestructuración empresarial.

Estas cláusulas en los convenios colectivos contribuirán a una regulación más detallada y adaptada a los ERTE y el Mecanismo RED, en línea con la experiencia vivida durante la pandemia y las necesidades actuales del mercado laboral.

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, Núm. Extra 1 (Monográfico), 2022.

CALVO GALLEGO, F. J. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La respuesta del derecho del trabajo a la crisis del Covid-19: los ERTES de la emergencia sanitaria”, en *VVAA, Pandemia y derecho: Una visión multidisciplinar*, LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. Y MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. Á. (Dirs.), PÉREZ LUÑO, A. E. (pr.), ed. Laborum, 2020.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Capítulo XVIII: Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y el nuevo Mecanismo Red en la Reforma Laboral de 2021”, en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORAL, I. Y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs. y coords.), *La reordenación del tiempo de trabajo*, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”,

Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, vol. 3, núm. Extra 0, 2022 (Ejemplar dedicado a: número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021).

FERNÁNDEZ NAVARRO, E.: “PUNTOS ESENCIALES DE LA NUEVA REFORMA LABORAL. Principales puntos de interés”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “Anatomía jurídica del mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *IUSLabor*, núm. 2, 2022.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, R.: “La suspensión del contrato de trabajo como medida de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., Y ALMENDRÓS GONZÁLEZ, M.Á. (DIRS): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. Y MARÍN ALONSO, I.(COORDS), Granada, Comares, 2022.

GARCÍA-SERRANO, C.: “Las reformas dirigidas a la flexibilidad interna de las empresas: suspensión de contratos y reducción de jornada”, *Revista de Economía Laboral*, núm. 12, 2015.

GÓMEZ GARRIDO, M. L.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral del RDL 32/2021: historia de un desencanto”, *Revista de Jurisprudencia Lefevre*, 2022. Disponible en: <https://elderecho.com/reforma-laboral-flexibilidad-interna-real-decreto-32-2021>

J&A GARRIGUES, S.L.P: *Novedades del Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, Comentario: Laboral España, 2022.

LOUSADA AROCHENA, F.: “La suspensión del contrato y la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2016.

MERCADER UGUINA, J.: “Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI. Digitalización y cambio tecnológico”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 63, 2020.

MIÑARRO YANINI, M. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de «reformas» y «maquillados»: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 444, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “Flexibilidad interna y estabilización: El mecanismo red como instrumento real de “Flexibilidad” Garantista”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., Y ALMENDRÓS GONZÁLEZ, M.Á. (DIRS): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estudio de la Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. Y MARÍN ALONSO, I. (COORDS), Granada, Comares, 2022.

MONTES ADALID, G. M.: “Una mirada a la reforma laboral. Luces y sombras del Real Decreto-Ley 32/2021”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 4, 2022.

M. RUESGA, S., DA SILVA BICHARA, J., PÉREZ ORTIZ, L. Y PÉREZ TRUJILLO, M.: “Flexibilidad interna en la negociación colectiva”, Publicaciones de la Universidad de Jaén, 2011. Disponible en: <http://xivrem.ujaen.es/wp-content/uploads/2011/11/87-R-120M609.pdf>

RECIO ANDREU, A.: “Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 5, 1994.

RUESGA BENITO, S. M. Y VIÑAS APAOLAZA, A.: “El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis COVID-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España”, *Temas Laborales*, núm. 157, 2021.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo II, Editorial La Ley, núm. 18, 2012.

VILA TIERNO, F.: *Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021)*, Blog TRABAJOS, PERSONA, DERECHO Y MERCADO. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento, 2022.

VILA TIERNO, F. Y CASTRO MEDINA, R.: “La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDL 32/2021”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4, 2022.

WOLTERS KLUWER TAA ESPAÑA: *Reforma laboral 2021-2022: los puntos clave*, Wolters Kluwer, 2022.

ANEXO I: RELACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS ANALIZADOS

A. CONVENIOS COLECTIVOS SECTORIALES DE ÁMBITO ESTATAL

- 1 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DEL TRANSPORTE DE ENFERMOS Y ACCIDENTADOS EN AMBULANCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS
- 2 CONVENI COLLECTIU DE TREBALL DEL SECTOR D'EXHIBICIÓ CINEMATOGRAFICA DE LA PROVÍNCIA DE BARCELONA PER ALS ANYS 2019-2021
- 3 CONVENI COLLECTIU DE TREBALL DEL SECTOR DE TRANSPORT DE MERCADERIES PER CARRETERA I LOGÍSTICA DE LA PROVÍNCIA DE BARCELONA PER ALS ANYS 2011-2023
- 4 CONVENIO COLECTIVO SECTOR CONSTRUCCIÓN
- 5 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS DE CÓRDOBA
- 6 CONVENIO COLECTIVO DE FABRICACIÓN DE PASTA, PAPEL Y CARTÓN DE GIPUZKOA PARA LOS AÑOS 2019-2021
- 7 CONVENIO COLECTIVO PARA LAS INDUSTRIAS DE LA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS DE LA PROVINCIA DE HUELVA
- 8 CONVENIO COLECTIVO AGRÍCOLA DE LA PROVINCIA DE HUESCA
- 9 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA DE LA PROVINCIA DE JAÉN 2020-2022
- 10 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO PARA EL COMERCIO EN GENERAL DE LA PROVINCIA DE JAÉN, AÑOS 2019, 2020 Y 2021
- 11 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA LOS AÑOS 2018, 2019, 2020, 2021
- 12 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE COMERCIO DE ÓPTICA AL DETALL Y TALLERES ANEJOS
- 13 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE LA HOSTELERÍA PARA LA PROVINCIA DE MÁLAGA
- 14 CONVENIO COLECTIVO PARA LA EXPLOTACIÓN DE CAMPOS DE GOLF Y SERVICIOS ANEXOS
- 15 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR ALMACENISTAS DE ALIMENTACIÓN DE NAVARRA

- 16 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR COMERCIO DEL METAL DE NAVARRA
- 17 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR INDUSTRIAS DE LA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS DE NAVARRA
- 18 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE NAVARRA
- 19 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE PANADERÍA DE NAVARRA
- 20 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR INDUSTRIAS SIDEROMETALÚRGICAS DE NAVARRA
- 21 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DO SECTOR DE CONSTRUCCIÓN DE PONTEVEDRA
- 22 CONVENIO COLECTIVO PARA EL PERIODO 2018-2021 DEL SECTOR DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES PARA LA PROVINCIA DE SEGOVIA
- 23 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA
- 24 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE «ALMACENISTAS DE HIERROS, TUBERÍAS, ACEROS Y MATERIAL NO FÉRREO»
- 25 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DEL COMERCIO DE LA PROVINCIA DE TERUEL
- 26 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE OFICINAS Y DESPACHOS DE LA PROVINCIA DE TERUEL
- 27 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DEL COMERCIO EN GENERAL DE TOLEDO 2018-2019-2020-2021
- 28 CONVENIO COLECTIVO DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE TOLEDO PARA LOS AÑOS 2019, 2020, 2021 Y 2022
- 29 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DEL SECTOR DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA, LOGÍSTICA Y MENSAJERÍAS
- 30 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES DE ZAMORA
- 31 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE LA INDUSTRIA, LA TECNOLOGÍA Y LOS SERVICIOS DEL SECTOR DEL METAL DE LA PROVINCIA DE ZARAGOZA
- 32 CONVENIO COLECTIVO SECTOR TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA DE ZARAGOZA
- 33 IV CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS Y PERSONAL DEL TRANSPORTE DE ENFERMOS Y ACCIDENTADOS EN AMBULANCIA PARA LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA
- 34 IV CONVENI COLLECTIU D'APARCAMENTS, ESTACIONAMENTS REGULATS DE SUPERFÍCIE, GARATGES, SERVEI DE RENTAT I GREIXATGE DE VEHICLES DE CATALUNYA
- 35 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO PARA EL SECTOR DE EMPRESAS Y TRABAJADORES DE TRANSPORTE DE ENFERMOS Y ACCIDENTADOS EN AMBULANCIA (TRANSPORTE SANITARIO) DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA VALENCIANA, PARA LOS AÑOS 2018 - 2023
- 36 CONVENIO COLECTIVO DE PANADERÍA Y PASTELERÍA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
- 37 CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL PARA LAS EMPRESAS DE MEDIACIÓN DE SEGUROS PRIVADOS PARA EL PERIODO 2019-2022
- 38 CONVENIO COLECTIVO DE LA INDUSTRIA DEL CALZADO

- 39 XV CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE CENTROS Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD
- 40 CONVENIO COLECTIVO NACIONAL DEL CICLO DE COMERCIO DEL PAPEL Y ARTES GRÁFICAS 2019-2021
- 41 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE ESTACIONES DE SERVICIO
- 42 VIII CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE GESTORÍAS ADMINISTRATIVAS.
- 43 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE PERFUMERÍA Y AFINES
- 44 CONVENIO COLECTIVO DE RECUPERACIÓN Y RECICLADO DE RESIDUOS Y MATERIAS PRIMAS SECUNDARIAS
- 45 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PARA EL AÑO 2021
- 46 CONVENIO COLECTIVO NACIONAL PARA LAS INDUSTRIAS DE TURRONES Y MAZAPANES
- 47 III CONVENIO COLECTIVO DE LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y DE BIENES MUEBLES Y SU PERSONAL AUXILIAR
- 48 VII CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DEL SECTOR DE FABRICANTES DE YESOS, ESCAYOLAS, CALES Y SUS PREFABRICADOS
- 49 VI CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE FERRALLA (2015-2017)
- 50 VI CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA (2018-2022)
- 51 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL PARA LAS EMPRESAS DE GESTIÓN Y MEDIACIÓN INMOBILIARIA (RESOLUCIÓN DE 27 DE DICIEMBRE DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 52 IV CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE SERVICIOS DE ASISTENCIA EN TIERRA EN AEROPUERTOS (RESOLUCIÓN DE 27 DE DICIEMBRE DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 53 CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS DE ELABORACIÓN DE PRODUCTOS DEL MAR CON PROCESOS DE CONGELACIÓN Y REFRIGERACIÓN (RESOLUCIÓN DE 29 DE MARZO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 54 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DE ACTIVIDADES FORESTALES (RESOLUCIÓN DE 27 DE JUNIO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 55 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE CENTROS Y SERVICIOS VETERINARIOS (RESOLUCIÓN DE 3 DE AGOSTO DE 2020, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 56 CONVENIO COLECTIVO PARA LA RECOLECCIÓN DE CÍTRICOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA 2018 AL 2022 (80000105011990). [2019/5815] (RESOLUCIÓN DE 27 DE MAYO DE 2019, DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES)
- 57 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE LA LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES DE LAS ILLES BALEARS Y SU PUBLICACIÓN EN EL BOLETÍN OFICIAL DE LAS ILLES BALEARS (CÓDIGO DE CONVENIO 07000535011982) (RESOLUCIÓN DEL CONSEJERO DE TRABAJO, COMERCIO E INDUSTRIA)
- 58 ACUERDO (SIC) DE LA COMISIÓN PARITARIA DEL CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR AGRIOS (MANIPULADO Y ENVASADO) (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DIÁLOGO SOCIAL Y BIENESTAR LABORAL)
- 59 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE HOSTELERÍA DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE 2018-2022

- 60 CONVENIO COLECTIVO DE INDUSTRIAS Y SERVICIOS DEL METAL CON CÓDIGO DE CONVENIO 02000195011981 PARA EL PERÍODO 01/01/2018 AL 31/12/2020
- 61 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE TRABAJO DE SECTOR CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS, CÓDIGO CONVENIO 04000145011982
- 62 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO “COMERCIO TEXTIL DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ”. (2018061448) (RESOLUCIÓN DE 29 DE MAYO DE 2018, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 63 CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR “INDUSTRIAS SIDEROMETALÚRGICAS DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ”. (2020061840) (RESOLUCIÓN DE 28 DE AGOSTO DE 2020, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 64 CONVENI COL·LECTIU DEL SECTOR DE LA INDÚSTRIA DE LA FUSTA I DEL MOBLE DE LES ILLES BALEARS (CODI DE CONVENI 07000495011981) (RESOLUCIÓ DEL CONSELLER TREBALL, COMERÇ I INDÚSTRIA)
- 65 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS DE LA PROVINCIA DE BARCELONA, PARA LOS AÑOS 2017-2021
- 66 CONVENIO COLECTIVO DE CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS DE LA PROVINCIA DE BURGOS PARA LOS AÑOS 2017 A 2021 (RESOLUCIÓN DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 2018 DEL JEFE DE LA OFICINA TERRITORIAL DE TRABAJO DE BURGOS)
- 67 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE HOSTELERÍA DE CÁCERES PARA LOS AÑOS 2016-17. (2017061717) (RESOLUCIÓN DE 28 DE JUNIO DE 2017, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 68 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR ALMACENISTAS DE ALIMENTACIÓN AL POR MAYOR DE LA PROVINCIA DE CASTELLÓN, CÓDIGO 12000165011965
- 69 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DEL METAL
- 70 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DEL SECTOR DE LA MADERA Y EL MUEBLE DE CÓRDOBA
- 71 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE LAS INDUSTRIAS DEL ACEITE Y SUS DERIVADOS PARA LA PROVINCIA CÓRDOBA
- 72 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA
- 73 CONVENIO COLECTIVO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA
- 74 CONVENIO O ACUERDO: CONSTRUCCION Y OBRAS PUBLICAS DE LA PROVINCIA DE CUENCA PARA LOS AÑOS 2017 A 2021
- 75 CONVENIO COLECTIVO DE INDUSTRIAS SIDEROMETALURGICAS DE LA PROVINCIA DE GUADALAJARA
- 76 CONVENIO O ACUERDO: TRABAJADORES DEL CAMPO EN LA PROVINCIA DE HUELVA
- 77 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE ÁMBITO PROVINCIAL PARA LAS INDUSTRIAS DE LA MADERA Y CORCHO. AÑOS 2019 Y 2020.
- 78 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS, SUSCRITO POR AECOM, CC OO Y UGT (CÓDIGO NÚMERO 28001055011982). (RESOLUCIÓN DE 31 DE JULIO DE 2007, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, TURISMO Y CULTURA)

- 79 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS DE HOSPITALIZACIÓN, ASISTENCIA SANITARIA, CONSULTAS Y LABORATORIOS DE ANÁLISIS CLÍNICOS, SUSCRITO POR LA ASOCIACIÓN DE CENTROS Y EMPRESAS DE HOSPITALIZACIÓN PRIVADA DE LA REGIÓN CENTRO (ACHPM), ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS DENTALES DE MADRID (ADECLIDEMA), CC OO, FSES-SATSE Y UGT (CÓDIGO NÚMERO 28001575011982). (RESOLUCIÓN DE 26 DE ABRIL DE 2018, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, EMPLEO Y HACIENDA)
- 80 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE INDUSTRIA DE LA MADERA, SUSCRITO POR ACOMAT, AFAMID, APISMA, CC OO Y UGT (CÓDIGO NÚMERO 28002235011982). (RESOLUCIÓN DE 2 DE OCTUBRE DE 2013, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, TURISMO Y CULTURA)
- 81 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE INDUSTRIAS TRANSFORMADORAS DE PLÁSTICO, (CÓDIGO NÚMERO 28003155011981). (RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, EMPLEO Y HACIENDA)
- 82 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE INDUSTRIA, SERVICIOS E INSTALACIONES DEL METAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID (CÓDIGO NÚMERO 28003715011982). (RESOLUCIÓN DE 14 DE ENERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, EMPLEO Y HACIENDA)
- 83 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR HOSPEDAJE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (CÓDIGO NÚMERO 28009435011996). (RESOLUCIÓN DE 2 DE ABRIL DE 2018, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, EMPLEO Y HACIENDA)
- 84 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE “DERIVADOS DEL CEMENTO” DE MÁLAGA Y PROVINCIA PERIODO 2017-2020 COMPLEMENTARIO DEL VII CONVENIO GENERAL SECTORIAL BOE DE 5 DE ENERO DE 2017
- 85 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR AGROPECUARIO (RESOLUCIÓN DE LA DELEGADA TERRITORIAL DE EMPLEO, FORMACIÓN, TRABAJO AUTÓNOMO, TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA, INDUSTRIA, CONOCIMIENTO Y UNIVERSIDADES)
- 86 CONVENIO; DENOMINACIÓN, TOMATE FRESCO (MANIPULADO Y ENVASADO). (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES Y ECONOMÍA SOCIAL)
- 87 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR INDUSTRIA TEXTIL DE NAVARRA. (RESOLUCIÓN 28C/2019, DE 21 DE MARZO, DE LA DIRECTORA GENERAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y EMPRESARIAL Y TRABAJO)
- 88 CONVENIO OU ACORDO: LIMPEZA DE EDIFICIOS E LOCAIS
- 89 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR PARA LA INDUSTRIA DEL METAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN EL REGISTRO DE CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO DEPENDIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO. (RESOLUCIÓN DE 5 DE DICIEMBRE DE 2018, DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y TURISMO)
- 90 CONVENIO COLECTIVO DE “LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES PROVINCIA DE LAS PALMAS”
- 91 CONVENIO COLECTIVO DE COMERCIO EN GENERAL PARA EL ÁMBITO TERRITORIAL DE SALAMANCA CAPITAL Y SU PROVINCIA. AÑOS 2017-2020

- 92 CONVENIO O ACUERDO: TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA PARA SALAMANCA Y SU PROVINCIA
- 93 COLECTIVO PROVINCIAL DEL SECTOR DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES
- 94 CONVENIO O ACUERDO: CONVENIO COLECTIVO PARA EL COMERCIO EN GENERAL DE SEVILLA
- 95 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓ, DE LA PROVÍNCIA DE TARRAGONA PER ALS ANYS 2018-2021 I LES TAULES SALARIALS PER L'ANY 2018 (CODI DE CONVENI NÚM. 43000145011994)
- 96 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS DE HOSPITALIZACIÓN Y ASISTENCIA PRIVADA DE ARAGÓN. (RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 2016, DE LA DIRECTORA GENERAL DE TRABAJO)
- 97 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE LES EMPRESES PRIVADES QUE GESTIONEN EQUIPAMENTS I SERVEIS PÚBLICS, AFECTES A L'ACTIVITAT ESPORTIVA I DE LLEURE (CODI DE CONVENI NÚM. 79001905012002). (RESOLUCIÓ TSF/1577/2018, DE 12 DE JUNY)
- 98 II CONVENI COL·LECTIU MARC DEL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓ DE MAJORISTES D'ALIMENTACIÓ DE CATALUNYA (CODI DE CONVENI NÚM. 79100145012016). (RESOLUCIÓ TSF/38/2017, DE 13 DE GENER)
- 99 IV CONVENIO COLECTIVO AUTONÓMICO PARA LA INDUSTRIA DE AZULEJOS, PAVIMENTOS Y BALDOSAS CERÁMICOS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA 2018-2020. [2018/11569] (RESOLUCIÓN DE 29 DE OCTUBRE DE 2018, DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES LABORALES)
- 100 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE ARTES GRÁFICAS, MANIPULADOS DE PAPEL, MANIPULADOS DE CARTÓN, EDITORIALES E INDUSTRIAS AUXILIARES 2017-2018. (RESOLUCIÓN DE 8 DE ENERO DE 2018, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO)
- 101 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE INDUSTRIAS CÁRNICAS (ESTATAL)
- 102 CONVENIO COLECTIVO DE MAYORISTAS E IMPORTADORES DE PRODUCTOS QUÍMICOS INDUSTRIALES Y DE DROGUERÍA, PERFUMERÍA Y ANEXOS (ESTATAL)
- 103 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL PARA EL COMERCIO DE DISTRIBUIDORES DE ESPECIALIDADES Y PRODUCTOS FARMACÉUTICOS (ESTATAL)
- 104 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE COMERCIO DE FLORES Y PLANTAS (ESTATAL)
- 105 CONVENIO COLECTIVO NACIONAL DE CENTROS DE ENSEÑANZA PRIVADA DE RÉGIMEN GENERAL O ENSEÑANZA REGLADA SIN NINGÚN NIVEL CONCERTADO O SUBVENCIONADO (ESTATAL)
- 106 XXI CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL PARA LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS, INDUSTRIAS DEL VIDRIO, INDUSTRIAS CERÁMICAS Y PARA LAS DEL COMERCIO EXCLUSIVISTA DE LOS MISMOS MATERIALES
- 107 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE LAS INDUSTRIAS DEL FRÍO INDUSTRIAL
- 108 XIX CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE EMPRESAS DE INGENIERÍA Y OFICINAS DE ESTUDIOS TÉCNICOS
- 109 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL PARA LAS INDUSTRIAS LÁCTEAS Y SUS DERIVADOS
- 110 CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO DE MARROQUINERÍA, CUEROS REPUJADOS Y SIMILARES DE MADRID, CASTILLA-LA MANCHA, LA RIOJA, CANTABRIA, BURGOS, SORIA, SEGOVIA, ÁVILA, VALLADOLID Y PALENCIA

- 111 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE PASTAS, PAPEL Y CARTÓN
- 112 CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE LA INDUSTRIA QUÍMICA
- 113 CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE TRABAJO DE LA INDUSTRIA TEXTIL Y DE LA CONFECCIÓN
- 114 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DEL SECTOR DE DESINFECCIÓN, DESINSECTACIÓN Y DESRATIZACIÓN
- 115 CONVENIO COLECTIVO PARA LAS EMPRESAS Y LAS PERSONAS TRABAJADORAS DE TRANSPORTE SANITARIO DE ENFERMOS/AS Y ACCIDENTADOS/AS
- 116 CONVENIO COLECTIVO PARA PELUQUERÍAS, INSTITUTOS DE BELLEZA Y GIMNASIOS
- 117 VI CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL PARA DESPACHOS DE TÉCNICOS TRIBUTARIOS Y ASESORES FISCALES
- 118 XII CONVENIO COLECTIVO DE CENTROS DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN INFANTIL
- 120 CONVENI COLLECTIU DE TREBALL DEL SECTOR D'OFICINES I DESPATXOS DE CATALUNYA PER ALS ANYS 2017 I 2018
- 121 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DEL COMERCIO DEL METAL, SUSCRITO POR LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DEL COMERCIO E INDUSTRIA DEL METAL DE MADRID
- 122 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DEL SECTOR DE PANADERÍAS DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ
- 123 CONVENIO COLECTIVO DE “TRANSPORTES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA” (ALBACETE)
- 124 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE LAS TINTORERÍAS Y LAVANDERÍAS DE LAS ILLES BALEARS
- 125 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE PREPARADORES DE ESPECIAS, CONDIMENTOS Y HERBORISTERÍA (ALICANTE)
- 126 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO PARA LA ACTIVIDAD DE FAENAS AGRÍCOLAS Y GANADERAS DE LA PROVINCIA DE ÁVILA
- 127 CONVENIO COLECTIVO DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS EMPRESAS QUE PRESTAN SERVICIOS EDUCATIVOS, EXTRAESCOLARES Y SOCIOCULTURALES EN CASTILLA Y LEÓN
- 128 CONVENIO COLECTIVO PARA LA INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA DE LA PROVINCIA DE ÁVILA
- 129 CONVENIO COLECTIVO 2018-2019-2020 PARA EL SECTOR DEL COMERCIO TEXTIL DE ÁLAVA
- 130 CONVENIO COLECTIVO DE “TRANSPORTES DE VIAJEROS POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE ALBACETE”
- 131 CONVENIO COLECTIVO DE “INDUSTRIAS DE EBANISTERÍA, CARPINTERÍA Y AFINES” (ALBACETE)
- 132 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE TRABAJO DE COMERCIO TEXTIL (JUNTA DE ANDALUCÍA)
- 133 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO “COMERCIO DE ÓPTICAS DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ
- 134 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE ACTIVIDAD DE “TALLERES DE REPARACIÓN DE VEHÍCULOS (CASTILLA LA MANCHA)

- 135 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO “COMERCIO DEL CALZADO, ARTÍCULOS DE PIEL Y VIAJE DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ”
- 136 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE TRABAJO DE LA INDUSTRIA DE LA ALIMENTACIÓN (JUNTA DE ANDALUCÍA)
- 137 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE TRABAJO PARA LA ACTIVIDAD DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES (ÁVILA)
- 138 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DEL SECTOR DE ALMACENISTAS DE LA MADERA DE LA PROVINCIA DE BARCELONA PARA LOS AÑOS 2019 AL 2020
- 139 CONVENIO COLECTIVO “DERIVADOS DEL CEMENTO” (ALBACETE)
- 140 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DE INTERVENCIÓN SOCIAL DE ÁLAVA
- 141 CONVENI COLLECTIU DE TREBALL DEL SECTOR DE LES EMPRESES ESTIBADORES PORTUÀRIES DE LA PROVINCIA DE BARCELONA
- 142 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE LA REFORMA JUVENIL Y PROTECCIÓN DE MENORES DE LAS ILLES BALEARS
- 143 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DEL SECTOR “INDUSTRIAS DE MANIPULACION Y EXPORTACION DE FRUTOS SECOS” DE LA PROVINCIA DE ALICANTE.
- 144 CONVENIO COLECTIVO DEL COMERCIO DEL MUEBLE DE ÁLAVA-AÑOS 2019-2021
- 145 IV CONVENIO COLECTIVO DE DESPACHOS DE GRADUADOS SOCIALES Y DIPLOMADOS DE RELACIONES LABORES DE ALMERÍA Y SU PROVINCIA
- 146 CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS PROVEEDORAS CIVILES PRIVADAS DE TRÁNSITO AÉREO DE MERCADO LIBERALIZADO Y SUJETAS A RÉGIMEN CONCESIONAL.
- 147 CONVENIO COLECTIVO PARA LA INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA
- 148 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS Y CLÍNICAS PRIVADAS (GRANADA)
- 149 CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
- 150 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR CENTROS DE LA TERCERA EDAD DE BIZKAIA
- 151 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DEL COMERCIO DEL METAL Y LA ELECTRICIDAD DE LA PROVINCIA DE JAÉN
- 152 CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL DE OFICINAS DE FARMACIA DE BIZKAIA
- 153 CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR OFICINAS DE FARMACIA (ASTURIAS)
- 154 CONVENIO COLECTIVO SECTORIAL DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES DE BIZKAIA
- 155 CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR DE MAYORISTAS DE ALIMENTACIÓN DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS
- 156 CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS ESTIBADORAS DEL PUERTO DE BILBAO
- 157 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR GARAJES, APARCAMIENTOS, ESTACIONES DE LAVADO Y ENGRASE Y AUTOESTACIONES DE LA PROVINCIA DE ZARAGOZA
- 158 CONVENIO COLECTIVO DO SECTOR DA CARPINTERÍA E EBANISTERÍA DA PROVINCIA DA CORUÑA
- 159 CONVENIO COLECTIVO PARA O PERSOAL LABORAL DAS EMPRESAS DO SECTOR DE COMERCIO VARIO PARA OS ANOS 2022 A 2024

- 160 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DEL COMERCIO DE METAL EN CANTABRIA
- 161 CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR HOSTELERÍA DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ
- 162 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA DE LA PROVINCIA DE ZAMORA
- 163 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DEL COMERCIO TEXTIL DE CANTABRIA
- 164 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES DE PALENCIA
- 165 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TRANSITARIOS DE MADRID
- 166 ELIMINADO
- 167 MODIFICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE COMERCIO DE ALIMENTACIÓN DE LA PROVINCIA DE HUELVA. (RESOLUCIÓN DE LA DELEGACIÓN TERRITORIAL DE EMPLEO, FORMACIÓN, TRABAJO AUTÓNOMO, TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA, INDUSTRIA, CONOCIMIENTO Y UNIVERSIDADES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN HUELVA)
- 167 - 2 CONVENIO COLECTIVO DE LA FUNDACIÓN RIO TINTO.
- 167 - 3 TERCER CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DE SUMINISTROS INDUSTRIALES DE LA PROVINCIA DE HUELVA. (RESOLUCIÓN DE LA DELEGACIÓN TERRITORIAL DE EMPLEO, EMPRESA Y TRABAJO AUTÓNOMO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN HUELVA)
- 168 CONVENIO COLECTIVO DO SECTOR DO COMERCIO DA ALIMENTACIÓN DA PROVINCIA DA CORUÑA 2022-2025
- 169 CONVENIO O ACUERDO: CONFITERÍA, PASTELERÍA, BOLLERÍA, TORTAS, MAZAPANES Y OTROS PRODUCTOS DE DESAYUNO
- 170 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE SERVICIOS DE EDUCACIÓN AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, SUSCRITO POR ASOCIACIÓN MADRILEÑA DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE EDUCACIÓN AMBIENTAL (AMEDEA), LA ASOCIACIÓN MADRILEÑA DE EMPRESAS DE ENSEÑANZA, FORMACIÓN Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL (AMESOC) Y LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE EDUCACIÓN, CULTURA Y TIEMPO LIBRE DE LA COMUNIDAD DE MADRID (EDUCATIA MADRID) Y POR LA REPRESENTACIÓN SINDICAL UGT SERVICIOS PÚBLICOS MADRID Y LA FEDERACIÓN DE ENSEÑANZA DE COMISIONES OBRERAS DE MADRID (CÓDIGO NÚMERO 28100035012012). (RESOLUCIÓN DE 11 DE OCTUBRE DE 2022, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO)
- 171 CONVENIO COLECTIVO DE ACCIÓN E INTERVENCIÓN SOCIAL 2022-2024. (RESOLUCIÓN DE 18 DE OCTUBRE DE 2022)
- 172 CONVENIO COLECTIVO PARA LA INDUSTRIA ELABORADORA, ALMACENISTAS Y DISTRIBUIDORES DE VINOS, CERVEZAS, LICORES Y OTRAS BEBIDAS ESPIRITUOSAS DE LA PROVINCIA DE BURGOS
- 173 CONVENI COL·LECTIU AUTONÒMIC DE ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS HOSPITALIZACION CONSULTA Y ASISTENCIA DE BALEARES I LA SEVA PUBLICACIÓ EN EL BUTLLETÍ OFICIAL DE LES ILLES BALEARS (07000345011982) (RESOLUCIÓ DEL CONSELLER DE MODEL ECONÒMIC, TURISME I TREBALL)
- 174 ACUERDO DE CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR INDUSTRIAS VINÍCOLAS Y ALCOHOLERAS. (RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AUTÓNOMOS, TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL)

- 175 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DE HOSTELERÍA DE CANTABRIA, PARA EL PERIODO 2022-2025
- 176 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE TRABAJO APLICABLE AL SECTOR DE INDUSTRIAS DE TINTORERÍAS Y LIMPIEZA DE ROPA, LAVANDERÍAS Y PLANCHADO DE ROPA PARA LA PROVINCIA DE ZAMORA, PARA LOS AÑOS 2022, 2023 Y 2024 (CÓDIGO DEL ACUERDO 49005605012000/ LOCALIZADOR WT33UQ73). (RESOLUCIÓN DE 19 DE OCTUBRE DE 2022 DE LA JEFE DE LA OFICINA TERRITORIAL DE TRABAJO DE LA DELEGACIÓN TERRITORIAL DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN EN ZAMORA)
- 177 CONVENIO COLECTIVO DE LA INDUSTRIA Y EL COMERCIO DE LA VID PARA LA PROVINCIA DE VALLADOLID (RESOLUCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2022 DE LA OFICINA TERRITORIAL DE TRABAJO DE LA DELEGACIÓN TERRITORIAL DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN EN VALLADOLID)
- 178 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR COMERCIO DE EQUIPOS, RECAMBIOS, COMPONENTES Y ACCESORIOS DEL AUTOMÓVIL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN EL REGISTRO DE CONVENIOS COLECTIVOS, ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y PLANES DE IGUALDAD DEPENDIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO Y FORMACIÓN. (RESOLUCIÓN DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2022, DE LA CONSEJERÍA DE INDUSTRIA, EMPLEO Y PROMOCIÓN ECONÓMICA)
- 179 V CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE SERVICIOS DE ASISTENCIA EN TIERRA EN AEROPUERTOS. (RESOLUCIÓN DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2022, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 180 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL DE TRABAJO DE HOSTELERÍA Y TURISMO, CÓDIGO CONVENIO 04000365011982 , 2022 - 2024
- 181-1 CONVENIO COLECTIVO DE LA FUNDACIÓN CAJASOL (CÓDIGO 41100821012018),
- 181-2 CONVENIO COLECTIVO DE PQS PISCINAS Y CONSUMO S.A.
- 182 CONVENIO COLECTIVO DE SECTOR DE MONTAJES DE LA PROVINCIA DE HUELVA. (RESOLUCIÓN DE LA DELEGACIÓN TERRITORIAL DE EMPLEO, EMPRESA Y TRABAJO AUTÓNOMO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN HUELVA)
- 182-1 II CONVENIO COLECTIVO DE ATALAYA RIOTINTO MINERA, S.L.U. (RESOLUCIÓN DE LA DELEGACIÓN TERRITORIAL DE EMPLEO, EMPRESA Y TRABAJO AUTÓNOMO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN HUELVA)
- 183 CONVENIO COLECTIVO MARCO ESTATAL PARA LAS EMPRESAS ORGANIZADORAS DEL JUEGO DEL BINGO. (RESOLUCIÓN DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2022, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO)
- 184 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DEL COMERCIO DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA
- 185 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DE EMBOTELLADO Y COMERCIO DE VINOS, LICORES, CERVEZAS Y BEBIDAS DE TODO TIPO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA
- 186 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA MADERA, CARPINTERÍA, MUEBLE Y AFINES DE LA COMUNITAT VALENCIANA
- 187 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DEL SECTOR DE SERVICIOS FUNERARIOS (VALENCIA)
- 188 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DEL SECTOR DE EXHIBICIÓN CINEMATOGRAFICA (PERSONAL DE SALA Y CABINA) (VALENCIA)

- 189 CONVENIO COLECTIVO PARA EL SECTOR DEL COMERCIO DE LA PIEL, CUERO Y CALZADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA
- 190 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DEL SECTOR DE EMPRESAS TRANSITARIAS DE VALENCIA
- 191 CONVENIO COLECTIVO PROVINCIAL PARA EL COMERCIO DE ALIMENTACIÓN DE ZAMORA
- 192 CONVENIO COLECTIVO PARA LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS DE LA PROVINCIA DE LEÓN PARA LOS AÑOS 2022-2023-2024-2025
- 193 CONVENIO COLECTIVO PARA LAS ACTIVIDADES AGROPECUARIAS DE LA PROVINCIA DE ALICANTE
- 194 CONVENIO COLECTIVO DE ESTACIONES DE SERVICIO DE GIPUZKOA
- 195 CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO PROVINCIAL PARA EL SECTOR DE LA INDUSTRIA, LA TECNOLOGIA Y LOS SERVICIOS DEL SECTOR DEL METAL DE CIUDAD REAL PARA LOS AÑOS 2022-2023-2024 (CIUDAD REAL)
- 196 CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO PROVINCIAL PARA LAS INDUSTRIAS EXPENDEDORAS Y DE FABRICACIÓN DE PAN Y SUS TRABAJADORES DE CUENCA
- 197 CONVENIO COLECTIVO ESTATAL PARA EL COMERCIO DE DISTRIBUIDORES DE ESPECIALIDADES Y PRODUCTOS FARMACÉUTICOS
- 198 CONVENIO COLECTIVO DEL SECTOR DE CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS DE GIPUZKOA
- 199 CONVENIO COLECTIVO RELATIVO AL SECTOR ALIMENTACIÓN, DETALLISTAS, ULTRAMARINOS, SUPERMERCADOS Y AUTOSERVICIOS DE LA PROVINCIA DE CÁDIZ
- 200 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO PARA LA ACTIVIDAD DE HOTELES Y ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA

B. CONVENIOS COLECTIVOS EMPRESARIALES DE ÁMBITO ESTATAL

- 1 CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA PARA EL PERSONAL LABORAL DEL AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA EN EL REGISTRO DE CONVENIOS Y ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO DEPENDIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO
- 2 CONVENI COLLECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA NISSAN MOTOR IBÉRICA, SA (CENTRO DE RECAMBIOS)
- 3 CONVENIO COLECTIVO DIARIO EL CORREO, SAU AÑO 2020
- 4 CONVENIO COLECTIVO PARA LA EMPRESA SAGOLA, S.A.
- 5 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA FAES FARMA S.A.
- 6 CONVENIO COLECTIVO DA EMPRESA DOMIBERIA S.L.U. (FÁBRICA DE VIGO)
- 7 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA "LÁCTEAS CASTELLANO LEONESAS, S.A". AÑOS 2019-2020
- 8 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA AKRA REHABILITACIÓN
- 9 CONVENIO COLECTIVO DA EMPRESA "GALICIA EDITORIAL, S.L." 2019-2020
- 10 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, S.A.
- 11 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA BUSTURIALDEA LEA ARTIBAI BUS, S.A.
- 12 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.

- 13 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA HYPERION MATERIALS & TECHNOLOGIES SPAIN, S.L. PER ALS ANYS 2019-2020
- 14 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA ROBERT BOSCH ESPAÑA FÀBRICA CASTELLET, S.A.U., (CENTRE DE TREBALL DE CASTELLET I LA GORNAL) PER ALS ANYS 2019-2020
- 15 CONVENIO COLECTIVO MARCO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES 2019-2020
- 16 CONVENIO COLECTIVO DE LA VOZ DE GALICIA, S.A.
- 17 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA INTERAL, S.A.
- 18 I CONVENIO COLECTIVO DE OFICINAS CORPORATIVAS DEL GRUPO SIEMENS GAMESA
- 19 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA TERMAEUROPA, S.A. (BALNEARIO DE ARNEDILLO) PARA LOS AÑOS 2018 A 2020
- 20 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ALUMINIO Y ALEACIONES, S.A.
- 21 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TROGER, S.A.
- 22 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PQS PISCINAS Y CONSUMO, S.A.
- 23 CONVENIO COLECTIVO: ASOCIACIÓN PRODIVERSA - PROGRESO Y DIVERSIDAD
- 24 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA EZKERRALDEA MEATZALDEA BUS, S. A.
- 25 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA "DEPENDENCIA EN EXTREMADURA, S.L."
- 26 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ELKARKIDE, S.L., DE NOÁIN
- 27 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA GUREAK LANEAN, S.A.
- 28 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA LABORATORIOS ORDESA, SL
- 29 VIII CONVENIO COLECTIVO DE ILUNION OUTSOURCING, S.A.
- 30 CONVENIO COLECTIVO DE LA AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA DE ANDALUCÍA
- 31 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PROCTER & GAMBLE MATARÓ, S.L.U. (PLANTA DE MEQUINENZA)
- 32 III CONVENIO COLECTIVO MARCO DEL GRUPO VIESGO ESPAÑA
- 33 CONVENIO COLECTIVO 2016-2017-2018-2019-2020 PARA LA EMPRESA DHL SUPPLY CHAIN
- 34 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA J.T. INTERNATIONAL CANARIAS, S.A. (CENTRO 1)
- 35 VII CONVENIO COLECTIVO DE UNIÓN DE DETALLISTAS ESPAÑOLES, SOCIEDAD COOPERATIVA, TRÍPODE, S.A., Y G-3 SERVICIOS Y ASESORAMIENTO, S.A.
- 36 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PEPSICO MANUFACTURING, A.I.E
- 37 CONVENIO COLECTIVO DE EUROPEAN AIR TRANSPORT LEIPZIG GMBH, SUCURSAL EN ESPAÑA
- 38 CONVENIO COLECTIVO PARA LA EMPRESA SAS AUTOSYSTEMTECHNICK, S.A.
- 39 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS DE MEDIO AMBIENTE URBANO DE GIJÓN, S.A.
- 40 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA MANN+HUMMEL, S.A.U.
- 41 CONVENIO COLECTIVO SEDA OUTSPAN IBERIA, S.L.U. 2019 - 2021

- 42 XX CONVENIO COLECTIVO DE GALLETAS SIRO S.A.
- 43 XXI CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL DE TIERRA DE IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, S.A., OPERADORA S UNIPERSONAL
- 44 CONVENIO COLECTIVO DA EMPRESA MARFRIO, S.A.
- 45 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA DEZA CALIDAD, S.A.
- 46 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CLÍNICA MOMPÍA S.A.U.
- 47 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA THYSSENKRUPP AIRPORT SOLUTIONS, S.A.
- 48 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA SOLIDUS SOLUTIONS SAN ANDRÉS, S.L. DE VILLAVA
- 49 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA COMUNIDAD GENERAL DE RIEGOS DEL ALTO ARAGON.
- 50 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA EUROGRÚAS VALERIANO, SLU
- 51 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA HOSPITAL MEDITERRÁNEO GRUPO HLA, S.A.U.
- 52 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TALLERES DE ESCORIAZA, S.A.U.
- 53 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TEKA INDUSTRIAL, S.A., PARA EL PERIODO 2019-2021
- 54 CONVENIO COLECTIVO DE SERVICIOS LOGÍSTICOS DE COMBUSTIBLES DE AVIACIÓN, S.L.
- 55 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PLADUR GYPSUM, S.A.U. (FACTORÍA VALDEMORO)
- 56 CONVENIO COLECTIVO CLÍNICA VISTAHERMOSA GRUPO HLA S.L.
- 57 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA FRUTAS AQUA
- 58 CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO NORTEGÁS (NORTEGÁS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U., NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, SAU, NED GLP SUMINISTRO, S.A.U., Y NORTEGÁS ENERGÍA GRUPO, SLU)
- 59 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA GUREAK GARBITASUNA, S.L.U.
- 60 III CONVENIO COLECTIVO DE CASH CONVERTERS, S.L., Y SOCIEDADES VINCULADAS
- 61 CONVENIO COLECTIVO DE EQUIPOS NUCLEARES, S.A., S.M.E.
- 62 CONVENIO COLECTIVO, TABLAS SALARIALES PARA EL PERIODO 2019-2021 Y CALENDARIO LABORAL 2019 PARA LA EMPRESA PALLET TAMA SL
- 63 CONVENIO COLECTIVO PARA LA EMPRESA UTE IV TUNSTALL TELEVIDA-GSR-GRUPO IGUALMEQUISA
- 64 CONVENIO COLECTIVO DE T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A.U.
- 65 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA AUTOBUSES URBANOS DE BILBAO, S.A.
- 66 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CELULOSA DE ASTURIAS, S.A.
- 67 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PARQUE DE ATRACCIONES MADRID, S.A.
- 68 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA ABERTIS INFRAESTRUCTURAS, SA PER ALS ANYS 2018-2021
- 69 CONVENIO COLECTIVO DE ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.
- 70 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA TMD FRICTION ESPAÑA,

- S.L.U.
- 71 III CONVENIO COLECTIVO DE LA CORPORACIÓN DE RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.M.E., S.A.
 - 72 CONVENIO COLECTIVO DA EMPRESA GESTAMP VIGO, S.A.
 - 73 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA DOMIBERIA, S.L.U.
 - 74 CONVENIO COLECTIVO DE LA OFICINA AUTONÓMICA DE CRUZ ROJA ESPAÑOLA EN ANDALUCÍA
 - 75 III CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO ENAGÁS
 - 76 CONVENIO COLECTIVO DE RECUPERACIÓN DE MATERIALES DIVERSOS, S.A.
 - 77 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA EULEN, S.A. CON EL PERSONAL DEL SERVICIO DE LIMPIEZA DE LAS INSTALACIONES DE CAF DE BEASAIN
 - 78 CONVENIO COLECTIVO DE COMPAÑÍA DEL TRANVÍA DE SAN SEBASTIÁN, S.A.
 - 79 VII CONVENIO COLECTIVO DE DIARIO ABC, S.L.
 - 80 CONVENIO COLECTIVO PARA LA EMPRESA FUNDICIONES INYECTADAS ALAVESAS, S.A. -FIASA
 - 81 CONVENIO ACERINOX EUROPA S.A.U.
 - 82 III CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA HEIMBACH IBÉRICA, S.A.
 - 83 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA INYECTAMETAL, S.A
 - 84 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ANDROID INDUSTRIES ZARAGOZA, S.L.
 - 85 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA METRO DE SEVILLA
 - 86 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CIE LEGAZPI, S.A.
 - 87 CONVENIO COLECTIVO DE ORANGE ESPAGNE
 - 88 CONVENIO COLECTIVO PARA RESTAURANTES MCDONALD'S S.A.U. SEVILLA
 - 89 CONVENIO COLECTIVO DE LINGOTES ESPECIALES, S.A., 2019-2022
 - 90 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA GRUPO GARCÍA CAMARERO, S.A.
 - 91 II CONVENIO COLECTIVO OBIMACE
 - 92 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA OLEÍCOLA EL TEJAR NTRA. SEÑORA DE ARACELI, S.C.A.
 - 93 II CONVENIO COLECTIVO OFICINA AUTONÓMICA CRUZ ROJA ESPAÑOLA EN CASTILLA Y LEÓN
 - 94 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PARQUE ISLA MÁGICA S.A.
 - 95 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PAY AND PLAY S.L.
 - 96 CONVENIO COLECTIVO DE KIWOKOPET, SLU Y KIVET, SLU.
 - 97 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA "FCC MEDIO AMBIENTE, S.A.U. - SERVICIO DE RECOGIDA DE BASURAS Y LIMPIEZA VIARIA DE LA CIUDAD DE ÁVILA"
 - 98 CONVENIO COLECTIVO VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES DE TOLEDO
 - 99 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA NAVARCABLE, S.L. DE PERALTA
 - 100 XIII CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PLÁSTICOS VANGUARDIA, S.A.
 - 101 CONVENIO COLECTIVO DE LOGIFRUIT, S.L.
 - 102 I CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA ZUKÁN, S.L.
 - 103 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA HERO ESPAÑA, S.A.- ALCANTARILLA

- 104 II CONVENIO COLECTIVO PARA LA EMPRESA ORV ESPAÑOLA DEL TRANSPORTE Y LOGÍSTICA, S.L.
- 105 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA ENTIDAD CONSORCI HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARI DE VALÈNCIA
- 106 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA GEFCO ESPAÑA, S. A.
- 107 III CONVENIO COLECTIVO DE LA ASOCIACIÓN EDAD DORADA MENSAJEROS DE LA PAZ CASTILLA-LA MANCHA Y GALICIA
- 108 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ROBERT BOSCH ESPAÑA (FÁBRICA DE ARANJUEZ, S.A.U.)
- 109 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA SYRSA AUTOMOCIÓN, S.L.
- 110 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA “NESTLÉ ESPAÑA, SA - FÁBRICA DE HERRERA DEL DUQUE”.
- 111 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CRUZ ROJA GIPUZKOA
- 112 CONVENIO COLECTIVO DE AERNNOVA ENGINEERING SOLUTIONS, S.A. CENTRO DE TRABAJO DE MIÑANO (ÁLAVA)
- 113 CONVENI COL-LECTIU DE TREBALL DE L’EMPRESA LACREM, S.A. (CENTRES DE TREBALL DE PALAU-SOLITÀ I PLEGAMANS I SANTA PERPÈTUA DE MOGODA)
- 114 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CESP, S.A. (COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES) DEL SERVICIO DE RECOGIDA DE RESIDUOS SOLIDOS URBANOS Y LIMPIEZA PÚBLICA VIARIA DE ARANJUEZ - MADRID
- 115 V CONVENIO COLECTIVO DE RETEVISIÓN I, S.A.U.
- 116 CONVENIO COLECTIVO DEL ENTE PÚBLICO EUSKAL TRENBIDE SAREA-RED FERROVIARIA VASCA
- 117 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA SNA EUROPE INDUSTRIES IBERIA, S.A. (CENTRO DE TRABAJO VITORIA-GASTEIZ)
- 118 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ARCILLAS REFRACTARIAS, S.A. (ARCIRESA)
- 119 CONVENIO COLECTIVO PARA LA EMPRESA KIDER STORE SOLUTIONS, S.L.
- 120 CONVENIO COLECTIVO PARA LA EMPRESA MADERAS DE LLODIO, S.A.
- 121 CONVENIO COLECTIVO DEL PERSONAL LABORAL DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS VILLARES
- 122 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ADISCO CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO DE CORELLA
- 123 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA SNOB ESTAMPACIÓN, S.A. (CENTROS DE TRABAJO DE LA POBLA DE CLARAMUNT, SANTA MARGARIDA I ELS MONJOS Y NISSAN ON-SITE EN LA ZONA FRANCA DE BARCELONA)
- 124 CONVENIO COLECTIVO DA EMPRESA S.N.O.P. ESTAMPACIÓN, S.A. PARA CENTRO DE VIGO
- 125 CONVENIO COLECTIVO DE LA LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL
- 126 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA FUNDICIONES DEL ESTANDA, S.A.
- 127 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PIROTECNIA RICARDO CABALLER, S.A.
- 128 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA GRUPO ENERGÉTICO DE PUERTO REAL, S.A.
- 129 CONVENIO COLECTIVO DE LA ENTIDAD “FCC, S.A. (RSU, LIMPIEZA VIARIA Y ESPACIOS PÚBLICOS ABIERTOS, LIMPIEZA DE PLAYAS Y RECOGIDA DE ENSERES DEL MUNICIPIO DE TÍAS)”

- 130 CONVENIO COLECTIVO DE CRUZ ROJA ESPAÑOLA EN SORIA
- 131 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA ARC DISTRIBUCIÓN ARTE PARA EL HOGAR IBÉRICA, S.L.
- 132 CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA DE KNORR BREMSE PAMPLONA, S.L. (ANTES ICER RAIL, S.L.) DE NAVARRA
- 133 CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL DE MAPFRE GRUPO ASEGURADOR
- 134 CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO DE EMPRESAS MERCADONA, SA, Y FORNS VALENCIANS FORVA, S.A., UNIPERSONAL
- 135 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA AGUAS DE SOLAN DE CABRAS S.A. PARA EL CENTRO DE TRABAJO DE BETETA
- 136 CONVENIO COLECTIVO DE LA FUNDACION AZTI (DERIO)
- 137 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA CRUZ ROJA ESPAÑOLA EN ELS CENTRES DE TREBALL DE LA PROVÍNCIA DE GIRONA, PER ALS ANYS 2018 - 2021
- 138 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA INTEGRARDID, S.L.
- 139 CONVENIOS COLECTIVOS DE LAS ILLES BALEARS DEL CONVENIO COLECTIVO PARA EL PERSONAL DE DETERMINADOS CENTROS DE TRABAJO DE LA EMPRESA RESTAURANTES MCDONALDS, S.A.U.
- 140 CONVENIO COLECTIVO GE GRID SOLUTIONS S.A.
- 141 CONVENIO COLECTIVO: MARBELLA CLUB HOTEL, SOCIEDAD ANÓNIMA
- 142 CONVENIO COLECTIVO DE COR OUTSOURCING, S.L.
- 143 CONVENIO COLECTIVO DE ORANGE ESPAÑA COMUNICACIONES FIJAS, S.L.U.
- 144 CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO DE EMPRESAS CARRIERE (ÓPTICAS CARRIERE, S.L., VISTA ACTUAL, S.L., Y ÓPTICAS CARRIERE LEVANTE, SL).
- 145 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA VÍA AUGUSTA, S.A.
- 146 XI CONVENIO COLECTIVO PERSONAL LABORAL DIPUTACIÓN DE VALENCIA (SECTOR NO SANITARIO)
- 147 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA MANUFACTURAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS, S.A.
- 148 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA AGRÍCOLAS LAS LOMAS (COMPLEJO AGRÍCOLA S.L. Y NAVAZOS BOYER S.L.)
- 149 CONVENIO COLECTIVO DE BEER&FOOD
- 150 CONVENI COL·LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA SILVALAC, S.A., (CENTRE DE TREBALL DE SANTA MARGARIDA I ELS MONJOS) PER ALS ANYS 2019-2023
- 151 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA FCC MEDIO AMBIENTE, S. A. U. (CENTRO DE TRABAJO DE LA PLANTA DE TRANSFERENCIA DEL AEROPUERTO DE ADOLFO SUÁREZ-MADRID)
- 152 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA VALEO TÉRMICO, S.A.
- 153 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA, S.A. CENTRO DE TRABAJO DE MUTXAMEL
- 154 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA REFRACTARIAS, S. A., EN EL REGISTRO DE CONVENIOS COLECTIVOS, ACUERDOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y PLANES DE IGUALDAD DEPENDIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO Y FORMACIÓN

- 155 CONVENIO-PACTO DE CONDICIONES DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO
DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LA MOJONERA
- 156 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA GRUPO LOGÍSTICO
ARNEDO, S.L.
- 157 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA GAMESA ENERGY TRANSMISSION, S.A.U.
- 158 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CESPA S.A. PARA LA CONCESIÓN DE
LIMPIEZA VIARIA Y RECOGIDA DE RESIDUOS EN EL MUNICIPIO DE MARTOS
- 159 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA MODINE CIS GUADALAJARA, S.A.U.
- 160 CONVENIO COLECTIVO DE PREZERO GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.
- 161 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE UTE CICLO MEDIO AMBIENTE, S.L.
CONSTRUCCIONES TEJERA
- 162 RESOLUCIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO DE ZARAGOZA,
POR LA QUE SE DISPONE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO Y PUBLICACIÓN DEL
CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA NOW AUDIOVISUAL, S.L.
- 163 CONVENIO COLECTIVO DA ENTIDADE COMITÉ CIUDADANO ANTISIDA DE LA
CORUÑA-CASCO
- 164 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA 2020 IBERIAN FOOD
PROJECT, S.L.
- 165 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA METROPOLITANA DE ABASTECIMIENTO
Y SANEAMIENTO DE AGUAS DE SEVILLA, S.A. (EMASESA)
- 166 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA URBASER
- 167 CONVENIO COLECTIVO DA EMPRESA AGUAS DE CABREIROÁ, S.A.
- 168 CONVENIO COLECTIVO PARA EL PERSONAL DE LA REAL FEDERACIÓN ANDALUZA
DE FÚTBOL
- 169 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CURIA PROVINCIAL BÉTICA DE LA
ORDEN HOSPITALARIA DE SAN JUAN DE DIOS
- 170 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA NEVALUZ SEVILLA, S.L.
- 171 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CESPA GR SERVICIO DE TRANSPORTE DE
RESIDUOS LIPASAM
- 172 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TK HOME SOLUTIONS, S. R. L., SUCURSAL
EN ESPAÑA
- 173 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA MUNICIPAL AGUAS DE CÁDIZ, S.A.
- 174 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS
S.A.
- 175 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA PERSAN, S.A.
- 176 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA GEMINIS LATHES, S.A.
- 177 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA UTE BIZKAIKO HONDARTZAK 2021
(SERVICIO DE LIMPIEZA DE PLAYAS DE GETXO)
- 178 CONVENIO COLLECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA URBASER, S.A. (CENTRE DE
TREBALL DE RIPOLLET)
- 179 CONVENIO: GOLF DE LA RIVIERA, SOCIEDAD ANÓNIMA Y C. D. MIRAFLORES Y
LOS TRABAJADORES DE SU PLANTILLA
- 180 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA MONTAJES PORTUGALETE, S.L.
(MONPORS)

- 181 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TERMINALES PORTUARIAS, S.L.U. - CENTRO DE TRABAJO DE ZIERBENA
- 182 L CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TERMINALES PORTUARIAS, S.L.U. - CENTRO DE TRABAJO DE ZIERBENA
- 183 CONVENI COLLECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA CÀRITAS DIOCESANA DE SANT FELIU DE LLOBREGAT PER ALS ANYS 2021-2024
- 184 CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA TALLERES GALLARRETA LANTEGIAK, S.L.
- 185 CONVENIO COLECTIVO DA EMPRESA FCC AQUALIA, S.A.-FCC, S.A. REDONDELA UTE
- 186 V CONVENIO COLECTIVO DE LAS RESIDENCIAS PARA MAYORES 'LA LLANADA I' Y 'LA LLANADA II' DEL AYUNTAMIENTO DE ALDEADÁVILA DE LA RIBERA
- 187 V CONVENIO COLECTIVO DO PERSOAL DE XARDINERÍA DO CENTRO DE TRABALLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA DA EMPRESA PREZERO ESPAÑA S.A.
- 188 CONVENI COL-LECTIU DE TREBALL DE L'EMPRESA GESTIÓ MUNICIPAL DE SERVEIS, S.A., PER ALS ANYS 2022-2025
- 189 CONVENIO COLECTIVO RELATIVO A LA EMPRESA PARQUES Y JARDINES DEL AYUNTAMIENTO DE ALGECIRAS
- 190 CONVENIO COLECTIVO FERROVIAL SERVICIOS SA 112 CASTILLA LA MANCHA
- 191 CONVENIO COLECTIVO DE GESTIÓN Y TÉCNICAS DEL AGUA, S.A.
- 192 CONVENIO COLECTIVO PARA EL PERSONAL LABORAL DEL AYUNTAMIENTO DE PINSEQUE
- 193 CONVENIO COLECTIVO DE “ARMADORES DE BURELA, S.A.” (ABSA)
- 194 CONVENIO COLECTIVO DE COMPAÑÍA NORTEÑA DE BEBIDAS GASEOSAS, NORBEGA, S.L.U.
- 195 L IV CONVENIO COLECTIVO DE LA EMPRESA «EUSKALTEL, S.A.»
- 196 CONVENIO COLECTIVO PARA EL PERSONAL DE FLOTA EMBARCADO EN EL REMOLCADOR V.B. BRAVO, ADSCRITO A LA EMPRESA BOAT SERVICE, S.A
- 197 CONVENIO COLECTIVO DEL CENTRO DE TRABAJO DE ABRERA DE LA EMPRESA GRUPO GENE
- 198 CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO DE LA EMPRESA “TRANSPORTES URBANOS DE BADAJOZ, S.A.”
- 199 CONVENIO O ACUERDO: AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA S.A. (AGUAS DE LAS GALERAS (PUERTO DE SANTAMARIA)
- 200 VII CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO GENERALI ESPAÑA
- 201 I CONVENIO COLECTIVO ESCUELA SUPERIOR DE DISEÑO DE VALLADOLID

LA LLAMADA DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

J. JESÚS DE VAL ARNAL
Universidad de Zaragoza

A los negociadores del Sindicato Somos Alternativa Sindical de Aragón de los convenios colectivos de la Universidad de Zaragoza.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCION: LA NUEVA LEY DEL SISTEMA UNIVERSITARIO Y LA LLAMADA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIVERSIDAD PÚBLICA**
- 1. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIVERSIDAD PÚBLICA**
- 2. LA FALTA DE ACUERDOS Y PACTOS DE LOS FUNCIONARIOS DOCENTES Y DEL PERSONAL DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS**
- 3. EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS Y LAS CLÁUSULAS LITIGIOSAS**
- 4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIVERSIDAD PRIVADA: UN MODELO CENTRAL TAMBIÉN PARA LA UNIVERSIDAD PÚBLICA**
- II. CONCLUSIONES**

* Este trabajo ha sido posible a la participación en el Grupo de Investigación de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza y del Proyecto de Investigación 263118: PID2020-114556GB-I00: *Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva*, dirigido por los Profesores: Dr. D. Juan García Blasco y el Dr. D. Ángel Luis de Val Tena.

I. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA LEY DEL SISTEMA UNIVERSITARIO Y LA LLAMADA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

Con la Ley de 29 de julio de 1943 sobre ordenación de la Universidad española [Jefatura del Estado (BOE» núm. 212, de 31 de julio de 1943)] se inicia en el Siglo XX la regulación centralista de la Universidad Española. Esta norma seguida por la Ley de Reforma Universitaria, Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto (RCL 1983\1856), continuada ya en el Siglo XXI con la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades (RCL 2001, 3178), incluida la modificación de ésta operada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 766) para adaptarnos al plan Bolonia, hasta llegar, hoy, a la ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (RCL 2023\581) (en adelante LOSU) que abre, el espacio a la negociación colectiva, en cuatro ocasiones para tratar de establecer la aplicación de esta fuente de las condiciones de trabajo del personal universitario con contrato de trabajo y que al final, parece una situación que, tenderá a ser la piedra angular de la regulación del personal docente, investigador y de administración y servicios en este Siglo, pero sin olvidarnos, a pesar de que la LOSU lo hace, de los funcionarios.

En ningún artículo de las Leyes de la regulación de la Universidad Pública se incluía, hasta ahora, la negociación colectiva como una forma de adaptar al personal funcionario y laboral sus condiciones de trabajo. Es verdad que en las otras nueve leyes de Comunidad Autónoma (en adelante CC. AA.)¹, a las que hay que sumar los Estatutos respectivos de cada Universidad, y alguna otra norma que no es propiamente una Ley de Universidades, sino la regulación de la coordinación de las diversas Universidades de la CC. AA. donde se encuentran los campus, encontramos la llamada a la negociación colectiva.

Así aparece el uso a la negociación colectiva para pactar las condiciones de trabajo, tanto de personal laboral como funcionario en los Estatutos de la Universidad de Oviedo (art. 183)², en los de la Universidad de Zaragoza³ (art.133 y 153 sobre disponibilidad docente regulada por negociación colectiva, y disposición adicional novena), en los de la Universidad de Valladolid⁴ (arts. 143, 162 y 181), la Universidad de Valencia Estudi General⁵ (arts. 150, 164, 180, 190, 196), la Universidad del País Vasco⁶ (arts. 41, 43, 49, 54, 66), la Universidad de las Palmas de Gran Canaria⁷ (art 160, 181), la Universidad de Jaén⁸

¹ Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades (LAN 2013\13); Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón (LARG 2005\164); Ley 1/2003, de 19 de febrero, de Universidades de Cataluña (LCAT 2003\123); Ley 3/2003, de 28 de marzo, de Universidades de Castilla y León (LCyL 2003\193); Ley 6/2013, de 13 de junio, del Sistema Universitario de Galicia (LG 2013\225); Ley 2/2003, de 20 de marzo, de organización institucional del sistema universitario de las Illes Balears, (LIB 2003\69); Ley 3/2005, de 25 de abril, de Universidades de la Región de Murcia, (LRM 2005\162); Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco, (LPV 2004\102). Las normas de Canarias Madrid y Valencia no se pueden considerar propiamente leyes de Universidades sino más bien de coordinación.

² Decreto 12/2010, de 3 de febrero (LPAS 2010\82), que Aprueba los Estatutos de la Universidad de Oviedo.

³ Decreto 27/2011, de 8 de febrero (LARG 2011\61) que modifica los Estatutos de la Universidad de Zaragoza, aprobados por Decreto 1/2004, de 13-1-2004 (LARG 2004\12, 67).

⁴ Acuerdo 104/2003, de 10 de julio (LCyL 2003\369) que Aprueba los Estatutos de la Universidad de Valladolid.

⁵ Decreto 45/2013, del Consell, de 28 de marzo (LCV 2013\110) que modifica los Estatutos de la Universitat de València-Estudi General, aprobados por el Decreto 128/2004, de 30 de julio de 2004 (LCV 2004\264 y LCV 2005\95).

⁶ Estatutos de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Decreto 17/2011, de 15 de febrero (LPV 2011\92).

⁷ Decreto 107/2016, de 1 de agosto. (LCAN 2016\204), que aprueba los Estatutos de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

⁸ Decreto 230/2003, de 29 de julio (LAN 2003\433), que aprueba los Estatutos de la Universidad de Jaén y la modificación por el Decreto 473/2004, de 27 de julio (LAN 2004\427).

(arts. 45, 93, 113, 130), la Universidad de Cádiz⁹, la Universidad de Salamanca¹⁰ (arts. 121, 123, 148), la Universidad de Castilla-La-Mancha¹¹ (arts. 111, 150), la Universidad de Almería¹²(arts. 41, 110) la Universidad de León¹³ (arts. 199 211), la Universidad de Vigo¹⁴ (arts. 293) la Universidad de Valencia¹⁵ (arts 109, 128) la Universidad de Burgos¹⁶ (arts. 163), la Universidad de Barcelona¹⁷ (arts. 166.4) la Universidad de Alicante¹⁸ (art. 194), la Universidad Rey Juan Carlos¹⁹ (arts. 138), la Universidad Miguel Hernández²⁰ (at 68) la Universidad Complutense de Madrid²¹, la Universidad Nacional a Distancia²² (arts. 177, 190 y 191), y la Universidad de Oviedo²³ (arts. 183, 193).

Expresamente, se establece la negociación para el personal de administración y servicios en la Universidad de Sevilla²⁴ (arts. 109, 111) pero dejando, al margen, como derecho del personal docente para negociar sus condiciones (art. 77).

La Universidad Pública Española es una institución, cuyos números cuyas demuestran la importancia económica para el país por los puestos de trabajo (ver tabla anexa I) y la magnitud de los Presupuestos del Estado y de las Comunidades Autónomas, si bien la cuantía sigue siendo escasa en relación al porcentaje del producto interior bruto.

Las llamadas a la negociación colectiva tanto de LOSU como de las Leyes de Universidades de las CCAA son al personal laboral, tanto docente como de administración, sin embargo, para los funcionarios parece ser que no hubiera nada que negociar en aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público²⁵ y sin embargo hay materias que se podrían tratar conjuntamente con el personal laboral tanto docente e investigador como de administración y servicios.

El número de los profesores contratados en España (en adelante PDIL), en las 50 Universidades Públicas (47 presenciales, una no presencial y dos especiales con 1.218.569 alumnos) son 109.401 profesores de los que 67.857 profesores tienen contrato de trabajo, lo que supone el 61,58 % del total del profesorado Universitario en las Universidades Públicas.

⁹ Decreto 2/2005, de 11 de enero (LAN 2005\56), que aprueba la modificación de los Estatutos de la Universidad de Cádiz, aprobados por Decreto 281/2003, de 7 de octubre de 2003 (LAN 2003\519), para su adaptación a lo establecido en la Ley 15/2003, Andaluza de Universidades de 22 de diciembre de 2003 (LAN 2003\647).

¹⁰ Acuerdo 19/2003, de 30 de enero (LCyL 2003\77) que aprueba los Estatutos de la Universidad de Salamanca y la modificación por Acuerdo 38/2011, de 5 de mayo (LCyL 2011\289).

¹¹ Resolución de 18 de noviembre 2015 (LCLM 2015\271) , que aprueba los Estatutos de la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹² Decreto 343/2003, de 9 de diciembre (LAN 2003\630), que aprueba los Estatutos de la Universidad de Almería.

¹³ Acuerdo 243/2003, de 23 de octubre (LCyL 2003\497) que aprueba el Estatuto de la Universidad de León.

¹⁴ Resolución de 16 de septiembre 1993 (LG 1993\260) que aprueba los Estatutos de la Universidad de Vigo.

¹⁵ Decreto 182/2011, de 25 de noviembre (LCV 2011\42), que aprueba los Estatutos de la Universitat Politècnica de València.

¹⁶ Acuerdo 262/2003, de 26 de diciembre (LCyL 2003\608) que aprueba los Estatutos de la Universidad de Burgos.

¹⁷ Decreto 246/2003, de 8 de octubre (LCAT 2003\72)3, que aprueba los Estatutos de la Universidad de Barcelona.

¹⁸ Decreto 25/2012, de 3 de febrero (LCV 2012\59), que aprueba los Estatutos de la Universidad de Alicante.

¹⁹ Decreto 22/2003, de 27 de febrero (LCM 2003\99), Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid.

²⁰ Decreto 208/2004, de 8 de octubre (LCV 2004\331), que aprueba los Estatutos de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

²¹ Decreto 58/2003, de 8 de mayo (LCM 2003\274), que aprueba los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid.

²² Real Decreto 1239/2011, de 8 de septiembre (RCL 2011\1716), que aprueba los Estatutos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

²³ Decreto 12/2010, de 3 de febrero (LPAS 2010\82), que aprueba los Estatutos de la Universidad de Oviedo.

²⁴ Decreto 324/2003, de 25 de noviembre (LAN 2003\599), que aprueba los Estatutos de la Universidad de Sevilla.

²⁵ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Los profesores asociados a tiempo parcial (en adelante PASTP) en las Universidades Públicas llegaron al número de 42.766²⁶ en el año 2021.

Y luego está el personal de administración y servicios, que son 54.575 trabajadores, que junto a los 20.133 que suman el personal empleado investigador (Investigador de convocatorias públicas competitivas, del Art. 83 de la LOSU, con cargo a proyectos/grupos de investigación y otros investigadores contratados no incluidos en los anteriores) PTA (en adelante PEI) y a ello hay que unir el Personal técnico de apoyo que participa en la I+D ejecutando tareas científicas y técnicas, generalmente bajo la supervisión de los investigadores 7.139 trabajadores, son 81.847 trabajadores.

Son 191.248 trabajadores y funcionarios que están en las Universidades Públicas, por ello es difícil entender que hasta el Siglo XXI, con la LOSU, no se hubiera reconocido el papel de la negociación colectiva para regular las condiciones de trabajo tanto de los funcionarios como de los laborales en estas normas tan específicas (ver tabla I al final).

Hoy por hoy, existían dudas, para negociar los nuevos Ccs., pero ahora que ya disponemos de la LOSU²⁷ esto pudiera servir para transformar la institución Universitaria Española. Pues bien, en la LOSU, en el art. 87 (Retribuciones del personal docente e investigador laboral), art. 89 (funciones, perfiles y cualificación del PAS), art. 91 (Selección) y el art. 93 (Retribuciones) trata de la negociación colectiva como instrumento para negociar esas condiciones, pero es verdad que, hasta ahora, nos hemos encontrado con Ccs. con períodos de vigencia extendidos en el tiempo como si no hubiera gran deseo de negociar o de pactar mejores condiciones²⁸.

Por otro lado, a pesar de no estudiarlas, en esta ponencia específica, en España hay 33 Universidades privadas (314.984 alumnos) con 23.290 profesores según las últimas estadísticas publicadas²⁹, y eso sí con un solo convenio colectivo para todas.

En esta ponencia específica que se presenta en las XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Relaciones Laborales trataremos de dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿Sería posible un único convenio colectivo para las 50 Universidades Públicas? Para ello

²⁶ Según esta fuente:

<http://estadisticas.mecd.gob.es/EducaJaxiPx/Datos.htm?path=/Universitaria/Personal/EPU20//Permanente//10/&file=PDIP0104.px&type=pcaxis>

Según el informe del Ministerio de Universidades 2022 los profesores asociados del año 2020 serían de 25.498 profesores Asociados y 9.356 profesores asociados de Ciencias de la Salud, que hace un total de 34.854 profesores asociados. Subdirección General de Actividad Universitaria Investigadora de la Secretaría General de Universidades: *Datos y cifras del sistema universitario español. publicación 2021-2022*, Edita: Secretaría General Técnica del Ministerio de Universidades 2022, pág. 110.

²⁷ Ley Orgánica 2/2023, del Sistema Universitario, de 22 de marzo (RCL 2023\581).

²⁸ Ver listado de Ccs.: Cc. Universidad de las Illes Balears. (BOIB, Resolución de 11 de septiembre 2018 (LEG 2018\5650); Cc. del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Canarias, Resolución de 13 de junio 2012 (LCAN 2012\155); II Cc. para el personal docente e investigador laboral de las Universidades de A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo, Resolución de 23 de marzo 2011 (LG 2011\167); II Cc. del personal laboral docente e investigador de la Universidad de País Vasco, Resolución de 3 de diciembre 2010, (LEG 2010\5772); Acuerdo de la Comisión Negociadora sobre modificaciones en el texto articulado del Cc. para el personal docente e investigador de las Universidades públicas catalanas para el periodo del 10.10.2006 al 31.12.2009 (LCAT 2007\59), Resolución núm. TRE/2425/2010, de 16 de junio (LCAT 2010\496)]; Cc. de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), personal docente e investigador, Resolución de 20 de noviembre 2009 (LEG 2010\856); II Cc. para el personal laboral docente e investigador de la Universidad de Castilla-La Mancha, Resolución de 15 de octubre 2009 (LEG 2009\3352); Cc. de la Universidad de Cantabria, personal docente e investigador, Resolución de 31 de julio 2009, (LEG 2009\4370); Cc. para el personal docente e investigador de La Universidad de La Rioja para los años 2009, 2010, 2011 y 2012, Resolución de 15 de junio 2009 (LEG 2009\791); Cc. del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Andalucía, Resolución de 21 de abril 2008 (LEG 2008\3330)]; Cc. para el personal docente e investigador de las Universidades Públicas Catalanas para el periodo del 10-10-2006 al 31-12-2009, Resolución núm. TRE/309/2006, de 21 de diciembre 2006 (LCAT 2007\59)]; Cc. de la Universidad de Zaragoza para el personal laboral docente e investigador, Resolución de 23 de junio 2006 (LEG 2006\3291); II Cc. del PDIL contratado en Régimen Laboral de las Universidades Públicas de Castilla y León, Resolución de 27 de abril 2015 (LCyL 2015\212).

²⁹ Se puede consultar en:

<https://public.tableau.com/views/EPU21/Infografia?%3AshowVizHome=no&%3Aembed=true#2>

repasaremos los convenios vigentes y trataremos de encontrar un mínimo denominador común que nos permita formular una respuesta que simplifique el mapa de la negociación colectiva de la Universidad Pública Española. El Profesor Rivero decía que no se puede renunciar a la utopía de una nueva empresa transparente y eficaz en la que el poder se exprese con la participación de los dirigentes y dirigidos³⁰ y es la negociación colectiva el instrumento que nos pueda acercar a esa utopía, y por ello desde la Universidad con oficio Universitario seguimos la utopía: *Gaudeamus igitur, Vivat membrum quodlibet*.

1. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

Las condiciones laborales del PDI laboral y del PAS en las cincuenta Universidades públicas, aparecen reguladas en sus convenios colectivos (en adelante Ccs.). Estos Ccs. tienen períodos de vigencia muy amplios, debido a la falta de denuncias que inicien las nuevas negociaciones, con modificaciones parciales de los mismos y procesos de negociación encallados en el tiempo, apareciendo acuerdos parciales (que el Real Decreto Legislativo 2/2015 permite en su art. 86.3, en adelante LET) frente a la dificultad de negociar un nuevo convenio colectivo (en adelante Cc.). Uno de los Ccs. de las Universidades Públicas se ha atrevido a regular, en el mismo texto, al PDIL y al personal de administración y servicios (en adelante PAS) y es el (Cc. de la Universidad de Oviedo).

Pues bien, en principio suele separarse el convenio para el personal laboral de administración y servicios y otro para el PD: las Universidades públicas de Andalucía, las Universidades Catalanas, Castilla y León, Universidades Canarias, Universidades del País Vasco la de las Islas Baleares, , Cantabria, Murcia, Extremadura, , La Rioja, , , Zaragoza; esta estructura autonómica conjunta se rompe en Galicia donde hay un convenio del PDI para las tres Universidades, sin embargo para el PAS las Universidades de Vigo, Santiago y La Coruña tienen convenio propio.

También hay CC como el de la Universidad de Oviedo donde se regula las condiciones del PDI y del PAS pero con separación de contenidos.

Sólo tiene convenio de PDI la Universidad de Navarra.

La UNED tiene cuatro Ccs. Uno para todos los centros de la UNED de España³¹, y luego uno para el PAS, y otro para el PDI pero sólo para la sede central de la Universidad de Madrid³². al que se han adherido profesores y centros abiertos en otros municipios del Estado³³, y por si fuera poco un Cc. del pas para el Centro de Villarreal (Castellón)³⁴.

Una vez visto el panorama de la negociación del personal laboral tanto del PDI como del PAS en el marco de las Universidades Públicas en España observamos la falta de uniformidad y dispersidad. Por ello es necesario estudiar el contenido y sobre todo buscar

³⁰ RIVERO LAMAS, J.: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Lección inaugural del Curso Académico 1986-1987, Universidad de Zaragoza Secretariado de publicaciones, pág. 141.

³¹ Cc. del Personal Laboral de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (RCL 2001\153).

³² Cc. de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), personal docente e investigador del Centro de la UNED en Madrid. Resolución de 20 de noviembre 2009 (LEG 2010\856);

Cc. "Universidad Nacional de Educación a Distancia" UNED (personal laboral), BOCM 20 de junio de 2009.

³³ Acuerdos de adhesión: Acuerdo Colectivo por el que se aprueba el protocolo de adhesión, para el centro asociado de la UNED en Plasencia, al III Convenio Colectivo del personal laboral de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Resolución de 1 de junio 2010 (LEG 2010\4540); Pacto de Adhesión del centro asociado de la Uned de Guadalajara a la totalidad del Convenio Colectivo de aplicación en cada momento de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, acuerdo de 14 de febrero 2006 (LEG 2006\1680).

³⁴ Cc. PAS Centro Asociado a la UNED en Vila-real (Castellón), (LEG 2014\4210).

unas líneas y directrices que nos permitan diseñar un marco más homogéneo y que no cree tantas diferencias entre el personal de las Universidades Públicas en España.

Por otro lado echamos de menos acuerdos y pactos del personal funcionario y esta cuestión, a pesar de los que hemos encontrado, la tratamos posteriormente.

En la historia de la negociación en el año 1990 se pactó un Cc. para el personal laboral de las Universidades del ámbito de competencia de la Administración del Estado Resolución de 5 de octubre 1990, (RCL 1990\2067)³⁵.

1.1. ¿Y quién es el empleador a la hora de negociar el convenio colectivo?

Cuando un representante de los trabajadores, sea PDI laboral o PAS, se sienta frente a la bancada de la parte empresarial se encuentra con compañeros, que te presentan el acuerdo de financiación con la Comunidad Autónoma correspondiente, pero estos acuerdos de financiación no los han negociado los Sindicatos, (salvo excepciones) o ni siquiera han estado presentes, y estos sirven de frontera para pedir una de las cláusulas básicas de toda negociación colectiva: las retribuciones. Este asunto junto a la jornada representa el elemento clave de la causa del contrato de trabajo y de la relación funcional: tiempo x dinero.

Es decir, cuando los representantes de la Universidad se sientan a negociar un convenio con los sindicatos, tienen la negociación de los salarios topada, tienen determinadas partidas salariales topadas, y que les queda: Los complementos autonómicos del art. 76 , que si no los han acordado con los sindicatos también está topados, de la LOSU:

3. Las Comunidades Autónomas podrán establecer retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales por el ejercicio de las mismas funciones que se señalan en el apartado 2. Los complementos retributivos a que se refiere este apartado se asignarán por el Consejo Social, a propuesta del Consejo de Gobierno, dentro de los límites que para este fin fijen las Comunidades Autónomas y mediante un procedimiento transparente.

4. Las universidades podrán establecer retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales, mediante procedimientos negociados con la parte social y transparentes.

La diferencia, a la hora de encontrar posiciones comunes y divergentes la encontramos en los complementos autonómicos a la productividad de la Docencia y la Investigación.

Es en lo que la LOSU establece es una parte del salario, y ésta en una mesa de negociación colectiva ya está pactada de antemano con los acuerdos de los complementos autonómicos de docencia e investigación.

La aportación económica para su financiación entre el Estado central y las CCAA es la siguiente:

³⁵ El Cc. se aplicó a las Universidades de Alcalá de Henares, Autónoma de Madrid, Baleares, Cantabria, Carlos III, Castilla-La Mancha, Complutense, Extremadura, Internacional Menéndez Pelayo, León, Murcia, Nacional de Educación a Distancia, Oviedo Politécnica de Madrid, Salamanca, Valladolid, Zaragoza.

	Dependencia Económica CC. AA.	Dependencia Económica del Estado
	2020	2020
Total universidades públicas	67,56	3,16
Andalucía	77,28	2,44
Aragón	73,36	3,36
Asturias (Principado de)	79,15	0,67
Balears (Illes)	78,26	4,36
Canarias	81,02	1,03
Cantabria	74,03	4,69
Castilla - La Mancha	78,73	1,71
Castilla y León	74,70	0,97
Cataluña	61,22	3,05
Comunitat Valenciana	62,64	2,00
Extremadura	76,64	2,36
Galicia	78,18	2,59
Madrid (Comunidad de)	56,72	2,71
Murcia (Región de)	74,49	1,03
Navarra (Comunidad Foral de)	77,99	2,35
País Vasco	82,43	3,43
Rioja (La)	83,98	2,20
UIMP	2,60	61,03
UNED	0,89	38,64

1.1.1. Los complementos retributivos autonómicos para la Universidad

¿Qué se negocia en las CCAA con las Universidades? La respuesta es clara, en materia salarial los complementos autonómicos de docencia, investigación y transferencia. Pero se negocia por parte de la CCAA por el Consejero de Educación y los representantes sindicales, como ha sucedido en Andalucía en el año 2003³⁶ o bien se pasa a información a las centrales sindicales como en las Universidades de Valencia en que para cumplir con los compromisos adquiridos en el preacuerdo de III Convenio Colectivo del Personal Laboral universitario, suscrito el 24 de abril de 2019, entre la Conselleria competente en materia de universidades, las universidades públicas valencianas y las organizaciones sindicales se intentaron infructuosamente distintas alternativas. Finalmente, la nueva redacción del artículo 19 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre (RCL 2022, 2357y RCL 2023, 390), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 ha abierto la posibilidad de poner fin a esta situación de desigualdad, ya que permite establecer una excepción a las limitaciones existentes en materia retributiva de los empleados del sector público, para llegar al Decreto 83/2023, de 2 de junio. LCV 2023\705, la modificación del Decreto 174/2002, de 15-10-2002 (LCV 2002\365), del Consell, sobre régimen y retribuciones del personal docente e investigador contratado laboral de las universidades públicas valencianas y sobre retribuciones adicionales del profesorado universitario, o el Acuerdo de la Consejería de Universidades, Igualdad y Deportes de Cantabria de 29 de diciembre del 2020 con los sindicatos UGT, CCOO y la CSIF para el establecimiento de criterios para la determinación y aplicación de complementos retributivos. También

³⁶ Acuerdo de 22 de diciembre 2003. (LAN 2003\635). Retribuciones adicionales ligadas a méritos docentes, investigadores y de gestión del profesorado de las Universidades Públicas de Andalucía.

se firma a tres bandas, es decir Gobierno de la CC.AA., Universidad y representación sindical, como en Asturias³⁷.

En el resto vamos con el resto del personal laboral y funcionario de la Administración del Estado y por arrastre con el personal funcionario y laboral de la CC.AA. a la que se haya transferido la Universidad Pública.

Por ello los representantes sindicales del personal funcionario y laboral de las Universidades Públicas deben estar en la negociación de los complementos, igual que deben estar y están en la de la CC. AA. correspondiente.

1.2. La vigencia temporal de los convenios

En la Universidad de Zaragoza después de 23 años, el PAS tiene nuevo convenio y el PDI laboral después de 17 años, también, y con un acuerdo de empresa sobre materia salarial del 2022 (pendiente de Sentencia del Tribunal Supremo en los tribunales del orden social³⁸) que demuestra un síntoma de falta de motivación para negociar, si es que se puede negociar y acordar algo.

Parece que existiera en el marco de la Universidad Pública cierto abandono de la negociación colectiva. Así el último Cc. negociado es el de la Universidad de Extremadura tanto del PAS como del Pdi laboral. Pero sobre todo, y eso que hay expertos, teóricos, pero expertos Cc. que parecen un experimento de laboratorio, visto su ámbito temporal. Nos estamos refiriendo al Cc. de Santiago de Compostela del Pdi laboral que se firma un 30 de diciembre, entra en vigor el 31 y termina el 1 de Enero del año siguiente, retrotrayendo efectos económicos al 1 de Enero del mismo año en que se firma. Otros firman, como el Pdi laboral de las Universidades catalanas un 14 de diciembre y debido a la impugnación ante los tribunales del orden social entra en vigor un año después terminando su vigencia al final de ese mismo mes. Otros son prorrogados y prorrogados como el de Pdi laboral de Cataluña con 10 años de modificaciones. Como observamos en la tabla siguiente, no hay duda que ha habido un abandono del intento de negociar y de llegar a buen fin con un nuevo convenio. Por todo ello la llamada de la LOSU puede ser un acicate para iniciar un nuevo período de nuevos convenios, pero por ello es hora de replantearse el ámbito territorial de los Ccs. de las Universidades Públicas.

El ámbito temporal de los convenios vigentes:

³⁷ Resolución de 13 de mayo de 2004, de la Consejería de la Presidencia, por la que se ordena la publicación del acuerdo para la implantación de complemento retributivo del profesorado universitario en el Principado de Asturias, (BOPA 29 de Mayo del 2004), Acuerdo entre el Principado de Asturias, a través de la Consejería de Educación y Ciencia, y CC.OO., SIPU-CEMSATSE, FETE-UGT, y la Universidad de Oviedo; para la implantación de complemento retributivo del Profesorado Universitario en el Principado de Asturias.

³⁸ STSJ de la Sala de lo Social de Aragón (Sentencia núm. 349/2023) de 3 mayo del 2023 (JUR 2023\264626), pendientes de la resolución del Recurso de Casación.

UNIVERSIDADES CCAA	CONVENIO PAS AMB TEMP	CONVENIO PDI LABOR AMB TEMP
Andalucía	170172003-31/12/2006	10/05/200830/07/2009
Aragón	20/07/2000- 31/12/2012 (nuevo convenios 2023)	1/07/2006-30/06/2009 (nuevo convenio 2023)
Asturias (Principado de)	01/01/2010-30/06/2013	01/01/2010-30/06/2013
Balears (Illes)		
Canarias	19/11/2013-19/11/2016	27/06/2012 treinta meses...
Cantabria	09/05/2006-31/12/2010	14/08/2009-31/12/2011
Castilla-La Mancha		01/01/2009-31/12/2012
Castilla y León		19/05/2015-31/12/2015
Catalunya	1/01/2010-31/12/2015	10/10/2006 y suc mod 2016
Comunitat Valenciana	01/01/2023-31/12/2024	
Extremadura	01/01/202031/12/2022	1/06/2019-31/12/2023
Galicia	SC 31/12/200831/12/2008	Se separa SC también y1/01/2009-31/12/2021
Madrid (Comunidad de)	01/07/2005-23/072009	13/07/2003-31/12/2006
Murcia (Región de)	01/01/2001-31/12/2004	1/01/2016- 31/12/2020
Navarra (Comunidad Foral de)		3/06/2008-02/06/2013
País Vasco	01/01/2011-31/12/2012	01/01/2011-31/12/2011
Rioja (La)	01/01/2004-31/12/2007	01/03/2009 y continua 2017
UNED	14/03/2009 y 01/01/2008 y 01/01/2009 para determinadas cláusulas.	31/12/2009

Ahora tenemos acuerdos parciales, cuando no es posible avanzar en la negociación colectiva conforme al art. 83 del LET (2015).

Pues bien, una vez visto el panorama de la negociación del personal laboral tanto del PDI como del PAS en el marco de las Universidades Públicas en España observamos la falta de uniformidad y dispersidad. Por ello es necesario estudiar el contenido y sobre todo buscar unas líneas y directrices que nos permitan diseñar un marco más homogéneo y que no cree tantas diferencias entre el personal de las Universidades Públicas en España.

Es hora de sentarse y buscar en el contenido de la negociación materias importantes para los trabajadores y sin olvidarnos de los funcionarios.

2. LA FALTA DE ACUERDOS Y PACTOS DE LOS FUNCIONARIOS DOCENTES Y DEL PERSONAL DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS

Una de las situaciones más extrañas en la negociación colectiva de las Universidades es que no encontremos pactos y acuerdos del personal funcionario de las Universidades.

Así son dos los pactos los encontrados. En el caso de la Universidad de Zaragoza en el año 2000 si que se firmó un pacto y un convenio colectivo, y el siguiente es el

II Acuerdo sobre las condiciones de trabajo del personal de administración y servicios funcionario de las Universidades Públicas de Madrid (BOCM 21 de Julio del 2005).

Hay pactos en materia Sindical pero no encontramos otros pactos, salvo los encontrados en la Universidad de Zaragoza y el de las Universidades de Madrid.

3. EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS Y LAS CLÁUSULAS LITIGIOSAS

a) El registro de la jornada

Este tema ya ha sido tratado recientemente³⁹, y desde el Informe de fiscalización de las Universidades Públicas, N° 775 del Ejercicio Anual del 2003, que se presentó en el año 2008, elaborado por el Tribunal de Cuentas⁴⁰, ya se intentó buscar una solución que permitiera el control de la jornada del personal docente, y en el que se decía:

Las universidades no aplican un sistema que permita ejercer de forma objetiva el control sobre el cumplimiento de horarios y jornada laboral de su PDI, por lo que, entre otros aspectos, se carece de una información, con base objetiva suficiente para sustentar el conocimiento de la dedicación del mencionado colectivo a la actividad investigadora, en general y, en particular, a la contemplada en el art. 83 de la LOU (VI.4.3.3.G).

Con el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, que modificó el art. 34.9 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (RCL 2015\1654) (en adelante LET), esta obligación se ha discutido, en nuestras Universidades, con respecto al Profesorado con contrato de trabajo y por reflejo en relación al Profesorado funcionario.

El artículo 75 de la LOSU establece el régimen de dedicación del PDI funcionario a tiempo completo y ello nos sirve como referente para calcular en los diferentes regímenes de dedicación del PDIL previstos por la normativa autonómica y por la normativa propia de las Universidades, la jornada laboral. Esta jornada se basa en la disponibilidad docente, que a partir de la LOSU será de 240 horas anuales de docencia, la cual podrá reducirse por diversos motivos. Las otras tareas, como la dedicación a la investigación y en su caso a la gestión deberán encajarse en los tiempos que el PDIL no dedica a la actividad docente.

Ahora bien, la solución a todo este debate parte del art. 34.7 del LET que dice:

7. El Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, así como especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran.

Por consiguiente, puede ser que la solución más sencilla sea el pactar y regular una situación excepcional en el trabajo del PDI tanto laboral como funcionario y admitir que la posibilidad establecida en la Directiva 2003/88/CE, de 4 de

³⁹ DE VAL ARNAL, J.J.: “La negociación colectiva del Profesorado con contrato de trabajo en la Universidad Pública Española y las cuestiones complejas: el registro de la jornada y los complementos salariales por quinquenios de docencia y los sexenios de investigación”, VV.AA.: *La negociación colectiva del sector público* Ed. Aranzadi. 2023, cap. 11, págs. 253-276.

⁴⁰ Se puede leer en:

<https://www.tcu.es/repositorio/a0125b12-116e-48d1-b816-626eb10f8887/1775.pdf>

noviembre, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (LCEur 2003/3868) y establece determinadas excepciones.

Ahora bien, la excepción, que se establece, no es con respecto al registro de la jornada o el control horario. El artículo 17.1 de la Directiva excepciona la aplicación de sus preceptos *referidos a la pausa durante el trabajo, al descanso diario, al descanso semanal, a la duración del trabajo nocturno y a la jornada máxima semanal y los periodos de referencia para computarla cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores*⁴¹.

Por ello seguimos buscando una fórmula mágica para llevar un control de la jornada el PDI, y esto es difícil por no decir que imposible. Un ejemplo ahora son las seis de la mañana de la Fiesta del Pilar en Zaragoza y estoy dando los últimos retoques a esta ponencia específica por que se me ha ocurrido que pudiera encontrarse una clave para otro de los temas aquí tratados. Las profesiones vocacionales no entienden de medidas del tiempo⁴² y por ello nos puede servir las palabras del sombrero de la obra de Charles Lutwidge Dodgson:

El Tiempo no tolera que le den palmadas. En cambio, si estuvieras en buenas relaciones con él, haría todo lo que tu quisieras con el reloj. Por ejemplo, supón que son las nueve de la mañana, justo la hora de empezar las clases, pues no tendrán más que susurrarle al Tiempo tu deseo, y el Tiempo en un abrir y cerrar de ojos haría girar las agujas de tu reloj.

b) Los premios de jubilación: entre mejora voluntaria de la Seguridad Social o salario en diferido

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 28 febrero del 2023 (JUR/2023/100940), ha servido de excusa para renegociar a la baja los premios de jubilación (en adelante pdj) pactados para el personal laboral y el funcionario del PAS, como ha sido el caso de la Universidad de Zaragoza.

El origen del problema lo encontramos en la Administración Local⁴³ en la que produjeron verdaderas situaciones de incredulidad por lo que se dejaba de pagar de un día para otro los premios de jubilación, tanto de jubilación anticipada como de jubilación ordinaria o por cumplir la edad establecida como máxima para permanecer en la Administración para los funcionarios.

Recogemos a pie de página el listado de Sentencias tanto de personal laboral como de personal funcionario que han estudiado el tema. Como ha señalado el Profesor MOLINA NAVARRETE⁴⁴ todo parece encaminado a buscar una solución en la reforma de planes y fondos de pensiones para encauzar las cantidades del premio hacia esta solución, pero dudas las hay y las Sentencias de la Sala de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo

⁴¹ Sobre el tema, MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Ámbito subjetivo de la obligación legal de registro: ¿a qué trabajadores se extiende la obligación legal?”, en VV.AA.: *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*, 1ª. Ed, Editorial La Ley, 2020, (LA LEY 4960/2020).

⁴² LEWIS CARROLL: *Alicia en el País de las Maravillas*, Ediciones del Sur, 2023, pág. 67.

⁴³ Sobre el tema: PERONA MATA, C.: “Ilegalidad de las indemnizaciones/compensaciones en la jubilación anticipada del personal funcionario”, *Actualidad Administrativa*, Nº 1, Sección Actividad económica de la Administración, Enero 2023, (LA LEY 11514/2022).

⁴⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “Negociación colectiva y previsión social complementaria: ¿cerco a los viejos «premios de jubilación», oportunidad para los «planes de pensiones de empleo»? Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo 603/2022, de 5 de julio”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 471, 180-191. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.7261>. También en su trabajo: “Negociación colectiva y jubilación premiada: ¿Qué suerte para los —cuestionados— incentivos al retiro (forzoso o anticipado)?”, en *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, edición n.º 1, LA LEY 8499/2022.

del Tribunal Supremo deberían encontrar una solución, única, en aras de la Seguridad Jurídica.

Pero, claro hay que distinguir entre jubilación anticipada voluntaria, jubilación ordinaria y entre personal laboral y funcionario. Dos elementos del pdj son la clave para encontrar una solución para el mantenimiento de los mismos:

- la naturaleza jurídica, sea salario o mejora voluntaria de la Seguridad Social tiene un denominador común, es renta.
- el ámbito de aplicación, ya sea al personal laboral o al personal funcionario y la Administración que regula su contenido, ya sea la Administración Local, o institucional ya sea estatal o autonómica, porque las Universidades Públicas han sido transferidas a las Comunidades Autónomas.

La jubilación para la STS es un hecho natural, y el resto de mejoras tratan de paliar un infortunio. Pues bien, ni la jubilación es un hecho natural, ni el premio de jubilación es salario, porque no retribuye el trabajo prestado. En el sinalagma del contrato de trabajo estas cantidades son rentas que con motivo de extinguir su relación de prestación de servicios es un premio, de la misma forma que una medalla puede llevar consigo una pensión, pero una medalla sin pensión adjunta es simplemente conmemoración de un hecho. Pero la cuestión es que dejó de aplicarse un acuerdo de la Universidad Politécnica de Cataluña de extensión del convenio del personal laboral al personal funcionario y por sentencia firme así está reconocido. Es en las Universidades de Barcelona donde se presentan casos de personal funcionario que por un acuerdo arts. 53.2 y 5 del Convenio colectivo de PAS-F en aplicación del acuerdo sindical de equiparación de condiciones de 1991-1992 (mejora voluntaria de jubilación e incentivo a la jubilación anticipada o también denominados premios de jubilación, invalidez y defunción) se produjo una equiparación entre personal funcionario y laboral y de ahí que se produzcan las peticiones de premios de jubilación por parte del personal funcionario [Sobre el tema la STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia núm. 542/2019 de 2 octubre (JUR 2020\131439)]⁴⁵. Para el Tribunal Supremo los premios de jubilación para el personal laboral y en aplicación de un Convenio Colectivo es una mejora voluntaria de la Seguridad Social y a veces resulta que es parte de la retribución.

Sin embargo, para el personal funcionario estamos ante premios, gratificaciones o compensaciones por jubilación que debido a su naturaleza retributiva, a la hora de su devengo resulta que no puede ir contra la estructura retributiva prevista en cada norma, y en este caso, en el EBEP 2015 (artículos 22, 23 y 24)⁴⁶.

Ahora bien, en los convenios vigentes en la Universidad Pública encontramos los premios de jubilación tanto en los convenios del PAS como en los del personal docente⁴⁷.

⁴⁵ Sobre este tema las STSJ de STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 4398/2021 de 11 noviembre (JUR 2022\36958); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 2460/2021 de 25 mayo (JUR 2021\317756); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 1166/2021 de 16 marzo, (JUR 2021\175518); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 1160/2021 de 16 marzo (JUR 2021\175201); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 5317/2020 de 21 diciembre (JUR 2021\89931); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 542/2019 de 2 octubre (JUR 2020\131439); STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 1051/2015 de 13 febrero, (JUR 2015\110189); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 4912/2020 de 25 noviembre, (JUR 2021\91922); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 4274/2020 de 26 octubre, (JUR 2020\355424); STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 2439/2020 de 17 junio, (JUR 2020\254527).

⁴⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 28 febrero del 2023 (JUR\2023\100940).

⁴⁷ Así en el Cc. de Extremadura del PAS, (art 99); Cc. PAS Universidad de Zaragoza, Colectivo del Personal Laboral de Administración y Servicios de las Universidades Públicas de Castilla y León (art. 74); II Cc. del personal laboral de administración y servicios de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid; Cc. del personal de administración y servicios laborales de la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Uni-

En la Universidad de Zaragoza se ha llegado a un acuerdo para recortar y mantener una parte de los premios de jubilación con un híbrido de antigüedad y desempeño, carrera profesional y *mentoring*⁴⁸.

Este último tramo incorporar el tema de las subvenciones que no ha llegado del Ministerio de Transportes que por Resolución del 25 de mayo de 2023 de la Subsecretaría del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana por la que se convocan los premios por jubilación al personal del Departamento que se haya jubilado en el año 2022 (BOE de 30 de Mayo del 2023) y que lleva instaurado desde el año 2008 con la ORDEN FOM/298/2008, de 31 de enero, por la que se establecen las bases de la concesión de los premios por jubilación al personal que se jubile de forma anticipada o por cumplir la edad reglamentaria de 65 años (BOE 12 febrero 2008 num 37).

Pero la verdad es que ya teníamos el pacto del PAS funcionario desde el año 2000⁴⁹

La solución durante estos años, pero con cuantías escasas del premio, la encontramos en los artículos 17.3.b y 20.8.a de la Ley 38/ 2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, pero solo a efectos de información a los ciudadanos. Realmente debemos preguntarnos: ¿el objeto de la Ley de Subvenciones es servir de instrumento para poder cobrar un premio de jubilación?

Dos Ayuntamientos lo han utilizado según la base de datos de las subvenciones, los de Ayuntamiento de Riudellots de la Selva (Gerona), y el de Ayuntamiento de Santa Ursula (Tenerife).

Pero se mire como se mire, se explique de una forma o de otra, esto sigue siendo una concesión de unos derechos adquiridos por una interpretación de la Administración General del Estado, frente a la Administración Local y luego frente a las Universidades Públicas, y el resto de las Administraciones que deben buscar y consensuar una solución con los trabajadores y funcionarios en los próximos convenios y pactos para solventar la cuestión.

versidad Politécnica de Cataluña, la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Girona, la Universidad de Lleida y la Universidad Rovira i Virgili (art. 53); Cc. PAS de la UNED, (art. 56); PAS Universidades de Canarias, (art. 106); Cc. del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía, Resolución de 21 de abril 2008 (LEG 2008\3330), (art. 51); II Cc. del Personal Laboral de Administración y Servicios de las Universidades Públicas de Castilla y León, Resolución de 2 de enero 2007 (LCyL 2007\22) (art. 74); Cc. para el personal docente e investigador de las universidades públicas catalanas para el período del 10-10 de Octubre del 2006 al 31 de Diciembre del 2009 Resolución TRE/309/2006, de 21 de diciembre. (LCAT 2007\59); II Convenio Colectivo del personal laboral de administración y servicios de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid (personal laboral) Resolución de 25 de noviembre 2005 (LCM 2006\16) (art. 85); Cc. de las Universidades Públicas Canarias, Resolución de 10 de septiembre 2003 (LCAN 2003\437), (art. 72); Cc. del Personal Laboral de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) Resolución de 28 de diciembre 2000 (RCL 2001\153 (art. 56); Cc. para el personal laboral de las Universidades de Extremadura, Murcia, Salamanca y Valladolid Resolución de 28 de septiembre 1998 (RCL 1998\2554) (art 60); IV Convenio Colectivo de la Universidad de Extremadura personal laboral de administración y servicios, Resolución de 4 de agosto 2020 (LEG 2020\3506); Cc. del personal de administración y servicios laborales de la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad Politécnica de Cataluña, la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Girona, la Universidad de Lleida y la Universidad Rovira i Virgili Resolución EMO/3093/2015, de 23 de diciembre, (LCAT 2016\21) (Art. 53); II Cc. del PDI contratado en Régimen Laboral de las Universidades Públicas de Castilla y León Resolución de 27 de abril 2015 (LCyL 2015\212), (art. 56); Cc. para el Personal de Administración y Servicios Laboral de las Universidades Públicas Canarias Resolución de 4 de noviembre 2013 (LCAN 2013\253) (art. 106) y Cc. Del personal laboral de la Universidad de Zaragoza (art. 96) BOA 19 de Julio del 2000.

Pero encontramos también pdj en los Ccs. del PDI, así el Acuerdo de la Comisión Negociadora sobre modificaciones en el texto articulado del Cc. para el personal docente e investigador de las universidades públicas catalanas para el periodo del 10 de Octubre de 2006 al 31 de diciembre de 2009 (LCAT 2007\59), que modifica el art.50 sobre jubilación, Resolución TRE/2425/2010, de 16 de junio (LCAT 2010\496) (art. 50); Cc. Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía Resolución de 21 de abril 2008 (LEG 2008\3330) (art. 51); II Cc Universidades Públicas de Castilla y León (art.56).

⁴⁸ Se puede consultar en:

<https://somos.unizar.es/wp-content/uploads/2023/05/Propuesta-FINAL-Acuerdo-23-05-2023-1.pdf>

⁴⁹ Pacto del personal funcionario de administración y servicios de esta Universidad. (BOA Número 95, 9 de Agosto del 2000, (art.96.2 y 3.).

Pero durante más de treinta años se han pactado los premios de jubilación, y ahora desaparecen. Es un derecho adquirido y la interpretación triunfante de los límites presupuestarios para el personal funcionario, manteniendo el pdj al PDI-laboral y PAS-laboral, crea otra brecha de desigualdad de tratamiento que la negociación colectiva debe enmendar si no son los Tribunales del Orden Contencioso Administrativo.

Y sin embargo nos encontramos con el Acuerdo de 28 de marzo de 2023, de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración de Justicia, de la Comunidad Autónoma Andaluza, para el incremento del premio de jubilación y su actualización anual, es decir siguen existiendo estas medidas de mejoras voluntarias de seguridad social para el personal funcionario.

Ahora con la reciente reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo (RCL 2022\1290), por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (RCL 2002\2909), el camino está alumbrado para los nuevos premios de jubilación pactados y pendientes de cobro la inclusión en los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos (art. 52 y sgs del Texto Refundido de Planes y Fondos de Pensiones).

c) La necesidad de la regulación del teletrabajo del personal de la Universidad

La pandemia del Covid-19, aunque sea una justificación reiterativa, permitió dar un paso hacia la utilización acelerada de los recursos informáticos para realizar el trabajo desde un lugar distinto al centro de trabajo de forma generalizada en los sectores que estas herramientas permiten la realización de las tareas de la actividad.

Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD) permite regular de forma segura la prestación del trabajo, si bien había antecedentes a finales del Siglo XX y principios del Siglo XXI⁵⁰.

Las Universidades Públicas han establecido regulaciones del teletrabajo, y siguiendo el trabajo de recolección de los acuerdos en las Universidades, de la Sección Sindical de la UGT en la Universidad de Córdoba⁵¹ podemos decir que, si bien el PAS tiene bastante regulado la prestación de esta forma de su trabajo, el PDI no tiene una regulación y sobre todo llama la atención la laguna del art. 12 de la LTD:

Artículo 12. El derecho al abono y compensación de gastos. 1. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. 2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

Parece cumplirse el refrán que hay una excepción que confirma la regla y así el Acuerdo de la Universidad Autónoma en su art. 17 establece la compensación de gastos, si bien de forma velada:

La Universidad publicará una convocatoria anual para sufragar gastos proporcionales derivados del teletrabajo de acuerdo con el presupuesto anual.

Sobre la base de acuerdos marco, como el de las Universidades Catalanas (2021-2023), que luego cada una desarrollará o bien lo habían reglamentado con anterioridad, pero los

⁵⁰ THIBAUT ARANDA, J: *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*, Madrid, CES, 2000.

DE VAL ARNAL, J.J.: “La necesidad de una regulación del tele-trabajo”, *Acciones e investigaciones sociales*, ISSN 1132-192X, N° 7, 1998, págs.205-224.

⁵¹ Se puede consultar el informe en:

<https://www.uco.es/ugt/v2/index.php/9-articulos/trabajadores/2983-teletrabajo-uupp-sxxi>

acuerdos más recientes, no recogidos en el informe de la Sección Sindical UGT de la Universidad de Córdoba, como el de la Universidad de Murcia⁵², o bien la regulación de los acuerdos de los programas de teletrabajo propuestos por los responsables de determinados centro, departamentos, institutos y servicios de la Universitat Politècnica de València, como es necesario en todas las Universidades para establecer que puestos de trabajo no son necesariamente presenciales, se necesita ser más preciso sobre todo en la laguna que en todos los acuerdos nos aparece y por ello, en el futuro, habrá que regular el pago de los gastos ocasionados conforme al art. 12 de la LTD para cumplir con la Ley, y sobre todo para que esta forma de prestación de servicios no se convierta como se indica en la Reglamentación de la Universidad de Murcia que permite en su art 26 que podrá establecer, para todo el colectivo del personal de administración y servicios o para parte de él, la prestación de los servicios en la modalidad de teletrabajo por concurrencia de situaciones extraordinarias o excepcionales, como es el:

- e) Escenarios que puedan ser calificados como propios de crisis energética o análogos y que comporten la exigencia de procurar una contención adicional del gasto corriente.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA UNIVERSIDAD PRIVADA: UN MODELO CENTRAL TAMBIÉN PARA LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

Desde el I Cc de Universidades Privadas, Centros Universitarios y Centros de Formación de Postgraduados, (RCL 1997/110) hasta el VIII (RCL 2022/388), que regula las condiciones de trabajo de 33 Universidades privadas, con 33.279 trabajadores (PAS-PDI), se ha seguido la tendencia de la unidad de empresa a la hora de negociar las condiciones de un convenio, unificando al personal, si bien siempre sería mejor la negociación de los convenios franja: PAS, PDI y Personal Investigador.

Pero la verdad es que también en el ámbito de la Universidad Pública nos encontramos con un Cc, que rompe la tendencia y que recogía en su ámbito de aplicación a varias Universidades, de distintas CC.AA. Este es el Cc para el personal laboral de las Universidades de Extremadura, Murcia, Salamanca y Valladolid (BOE 23 Octubre 1998, págs.35.103-35.112) y que nos demuestra que posteriormente a su transferencia a las CC.AA. pudieron pactar las condiciones de trabajo y económicas del PAS laboral.

La seguridad jurídica, como principio básico del Estado de Derecho recogido por nuestra Carta Magna (art. 9.3) en el ámbito de la regulación de las Universidades en España, ha desaparecido. Como pueden ver y leer necesitamos una reordenación y nuestro Estado Autonomo no ayuda, y la disposición de la LOSU permitiendo a las CC.AA el establecimiento de complementos (art.76.3) nos sitúan en tal hipérbole regulatoria, que si bien esta no es el caso de la ley de Hubble-Lemaître de expansión del Universo, si que debemos retomar las riendas de una Administración y del Gobierno Estatal con competencias sobre la Universidad que impidan un caos normativo.

La teoría de la unidad de empresa⁵³ nos serviría para justificar un único convenio colectivo, si bien pudiera ser franjeado para PDI, PAS e Investigadores, y siguiendo el EBEP (art. 38.8) poder establecer un pacto o Acuerdo sobre materias comunes para el personal funcionario y laboral. Pero el fin es el mismo, unificar y dar seguridad jurídica.

⁵² Reglamente sobre la prestación de servicios en modalidad no presencial mediante la fórmula del teletrabajo por el personal de administración y servicios de la Universidad de Murcia, este Rectorado, BORM, N° 37, miércoles 15 de febrero del 2023.

⁵³ Sobre el tema, RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo”, *Revista de Política Social*, ISSN 0034-8724, N° 84, 1969, págs. 5-41.

II. CONCLUSIONES

PRIMERA: La LOSU, en el art. 87 (Retribuciones del personal docente e investigador laboral), art. 89 (funciones, perfiles y cualificación del PAS), art 91 (Selección) y el art. 93 (Retribuciones) llama a la negociación colectiva, pero la cuestión es: ¿Hay algo que negociar en el marco de las Universidades Públicas una vez transferidas, éstas, a las Comunidades Autónomas?

El art. 93 de la LOSU establece los linderos de la negociación en materia retributiva, y por ello se deberían negociar por la representación sindical de los trabajadores y funcionarios los acuerdos económicos de los programas de financiación de la Universidad Pública con las Comunidades Autónomas.

Y todo ello, porque a la hora de negociar el Convenio Colectivo o en su caso los pactos y acuerdos de los funcionarios el verdadero empleador y quien tiene la disponibilidad de los presupuestos son los ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Por ello, nos guste más o menos, el empleador del personal de las Universidades Públicas son los ejecutivos de las CC.AA y del Estado .

SEGUNDA: El registro de la jornada del PDI, los premios de jubilación del PAS tanto funcionarios como laborales, y la regulación del teletrabajo son contenidos de la negociación colectiva que requieren un esfuerzo por los negociadores, tanto del lado de la CC.AA como del de los representantes, pero siempre articulando soluciones que no nos lleven a una interpretación de los tribunales que, por lo visto hasta ahora, han dinamitado la autonomía colectiva con unas interpretaciones de la Leyes de Presupuestos y de la obligación de registro del art. 34.9 del LET.

Por otro lado, en la regulación del trabajo a distancia no se ha entrado, salvo en el caso de la Universidad Autónoma de Madrid y no con un contenido propiamente normativo sino más bien de carácter obligacional por la escasez de precisión, a regular el pago de los gastos ocasionados en el domicilio a la hora de realizar las tareas (luz, agua, calefacción, aire acondicionado, etc).

TERCERA: Es necesario articular una negociación para 191.248 servidores públicos de las Universidades Públicas (funcionarios y trabajadores), cuyo ámbito sea el estatal y que permitiera establecer unas condiciones mejores para el personal universitario y sobre todo sin dejar al margen al grupo de los Investigadores que parecen muchas veces el patito feo de las mesas negociadoras. El EBEP nos permite una negociación conjunta de los funcionarios y del personal laboral, pero también nos permite establecer si fuera necesario convenios franja, sobre todo pensando en los investigadores, ya que a veces este personal no se siente reflejado ni en el PAS ni en el PDI.

CUARTA: Los funcionarios, tanto del PDI como del PAS, tanto monta monta tanto, lema heráldico de los Reyes Católicos aquí enterrados en Granada, tienen que buscar las materias que se necesitan negociar y pactar en el marco del EBEP. La falta de negociación, sin duda, es debido al encorsetamiento de las retribuciones y de la jornada, pero no nos olvidarnos del arma otorgada a las CCAA para establecer los complementos autonómicos, que bien podrían ser iguales para todos, sin distinción de territorios, y sobre todo porque al final aunque existan 17 CCAA la Caja Presupuestaria sigue siendo única, aunque no se quiera entender.

QUINTA: Decía el Profesor Vida Soria que el *Modelo de las Instituciones de participación legal en la empresa (Título II) y el de Negociación y convenios colectivos (Título III) en el Estatuto (estaban) y están diseñados muy, muy, "a la medida de la situación de los interlocutores en su momento*⁵⁴, ahora en la LOSU se nos llama a la negociación colectiva, en cuatro ocasiones, pero no tenemos un modelo, ni una estrategia a seguir. Debemos intentar llevar

⁵⁴ VIDA SORIA, J.: "Todavía sobre el Estatuto de los Trabajadores (1020-2000)", *Temas Laborales*, núm.57, pág.31.

la negociación colectiva del Personal Universitario hacia el ámbito estatal tanto de laborales y funcionarios con el fin de aplicar la fuerza, en la negociación, de más de 190.000 trabajadores y funcionarios y con la idea de que la negociación conjunta nos permitirá seguridad y sobre todo mejores condiciones de trabajo. La autonomía colectiva puede permitirse abandonar el modelo seguido, por las transferencias de las mismas a las CC.AA. y buscar la negociación en el ámbito estatal. Si seguimos el modelo vigente el avance de la mejora en las condiciones de trabajo solo será posible en aquellas Universidades que estén en CCAA con mayores recursos y esto puede que nos lleve también a la concentración y fusión de las Instituciones Universitarias como medida para servir mejor a la Humanidad que es fin de la Universidad.

ANEXO I

	Dependencia Económica CC. AA.			Dependencia Económica del Estado		
	Funcionario	Contratado	Total	Funcionario	Contratado	Total
Pública	35.273	18.843	54.575	41.544	67.857	109.401
Pública Presencial	34.362	18.455	53.272	40.890	67.323	108.213
A Coruña	767	36	805	708	792	1.500
Alcalá	537	335	880	697	1.136	1.833
Alicante	1.405	35	1.441	955	1.460	2.415
Almería	471	11	483	532	414	946
Autónoma de Barcelona	1.024	1.047	2.072	875	3.412	4.287
Autónoma de Madrid	598	545	1.146	1.017	1.864	2.881
Barcelona	1.085	1.610	2.695	1.267	4.910	6.177
Burgos	223	134	357	317	541	858
Cádiz	486	390	877	719	1.074	1.793
Cantabria	384	251	637	468	813	1.281
Carlos III de Madrid	547	160	710	640	1.069	1.709
Castilla-La Mancha	1.132	25	1.160	1.091	1.494	2.585
Complutense de Madrid	1.616	1.884	3.503	2.341	4.360	6.701
Córdoba	466	272	873	678	867	1.545
Extremadura	754	145	900	854	1.098	1.952
Girona	418	279	697	303	1.400	1.703
Granada	2.401	164	2.566	2.195	1.525	3.720
Huelva	286	224	513	414	544	958
Illes Balears (Les)	608	59	667	459	1.339	1.798
Jaén	309	231	542	595	405	1.000
Jaune I de Castellón	582	47	641	522	817	1.339
La Laguna	347	453	802	783	912	1.695
La Rioja	263	16	280	242	234	476
Las Palmas de Gran Canaria	411	424	835	688	838	1.526
León	206	304	510	464	506	970
Leida	258	365	623	254	1.076	1.330
Málaga	736	685	1.423	1.233	1.428	2.661
Miguel Hernández de Elche	525	107	634	412	881	1.293
Murcia	1.176	69	1.246	1.100	1.747	2.847
Oviedo	588	466	1.058	1.212	1.016	2.228
Pablo de Olavide	293	97	390	343	825	1.168
País Vasco/UPV EHU	1.344	519	1.883	1.309	3.173	4.482
Politécnica de Cartagena	362	23	385	323	290	613
Politécnica de Catalunya	803	766	1.569	816	2.369	3.185
Politécnica de Madrid	810	919	1.730	1.483	1.313	2796
Politécnica de València	1.393	146	1.546	1.570	1.076	2.646
Pompe u Fabra	497	384	893	187	1.342	1.529
Pública de Navarra	315	175	505	305	714	1.064
Rey Juan Carlos	564	410	979	705	2.170	2.875
Rovira i Virgili	352	411	763	342	1.736	2.078
Salamanca	579	384	1.147	952	1.495	2.447
Santiago de Compostela	635	589	1.229	1.081	1.043	2.124
Sevilla	1.431	1.538	2.969	2.263	2.393	4.656
València (Estudi General)	1.946	187	2.135	1.875	2.741	4.616

	Dependencia Económica CC. AA.			Dependencia Económica del Estado		
	Funcionario	Contratado	Total	Funcionario	Contratado	Total
Valladolid	450	623	1.077	1.039	1.426	2.465
Vigo	422	443	869	763	945	1.708
Zaragoza	1.557	68	1.627	1.454	2.301	3.755
Publica No Presencial	762	291	1.053	654	354	1.008
UNED	762	291	1.053	654	354	1.008

Fuente: <http://estadisticas.mecd.gob.es/EducaDynPx/educabase/index.htm?type=pcaxis&path=/Universitaria/Personal/EPU20&file=pcaxis&1=s0>

**LA CORRELACIÓN ENTRE INSTRUMENTOS DE NEGOCIACIÓN
COLECTIVA FUNCIONARIAL Y LABORAL EN
LOS AYUNTAMIENTOS ANDALUCES**

JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y METODOLOGÍA
2. DOS RÉGIMENES JURÍDICOS QUE TIENDEN A ENCONTRARSE
3. EL REFLEJO DE LA VOLUNTAD UNIFICADORA EN EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO
4. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA LABORAL EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS APROBADOS EN LOS AYUNTAMIENTOS
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y METODOLOGÍA

1.1. Objeto

La dualidad de régimen jurídico aplicable a las personas que prestan servicios en las Administraciones públicas es una realidad compleja e intrincada que dificulta su tratamiento. Las reglas aplicables a las personas trabajadoras según se trate de personal funcionario o personal laboral difieren tanto en lo formal como en lo material. Si en el régimen de laboralidad el convenio colectivo se presenta como la norma fundamental en lo relativo a la regulación de las condiciones laborales a tenor de su cercanía a la realidad productiva y a las prerrogativas que adquiere por vía constitucional y legal, en lo que respecta al funcionariado el Estado conserva importantes competencias en la regulación del contenido básico de la prestación. Ello ha contribuido a que el mapa de la negociación colectiva pública se dibuje sobre un lienzo de heterogéneas instituciones, órganos y organizaciones intervinientes y una amalgama de productos normativos que conviven entre sí en ámbito que se solapa, acarreado su confluencia no pocos conflictos judiciales. Por otro lado, la importancia cuantitativa del empleo público local en nuestro país es indiscutible. De las 2.731.117 personas al servicio de las Administraciones Públicas en España, 531.850 (el 19,48%) lo hacen en Ayuntamientos¹. De entre ellas, 164.150 personas son funcionarias, 298.125 personal laboral y 69.575 se encuentran comprendidas en otro tipo de personal², lo que muestra una clara división en el sistema si tenemos en cuenta el vínculo jurídico de unión con la Administración Local. De estas personas dedicadas al servicio público, 115.751 lo hacen en Ayuntamientos de municipios andaluces³. En relación con todo lo anterior, la doctrina viene destacando, entre otras cuestiones, el “proceso de convergencia” que dirige hacia una confluencia común a la regulación del todo el personal de la Administración⁴ o, en el concreto caso de la negociación colectiva local, entre otras, a «la delimitación de la eficacia personal del convenio (la exclusión de determinados trabajadores de obra o servicio cuya contratación trae causa de una subvención)» o «una negociación muy homogénea en materia salarial»⁵, aspecto, esté último, que no sino consecuencia de la referida unión. En definitiva, se pone de relieve el desarrollo en la unificación de condiciones laborales entre ambos colectivos.

El objeto de este trabajo se centra en el estudio y en el análisis de conjunto de los instrumentos de negociación colectiva de los Ayuntamientos andaluces y pretende aproximarse a conocer, dentro de esa estructura, la relación existente entre la regulación prevista para el personal funcionario y el laboral para así reafirmar o descartar el proceso de confluencia anteriormente aludido. Más concretamente, se pretende el examen de los distintos pactos, acuerdos y convenios aprobados en el seno de estas instituciones para, sin perder de vista su naturaleza, conocer su aplicabilidad ya sea común o mixta para todo el personal al servicio de la Administración local, o independiente, para cada uno de los colectivos identificados. Esta indagación permite el acercamiento práctico a conflictos jurídicos en la actualidad acuciantes que afectan a esas regulaciones y, a la par, examinar posibles vías de mejora de los mismos. Asimismo, el estudio ofrece

¹ MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA: *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, Registro Central de Personal, Julio 2022, Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2022, p. 6.

² *Ibidem*. p. 8. En cuanto a la tipología de personal, el concepto “otro personal” comprende al personal eventual, personal funcionario interino y Personal funcionario de plazas no escalafonadas. Véase la p. 54 del informe citado.

³ *Ibidem*. p. 11.

⁴ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: “Algunas especialidades de la Negociación Colectiva (Laboral y Funcionario) en la Administración Pública”, en AA.VV. CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en la Administración Pública Andaluza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, p. 26.

⁵ GARCÍA BLASCO, J.: “La negociación colectiva en las administraciones públicas”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Serie Claves del Gobierno Local núm. 2, 2004, p. 216.

la posibilidad de apreciar la tendencia de la negociación colectiva en este ámbito tan particular y la adaptación -o no- de las normas paccionadas más novedosas a las nuevas previsiones contenidas para el régimen laboral en el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo* (RDL 32/2021, en adelante). Este trabajo no procura ser una revisión normativa y jurisprudencial sobre el régimen jurídico de la negociación colectiva en el ámbito local andaluz, sobre la materia nos remitimos a los excepcionales y cuidadosos estudios que referenciamos en el presente, sino que aspira a ofrecer al lector una panorámica de la realidad negocial en este ámbito, con concretos ejemplos y experiencias de aplicación de ese régimen normativo. Para ello, el presente se aborda siguiendo la metodología que a continuación se expone.

1.2. Metodología

Para la consecución de los objetivos propuestos con esta investigación, que en consonancia con el ámbito de las jornadas en las que se presenta los resultados obtenidos se limita a la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ha procedido a la identificación y búsqueda de los convenios colectivos, pactos y acuerdos de funcionarios o, en su caso, acuerdos marcos o acuerdos mixtos aplicables a ambos colectivos, vigentes en los Ayuntamientos andaluces de más de 25.000 habitantes. Esta segunda limitación se justifica, en primer término, por la homogenización de los resultados y la problemática encontrada y, a su vez, en la necesidad de restringir la muestra a un número de instrumentos que permitiera un análisis adecuado y riguroso de la información en el tiempo disponible entre el anuncio de la celebración de la jornada y el envío definitivo de esta ponencia específica. En este sentido, según el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía⁶, en el año 2023 son 59 los municipios que superan la precitada cifra de habitantes, de los cuales se ha pretendido analizar los instrumentos de negociación colectiva antes mencionados. La relación de municipios, ordenada por número de habitantes, es la que sigue: Sevilla (capital), Málaga (capital), Córdoba (capital), Granada (capital), Jerez de la Frontera, Almería (capital), Marbella, Huelva (capital), Dos Hermanas, Algeciras, Cádiz (capital), Jaén (capital), Roquetas de Mar, San Fernando, Mijas, El Puerto de Santa María, El Ejido, Chiclana de la Frontera, Vélez-Málaga, Fuengirola, Alcalá de Guadaíra, Estepona, Benalmádena, Sanlúcar de Barrameda, Torremolinos, La Línea de la Concepción, Motril, Linares, Utrera, Rincón de la Victoria, Mairena del Aljarafe, Lucena, Alhaurín de la Torre, Puerto Real, Antequera, Écija, La Rinconada, Los Palacios y Villafranca, Andújar, Úbeda, Ronda, San Roque, Níjar, Arcos de la Frontera, Coria del Río, Puente Genil, Rota, Carmona, Lepe, Cártama, Lebrija, VÍcar, Camas, Morón de la Frontera, Almuñécar, Alhaurín el Grande, Almonte, Tomares y Adra.

La identificación y búsqueda de los instrumentos de negociación colectiva se ha iniciado desde la página web y el buscador que brinda el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales⁷. A partir de dicha fuente se ha podido localizar la mayoría de los convenios colectivos aplicables al personal laboral de los Ayuntamientos analizados, a excepción de los más antiguos en el tiempo. Cuando la búsqueda en el referido portal era infructuosa, se ha utilizado las bases de datos Vlex e Iberley. En los casos en los que tras el empleo de tales aplicaciones no se arrojaban datos, se ha realizado una búsqueda genérica en los portales tradicionales de internet. Siguiendo esta metodología se han localizado todos los instrumentos que se pretendían a excepción de los siguientes (12) -ordenados por

⁶ INSTITUTO DE ESTADÍSTICA Y CARTOGRAFÍA DE ANDALUCÍA: *Padrón Municipal de Habitantes. Cifras oficiales de población municipal*, Serie de población por municipio de residencia según sexo, 2023.

⁷ <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/mapaNegociacionColectiva/buscarConvenios!visualizarVistaBuscadorConvenios.action? Pulsado=1>

municipios de mayor a menor población-: el Convenio relativo a las Condiciones de trabajo de Funcionarios y Personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de Algeciras, los instrumentos vigentes en el Ayuntamiento de Vélez-Málaga⁸, el Acuerdo de Funcionarios vigente en Estepona, Sanlúcar de Barrameda y Linares, ambos instrumentos del Ayuntamiento de Torremolinos, de Lucena y de Puerto Real, el acuerdo de funcionarios de Écija, ambos instrumentos de Lepe y Cártama, y el Convenio colectivo vigente en Almonte. Adicionalmente, constatada la imposibilidad de encontrar los instrumentos reseñados, se ha solicitado a los referidos municipios en fecha 2 de septiembre de 2023, a través del correo electrónico publicado en la página web de las distintas corporaciones, información sobre el particular, así como los datos de publicación en los distintos Boletines Oficiales. La única respuesta recibida ha sido la del Ayuntamiento de Lucena en fecha 4 de septiembre de 2023, remitiendo por la misma vía el BOP Córdoba de 26 de junio de 1999, en el que se publicó el Acuerdo Marco por el que se rigen las relaciones entre el Ayuntamiento de Lucena y el personal a su servicio. En cuanto a la causa de la imposibilidad de hallar las citadas normas se estima que es debido principalmente a la falta de transparencia de los municipios⁹, que no publican en los portales la normativa aplicable a su personal, a la antigüedad de tales instrumentos, y a una posible falta de publicidad legal¹⁰. En último término, se ha obtenido una muestra total de 94 instrumentos, la cual se entiende suficientemente significativa. La media de los años de publicación de los instrumentos analizados arroja un resultado de 2013, siendo los más longevos los aprobados para el Ayuntamiento de Carmona (1990) y el más moderno el Acuerdo de funcionarios del Ayuntamiento de Cádiz (julio de 2023).

2. DOS RÉGIMENES JURÍDICOS QUE TIENDEN A ENCONTRARSE

2.1. La distinción de marcos normativos: libertad de pactos *versus* intervencionismo legal

El reconocimiento constitucional a la negociación colectiva de los empleados públicos laborales es del todo incuestionable, puesto que así lo marca claramente nuestra norma suprema, sin embargo, la cuestión no es del todo nítida en lo referente a los vínculos en régimen funcional o estatutario¹¹, habiendo mantenido tradicionalmente la

⁸ En este supuesto si se ha localizado la prórroga de la vigencia del convenio colectivo del personal laboral y acuerdo colectivo de funcionarios de este Ayuntamiento (BOP Málaga de 2 de octubre de 2013).

⁹ Resulta de aplicación a estos efectos las normas de transparencias a las que se encuentran sujetas las entidades locales. Si bien a nivel estatal la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, no hace mención expresa a la obligatoriedad de transparencia en este concreto asunto, en el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza el artículo 10.i) de la *Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía* incluye que las entidades sujetas a su ámbito de aplicación publicarán los “acuerdos o pactos reguladores de las condiciones de trabajo y convenios colectivos vigentes”.

¹⁰ A luz de la jurisprudencia la publicación (publicidad) del convenio, lo que se considera extensible en el caso que nos atañe a los pactos o acuerdos no es requisito determinante de la validez del mismo (SAN núm. 69/2009, de 26 junio [AS 2009\1729], especialmente los de ámbito igual o inferior a la empresa, que «pueden ser difundidos y conocidos, desde luego de forma inmediata y completa por las representaciones negociadoras de empresa y trabajadores y de igual forma por todos éstos, sin necesidad de publicación oficial» (STSJA Sevilla núm. 2916/1996 de 23 de septiembre [AS 1996\4881]) aunque la misma actúa como presunción de legalidad del mismo (STC núm. 151/1994 de 23 de mayo [RTC 1994\151]). En este sentido, numerosos pactos revisados en este estudio, en la inmensa mayoría de casos acuerdos o pactos de funcionarios y principalmente los extraídos de las páginas webs de los Ayuntamientos, no contienen referencia alguna al Boletín Oficial de publicación. Para GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “La entrada en vigor del convenio colectivo estatutario”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 143, 2009 (Online: Aranzadi BIB 2009\790), del cumplimiento de la exigencia legal de publicidad oficial depende la validez del mismo.

¹¹ Como han puesto de manifiesto varios autores, hasta no hace demasiado el derecho constitucional a la negociación colectiva de los funcionarios públicos era controvertida. En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M^a N.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Delimitación jurídica del derecho a la negociación colectiva en el sector público. El reconocimiento de un sistema (peculiar) de negociación colectiva en el

doctrina mayoritaria una postura contraria al reconocimiento constitucional¹². Dicho esto, parece que de la evolución de la doctrina jurisprudencial y científica se desprende cada vez más un criterio favorable a la aplicación del derecho constitucional a la negociación colectiva a todos los empleados públicos a través del contenido esencial de la libertad sindical *ex art. 28.1 CE*¹³. Pero, en cualquier caso, esta cuestión que se incardinaria en el bloque constitucional comprendido por los artículos 7, 28, 37 y 103 no es más que una muestra más de la distancia entre estos regímenes jurídicos bien diferenciados que regula el ejercicio colectivo de este derecho constitucional.

Si descendemos al desarrollo legal, el derecho a la negociación colectiva se despliega para el personal funcionario con las reglas básicas del Estado previstas en los artículos 31 y ss. TREBEP así como las normas autonómicas que se hayan podido dictar dentro de este marco, siendo asimismo aplicable dichas normas al personal laboral, las cuales se complementadas para este colectivo con las dispuestas en el título III ET. En este sentido, el artículo 31 TREBEP reconoce en su apartado primero el derecho de los empleados públicos, sin distinción, a la negociación colectiva y, seguidamente, en su segundo apartado la define como “el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública”. Este reconocimiento *ex lege* tiene, cómo no, cobertura en las normas constitucionales citadas y permite el establecimiento de reglas que regulen las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos mediante un procedimiento de negociación colectiva (aunque más rígido que en el ámbito laboral) que finaliza con un producto legal con un margen de disponibilidad más reducido que el convenio colectivo. La regulación de la gestión del personal de las Administraciones Públicas se procura mayoritariamente a la Ley -o a su estatuto *ex art. 103.3 CE-*, lo que se ha denominado como “imposición heterónoma”, considerándose ello “garantía de seguridad jurídica”¹⁴. Prueba de la potenciación de la Ley en este concreto ámbito es la eficacia limitada de la negociación colectiva, sin que en la actualidad disponga siquiera la Administración General del Estado de acuerdo que regule las condiciones de sus funcionarios a nivel general, lo que se hace extensible a muchas autonomías, entre ellas Andalucía. En el caso del sector público en régimen de laboralidad la situación es distinta, siendo aquí más frecuente la negociación¹⁵. Y en ello influye que el contenido de la negociación colectiva para el personal laboral resulte de la conjunción de las previsiones del TREBEP pero también de las normas aplicables al régimen laboral que, como es sabido, parte del principio de la autonomía de la voluntad (colectiva, en este caso). Esta unión se reafirma con lo dispuesto en su artículo 32 que expresa que «la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral

empleo público”, en AA. VV. GARCÍA BLASCO, J. (Dir.), *La negociación colectiva en el sector público*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, colección informes y estudios, serie Relaciones Laborales núm. 116, Madrid, 2019, pp. 33 y 34. Los referidos autores aluden a la doctrina constitucional, en sentencias 57/1982, de 27 de julio (fj. 9) y 85/2001, de 26 de marzo, en la que se manifiesta que esta cuestión es de legalidad ordinaria.

¹² Entre otros, apoyándose en la jurisprudencia constitucional, GARCÍA BLASCO, J.: *La negociación colectiva... op. cit.* p. 212, que admitía entonces que se estaba ante “una de las cuestiones pendientes”. Recientemente, en el mismo sentido, VÁZQUEZ BELTRÁN, A.: La negociación colectiva como respuesta a las reformas que el empleo público necesita, *Revista De Trabajo Y Seguridad Social, CEF*, núm. 475, 2023, p. 62.

¹³ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., et al., *La negociación colectiva... op. cit.* pp. 38 y ss, siguiendo la doctrina constitucional expresada en la STC 224/2000, de 2 de octubre, que advertía de las modulaciones del reconocimiento del derecho de libertad sindical en el ámbito funcionarial en atención a sus peculiaridades propias, lo que no significa que la negociación colectiva configurada legalmente «no quede integrada en el contenido del derecho de libertad sindical». En 2005 advertía el profesor CRUZ VILLALÓN de las incertidumbres de la doctrina constitucional contraria al reconocimiento expresando y no descartaba «que de futuro pueda matizar este criterio» si se tenía en consideración que era un pronunciamiento *obiter dicta*. Vid. CRUZ VILLALÓN, J., *Algunas especialidades... op. cit.* p. 23.

¹⁴ Son palabras de VÁZQUEZ BELTRÁN A. *La negociación colectiva... op. cit.* p. 51.

¹⁵ Siguiendo los ejemplos del párrafo anterior, se menciona el convenio aplicable a la AGE, aprobado por *Resolución de 16 de enero de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de modificación parcial del IV Convenio colectivo único para el personal de la Administración General del Estado y, en el ámbito de la Junta de Andalucía, el VI Convenio colectivo del personal laboral de la administración general de la Junta de Andalucía.*

se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación».

Fruto de la dualidad que se viene exponiendo surgen puntos de conexión, pero también divergencias. En este sentido, se puede hacer alusión a lo estético, si tenemos en cuenta la distinta denominación de los instrumentos que son fruto de la negociación colectiva (los pactos y acuerdos que regula el artículo 38 TREBEP), pero también a lo material, que viene provocado por la mayor extensión de la normativa laboral¹⁶, lo que crea disparidades en el contenido negocial, además de exclusividades y exclusiones que finalmente contempla para uno y otro régimen el TREBEP¹⁷. Incluso el orden jurisdiccional competente para dirimir las controversias en uno y otro ámbito es distinto, quedando reservadas al contencioso administrativo las acciones relativas a los funcionarios y al social las referentes al personal laboral¹⁸. Ahora bien, también en el ámbito de lo público se irradian limitaciones a la negociación colectiva laboral, siendo la más paradigmática la sujeción de los incrementos salariales a los márgenes de las leyes presupuestarias o, de la misma manera, las fórmulas de provisión de personal, todo ello sin perjuicio de que las condiciones contractuales surjan en su inmensa mayoría de las fuentes laborales.

La anteriormente referida competencia exclusiva estatal en materia del régimen estatutario de los funcionarios públicos impide la regulación por estas de un régimen sustantivo propio¹⁹. Ello no obsta a que no las mismas no tengan potestad legislativa alguna para ordenar su función pública. Y, a este respecto, a tenor del ámbito territorial al que se circunscribe esta investigación se ha de hacer referencia a la *Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, que “contradice” al texto constitucional al calificar como competencia compartida el “régimen estatutario de su personal funcionario y estatutario, así como de su personal laboral” (art. 47.2.1º)²⁰. Como se aprecia, esta incongruencia es doble, puesto que, si bien plantea problemas en lo que respecta al régimen funcional, en lo referente al régimen laboral la colisión con la norma constitucional es manifiesta, al atribuir está en su artículo art. 149.1.7 CE la competencia exclusiva al Estado en materia de “legislación laboral”, eso sí, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”. Obsérvese, sin embargo, que la previsión estatutaria andaluza no alcanza al personal funcional o laboral que prestan servicios en entidades locales toda vez que se extiende únicamente a su aplicación a “su” personal funcionario y “su” personal laboral. En el ámbito territorial que nos ocupa el conflicto jurídico se aplaca por la remisión expresa del Estatuto andaluz vía artículo 76 a la precitada norma constitucional.

¹⁶ Recuérdese en este sentido, como se viene exponiendo, que el artículo 7 TREBEP establece que “el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”.

¹⁷ Otros ejemplos, que no se abordan con detenimiento por cuestiones de extensión, serían la delimitación subjetiva y la legitimaciones de las mesas de negociación (arts. 33 y 34 TREBEP) que difieren de la configuración flexible que promulga el ET al respecto (art. 83) o la influencia de los principios que guían la negociación colectiva de los funcionarios públicos ex art. 33.1 TREBEP que establece que “estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia”. También el ámbito material (materias obligatorias o excluidas) de los convenios colectivos (art. 85 ET) y de los acuerdos y pactos funcionariales es distinto (art. 37 TREBEP).

¹⁸ En virtud, en esencia, de las normas rituarías contencioso-administrativa y laboral. No obstante, en la norma adjetiva laboral se producen atribuciones de competencias en materias específicas aun cuando afecten a personal funcionario, verbigracia las que conciernen a la prevención de riesgos laborales, contemplada en el art. 2.e) *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*.

¹⁹ La disposición final segunda TREBEP dispone que «Las previsiones de esta ley son de aplicación a todas las comunidades autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución».

²⁰ Sobre esta incorrección véase MARÍN ALONSO, I.: “La estructura de la negociación colectiva en la administración pública andaluza”, *Temas laborales*, Vol. II. núm. 100, 2009, p. 711.

Si revisamos la normativa andaluza en lo referente al reconocimiento de la negociación colectiva de los funcionarios, la reciente *Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía*²¹, separándose de la línea que marcaba su antecesora, incorpora reglas específicas al respecto, aunque las mismas no son significativas atendiendo a las continuas remisiones a las normas fijadas en el régimen estatal básico. En este sentido, su título VII, que se denomina “derecho a la negociación colectiva y representación. Solución extrajudicial de conflictos”, incorpora expresamente el derecho a la negociación²². Se puede decir, por tanto, que la negociación colectiva en el ámbito de la comunidad andaluza está regida en lo que respecta a los funcionarios por la legislación estatal básica y la legislación autonómica, la cual no incorpora diferencias notables.

Volviendo al panorama general, las diferencias en cuanto a la estructura de la negociación del régimen laboral y funcionarial tienen impacto en los instrumentos finales, observándose en la práctica distintas opciones que de seguido se comentan. Cabe destacar ahora que todas ellas, cuando regulen condiciones de trabajo comunes para el personal laboral y funcionario parten de la misma fuente material: la Mesa General de Negociación. La creación de esta Mesa General, que ha de constituirse según el artículo 36.3 TREBEP tanto en la Administración General del Estado, en cada una de las comunidades autónomas, en las ciudades de Ceuta y Melilla y en las entidades locales, fue «una de las novedades más importantes introducidas en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público tendente a facilitar la negociación colectiva en el ámbito local»²³. Y está permitida centralización de la negociación origina un tercer foro negocial (que se une al habilitado en exclusiva para el personal funcionario y al previsto para el laboral en el ET), resultando *a priori* el único órgano competente para concertar cuestiones comunes. La existencia de este foro *ex lege* permite superar algunos problemas y límites que surgen de la confluencia de los dos regímenes que venimos comentando, como los relativos a las diferencias de los sujetos legitimados. Otros, sin embargo, son infranqueables, por lo que la negociación ha de acomodar sus límites al régimen que plantea más restricciones²⁴ o, en su caso, finalizar con dos instrumentos distintos que se aprueben en cada uno de los ámbitos. Pero, también, esta invención crea “efectos perturbadores” sobre el modelo, que pivotan principalmente respecto a la especial exigencia de representatividad sindical y la marginación de las organizaciones sindicales con presencia en uno solo de los ámbitos²⁵. Como a continuación se expone, de la práctica se desprende el interés de las entidades locales por regular las condiciones laborales del personal laboral y funcionario de forma uniforme dando lugar a: acuerdos mixtos, directamente aplicables a personal laboral y funcionarios, por igual; la aparición de dos instrumentos distintos (convenio y acuerdo) pero con un contenido idéntico o equivalente; y, por último, a la existencia de varios instrumentos con contenido dispar dependiendo del régimen jurídico aplicable²⁶.

²¹ Esta norma es de aplicación a las entidades locales en tanto comprende, según su artículo 3.1.d) a “El personal al servicio de las Administraciones locales del territorio de Andalucía y de las entidades públicas dependientes de las mismas, con respeto en todo caso a la autonomía local y a la legislación básica estatal de aplicación directa al régimen específico de la función pública local”. Téngase presente que la Ley que comentamos no entrará en vigor, en virtud de su disposición final quinta, hasta el 14 de diciembre de 2023.

²² Se insiste en que sin incluir ninguna novedad destacable. Lo propio se desprende de la exposición de motivo de la norma que expresa al respecto lo que sigue: “en el capítulo II se establece la estructura de la negociación colectiva en el ámbito autonómico de Andalucía, constituida por las Mesas de Negociación reguladas en la normativa estatal de carácter básico”.

²³ MAURI MAJÓS, J.: “Negociación colectiva y función pública local”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Cuadernos de Derecho Local, octubre 2022, p. 232.

²⁴ Puesto que «el ámbito y límites de la autonomía colectiva laboral son sustancialmente menos restrictivos que los de la negociación colectiva funcionarial, aquélla puede actuar dentro del marco de esta última». ROQUETA BUJ, R.: *Negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Locales*, Cemci, Granada, 2013, p. 29.

²⁵ Véase un análisis reciente sobre estos efectos en MAURI MAJÓS, J., *Negociación colectiva... op. cit.* pp. 234 y 235.

²⁶ Estas prácticas negociales que en este trabajo se identifican corresponden con las tipologías descritas por MARÍN ALONSO, I.: *La negociación... op. cit.* p. 245 y ss.

2.2. Instrumentos únicos o de contenido equivalentes para laborales y funcionarios

En este primer apartado de análisis de los instrumentos de negociación colectiva aprobados en el seno de los Ayuntamientos de la muestra se identifica a aquellos que armonizan las condiciones de trabajo del personal laboral y funcionario, lo que se puede hacer por una doble vía: mediante la aprobación de un texto único que acoja la regulación de ambas categorías de empleados públicos, o con la vigencia de dos textos diferenciados, uno para cada una de estas categorías, pero que contenga sustancialmente la misma regulación. Estas posibilidades no solo configuran un panorama armonizado en lo que respecta a las condiciones laborales del personal laboral y funcionario que conviven en una misma entidad, sino que evidencia otras particularidades de interés para este estudio, como es la negociación conjunta de las condiciones laborales de los empleados públicos, “eludiendo” las reglas relativas a los sujetos negociadores en uno y otro lado que se acaban de referenciar. Con todo, repárese en que este proceso de “simbiosis” entre regímenes no es exclusivo de las normas paccionadas, sino que vienen alentadas desde la política legislativa²⁷.

Si nos detenemos en los instrumentos objetos de la muestra se observa como 7 de 50 municipios analizados²⁸ regulan las condiciones de trabajo del personal laboral y funcionario en un único texto, de aplicación, por tanto, «a todo empleado público que preste sus servicios» en el Ayuntamiento²⁹. En estos se aprecia la diversidad en cuanto a su denominación, lo que quizás venga provocado por lo confuso de su naturaleza. En este sentido, se vienen titulando como “convenio único”, “acuerdo-pacto”, “acuerdo marco”, etc.

El acomodo jurídico de esta posibilidad parece hoy incuestionable. Pese a la inexistencia de una norma que expresamente declare admisible un mismo texto jurídico con la virtualidad de ser aplicado a uno y otro colectivo, tampoco hay ningún precepto que lo prohíba. Pero, es más, el artículo 38.8 TREBEP sí aborda esta cuestión de manera tangencial al establecer que «los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores

²⁷ A modo ejemplificativo, se señala la reciente reforma de los permisos que de forma idéntica se realiza por el RDL 5/2023 tanto en el art. 37 ET como en el art. 48 TREBEP. Ya se anunciaba este acercamiento legal en relación con los estatutos individuales en MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Comares, Granada, 1999, pp. 70 y ss.

²⁸ Los siguientes: Convenio único de los/as empleados/as del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba 2008-2011 (s. d. BOP, con acuerdo de prórroga publicado en el BOP Córdoba de 31 de octubre de 2012), Convenio Colectivo Provincial de Trabajo del Ayuntamiento de Roquetas de Mar para los años 2015 a 2018 (BOP Almería de 30 de octubre de 2015, Acuerdo-Pacto de los funcionarios del Ayuntamiento de Motril y Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Motril (edicto en BOP Granada de 15 de octubre de 2009), Acuerdo Marco para regir las relaciones entre este Ayuntamiento y el personal a su servicio (BOP Córdoba de 26 de junio de 1999), Acuerdo marco del Ayuntamiento de puente Genil (BOP Córdoba de 27 de marzo de 2006), Acuerdo de condiciones laborales - Convenio Colectivo del personal laboral y pacto del personal funcionario de los empleados públicos del Ayuntamiento de Vicar para los años 2017-2019 (BOP Almería de 26 de marzo de 2018). Por otro lado, pese a que no se han localizado ni convenio ni acuerdo como tales de los Ayuntamientos de Algeciras y Vélez-Málaga, se han encontrado alguna referencia a ellos en sentencias (en el primero de los casos) o en el BOP de la provincia a raíz de un acuerdo de prórroga (en el segundo) que nos lleva a concluir que en ambos supuestos se le otorga un tratamiento uniforme, en el mismo texto, que venimos comentando: Convenio relativo a las Condiciones de trabajo de Funcionarios y Personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de Algeciras Prorroga de la vigencia del convenio colectivo del personal laboral y acuerdo colectivo de funcionarios de este Ayuntamiento (BOP Málaga de 02 de octubre de 2013). Es por ello por lo que, pese a que se ha podido analizar por completo los datos de 48 entidades, en este supuesto se incluyen las estadísticas de 50.

²⁹ Esta fórmula es la utilizada por el acuerdo del Ayuntamiento de Vicar, siendo frecuente la misma junto con la mención expresa de los colectivos incluidos: personal funcionario y personal laboral. Véase en este sentido, entre otros, el artículo 2.1 del Convenio único de los/as empleados/as del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba 2008-2011 (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008) que dispone lo siguiente: «Será de aplicación el presente Convenio: a) A los/as empleados/as en Régimen Laboral del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba. b) A los/as funcionarios/as, de carrera, interinos/as y en prácticas del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba».

para el personal laboral». Como se puede apreciar, se admite la existencia de “Pactos y Acuerdos” que, respetando el ámbito material que contempla el apartado anterior, versen sobre materia laborales comunes al personal funcionario y laboral. Obsérvese que, además, esta norma dota de una particular naturaleza híbrida a estos “Pactos y Acuerdos”, ya que según al colectivo al que se dirija en su aplicación «se estará a lo previsto» en el citado artículo o se ha de considerar como un convenio con los efectos previstos en el art. 83 ET. Todo ello se traduce en que no existe exigencia legal alguna de que las condiciones laborales de funcionarios y trabajadores se hayan de plasmar en distintos textos. Al contrario, si son comunes se aplicarán directamente a todo el personal sin necesidad de que sean incorporadas en convenios colectivos³⁰, puesto que a estos textos mixtos se le arrogan los mismos efectos.

Pero esta posibilidad que hoy parece que se admite sin ambages era discutida en tiempos pasados, eso sí, bajo otros mimbres jurídicos. Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993 [RJ 1993\7544]³¹ que, siguiendo la línea ya mantenida por el Alto Tribunal, descartaba la validez de estos pactos unitarios. Si bien con posterioridad, una vez reconocido el derecho de negociación a los funcionarios, se llegó a admitir la posibilidad de una negociación conjunta, los frutos de la misma habían de materializarse en textos normativos distintos³². Esta cuestión provocó que las Corporaciones locales tuvieran que «abandonar estos acuerdos mixtos para proceder a esta negociación uniforme, aunque formalizada en dos documentos separados³³». A mayor abundamiento, existen en la actualidad opiniones críticas con esta práctica fundamentadas en la composición de la Mesa común, que «es estrictamente sindical, lo que orilla al completo la capacidad negociadora del Comité de Empresa o delegados de personal laboral³⁴».

Entrando en detalles concretos sobre supuestos de regulación conjunta o común, se observa como uno de los Ayuntamientos de la muestra, el de Jerez de la Frontera, venía regulando de esta forma la relaciones con las personas empleadas en su seno. Este texto único, aún en vigor en su totalidad -aunque ahora con efectos exclusivos para el personal laboral- se titula “Acuerdo-convenio sobre las condiciones de trabajo comunes del personal funcionario y laboral del ayuntamiento de jerez para el periodo 2013-2015” (BOP Cádiz de 10 de diciembre de 2013). Recientemente la regulación aplicable al

³⁰ ROQUETA BUG, R.: “La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del comité de empresa en la negociación de la mesa de materias comunes”, *Federació de Municipis de Catalunya, Seminari sobre relacions col·lectives*, 2008, (online), p. 9.

³¹ En la citada resolución se reconoce la «peculiaridad de un pacto aplicable globalmente a un colectivo que está sujeto a sendos ordenamientos sustantivos netamente diferenciados» y centra el objeto de debate en «determinar si los respectivos ordenamientos de la negociación colectiva (el de las relaciones estatutarias de los funcionarios públicos y el de las relaciones laborales de los trabajadores) ofrecen entre sí el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria bajo forma contractual». Termina concluyendo la «inviabilidad de una articulación unitaria del pacto que abarque conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral». La doctrina constitucional anterior a la Ley 9/1987 ya declaraba la nulidad de estos acuerdos con base en el “carácter estatutario de la relación funcional y a la falta de regulación en este ámbito de la negociación colectiva”. Vid. ROQUETA BUJ, I., *La negociación... op. cit.* p. 9.

³² Esto no impedía que la doctrina manifestase la conveniencia de un mecanismo de institucionalización de los fenómenos de negociación conjunta desde una perspectiva de *lege ferenda*. Vid. CRUZ VILLALÓN, Algunas especialidades... op. cit. p. 38.

³³ CALVO GALLEGO, F. J.: “La negociación colectiva en las Administraciones locales andaluzas”, en AA. VV. CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en la Administración Pública Andaluza, Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2005, p. 579. En el mismo sentido, MARÍN ALONSO, I.: *La negociación... op. cit.* p. 230.

³⁴ BOLTAINA BOSCH, X.: El personal laboral de la Administración y del Sector Público Local. Algunos puntos críticos de la gestión técnico-jurídica, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V, Wolters Kluwer (online), 2019. Como expresa el autor, en la práctica lo “común” es cualquier materia y “lo no común” la excepción en estos casos, sucediendo en las administraciones locales una negociación permanente, «una rueda de reuniones permanentes sobre infinidad de temas, hasta el punto de la Mesa de funcionarios o la Comisión laboral ha dejado de funcionar en el ámbito negociador».

personal funcionario se emancipó en el Acuerdo Regulador sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Jerez de 24-06-2021 a 31-12-2024 (BOP Cádiz de 7 de enero de 22). Cabe también destacar singularidades en el caso de Arcos de la Frontera. En el reciente Convenio colectivo relativo al Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera de 1 junio 2022 a 1 enero 2026 (BOP Cádiz 8 noviembre 2022) el ámbito personal es claro: su artículo 3 establece que resulta de aplicación a «todo el personal laboral que preste servicio en el Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera». Sin embargo, las referencias al personal funcionario a lo largo del texto son reiteradas, incluso en algunos pasajes es exclusiva, sin que se contengan indicaciones referidas a las personas contratadas en régimen laboral, como por ejemplo en el supuesto de los permisos retribuidos³⁵. Con todo, si se observa el “Reglamento regulador del plus de productividad y los servicios extraordinarios” que sigue al texto de convenio, este sí resulta aplicable a «a todos los empleados públicos que presta servicio para el Excmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera»³⁶. Esta disparidad en el ámbito personal puede evidenciar una negociación conjunta, así como la paridad de condiciones laborales de unos y otros, lo que se reafirmaría con las remisiones al régimen retributivo de la que se dará cuenta con posterioridad.

Pero lo que sin duda es la práctica más frecuente, con diferencia, en los municipios objetos de estudio, es la existencia de instrumentos distintos para personal funcionario y laboral pero que plasman acuerdos que son idénticos o muy similares en lo sustancial.

En este sentido, se puede encuadrar en esta categoría a 35 de los 48 municipios analizados. La frecuencia de los entes públicos locales cuyas relaciones con los empleados públicos se determinan en estos “procesos de convergencia”³⁷ es más que significativa. Si bien solo 3 de estos textos son idénticos³⁸, lo ordinario es una variación simple, que suele producirse básicamente en utilización de las nomenclaturas propias de cada régimen³⁹, siguiendo ambos textos una misma estructura⁴⁰. Indicio claro de

³⁵ Si bien el artículo 16 inicia expresando que «se reconocen los siguientes permisos retribuidos a los trabajadores que prestan servicio en la Entidad Local», en la concreción de alguno de ellos las menciones son únicamente dirigidas al funcionariado, verbigracia el apartado h), que dispone: «Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda».

³⁶ Véase el artículo 2 del mentado Reglamento.

³⁷ En este sentido PRADOS DE REYES, F. J.: “Relaciones laborales y Administración pública: problemática de la negociación colectiva en los entes públicos locales”, en AA.VV. PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía*, Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla, 2007, p. 31. Destaca el autor que estas experiencias se han localizado precisamente en los entes públicos locales.

³⁸ Convenio Colectivo para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de la Línea de la Concepción (BOP Cádiz de 31 de enero 2019) y Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del Personal funcionario del Ayuntamiento de La Línea (BOP Cádiz de 6 de junio de 2019) o Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Utrera (BOP Sevilla de 9 de julio de 2019) y Acuerdo sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario (BOP Sevilla de 10 de mayo de 2019). Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para los años 2008-2010 de la empresa Ayuntamiento de Níjar, personal laboral (BOP Almería de 9 de marzo de 2009) y Pacto de Funcionarios del Ayuntamiento de Níjar para el periodo trienal 2008-2010 (BOP Almería de 3 septiembre de 2008).

³⁹ Véase en este sentido el Convenio regulador de las relaciones entre la corporación y el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Granada del año 2016 (s. d. BOP) y el Acuerdo regulador de las relaciones entre la corporación y el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Granada (BOP Granada de 6 de abril de 2016). Prueba de ello es el desarrollo del artículo 31.2 de ambos que se efectúa en un mismo texto en el BOP de 6 de febrero de 2022. Repárese, en cuanto a las diferencias, en la regulación de las juntas de personal en el art. 52 del acuerdo y el comité de empresa en el art. 51 del convenio. En análogas circunstancias, en el municipio del Puerto de Santa María, el Convenio Colectivo del personal laboral del Excmo. Ayuntamiento para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 (BOP Cádiz de 11 de marzo de 2010) y el texto de los acuerdos que regulan las condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio del Excmo. Ayuntamiento de el Puerto de Santa María durante los años 2008 a 2011. En el caso del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre, la diferencia más significativa entre uno y otro es la introducción de un artículo en el acuerdo de funcionarios, el 21, destinado a la jornada de la Policía Local. Véase en este sentido el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre desde el 30 de julio de 2021 al 29 de julio de 2024 (BOP Málaga de 8 de octubre de 2021) y el Acuerdo Colectivo para el personal estatutario del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre con la misma vigencia (s. d. BOP).

⁴⁰ Entre muchos otros, Convenio Colectivo de Trabajo que afecta al personal laboral del Ayuntamiento de Almería (BOP Almería, de 21 de noviembre de 2022) y el Acuerdo Plenario de fecha 23 de agosto de 2022 aplicable

su similitud y correspondencia, así como de una negociación conjunta, es su fecha de publicación, que suele ser cercana⁴¹, aunque en ocasiones la distancia temporal no impide la identidad estructural e incluso la correspondencia salarial⁴². Asimismo, pese a que no se han observado excesivas modificaciones en los convenios de la muestra, cuando el contenido responde a acuerdos únicos en textos separados las modificaciones se producen al unísono⁴³. La enorme frecuencia de esta práctica de negociación conjunta en la muestra y -por extensión- en las Corporaciones locales se debe, en palabras de CRUZ VILLALÓN, «a sus menores dimensiones y al mayor peso numérico comparativo del personal laboral⁴⁴». Pero estas prácticas aludidas hasta ahora acarrear otras consecuencias nada despreciables. Una de ellas es la confusión del ámbito de aplicación personal del convenio, haciéndose referencias reiteradas al “funcionario” en el convenio dedicado al personal laboral⁴⁵.

Se han localizado supuestos de textos separados con idéntico contenido y que, además, son publicados en el mismo número de Boletín Oficial de forma correlativa. Este es el caso del Ayuntamiento de Úbeda con el Acuerdo para personal funcionario de este Ayuntamiento 2002-2003 (Anexo I) y el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de este Ayuntamiento 2002-2003 (Anexo II), ambos publicados sin solución de continuidad en el BOP Jaén de 23 de noviembre de 2009. Lo mismo ocurre en el caso del Ayuntamiento de Adra con el Convenio Colectivo de Trabajo para los años 2005 al 2009 de la empresa Ayuntamiento de Adra, personal laboral y el Acuerdo económico, social y sindical de los funcionarios del Ayuntamiento de Adra, sendos instrumentos publicados en el BOP de Almería de 22 de marzo de 2005. En este último supuesto los preceptos de uno y otro son plenamente concordantes, variando únicamente la estructura salarial.

a los funcionarios de la misma entidad (BOP Almería de 1 de septiembre de 2022). También el Convenio 2022-2024 para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Andújar (BOP Jaén de 12 de enero de 2022) y el Acuerdo sobre condiciones laborales del personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Andújar 2022-2024 (BOP Jaén de 25 de noviembre de 2021).

⁴¹ Es el caso, por ejemplo, del Convenio 2021-2024 del Ayuntamiento de Marbella (BOP Málaga de 24 de mayo de 2021) y el Acuerdo socio económico 2021-2024 del excelentísimo Ayuntamiento de Marbella (BOP Málaga de 27 de mayo de 2021). O, en el caso del Ayuntamiento de Dos Hermanas, en la misma fecha, siendo el BOP Sevilla de 24 de octubre de 2018 el que publica el Convenio Colectivo para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas para los años 2018-2020 y el Acuerdo para el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas para los años 2018-2020 que ha de regular las condiciones socio-laborales de la plantilla de funcionarios de este Ayuntamiento. Lo mismo ocurre en el Ayuntamiento de El Ejido, con el Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa Ayuntamiento de El Ejido, personal laboral, para los años 2012-2015 (BOP Almería de 4 mayo 2012) y el Pacto de condiciones sociolaborales del personal funcionario del Ayuntamiento de El Ejido publicado dos días antes (BOP Almería de 02 de mayo de 2012. En días correlativos el Convenio colectivo del personal al servicio del Ayuntamiento de San Roque (2016 a 2018) (BOP de Cádiz de 28 de julio de 2016) y Acuerdo regulador sobre retribuciones y condiciones de trabajo del personal funcionario del Ilustre Ayuntamiento de San Roque (2016 a 2018) (BOP Cádiz de 29 de julio de 2016).

⁴² Véase en este sentido el Convenio del Ayuntamiento de Rota-personal laboral para los años 2018 a 2020 (BOP Cádiz de 29 de noviembre de 2008) y Acuerdo regulador sobre retribuciones y condiciones de trabajo de los funcionarios y funcionarias del Excmo. Ayuntamiento de Rota hasta 31 diciembre de 2023 (BOP Cádiz de 18 de febrero de 2022). Lo mismo sucede con las normas vigentes en el Ayuntamiento de Lebrija, con una regulación equivalente, aunque en ese supuesto sí difiere algo en lo que a la estructura se refiere: Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Lebrija hasta 2020 (BOP Sevilla de 24 de julio de 2018) y Reglamento para el personal funcionario al servicio del Ayuntamiento de Lebrija para el periodo 2013-2015 (BOP Sevilla de 23 de mayo de 2015).

⁴³ Véase en este sentido el Convenio Colectivo personal laboral del Ayuntamiento de Huelva (BOP Huelva de 16 de enero de 1999) y el Reglamento de funcionario de la misma entidad (BOP Huelva 15 de enero de 1999) y sus modificaciones del año 2003.

⁴⁴ CRUZ VILLALÓN, J., *Algunas especialidades...* op. cit. p. 37. El autor añade, en la página 60, que también es debido a la confusión de plantilla existente en lo que se refiere a la diferenciación de actividades profesionales.

⁴⁵ El art. 82.2 del Convenio Colectivo 2021-2023 del Ayuntamiento de Málaga (s. d. BOP) al establecer las garantías de los miembros del comité de empresa dispone: «No podrán ser trasladados ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que éste se produzca por revocación o dimisión, siempre que el traslado o sanción se base en la acción del *funcionario* o *funcionaria* en el ejercicio de su representación». Véase también, en este mismo convenio, la disposición adicional séptima, que se calca del acuerdo de funcionarios sin que exista siquiera correspondencia en los artículos que en la misma se expresa con su contenido (donde dice artículo 26, ha de decir en el convenio colectivo artículo 25).

En otras ocasiones, pese a la misma estructura y regulación en lo esencial, se manifiestan pequeñas pero importantes diferencias. Sería, por ejemplo, el caso de los pactos aplicables a los trabajadores del Ayuntamiento de Vélez Málaga, aunque realmente en este caso se puede deber a la diferencia temporal en cuanto a su publicación. No obstante, la jornada ordinaria prevista en el Convenio colectivo es de siete horas y media y la contemplada en el acuerdo de funcionarios de siete horas, una hora menos⁴⁶. Y, en el régimen retributivo, aunque con posterioridad nos ocuparemos detenidamente de lo propio, se suprime en el acuerdo el premio de permanencia recogido en el artículo 44 del convenio.

Se entiende que estos textos con resultados homogéneos, por regla general han debido ser negociados por los mismos sujetos. Sin embargo, en ocasiones se puede comprobar que las partes negociadoras que expresamente se señalan en los mismos no tienen equivalencia. Es lo que ocurre con los instrumentos aplicables a los trabajadores del Ayuntamiento de los Palacios y Villafranca, textos que mantienen la misma estructura y regulación, pero que, en virtud del artículo primero de ambos, se diferencian los sujetos tanto individuales como colectivos que han negociado por la parte obrera, sin que -extrañamente- haya identidad entre ambas⁴⁷. Tanto esta rareza como las otra *supra* identificadas, que parecen no tener correspondencia con la realidad fáctica, puede tener su razón de ser a modo de “medida de precaución” ya que, a tenor de la tradición normativa y jurisprudencial aludida con anterioridad, se hacía aconsejable la materialización de los acuerdos en instrumentos distintos y negociados -aunque fuera en apariencia- por los estrictamente legitimados para ello, sin perjuicio de que la realidad fuera otra⁴⁸, todo ello a tenor de «la experiencia acumulada» de las sucesivas impugnaciones que se daban⁴⁹.

2.3. Instrumentos claramente diferenciados

Se ponen las miras a continuación en la última categoría identificada, esta es, la que contiene a los Ayuntamientos que separan la regulación de las condiciones laborales de su personal en dos textos diferenciados que además no tienen similitud aparente por lo que pudieran haber surgido de una negociación separada, aunque ciertamente puedan encontrarse en cuanto a las condiciones finalmente aprobadas.

De la cata realizada, únicamente 8 de los 48⁵⁰ Ayuntamientos a los que se ha podido acceder tanto a su regulación laboral como funcional han optado por esta opción, que se aleja de la tendencia unificadora del resto de la muestra. Por adelantado se puede admitir que es esta una alternativa excepcional en la práctica. Además, las diferencias

⁴⁶ Véase el art. 17 del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (personal laboral) (BOP Málaga de 20 diciembre 2016) y el art. 14 del Acuerdo de funcionarios del Ayuntamiento de rincón de la victoria de 2023 a 2026 (S/n de publicación).

⁴⁷ Véase el artículo 1 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento Los Palacios y Villafranca 2020-2023 (BOP de Sevilla de 24 de junio de 2020) y el mismo precepto del Acuerdo-Reglamento de aplicación al personal funcionario, para el periodo 2020-2023 (BOP Sevilla de 29 de enero de 2020). Al respecto PRADOS DE REYES, F. J.: *La Negociación Colectiva... op. cit.* p. 31 se ha expresado sobre la existencia de «fórmulas en las que el proceso negociador, aun manteniéndose y desarrollándose en instancias separadas y con presupuestos jurídicos diferenciados, continua no obstante reflejando una dinámica de acuerdos intercondicionados -cuando no de contenidos reflejos-, nada ajena a la existencia de una auténtica planificación de mecanismos de coordinación estratégica prevista para el desarrollo de los respectivos procesos negociadores».

⁴⁸ Vid. ROQUETA BUJ, I., *La negociación... op. cit.* p. 3.

⁴⁹ Vid. MARÍN ALONSO, I., *La negociación... op. cit.* p. 247.

⁵⁰ Se ha incluido en este apartado al Ayuntamiento de Cádiz que, si bien regulaba las condiciones de su personal en dos instrumentos simétricos con vigencia prevista desde 2007 a 2010, muy recientemente ha aprobado y publicado el Acuerdo de funcionarios del Ayuntamiento Cádiz (BOP Cádiz de 26 de julio de 2023) que se separa sustancialmente del anterior, estando aún vigente -s.e.u.o.- el convenio colectivo de 2007, del cual no se ha localizado publicación alguna que lo actualice. Asimismo, se ha de computar en este apartado el ya abordado supuesto de Jerez de la Frontera.

detectadas se pueden deber en algunos casos al paso del tiempo entre la aprobación de los instrumentos, como sucede, por ejemplo, en el caso del Ayuntamiento de Sevilla⁵¹, en los que ambos mantienen una estructura simétrica, pero con diferencias en lo material. Pero la diferencia temporal no es la causa principal de la diferenciación de estas regulaciones ya que el resto de instrumentos analizados fueron aprobados en fechas próximas⁵².

Pero la diferenciación formal y estructural no quiere decir que vaya siempre acompañada de una distancia sustancial entre ambas regulaciones. En este sentido, los instrumentos aprobados en el seno del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe tienen identidad temporal y equiparación en lo material, pero se han diferenciado en cuanto a la estructura y ordenación, aunque ciertamente compartan algunos aspectos como pudiera ser la regulación del teletrabajo, que es idéntica en ambos⁵³. De la misma forma, la diferente estructura del convenio y del acuerdo aprobado en el seno del Ayuntamiento de Morón de la Frontera no impide que el contenido sea esencialmente el mismo, compartiendo incluso las tablas salariales⁵⁴.

En una de las entidades locales de la muestra, el Ayuntamiento de Coria del Río, esta diferenciación es accidental, puesto que, pese a que las normas paccionadas se publicaron a la par, la impugnación y posterior anulación del Convenio colectivo provocó que para el personal laboral se aplicase un instrumento previo, el convenio aprobado en 2003 y para el personal funcionario continuase vigente el posterior, del año 2007⁵⁵.

Para finalizar este epígrafe cabe destacar dos cuestiones. La primera es que la mayoría de los instrumentos identificados en este apartado son pertenecientes a la provincia de Sevilla, lo que puede indicar cierta tendencia provincial a este resultado, aspecto que puede ser debido a cuestiones de tradición negocial o al seguimiento de un modelo común, que puede ser el de la capital. Por otro lado, se ha de señalar que, pese a las diferencias estructurales de estos instrumentos, la regulación final de las condiciones laborales no dista en demasía, salvo en los supuestos en los que alguno de los regímenes se desprende por conveniencia o por decisión judicial a posteriori, casos en los que pudiera estar pendiente una nueva unificación.

2.4. Otra singularidad relacionada con el ámbito personal: la exclusión de los programas de empleo

Antes de cerrar este epígrafe dedicado al ámbito subjetivo de expansión de estos instrumentos jurídicos colectivos, merece ser destacada una práctica habitual que se

⁵¹ Véase el Reglamento para el personal funcionario del ayuntamiento de Sevilla 1997 - 1998 y el convenio colectivo para el personal laboral del ayuntamiento de Sevilla 2002 - 2003.

⁵² Es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de La Rinconada, con algunos meses de diferencia: Convenio Colectivo del Excmo. Ayuntamiento de esta La Rinconada desde el 1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2008 (BOP Sevilla de 20 de octubre de 2008) y Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios de este Ayuntamiento para el ejercicio 2008 (BOP Sevilla de 26 de mayo de 2008). También, aunque con algo más de un año de diferencia el XI Convenio colectivo de ámbito de empresa entre el Excmo. Ayuntamiento de Camas y su personal laboral (BOP Sevilla de 2 de septiembre de 2006) y el Acuerdo colectivo regulador de las relaciones entre el Excmo. Ayuntamiento de Camas y los funcionarios a su servicio (BOP Sevilla de 5 de julio de 2005).

⁵³ Véase el Convenio Colectivo Único para el personal laboral del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe y de sus Organismos Autónomos con vigencia desde 1 de enero 2022 hasta el 13 diciembre de 2025 y el Reglamento para el personal funcionario del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe y sus OO.AA de 1 de enero de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2025 (BOP Sevilla de 10 de mayo de 2023).

⁵⁴ El Convenio laboral establece un anexo I con unas tablas salariales que son idénticas a los salarios de los funcionarios para el año 2009. Véase el Convenio colectivo del Excmo. Ayuntamiento de Morón de la Frontera, suscrito por la referida entidad y la representación legal de los trabajadores, con vigencia desde el 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2015 (BOP Sevilla de 1 de junio de 2011) y el Reglamento del personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Morón de la Frontera para los años 2009, 2010 Y 2011 (BOP Sevilla de 27 de diciembre de 2010).

⁵⁵ Convenio Colectivo del Excmo. Ayuntamiento de Coria del Río, para su personal laboral con vigencia desde el 1 de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2003 (BOP Sevilla de 7 de octubre de 2003) y Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento (BOP Sevilla de 04 de octubre de 2007).

reitera en las normas revisadas y que puede resultar controvertida desde un punto de vista jurídico. Es común que se desprenda del convenio ciertas unidades o servicios concretos para los que se concreta un convenio laboral específico, pero aún en la práctica es más frecuente la exclusión en las normas paccionadas de las personas contratadas en el marco de programas de empleo, aspecto en el que centramos el presente apartado. En este sentido, no ha resultado extraño encontrar en la muestra disposiciones que se refieran a la “expulsión” del convenio del «personal que se contrate en el marco de los programas de empleo, así como de Escuelas-Talleres, Casas de Oficio, convenios y similares, las cuales se regularán por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y normas de desarrollo⁵⁶». Otra fórmula localizada igual de explícita es la que resulta del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Almuñécar (BOP Granada de 12 de junio de 2015) que en su artículo 1.4 dispone que «quedan excluidos del presente convenio: 4.- El personal contratado para programas de fomento de empleo ó de inserción laboral y. 6.- El personal y los alumnos de las Escuelas Taller ó Casas de Oficios, con contrato de naturaleza temporal que presta sus servicios con cargo a subvenciones». También, sin hacer especial mención a estas contrataciones, se puede predicar inaplicable el convenio a las contrataciones laborales que no figuren «en la relación de puestos de trabajo aprobado con el capítulo del correspondiente presupuesto municipal⁵⁷».

En algunos casos estas exclusiones se efectúan amparadas en manifestaciones que no tienen por qué ser del todo ciertas. Es el caso del Convenio Colectivo del Excmo. Ayuntamiento de Morón de la Frontera, suscrito por la referida entidad y la representación legal de los trabajadores, con vigencia desde el 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2015 (BOP Cádiz de 1 de junio de 2011) en la que se recoge en su artículo 2.d) que «quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente Convenio, por estar vinculadas mediante relaciones ajenas al ámbito jurídico-laboral, las siguientes personas: “trabajadores sujetos a subvención”». Y es que, como a continuación se expone, el que la contratación de una persona trabajadora se financie total o parcialmente con una ayuda económica no conlleva, *per se*, que sea una relación ajena al ámbito jurídico-laboral. Al contrario, lo que determinará su inclusión o no, es que las características de la misma se adecuen -o no- a las características que contempla el artículo 1.1 ET.

Por otro lado, existen entidades que no solo excluyen del ámbito de aplicación del convenio a estos programas, sino que prevén regulaciones propias para estas concretas prestaciones. Es el caso del Ayuntamiento de Linares que, siguiendo marcada en años anteriores, publicó en el 2016 el Convenio Colectivo para el Personal Laboral contratado en el ámbito de los Programas, Planes e Iniciativas de Empleo Subvencionadas por otras administraciones y los propios, que se aprueben y ejecuten durante el año 2016 (BOP Jaén de 5 de julio de 2016).

En cuanto a la admisibilidad de estas prácticas, se ha de poner en manifiesto que ha sido censurada por nuestros tribunales bajo el argumento de la imposibilidad de establecer una diferenciación en condiciones laborales simplemente por esta particularidad en la contratación⁵⁸. Ahora bien, tal y como ha señalado Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sala de Granada) en el concreto caso del Ayuntamiento que se acaba de

⁵⁶ Art. 2.2 del Acuerdo de condiciones laborales - Convenio colectivo del personal laboral y pacto del personal funcionario - de los empleados públicos del Ayuntamiento de Vigar para los años 2017-2019 (BOP de 26 de marzo de 2018).

⁵⁷ Art. 1 del XI Convenio Colectivo de ámbito de empresa entre el Excmo. Ayuntamiento de Camas y su personal laboral (BOP Sevilla de 2 de septiembre de 2006).

⁵⁸ La reciente STS 453/2023, de 27 junio [JUR 2023\280010] señala que, «El mero hecho de que se trate de un contrato suscrito en el seno de unos programas concertados con la Junta de Andalucía no justifica esa diferencia de trato». Véase, asimismo, las SSTs 758/2019, de 7 noviembre [RJ 2019\4867]; 401/2020, de 22 mayo [RJ 2020\5117]; y 918/2022, de 15 noviembre [RJ 2022\5314].

mencionar (Linares), estas disposiciones serían válidas cuando se separe claramente el objeto del contrato de una prestación de servicios ordinaria (sustituyéndose por la formación, por ejemplo), sin que sea aplicable en estos casos la doctrina anteriormente señalada cuando se desarrolle «la totalidad de sus funciones bajo supervisión de un tutor y asistencia a diversos cursos de formación, claramente ordenados a la formación y perfeccionamiento en su actividad».

Por último, también se ha de aludir a los casos en los que se excluye del ámbito personal a esta tipología de trabajadores, pero a los únicos efectos de las cuestiones económicas, siéndoles de aplicación el resto de condiciones laborales reguladas en el convenio⁵⁹. Se estima que tanto en esta como en las anteriores situaciones descrita la problemática es idéntica. En este supuesto, se estaría estableciendo una doble escala salarial para trabajadores que están desempeñando las mismas actividades, cuestión proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

3. EL REFLEJO DE LA VOLUNTAD UNIFICADORA EN EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO

Como en el comienzo del epígrafe anterior se ha expuesto, el conjunto de Administraciones públicas se encuentra sumamente constreñidas en cuanto a la capacidad de regular las condiciones retributivas del personal funcionario. Su estructura preceptiva y su configuración *ex* artículos 21 y ss. TREBEP deja poco margen para su ordenación y, por ende, de negociación. Cuestión distinta ocurre con el personal laboral. En este régimen, si bien existe en virtud del mismo precepto una limitación en el incremento de la masa salarial según marque para cada ejercicio la ley de presupuestos -aspecto que dicho sea de paso favorece la equiparación entre regímenes-, las retribuciones vendrán determinadas de acuerdo con la legislación laboral, lo que implica que estas se rijan por las reglas de la autonomía de la voluntad.

Como se desprende de cuanto antecede, los Ayuntamientos tienen un margen dispar en el apartado retributivo dependiendo de si se está ante acuerdos o pactos de funcionario o ante convenios colectivos, pudiéndose incluir diferencias entre regímenes en los supuestos en los que se utilicen dos textos distintos para regular las condiciones laborales de uno y otro. No obstante, repárese nuevamente en que no es extraño que estas personas trabajadoras compartan lugar de trabajo y tareas, por lo que resultaría impropio e incluso jurídicamente controvertido, el establecimiento de dos regulaciones totalmente extrañas o con diferencias sustanciales, aspecto que se llega a poner expresamente de relieve en algún convenio, justificando así la identidad existente en la «finalidad de mantener en todo momento un equilibrio y paridad entre las retribuciones de un personal y otro, así como favorecer la referencia clara con la estructura retributiva acordada⁶⁰». En este sentido, como se corrobora en las líneas que siguen, los Ayuntamientos suelen calcar el régimen retributivo de ambos colectivos bajo distintas fórmulas, aunque, ciertamente, de la pretendida equiparación se pueden derivar partidas cuestionables en atención de los diferentes marcos regulatorios. Muestra del choque de regímenes es la aplicación

⁵⁹ El Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Tomares de 1 julio 2020 a 31 diciembre de 2023 (BOP Sevilla de 28 de septiembre de 2020) dispone en su artículo 2 lo siguiente: «Las normas del presente Convenio, serán de aplicación a todos los trabajadores laborales que se encuentran en situación de activo en este Ayuntamiento, excepto las económicas que se aplicarán únicamente al personal laboral que ocupan puestos de trabajo de plantilla, y no serán de aplicación al personal contratado con cargo a subvenciones, programas, acuerdos o proyectos con otras Administraciones Públicas, el cual se registrá por las condiciones establecidas por las normas propias de tales subvenciones, programas, acuerdos o proyectos».

⁶⁰ Art. 11 del Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa Ayuntamiento de El Ejido, personal laboral, para los años 2012-2015 (BOP Almería de 4 de mayo de 2012).

al personal laboral de conceptos retributivos ajenos a la normativa que le es propia y, particularmente, al convenio colectivo (retribuciones básicas, complementarias...). En cualquier caso, en relación con lo que anteriormente se decía, la confluencia de distintos regímenes puede crear posiciones de ardua justificación, lo que no quiere decir que conculque el derecho a la no discriminación. En palabras del Tribunal Supremo: «estar a la naturaleza de la relación funcional y sus diferencias con la laboral, no responde a un legalismo ajeno a la idea de justicia. Cosa distinta es que la laboralización del empleo público cree situaciones de difícil encaje con la relación estatutaria o funcional, que es la propia de la relación de empleo en el ámbito de las Administraciones, la funcional, situaciones cuya enmienda o conciliación -al menos en este caso- escapa a la acción de los tribunales⁶¹».

Salvo las contadas excepciones que serán tratadas a continuación, en los convenios de la muestra la retribución prevista para uno y otro colectivo es homogénea. Como es lógico, atendiendo a las restricciones previamente comentadas, lo más pacífico desde un punto de vista jurídico es equiparar las retribuciones del personal laboral a las del funcionario (esfera más restringida)⁶², considerando su estructura, cuantías y límites, aunque esto prive a los legitimados a negociar en el ámbito laboral el establecimiento de un régimen particular y -por qué no- más adaptado a la entidad pública que el general previsto en las sucesivas leyes de presupuestos y el TREBEP⁶³. Los mentados instrumentos que hemos calificado como idénticos o sustancialmente iguales, contienen en su mayoría una regulación retributiva adaptadas a las premisas del TREBEP, pero también los textos aprobados que difieren a nivel general pueden contener una equiparación en lo que respecta al régimen retributivo. En este sentido es común encontrarse en los distintos convenios colectivos analizados que «las retribuciones de los empleados y empleadas municipales se dividen en básicas y complementarias» y que «son retribuciones básicas: a) El sueldo. b) Los trienios. c) Las pagas extraordinarias⁶⁴». Es decir, se calca para el personal laboral la estructura remuneratoria aplicable *ex lege* al personal funcionario⁶⁵. Pero también esta equiparación se efectúa en ocasiones por remisión, como ocurre en el caso del convenio colectivo de Arcos de la Frontera, en el que se establece que «las retribuciones del personal contratado por este Ayuntamiento atenderán a los mismos conceptos de las retribuciones previstas para el personal funcionario»⁶⁶. Con todo, si pese a la equiparación en cuanto a la estructura salarial el convenio laboral no se actualiza en lo

⁶¹ STS núm. 250/2023, de 28 febrero [RJ 2023\1218].

⁶² Para CALVO GALLEGO, F. J., han sido precisamente las exigencias de las leyes de la función pública las que «han favorecido una regulación bastante similar en casi todos los convenios y acuerdos». *Vid.* CALVO GALLEGO, F. J., *La negociación colectiva... op. cit.*, p. 606.

⁶³ En este sentido SOLER ARREBOLA, J. A.: «Los salarios en la negociación colectiva de la Administración local, en AA.VV. PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía*, Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla, 2007, p. 154: «desde nuestra perspectiva, la utilización de esta equiparación con los funcionarios restringe la diversidad de elementos que componen la estructura salarial y, particularmente, la relativa a los complementos salariales. La unificación nominal que desde la función pública se hace especialmente en los complementos de destino y específico, minimiza la posibilidad de particularizar más las características propias de puestos de trabajo en función de las singulares condiciones en los que se desarrolla».

⁶⁴ Art. 32.1. del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Málaga para el periodo 2021-2023 (BOP Málaga de 2 de agosto de 2022). De forma análoga, el Convenio colectivo del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre desde el 30 de julio de 2021 al 29 de julio de 2024 (BOP Málaga de 8 de octubre de 2021) en los arts. 11 y ss. En el mismo sentido, el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de El Ejido (art. 11): «Las retribuciones del personal laboral se regirán, por analogía, por lo establecido en la legislación para personal funcionario».

⁶⁵ Entre otros ejemplos: el Convenio colectivo del personal laboral al servicio del Exmo. Ayuntamiento de Antequera para los años 2008, 2009, 2010 y 2011; el art. 36 del Convenio 2022-2024 para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Andújar (BOP Jaén de 12 de enero de 2022) y el art. 15 del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Almuñécar (BOP Granada de 12 de junio de 2015). Sigue el mismo esquema previsto para la función pública el art. 17 del Convenio colectivo del personal laboral del Exmo. Ayuntamiento de Carmona para los años 1990 y 1991 (BOP Sevilla de 10 de septiembre de 1990) o el art. 19 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Lebrija hasta 2020 (BOP Sevilla de 24 de julio de 2018).

⁶⁶ Art. 23 Bis del Convenio Colectivo relativo al Exmo. Ayuntamiento de Arcos de la Frontera de 1 de junio de 2022 a 1 de enero de 2026 (BOP Cádiz de 8 de noviembre de 2022).

que respecta a las cuantías, se crearan diferencias entre las retribuciones de unos y otros⁶⁷. Por otro lado, incluso en supuestos en los que acuerdo y convenio mantienen diferentes estructuras se ha observado identidad salarial, lo que ocurre en el caso de Morón de la Frontera, en el que el Convenio colectivo incluye un anexo I con unas tablas salariales idénticas a las previstas para el personal funcionario en el mismo año⁶⁸.

En sentido contrario, manteniendo una regulación diferente, encontramos el caso del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, que regula en cada uno de los instrumentos vigentes un régimen retributivo con una estructura salarial diferente, adaptada a la naturaleza de cada uno de ellos, aunque comparten regulación en lo referente a algunas partidas como el plus de productividad y la evaluación del desempeño para su devengo. Similar fórmula es la utilizada por el Ayuntamiento de la Rinconada, con la inclusión de particularidades específicas en el régimen retributivo del personal laboral⁶⁹ con respecto al funcionario, que se remite a las reglas estatales del TREBEP⁷⁰. También resulta identificable los distintos modelos retributivos en los instrumentos vigentes en el Ayuntamiento de Camas, en el que se puede reconocer -a modo ejemplificativo- el establecimiento de quinquenios al personal laboral⁷¹. También se mantienen diferencias en el régimen retributivo en el Ayuntamiento de Tomares⁷² acomodándose la estructura salarial a la naturaleza de cada texto⁷³, al igual que ocurre en lo que respecta a los órganos de representación, instrumentos de planificación y ordenación del personal.

En otros casos las diferencias en cuanto a estas cuestiones vienen provocadas por posteriores escisiones de la norma reguladora. Recuérdese el caso, del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, que venía regulando conjuntamente, en un mismo texto, las condiciones de trabajo “comunes” del personal funcionario y laboral y, en el ejercicio 2020, se separó una de otra, lo que a la postre dio origen al Acuerdo Regulador sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Jerez de 24-06-2021 a 31-12-2024 (BOP Cádiz de 7 de enero de 2022). Pues en este último se adicionan nuevos elementos a retribuir y a tener en cuenta en el concepto retributivo del complemento específico, aspectos que no se prevén en el convenio.

Pero de esta homologación salarial entre personal y funcionario pueden resultar conceptos no del todo compatibles con la legislación de contenido indisponible aplicable a este último régimen. Recuérdese los estrechos márgenes que se otorgan en materia salarial para el personal funcionario, al contrario de lo que ocurre con la cobertura que proporciona la autonomía colectiva y el convenio colectivo. Pues bien, del análisis de los textos de la muestra se quiere destacar en relación con esta problemática la relativa a los premios de jubilación y de permanencia. Como se conoce, la doctrina jurisprudencial

⁶⁷ Es lo que se desprende del Convenio o Acuerdo: Ayuntamiento de Rota-personal laboral para los años 2018 a 2020 (BOP Cádiz de 29 de noviembre de 2008) que establece en el artículo 61 que «el recibo de salario tendrá la misma estructura y distribución que el utilizado por el Ayuntamiento, en cada momento, para el personal funcionario, teniendo en cuenta los conceptos salariales establecidos a continuación». Sin embargo, esta cláusula parece que no afecta a la cuantía, habiéndose actualizados las cantidades aplicables al personal funcionario en el año 2022.

⁶⁸ Anexo I del Convenio Colectivo del Excmo. Ayuntamiento de Morón de la Frontera, suscrito por la referida entidad y la representación legal de los trabajadores, con vigencia desde el 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2015 (BOP Sevilla de 1 de junio de 2011).

⁶⁹ Art. 25 del Convenio Colectivo del Excmo. Ayuntamiento de La Rinconada desde el 1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2008 (BOP Sevilla de 20 de octubre de 2008). En este precepto se comprende, por ejemplo, la productividad.

⁷⁰ Art. 2 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de La Rinconada para el ejercicio 2008 (BOP Sevilla de 26 de mayo de 2008).

⁷¹ Anexo I del XI Convenio Colectivo de ámbito de empresa entre el Excmo. Ayuntamiento de Camas y su personal laboral (BOP Sevilla de 2 de septiembre de 2006).

⁷² Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Tomares de 1 de julio de 2020 a 31 de diciembre de 2023 (BOP Sevilla de 28 de septiembre de 2020).

⁷³ En el mismo sentido el Convenio Colectivo de Trabajo para los años 2005 al 2009 de la empresa Ayuntamiento de Adra, personal laboral, (BOP Almería de 22 de marzo de 2005).

viene declarando que estos premios no tienen encaje en el régimen retributivo de los funcionarios previsto por el TREBEP. Se ha dicho que estos premios han de considerarse remuneración, la cual no contempla la legislación estatal, sin que quepa equipararse a medidas asistenciales puesto que «no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcional⁷⁴» o, en el supuesto de los premios por permanencia, al alcanzar un determinado número de años en la entidad.

Con todo, en los acuerdos y pactos de los Ayuntamientos de la muestra no es difícil apreciar la existencia de esta fórmula de remuneración. En el propósito de igualar las condiciones de uno y otro régimen no encontramos apenas excepciones en este caso a pesar de la controversia legal. Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Dos Hermanas contempla una “ayuda por jubilación” para todo el personal que acredite 10 años de servicios de trabajo efectivo en la entidad en el momento que pasen a situación de jubilación en cuantía de cuatro mensualidades de su salario real, que se eleva a cinco para cuando el tiempo de prestación sea igual o superior a treinta años⁷⁵. Del mismo modo, cantidades abonadas por el cumplimiento de determinados años de servicios se prevén en el Convenio y en el Acuerdo del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera bajo el nombre de recompensa a la constancia⁷⁶. En otros instrumentos de aprobación reciente, este “premio a la permanencia” se contempla, pero no se cuantifica económicamente⁷⁷, sin que se pueda conocer su naturaleza, puesto que simplemente se reconoce el derecho a “un reconocimiento”. En algunas entidades locales se salva la controversia reconociendo estos premios en exclusiva para el personal laboral, como ocurre en el caso del Ayuntamiento del Rincón de la Victoria⁷⁸, sin que pueda, por tanto, extenderse su aplicación al personal funcionario.

Por último, el acuerdo de funcionarios más reciente de la muestra, correspondiente al del Ayuntamiento de Cádiz (BOP Cádiz de 26 de julio de 2023) contempla una salida jurídica peculiar. Su artículo 59 regula un complemento de productividad denominado “con ocasión de la jubilación” del que destaca su configuración, que no parece tener buen acomodo con un complemento de esta naturaleza⁷⁹ puesto que, sin perjuicio de la necesidad de informe justificativo, su abono se intuye automático, por el simple hecho de la llegada de la jubilación y, además, en cuantía fija: 174,47 euros por año trabajado⁸⁰. Parece, más bien, que el tradicional premio de jubilación que recogía el acuerdo

⁷⁴ STS núm. 459/2018, de 20 marzo [RJ 2018\1555]. Recientemente, en el mismo sentido y en un supuesto de equiparación entre el personal laboral y funcionario, STS núm. 740/2023 de 6 junio [RJ 2023\3448].

⁷⁵ Arts. 44 y 41 del Convenio Colectivo para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas para los años 2018-2020 (BOP Sevilla de 24 de octubre de 2018) y del Acuerdo para el personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas para los años 2018-2020 que ha de regular las condiciones socio-laborales de la plantilla de funcionarios de este Ayuntamiento (BOP Sevilla de 24 de octubre de 2018), respectivamente. También lo contempla, el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de La Rinconada para el ejercicio 2008 (BOP Sevilla de 26 de mayo de 2008) en su artículo 22, y el artículo 35 del Acuerdo para personal funcionario del Ayuntamiento de Úbeda 2002-2003 (BOP Jaén de 23 de noviembre de 2009).

⁷⁶ Artículos 11 del Convenio Colectivo del personal Laboral del Excmo. Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera (2018-2019) BOP Cádiz de 11 de enero de 2021 y Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera para los años 2018-2019.

⁷⁷ El art. 30 del Acuerdo sobre condiciones laborales del personal funcionario del Excmo. Ayuntamiento de Andújar 2022-2024 (BOP Jaén de 25 de noviembre de 2021) establece que «a partir de 25 años de antigüedad en la empresa, el trabajador/a será objeto de un reconocimiento con el fin de valorar y reconocer el día a día de la labor realizada durante dicho periodo de tiempo». La misma dicción la encontramos en el artículo 31 del convenio colectivo aplicable al personal laboral.

⁷⁸ Art. 44 Convenio colectivo del Ayuntamiento de Rincón de la Victoria (personal laboral) hasta el 31 diciembre de 2020 (BOP Málaga de 20 de diciembre de 2016).

⁷⁹ El complemento de productividad está destinado, según el artículo 5.1 del *Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local*, “a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo”.

⁸⁰ Lo mismo ocurre con el complemento de “productividad por prestación de servicios” que se establece en el artículo siguiente para cuando se vayan cumpliendo una serie de años en el Ayuntamiento.

precedente del año 2007, se sustituye y se camufla en este complemento de productividad dado la controversia jurídica existente en la actualidad con tal concepto. Argumento que se refuerza en consideración de la disposición transitoria única del comentado acuerdo, la cual instituye al propio complemento como transitorio, hasta que «la normativa legal regule el abono de premios u otro complemento con motivo de la jubilación⁸¹». Dicho esto, cabe llamar la atención nuevamente sobre la reciente *Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Ley de la Función Pública de Andalucía* que, en su artículo 70, se encarga de contemplar otras retribuciones para los funcionarios y hace referencia a este concepto, al establecer que «podrá percibir las ayudas de acción social y el premio por jubilación por cualquier causa en los términos que reglamentariamente se determinen». Cabría preguntarse si esta norma ampara el establecimiento de premios por jubilación en el ámbito de la función pública andaluza y, concretamente, su acomodo constitucional (art. 149.18 CE), lo que excede del objeto de este estudio.

4. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA LABORAL EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS APROBADOS EN LOS AYUNTAMIENTOS

La reforma laboral introducida por el RDL 32/2021 efectúa reiteradas llamadas a la negociación colectiva para la regulación de distintas materias. Ahora bien, la mayoría de ellas designa al convenio sectorial como el habilitado para lo propio sin que, por tanto, tengan los convenios aprobados en el seno de un Ayuntamiento la posibilidad de incidir sobre aquellos concretos asuntos⁸². Con todo, el convenio colectivo de empresa sí tiene margen para acoger cuestiones trascendentes en las condiciones de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas tras la reforma, a saber: el tiempo de trabajo y la retribución en el contrato formativo (arts. 11.2 i), m) y 11.3 i ET) o el establecimiento de los criterios para el llamamiento del personal fijo discontinuo (art. 16.3 ET), una modalidad potenciada y en auge tras la reforma. Del mismo modo, pese a que existan materias indisponibles en los convenios de empresa, los mismos pueden ir asumiendo la nueva regulación legal para evitar conflictos normativos. En este sentido, antes de adentrarnos en los convenios más modernos, se señalan muestras de redacciones que desde el año 2022 ya no tienen acomodo legal, siendo buen ejemplo de ello las previsiones relativas a la duración contractual. Si bien el nuevo artículo 15.2 ET establece respecto al contrato por circunstancias de la producción «que su duración no podrá ser superior a seis meses», siendo esta ampliable a un año por convenio colectivo sectorial, se encuentran muestras que, basadas en la antigua regulación, fijan una duración máxima de estos contratos en 12 meses en un periodo de dieciséis⁸³ o de dieciocho meses⁸⁴. No existen dudas de que estas previsiones no tienen en la actualidad cobertura legal alguna, sin que se pueda entender

⁸¹ A tales efectos, la citada disposición adicional se remite al Acuerdo de 31 de mayo de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, de 28 de abril de 2022, por el que se actualiza el importe del premio de jubilación del personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía, acuerdo aplicable al ámbito de la función pública de la Junta de Andalucía que no modifica el tratamiento del premio de jubilación, sino que, entre otras modificaciones, actualiza su cuantía a 174,47 euros. Esta misma cantidad es la que acoge hoy el acuerdo del Ayuntamiento de Cádiz en el «complemento de productividad con ocasión de la jubilación».

⁸² A modo ejemplificativo señalamos la duración del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción (art. 15), cuestión sobre la que volveremos con posterioridad, o algunos aspectos del contrato fijo-discontinuo (art. 16) y en relación con otras menciones efectuadas sobre el contrato formativo (art. 11 ET).

⁸³ El art. 10 del Convenio Colectivo para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Dos Hermanas para los años 2018-2020 (BOP Sevilla de 24 de octubre de 2018) establece lo siguiente: «La duración máxima de las contrataciones suscritas al amparo del art. 15 del ET, con respecto a la formalización de los contratos de los/as trabajadores/as eventuales por circunstancias de la producción, será de doce meses dentro de un periodo de dieciséis meses».

⁸⁴ El art. 53 del Convenio Colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Utrera de 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2022 (BOP Sevilla de 9 de julio de 2019) prevé que la duración máxima de la contratación temporal «no podrá superar los 12 meses en los últimos 18 conforme a este convenio».

ampliada la duración máxima legal de los contratos por circunstancias de la producción bajo esta literalidad, ya que -se reitera- para esta ampliación se requiere de un convenio de ámbito sectorial. Pero, es más, lo mismo ocurría bajo la anterior versión del precepto⁸⁵, que exigía que estas ampliaciones se efectuasen en convenio sectorial, por lo que podemos manifestar que las citadas normas eran ya inválidas.

Del análisis de convenios realizado (51), únicamente 5 de ellos han sido aprobados después de la reforma laboral de 2021⁸⁶. Además, del resto de convenios colectivos se han identificado 4 modificaciones desde el año 2022⁸⁷ hasta la actualidad. Pues bien, ninguno de estos 9 municipios ha introducido en los convenios colectivos ningún aspecto que haya sido modificado tras la precitada reforma laboral. Ello, unido a la falta de actualización de los convenios del resto de los municipios, evidencia el desinterés general de las partes negociadoras por adaptar y actualizar la norma paccionada a la legalidad vigente. Además de los ejemplos mencionados en el párrafo anterior referentes a textos anteriores a la reforma, en las nuevas versiones de convenios se detectan otras normas que exceden de las posibilidades actuales del convenio. A continuación, se citan algunos ejemplos.

En relación con la duración, el artículo 30.6 del Convenio Colectivo de Trabajo que afecta al personal laboral del Ayuntamiento de Almería de 1/1/22 a 31/12/23 (BOP Almería de 21 de noviembre de 2022) establece que «los contratos laborales por acumulación de tareas podrán tener una duración máxima de doce meses». Claramente estamos ante un supuesto de obsolescencia normativa tanto por la nomenclatura utilizada («acumulación de tareas», que en la actualidad no se cita en el ET) como por la regulación sustancial⁸⁸.

Algunas normas, sin embargo, se adaptan a la nueva normativa por envío. En este sentido, la modificación del Convenio colectivo de trabajo para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Jaén (BOP Jaén de 10 de mayo de 2022) incluye en materia de contratación un ambiguo artículo 20.2 que fija que para contrataciones «temporales asociadas a proyectos concretos con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ayuntamiento o cualquiera de sus Organismos Autónomos, financiados total o parcialmente con fondos procedentes de otras administraciones públicas, la duración de los sucesivos contratos con todas sus prórrogas, podrá agotar el plazo máximo legalmente permitido». Sin duda, estamos ante una previsión estéril, toda vez que sin ella los contratos temporales asociados -o no- a programas concretos ya podían agotar el plazo legalmente establecido. Dicho esto, la misma nos evoca a la disposición adicional quinta del RDL 32/2021, que crea una variante del contrato de duración determinada a la que se puede acoger las entidades del sector público para la «ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», marcando la duración del mismo «el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos», relación entre causa y duración que recuerda a la prevista para el derogado contrato de obra y servicio. Sin embargo, la modificación

⁸⁵ Que establecía que «por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir».

⁸⁶ Convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga (BOP Málaga de 2 de agosto de 2022), Convenio colectivo de Trabajo que afecta al personal laboral del Ayuntamiento de Almería de 1/1/22 a 31/12/23 (BOP Almería de 21 de noviembre de 2022).

⁸⁷ Modificación del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Sevilla (BOP Sevilla de 14 de octubre de 2022), modificación del Convenio colectivo de trabajo para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Jaén (BOP Jaén de 10 de mayo de 2022), modificación del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 8 de marzo de 2023) y modificación parcial del Convenio colectivo del Ayuntamiento de Camas (BOP Sevilla de 5 de agosto de 2022).

⁸⁸ Lo mismo ocurre con otro convenio de la muestra, el Convenio 2022-2024 para el personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de Andújar (BOP Jaén de 12 de enero de 2022) que en su artículo 14 prácticamente reproduce la literalidad del antiguo art. 15 ET. En este caso, sin embargo, la publicación del convenio se produce apenas unos días después de la aprobación de la reforma de 2021, por lo que, con total seguridad, su negociación y aprobación se efectuaron sobre los mimbres del art. 15 ET anterior.

introducida en el convenio de Jaén no guarda identidad con esta cláusula, puesto que esta queda reservada a la ejecución de un concreto programa financiado, asociado al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y no como -expresa la previsión convencional- a programas concretos con autonomía y sustantividad propia financiados con fondos procedentes de otras administraciones públicas.

En cuanto a las posibilidades que la reforma de 2021 otorga al convenio de empresa para regular aspectos relativos al contrato formativo y los criterios para el llamamiento del fijo discontinuo, no se ha localizado convenio que contemple alguna particularidad.

Sin poder entrar en estas líneas a valorar el alcance de la reforma de 2021 en lo que respecta a la estructura en sí de la negociación colectiva de las entidades locales, sí se puede afirmar que, en cuanto a lo sustancial, es decir, sobre las materias que se han visto modificadas o que han dado algún margen novedoso a la negociación colectiva, el impacto de la negociación colectiva andaluza en Ayuntamientos de más de veinticinco mil habitantes ha sido nula. Si bien, el tiempo transcurrido desde la reforma, apenas un año y medio, tampoco permite efectuar un balance integral sobre el asunto.

5. CONCLUSIONES

Del estudio realizado se extraen las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La primera conclusión ha de ir referida a la dificultad en el acceso a las normas de negociación colectiva aprobadas en el seno de las Corporaciones locales, siendo aconsejable que estas entidades, efectuando un mayor ejercicio de transparencia, den cumplimiento a la norma autonómica que obliga a la publicación de acuerdos o pactos reguladores de las condiciones de trabajo y convenios colectivos vigentes.

SEGUNDA. De las normas paccionadas analizadas resulta llamativa su antigüedad. La media de edad de estos instrumentos se sitúa en aproximadamente los diez años, encontrándose la mayoría de convenios en ultraactividad y sin que ni estos, ni los acuerdos o pactos, hayan asumido modificaciones importantes, habiéndose desvanecido su potencial de adaptación a la realidad y a los cambios producidos en su ámbito. Con todo, y a diferencia del resto del sector público territorial, los Ayuntamientos andaluces de más de 25 mil habitantes cuentan en su inmensa mayoría con normas surgidas de la negociación colectiva para regular las condiciones de trabajo del personal a su servicio.

TERCERA. En los Ayuntamientos de la muestra se ha podido apreciar el fenómeno de asimilación o equiparación de las condiciones laborales entre personal funcionario y laboral, colectivos con situaciones jurídicas claramente diferenciadas. En el estudio se han podido identificar la existencia de dos grupos: uno, el mayoritario, compuesto por Ayuntamientos que regulan las condiciones de forma simétrica para ambos colectivos, ya sea en dos textos distintos o en uno común o mixto, siendo la primera opción la más frecuente; y otro, muy minoritario, que apenas incluye un 16% de las entidades, que recoge las condiciones de ambos colectivos en textos separados y que no guardan similitud, evidenciándose, *a priori*, una negociación separada. Aun en estos últimos supuestos las condiciones laborales contenidas en uno y otro texto suelen ser similares pese a la distinta estructura de los textos finales. Huelga decir que, a efectos de la equiparación de condiciones, la opción más óptima es la de la utilización de un solo texto común o mixto, que sin embargo es utilizada únicamente por 7 de los municipios analizados, lo que puede deberse a las pasadas reticencias legales y jurisprudenciales al respecto.

En este sentido se puede concluir que la *praxis* se acerca a la lógica, configurándose un panorama en el que dos grupos de empleados que prestan servicios para la misma entidad se rigen por condiciones laborales parejas. Pero, además, esta opción resulta más operativa y eficiente desde un punto de vista económico ya que ofrece una regulación homogénea proveniente de una negociación conjunta. Se ha de predicar, pues, una mejora y armonización de la regulación de las partes legitimadas para negociar y de los contenidos de estas normas comunes, para así fomentar y proporcionar seguridad jurídica a la realización de estos procesos de negociación conjunta que ya suceden en la práctica. Ejemplo de ello es la falta de claridad normativa a la hora de establecer el instrumento concreto que ha de soportar la regulación de las condiciones laborales conjuntas para el personal funcionario y laboral. La homologación en un único cuerpo también ofrece ventajas en futuras actualizaciones y nuevas regulaciones, sin que sea necesaria la publicación de dos textos. En cualquier caso, se ha de cuidar el ámbito subjetivo de aplicación, impidiéndose la exclusión de colectivos específicos que en realidad estén integrados de forma ordinaria en la entidad, como pueden ser las personas contratadas a través de programas de empleo subvencionados. Esta cuestión nos lleva a predicar nuevamente la necesidad de una regulación completa y holística para todo el empleado público municipal.

CUARTA. La estructura retributiva de los Ayuntamientos de la muestra se acerca la prevista a la normativa de la función pública para el funcionariado. La utilización de la estructura a tales efectos prevista en el TREBEP y la transcripción de las partidas salariales que allí se contemplan para su aplicación al personal laboral, junto con la estrecha conexión entre tablas salariales de ambos colectivos, es una muestra más de la tendencia y el interés de las corporaciones locales por unificar ambos regímenes. No obstante, en este punto sí se han detectado algunos problemas con la pretendida equiparación derivados de la mayor rigidez al que queda sometido el régimen retributivo de los funcionarios, que impide el reconocimiento de partidas ajenas a las previstas en la precitada norma. Es lo que sucede con los usuales premios por jubilación.

QUINTA. Si bien la reforma laboral de 2021 no otorga apenas margen al convenio colectivo empresarial para modular los aspectos por ella reformados, lo cierto es que ninguno de los convenios o modificaciones aprobadas con posterioridad a su entrada en vigor han asumido su contenido. Es frecuente encontrar referencias en los convenios que en la actualidad no tienen amparo legal alguno como, por ejemplo, las que establecen los plazos máximos de duración de los contratos temporales. Esto es muestra del desinterés de los agentes negociales de este ámbito por incluir estas cuestiones que, pese a no estar previstas en exclusiva para la función pública, sí tienen trascendencia en este ámbito.

Por último, se ha de señalar nuevamente las limitaciones cuantitativas y cualitativas de este estudio, que se ve condicionado por aspectos temporales y de extensión. Bien merece el objeto del mismo una muestra más amplia y un tratamiento más extenso en el que se tengan presente otras condiciones laborales, como pueden ser, entre otras, el tiempo de trabajo o los permisos, lo que no se descarta para trabajos futuros. Con todo, las conclusiones que aquí se extraen tienen correspondencia con las obtenidas en los estudios análogos, los cuales han sido citados a lo largo del presente y se relacionan en el apartado que sigue.

6. BIBLIOGRAFÍA

BOLTAINA BOSCH, X.: El personal laboral de la Administración y del Sector Público Local. Algunos puntos críticos de la gestión técnico-jurídica, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V, Wolters Kluwer (online), 2019.

CALVO GALLEGO, F. J.: “La negociación colectiva en las Administraciones locales andaluzas”, en AA.VV. CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en la Administración Pública Andaluza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

CRUZ VILLALÓN, J.: “Algunas especialidades de la Negociación Colectiva (Laboral y Funcionarial) en la Administración Pública”, en AA.VV. CRUZ VILLALÓN, J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en la Administración Pública Andaluza*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

GARCÍA BLASCO, J.: “La negociación colectiva en las administraciones públicas”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Serie Claves del Gobierno Local núm. 2, 2004.

GARCÍA MURCIA, J. Y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “La entrada en vigor del convenio colectivo estatutario”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 143, 2009.

MARÍN ALONSO, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Comares, Granada, 1999.

“La estructura de la negociación colectiva en la administración pública andaluza”, *Temas laborales*, Vol. II. núm. 100, 2009.

MAURI MAJÓS, J.: “Negociación colectiva y función pública local”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Cuadernos de Derecho Local, octubre 2022.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M^a N.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Delimitación jurídica del derecho a la negociación colectiva en el sector público. El reconocimiento de un sistema (peculiar) de negociación colectiva en el empleo público”, en AA. VV. GARCÍA BLASCO, J. (Dir.), *La negociación colectiva en el sector público*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, colección informes y estudios, serie Relaciones Laborales núm. 116, Madrid, 2019.

PRADOS DE REYES, F. J.: “Relaciones laborales y Administración pública: problemática de la negociación colectiva en los entes públicos locales”, en AA.VV. PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía*, Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla, 2007.

ROQUETA BUJ, R.: “La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del comité de empresa en la negociación de la mesa de materias comunes”, *Federació de Municipis de Catalunya, Seminari sobre relacions col·lectives*, 2008, p. 9 (Online).

Negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Locales, Cemci, Granada, 2013.

SOLER ARREBOLA, J. A.: “Los salarios en la negociación colectiva de la Administración local”, en AA.VV. PRADOS DE REYES, F. J. (Coord.), *La Negociación Colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía*, Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla, 2007.

VÁZQUEZ BELTRÁN, A.: La negociación colectiva como respuesta a las reformas que el empleo público necesita, *Revista De Trabajo Y Seguridad Social, CEF*, núm. 475, 2023.

**NEGOCIACIÓN COLECTIVA IMPUESTA POR EL TJUE:
LA POSIBLE RUPTURA DEL EQUILIBRIO NEGOCIAL
RESPECTO DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS**

JUAN FRANCISCO MORENO DOMÍNGUEZ
Universidad de Huelva
Universidad Pablo de Olavide
Doctorando en la Universidad de Huelva

SUMARIO:

1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. NOTAS SOBRE LAS ESPECIFICIDADES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
2. EL INDEFINIDO NO FIJO (INF): EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES TEMPORALES EN LAS AAPP A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE
3. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO NEGOCIAL: APLICACIÓN IMPUESTA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Partiendo de la importancia capital que la negociación colectiva tiene en el ámbito de las relaciones laborales, incluidas las articuladas en las Administraciones Públicas (AAPP), debemos de destacar la función equilibradora de las necesidades de las partes negociadoras que se reflejan en los concretos acuerdos alcanzados. En busca de ese equilibrio, es común que encontremos exclusiones aplicativas de dichos convenios colectivos a determinados trabajadores no estables de las propias Administraciones, lo que puede conllevar serios problemas aplicativos en un contexto contractual donde la temporalidad no ha cesado de crecer en su seno y donde la presencia de trabajadores Indefinidos No Fijos (INF) cotiza al alza.

La especial naturaleza de estos trabajadores, ampliamente debatida, ha terminado por ser interpretada por el TJUE como una solución de compromiso, fruto del abuso de temporalidad en la contratación de nuestras administraciones. Por ello, la Directiva 99/70 y su Acuerdo Marco, extienden su protección ante los tratamientos diferenciados que pueden tener estos trabajadores, como consecuencia de la inaplicación, por medio de cláusulas de exclusión de los Convenios Colectivos, dado que el objeto prioritario de la mismas es la prohibición de discriminación entre trabajadores temporales y fijos comparables.

A la luz de la interpretación que de la Directiva ha llevado a cabo el TJUE, así como nuestro propio TS, podremos comprobar como se ha venido estableciendo una suerte de negociación colectiva impuesta, en garantía de los derechos laborales y del principio de igualdad emanado de la norma europea, así como del principio de primacía del derecho de la Unión, debido a la consideración del contenido negocial de los Convenios Colectivos como una “condición de trabajo” a los efectos de la Directiva y, por lo tanto, en la mayoría de las situaciones, no existirán razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato, que de producirse será discriminatorio.

Esta negociación colectiva impuesta, puede conllevar la quiebra de los equilibrios internos alcanzados durante la negociación colectiva, por lo que tendremos que analizar si estos, en si mismo considerados, puede justificar la diferencia de trato pretendida.

1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. NOTAS SOBRE LAS ESPECIFICIDADES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La negociación colectiva es un auténtico proceso de diálogo entre representantes de trabajadores y empleadores que busca establecer condiciones laborales adaptadas a las particularidades de cada contexto socio laboral. Esta herramienta, posiblemente una de las más icónicas del Derecho del Trabajo desde sus orígenes, arraigada en la autonomía colectiva de la voluntad, permite a las partes adaptar las normas laborales a las necesidades específicas de cada sector o empresa¹. Tanto es así, que dicha función empezó a desarrollarse con carácter previo a su regulación jurídica, de manera informal,

¹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROJO, M., “La Negociación Colectiva En Tiempos de Deudocracia”, en *El Derecho a La Negociación Colectiva: ‘Liber Amicorum’ Profesor Antonio Ojeda Avilés / Coord. Por Juan Gorelli Hernández Arbol Académico; Antonio Ojeda Avilés (Hom.)* (2014) Pág. 428.

ya que se constituía como un mecanismo adecuado para buscar regulaciones adaptadas a realidades empresariales desde sus orígenes².

De hecho, su función es capital, como equilibradora de las relaciones laborales que, dado su carácter dinámico, permite una mayor adaptabilidad a los cambios socioeconómicos, en donde la norma suele tener un carácter mínimo en su relación con la negociación colectiva, si bien, esta relación entre norma legal y convenio puede llegar a complicarse de forma exponencial³. Esta función equilibradora se manifiesta en la capacidad de la negociación colectiva para resolver disputas y prevenir conflictos laborales, consolidándose como un pilar fundamental en la construcción de relaciones laborales justas y equitativas y es que, con independencia del nivel estructural negocial en el que lo encontremos, el convenio colectivo fruto de la negociación sirve como herramienta para integrar y administrar áreas que demandan especificidad y por lo tanto, es un instrumento que resulta específico por su complejo equilibrio⁴. Si bien es cierto que, en materia de negociación colectiva, asistimos a una predilección hacia la descentralización contractual en el entorno empresarial, de manera que dicha negociación servirá de forma eficiente al objetivo de adaptación preminente a las exigencias del mercado⁵.

El sector público, debido a su carácter y objetivos específicos, muy diferentes del ámbito privado, se enfrenta a retos únicos en relación con la negociación colectiva. A diferencia del ámbito privado, donde las discusiones pueden girar mayormente en torno a aspectos económicos, en el público se conjugan las distintas pretensiones laborales con el principio de estabilidad presupuestaria y eficacia y eficiencia de la Administración. Considerando el carácter del trabajo en el sector público y las particularidades de la labor administrativa, los convenios establecidos tienden a poseer una esencia más reguladora que contractual. No obstante, es crucial que en dichos convenios se respeten los principios de imparcialidad e igualdad de trato, previniendo cualquier forma de sesgo o trato discriminatorio hacia el personal laboral que trabaja en dichos organismos. Asimismo, la negociación colectiva en el sector público debe alinearse con las directrices gubernamentales y asegurar la optimización y efectividad en la prestación del servicio público, lo que complica la posibilidad de llegar a determinados acuerdos, los cuales, de alcanzarse, se sujetan a una suerte de equilibrio negocial cuyo punto de apoyo es especialmente inestable en el contexto socioeconómico en el que nos encontramos, en el que la deuda pública está disparada⁶.

Con todo, la autonomía colectiva, y en particular, la negociación colectiva en el marco de las AAPP, no tuvo especial tratamiento normativo hasta la entrada en vigor del EBEP⁷, momento a partir del cual se constató como fuente reguladora esencial en el Derecho del Empleo Público⁸. Y ello en un contexto complejo, ya que en la AAPP

² GONZÁLEZ BIEDMA, E., “La negociación colectiva informal”, 140 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2017) Pág. 124.

³ DE SOTO RIOJA, S., “Contratación temporal estructural en la negociación colectiva andaluza”, 100 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2009) Pág. 972.

⁴ MERCADER UGUINA, J. R., “La estructura de la negociación colectiva”, 76 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2004) Pág. 133.

⁵ VALDES DAL-RÉ, F., “¿Hacia Dónde va La Negociación Colectiva?”, en *El Derecho a La Negociación Colectiva: ‘Liber Amicorum’ Profesor Antonio Ojeda Avilés / Coord. Por Juan Gorelli Hernández; Antonio Ojeda Avilés (Hom.)* (2014) Pág. 523.

⁶ La deuda de las Administraciones Públicas se situó en el 111,2% del PIB en el segundo trimestre de 2023, alcanzando un saldo de 1.569 millones de euros, atendiendo al último informe del Banco de España, cuya nota de prensa estadística puede consultarse en:

<https://www.bde.es/f/webbe/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/23/presbe2023-80.pdf>

⁷ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 89 de 13 de abril de 2007.

⁸ MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del estatuto básico del empleado público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos”, 293-294 *Revista de trabajo y seguridad social. CEF* (2007) Pág. 119.; TERRADILLOS ORMAECHEA, E., “Una primera aproximación a la nueva regulación jurídica sobre el teletrabajo en las administraciones públicas: entre las necesidades del servicio público y la imparable digitalización del trabajo”, 156 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2021) Pág. 117.

debemos distinguir entre dos grandes grupos de trabajadores, los funcionarios y personal laboral, sin que podamos perder de vista las diferencias existentes entre dichos grupos de trabajadores respecto a la posibilidad y extensión que tiene la negociación colectiva para cada uno de ellos. Así, la jurisprudencia ha establecido, con carácter general, que los derechos otorgados a los funcionarios públicos por las leyes no tienen la naturaleza de condición mínima mejorable por la autonomía colectiva, a diferencia de los derechos de los trabajadores laborales, en virtud del artículo 3 ET, ya que, siguiendo el mandado impuesto por el artículo 33.1 EBEP, la negociación colectiva relacionada con las condiciones laborales de los funcionarios públicos debe respetar el principio de legalidad⁹.

Por ello, la negociación colectiva conjunta para funcionarios y trabajadores laborales en las AAPP, que ofrece soluciones a muchos retos que surgen debido a la dualidad de sistemas de negociación: el funcional y el laboral, debe llevarse a cabo y plasmarse en instrumentos de negociación específicos y claramente diferenciados según a quién afecten, ya sea al personal funcionario o al laboral. Esto implica que deben formalizarse en Acuerdos o Pactos para los funcionarios y en convenios colectivos para el personal laboral¹⁰.

2. EL INDEFINIDO NO FIJO (INF): EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES TEMPORALES EN LAS AAPP A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 1999/70/CE

La aparición en nuestro escenario de relaciones laborales de la figura del trabajador indefinido no fijo (INF) tiene su origen en sede jurisprudencial, siendo una contante, a lo largo de su historia, la escasa atención legislativa, en contraste con un crecimiento casi exponencial en nuestras Administraciones¹¹. Tras su configuración jurisprudencial, pudimos asistir a una primigenia cristalización legal que la doctrina, de forma mayoritaria, consideró ambigua e inconexa, en el artículo 11.1 EBEP, que establece las diferentes categorías de personal al servicio de las administraciones públicas, aclarando que el personal laboral puede tener tres configuraciones legales diferentes: fijo, indefinido o temporal¹². Esta parca relación, no desarrollada, ni aclarada, resulta a todas luces confusa, por lo que la técnica legislativa empleada ha sido abiertamente criticada por la doctrina iuslaboralista¹³.

Para poder entender su nacimiento, debemos de partir del recorrido evolutivo que sufre el fraude o abuso de la contratación temporal en el seno de las AAPP. El profesor BELTRAN DE HEREDIA aboga por distinguir hasta cuatro fases de evolución jurisprudencial, que llevó a la construcción de la figura del indefinido no fijo¹⁴: (i) Una primera, donde las irregularidades contractuales cometidas por las Administraciones

⁹ TERRADILLOS ORMAECHEA, E., *supra* nota 7. Pág. 118.

¹⁰ ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva en la función pública”, 76 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2004) Pág. 341.

¹¹ ARRIETA IDIAKEZ, F. J., “El empleo temporal en las administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva”, 43 *Lan harremanak: revista de relaciones laborales* (2020) Pág. 44; BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, 3 *IUSLabor: revista d’anàlisi de dret del treball* (2017) Pág. 162.; BOLTAINA BOSCH, X., “Personal temporal en la administración pública: soluciones de presente y opciones de futuro”, *Documentación administrativa* (2021) Pág. 74.

¹² ARUFE VARELA, A., “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, 40 *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social* (2015) Pág. 103; DESDENTADO BONETE, A., “Los indefinidos no fijos ¿una historia interminable o una historia terminada?”, 10 *Revista de información laboral* (2018) Pág. 17.

¹³ SALINAS MOLINA, F., “La resurrección de la directiva 1999/70/ce del consejo de 28 de junio de 1999”, 3 *IUSLabor. revista d’anàlisi de dret del treball* (2016).

¹⁴ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., *supra* nota 10.

Públicas no conllevan la transformación automática del contrato en indefinido, salvo situaciones especialmente complejas y graves, de acuerdo con la STS de 27 de noviembre de 1989¹⁵; (ii) Un segunda fase en la que, si bien no se puede acceder a la transformación automática, dichas irregularidades ponen de manifiesto la existencia de un puesto de trabajo de carácter indefinido, dando lugar a lo que la doctrina jurisprudencial llamó “interinidad de hecho”, naciendo, con ello, la obligación de la Administración de cobertura futura de la plaza de forma definitiva¹⁶; (iii) Una tercera fase, donde se constata un auténtico sometimiento de las AAPP al ordenamiento laboral respecto de aquellos contratos regulados por el Derecho del Trabajo, yendo mucho más allá, y decretando que la sanción por el abuso de la contratación temporal o la irregularidad durante la misma, debía ser la fijeza en el puesto, a partir de la STS de 18 de marzo 1991¹⁷; (iv) Fijeza que pervivió poco en el tiempo, debido a la construcción conceptual de la figura del INF con la importantísima STS de 7 de octubre de 1996¹⁸, en una cuarta, y última fase, mediante la creación de una figura que se encuentra a caballo entre la estabilidad y la temporalidad¹⁹. En la misma se trazan líneas rojas para el acceso al empleo público, los requisitos de carácter constitucional de igualdad, mérito y capacidad, en cuya ausencia, no puede concederse la condición de fijeza.

El concepto de trabajador INF surge como una solución que trata de contentar a dos mundos diferentes y, por lo tanto, está diseñada para equilibrar dos objetivos: garantizar la estabilidad laboral de los empleados de las Administraciones Públicas y, al mismo tiempo, proteger las condiciones de ingreso al empleo público, que se rige por principios constitucionales como la igualdad, el mérito y la capacidad²⁰. La falta de los mismos en los procesos de contratación impedía otorgar el estatus de trabajador fijo a estos trabajadores, conforme a lo establecido en los artículos 14 y 23.2 CE y el EBEP²¹. Teniendo en cuenta estos factores, podemos describir a este tipo de trabajador como aquel que comienza su relación laboral con una Administración Pública mediante un contrato temporal. Sin embargo, debido a las anomalías en el proceso de contratación, imputables a la empleadora, este contrato adquiere carácter indefinido, sin vocación de estabilidad plena, ya que sólo le otorga el derecho de mantener su puesto hasta que sea ocupado a través del método reglamentario o se amortice²². Así, es la jurisprudencia la encargada de establecer límites a la capacidad de la Administración de decidir la duración de un contrato que está caracterizado por la existencia de fraude o abuso²³.

Desde esta perspectiva, estaríamos en presencia de un contrato temporal, equiparable a los interinos por vacante, ya que, de forma análoga, estaríamos ante un contrato temporal que vendría a finalizar con la cobertura de la plaza de forma reglamentaria o con la amortización de la misma, si bien, la diferencia la podemos encontrar en que, en el caso de la interinidad por vacante, dicha vacante existe en el AP, lo que no concurre en todos los casos de INF, cuyas plazas no tienen porque estar contempladas en la RPT²⁴.

¹⁵ STS 27/11/1989 (ECLI:ES:TS:1989:6756)

¹⁶ Por todas, STS 18/07/1990 (RJ 1990/6424).

¹⁷ STS 18/03/1991 (ECLI:ES:TS:1991:16623).

¹⁸ STS 07/10/1996 (ECLI:ES:TS:1996:5360).

¹⁹ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., *Indefinidos No Fijos. Una Figura En La Encrucijada* (2021).

²⁰ SELMA PENALVA, A., “El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos”, 2 *IUSLabor: revista d’anàlisi de dret del treball* (2018) Pág. 3.

²¹ FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos””, 13 *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* (2018). Pág. 75.

²² MARÍN ALONSO, I., “La Conversión de Contratos Temporales En Indefinidos No Fijos En Las Administraciones Públicas. Viejos y Nuevos Supuestos”, en *El Derecho Del Trabajo y La Seguridad Social En La Encrucijada: Retos Para La Disciplina Laboral* (2015) Pág. 290.

²³ *Ibid.* Pág. 287.

²⁴ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., *supra* nota 18.

Sin embargo, la naturaleza temporal de este tipo de contratos no ha seguido una línea doctrinal clara y uniforme en nuestro TS, el cual llegó a la conclusión, mediante la STS 28 de marzo 2017²⁵, que los trabajadores indefinidos no fijos no son temporales, en contradicción, no sólo con la doctrina de la propia Sala Cuarta del TS, sino con la jurisprudencia unánime del TJUE, lo que provocó graves problemas interpretativos, sobre todo respecto de la indemnización aplicable en caso de extinción de la relación laboral²⁶.

Inicialmente, el TJUE, sin duda confuso por la terminología empleada, que choca con la concepción binaria del empleo en la normativa europea, no diferenció adecuadamente el régimen jurídico de los trabajadores INF de la Administración, como podemos ver en las sentencias de los asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López²⁷, como bien puso de manifiesto parte de la doctrina²⁸. El TJUE destaca el objetivo de dar cumplimiento al Acuerdo Marco, sin distinciones, tanto en el ámbito privado como en el público, aunque si bien, no impone a los Estados miembros la transformación de los contratos temporales en indefinidos²⁹.

Los desafíos surgidos por el intento de reducción de la contratación temporal en la AAPP se relacionan directamente con el uso excesivo de esta modalidad contractual. A pesar de que se contempla para casos específicos, no podemos olvidar que, el ordenamiento laboral, parte de la contratación indefinida como modelo típico, siendo la temporal excepcional. De este análisis se desprende que, ante la continua evolución de la jurisprudencia, como ahora veremos, si un trabajador temporal, ya sea INF o interino, experimenta un trato diferenciado sin justificación, dicho trato no cumplirá con las obligaciones establecidas en la Directiva 1999/70/CE³⁰.

3. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO NEGOCIAL: APLICACIÓN IMPUESTA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Dentro de la libertad negocial existente en los distintos niveles de la negociación colectiva, a la hora de definir el ámbito de aplicación funcional y personal del convenio, las partes, con el objetivo de que los pactos alcanzados respeten el equilibrio negocial intrínseco del acuerdo y que los esfuerzos y compromisos alcanzados sean realmente asumibles, pueden establecer limitaciones personales respecto de la aplicación del convenio mismo, de manera que, no todos los trabajadores de una determinada Administración, sean beneficiarios de los derechos reconocidos en el mismo, a través de exclusiones de aplicación, algo que puede ser especialmente importante en Administraciones públicas pequeñas que pueden ver como su personal se incrementa a raíz de la concesión de subvenciones o programas específicos que son de naturaleza temporal, al menos en su conceptualización.

Así, como ejemplo, tenemos el IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía, en el que podemos leer³¹:

²⁵ STS 28/03/2017 (ECLI:ES:TS:2017:1414).

²⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *supra* nota 20.

²⁷ STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-184/15 y C-197/15, asunto Martínez Andrés y Castrejana López (ECLI:EU:C:2016:680).

²⁸ MORATE MARTÍN, L., “El empleado público 2021. crisis del empleo temporal: interinos vs. indefinidos no fijos”, *Revista jurídica de asturias* (2021) Pág. 73., disponible en <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/view/17203/14336> (última visita 10 de octubre de 2023).

²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, 208 *Revista de administración pública* (2019), Pág. 230.

³⁰ FERNÁNDEZ GRACIA, E. M., “El derecho a la indemnización del personal interino al servicio de la administración española a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, 27 *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* (2021).

³¹ Resolución de 10 de febrero de 2004, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (Cod. Convenio 7100205). BOJA de 23 de febrero 2004.

Artículo 3. Ambito Personal. Las normas contenidas en el presente Convenio son de aplicación a todo el personal de Administración y Servicios que se encuentre vinculado a alguna de las Universidades Públicas Andaluzas mediante relación jurídico laboral formalizada por el Rector o, en virtud de delegación de éste, por el Gerente y que perciba sus retribuciones con cargo a las correspondientes consignaciones del Capítulo I de los Presupuestos de las respectivas Universidades.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Aroche, en el que encontramos³²:

Artículo 2.- El presente Convenio se extiende en todo el ámbito de la actividad que el Ayuntamiento de Aroche realiza en todos sus centros y dependencias actuales, así como en los que pudieran crearse en el futuro, ubicados en su término municipal, y serán de aplicación a todos los/as trabajadores/as de la Corporación con régimen jurídico de Derecho Laboral, bajo cualquiera de las modalidades contractuales previstas en cada momento por la legislación vigente, con al menos un año de antigüedad en plantilla.

A los trabajadores temporales dependientes de programas subvencionados por otras Administraciones Públicas les será de aplicación el presente Convenio, salvo lo que se refiera a la cuantía de las retribuciones, que serán fijadas en atención al importe de la subvención que perciba el Ayuntamiento, siempre que cumplan también los requisitos de antigüedad. Quedan expresamente excluidos del presente Convenio los trabajadores que se contraten en proyectos financiados por acuerdos con el INEM u órgano similar, en la medida que estén sujetos a cualquier otro Convenio Colectivo vigente.

Otro ejemplo, paradigmático, lo tenemos en el Convenio Colectivo de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, que regula este extremo de la siguiente manera:

Artículo 2.- Ámbito personal. El Convenio será de aplicación a todos y todas los trabaja- dores y las trabajadoras que presten sus servicios en la FASS. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Convenio: a) Personal de alta dirección y personal directivo, así como aquellas personas cuyo puesto de trabajo sea calificado por la Dirección Gerencia de la Fundación como de especial confianza, mientras desempeñen dichas funciones. b) El personal contratado para el cumplimiento de programas o proyectos dependientes de otras organizaciones, que contemplando condiciones laborales y regímenes retributivos propios, se desarrollan principalmente fuera de los centros de trabajo.

Los ejemplos anteriormente relacionados son sólo una pequeña muestra de una práctica habitual en nuestras Administraciones, que tratan de dejar patente que los acuerdos alcanzados no pueden extenderse a personal no contemplado por los sujetos negociadores³³.

No podemos perder de vista que el personal al servicio de las AAPP tiene una tratamiento diferenciado según su naturaleza, tal y como se describe en el art. 11.2

³² Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Aroche, que fue suscrito con fecha 15 de septiembre de 2006. BOP Huelva de 27 de Julio de 2007.

³³ Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar otros Convenios Colectivos, como el del Excmo. Ayuntamiento de Morón de la Frontera (BOP Sevilla de 1 de junio de 2011), en cuyo artículo 2 indica: “*Quedan excluidas del ámbito de aplicación del presente Convenio, por estar vinculadas mediante relaciones ajenas al ámbito jurídico-laboral, las siguientes personas: a) Las personas contratadas para la prestación de servicios o Asistencia Técnica, regulada por el Derecho Administrativo. b) Los profesionales cuya relación con el Ayuntamiento de Morón esté sujeta a contratos regulados por el derecho Administrativo, Civil o Mercantil. c) Trabajadores agrarios que prestan sus servicios en la finca Propiedad Municipal. Estos se regirán por su normativa sectorial correspondiente. d) Trabajadores sujetos a subvención*”. El Ayuntamiento de Dos Hermanas, (BOP Sevilla de 24 de octubre de 2018), por su parte, regula: “*No obstante, y como excepción, el presente Convenio Colectivo no afectará a aquellos/as trabajadores/as de este Ayuntamiento con contratos temporales sujetos a Convenios con subvenciones totales o parciales de otras Administraciones Públicas, cuyas condiciones económicas y sociales se regularán por la normativa de dichos Convenios o por las condiciones contractuales pactadas*”. Por su parte, el Ayuntamiento de Huelva, publicó una modificación parcial del

EBEP, que establece dos grandes conjuntos de trabajadores, el personal funcionario y el personal laboral, estableciendo una auténtica reserva funcional de servicios a favor de los funcionarios, respecto de aquellas tareas que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. En todo caso, la presencia de personal temporal puede darse en cualquiera de las dos categorías de trabajadores, destacando, entre los funcionarios, la del funcionario interino, con una enorme variedad de supuestos en los que se puede recurrir a ellos. Es precisamente debido a esta doble posibilidad de utilización de personal temporal, por lo que las AAPP cuentan con un remanente casi inagotable de personal no estructural, cuya explicación puede encontrarse en la complejidad de los procesos selectivos, que tienen a extenderse casi sine die en el tiempo, así como con la necesidad de un ajuste presupuestario impuesto legislativamente, dado que este tipo de trabajadores pueden suponer un ahorro de costes en comparación con los trabajadores estables³⁴. Este panorama ha conllevado el abuso continuo de estas figuras y conlleva la existencia de una alta tasa de empleo precario, principalmente feminizado, en las AAPP³⁵.

Es por ello que la exclusión de este tipo de personal de la eficacia aplicativa de los convenios colectivos ha tenido que ser analizada por la doctrina de nuestro TS, con una evolución paralela a la de su régimen jurídico apuntalado por el TJUE.

Así nos encontramos una clara evolución en cuanto a la aplicación de determinados derechos reconocidos en la negociación colectiva para los trabajadores estables de una determinada Administración Pública, como podía ser la excedencia voluntaria con una serie de garantías superiores a las recogidas en el ET. La posición del TS fue categórica³⁶, y dado que los INF tenían vetado el derecho a participar en concursos, al no poder predicarse de estos trabajadores los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, desde una lógica conceptual, la excedencia voluntaria, que se define como una garantía de estabilidad de acceso preferente en una vacante de igual o similar categoría,

Convenio (BOP Huelva 21 de marzo de 2017), para excluir a determinado personal: “*Queda excluido del ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, el personal contratado con motivo de la ejecución o concesión de Programas o Proyectos de la Junta de Andalucía, de la Administración del Estado o de la Unión Europea, así como, de Planes de Empleo Municipales. Este personal se regirá por las condiciones particulares determinadas en la norma que regule el citado Programa, Proyecto o Plan de Empleo, siendo de aplicación con carácter supletorio las disposiciones del presente Convenio, salvo los derechos de contenido económicos, que se ajustarán estrictamente a la subvención concedida o cuantía aprobada para la ejecución de los mismos*”. El Ayuntamiento de Gibraleón (BOP Huelva 24 de agosto de 2022), acude a la siguiente fórmula: “*Quedarán excluidos/as los trabajadores y las trabajadoras de carácter temporal con menos de un (1) año de antigüedad*”. Otra variante la encontramos en el Ayuntamiento de Bollullos Par del Condado (BOP Huelva 30 de Diciembre de 2011), que establece: “*El presente Acuerdo será de aplicación a todas las relaciones de empleo fijas o indefinidas (regidas por el derecho administrativo o laboral) que mantuviese el Ayuntamiento, en el bien comprendido extremo de que sólo podrán concertarse aquéllas que tuvieran respaldo en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, RPT, (que deberá adjuntarse actualizada como Anexo a los Presupuestos anuales de la Corporación)*”. Por su parte, el Ayuntamiento de Tomares (BOP Sevilla de 28 de septiembre de 2020) viene a limitar: “*Las normas del presente Convenio, serán de aplicación a todos los trabajadores laborales que se encuentran en situación de activo en este Ayuntamiento, excepto las económicas que se aplicarán únicamente al personal laboral que ocupan puestos de trabajo de plantilla, y no serán de aplicación al personal contratado con cargo a subvenciones, programas, acuerdos o proyectos con otras Administraciones Públicas, el cual se regirá por las condiciones establecidas por las normas propias de tales subvenciones, programas, acuerdos o proyectos. Asimismo, las ayudas sociales no serán de aplicación al personal eventual con contrato inferior a seis meses; que se regirá por las condiciones establecidas en su convocatoria específica*”.

³⁴ GIFREU FONT, J., “La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso?”, 18 *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (2022) Pág. 77.; RODRÍGUEZ ESCACIANO, S., “Los funcionarios interinos y el personal laboral indefinido no fijo tienen derecho a la promoción horizontal”, 1 *Revista de jurisprudencia laboral (RJL)* (2020) Pág. 1., available at <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7655377>; SÁNCHEZ MORÓN, M., “El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro”, *Revista aragonesa de administración pública* (2011) Pág. 19.

³⁵ BOLTAINA BOSCH, X., “Empleo público temporal en España: precariedad del modelo y recuperación del sistema (2010-2016)”, 106 *Doc. labor* (2016) Pág. 9.

³⁶ STS 03/05/2006 (ECLI:ES:TS:2006:3437).

debía ser negada a los indefinidos no fijos precisamente por estar vinculados a una plaza concreta³⁷.

Sin embargo, a partir de dicho tratamiento, hemos asistido a una expansión de las condiciones laborales negociadas en los convenios colectivos hacia sujetos no previstos por sus negociadores, con el riesgo de la quiebra de los equilibrios alcanzados, especialmente el equilibrio presupuestario, fundamental en el seno de una Administración Pública. Por ello, el establecimiento de un tratamiento diferenciado, para trabajadores INF, así como el resto de trabajadores temporales, debía estar basado, aplicando los principios de la Directiva 1999/70/CE, en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo, no pudiendo admitirse ese tratamiento menos favorable, respecto de trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable, sin que exista justificación objetiva³⁸.

La jurisprudencia del TJUE ha sido constante en esa línea, primero respecto de los trabajadores públicos interinos, ya sean funcionarios o laborales, y luego respecto de los INF, debiendo señalar, a título de ejemplo, el derecho al devengo del sexenio de formación de los docentes no universitarios interinos, cuya negativa interna fue considerada contraria a la cláusula cuarta del AM³⁹. La misma dirección mantuvo el TJUE respecto de la exclusión de los profesores interinos de la percepción de complementos salariales sometidos a criterios de evaluación por formación, contribución a los objetivos del centro y participación en sus actividades⁴⁰, el derecho a la reducción de jornada de trabajadores interinos⁴¹ o el sistema de complementos retributivos del personal administrativo y de servicios de la Universidad de Zaragoza⁴².

Dichos elementos fruto de la negociación colectiva son considerados, por el TJUE como una condición de trabajo, por lo que, de manera uniforme, la exclusión de los trabajadores temporales, ya sean interinos, ya sean INF, suponen un tratamiento que, sin más, y sin razonamientos internos que lo justifiquen, supone una quiebra de los precipcios de la Directa 99/70, de manera que, en la jurisprudencia del TJUE carece de justificación dicha línea divisoria, cada vez menos presente⁴³.

De hecho, a nivel interno, nuestro TS ha venido siguiendo una línea de equiparación entre los trabajadores INF, así, la STS de 2 de febrero de 2017 desvincula al trabajador INF de una vacante en particular afectada por un proceso de cobertura, de manera que, debido a la naturaleza atípica de su contratación, que no se vinculó de forma clara y directa a un puesto específico vacante y, dado el lenguaje genérico utilizado en la convocatoria, no hay certezas que permitan afirmar que el puesto de la trabajadora estaba directamente relacionado con dicha convocatoria⁴⁴. Equiparación que no ha hecho más que incrementarse en una evolución natural, hasta el punto de que el propio TS parece apuntar a una posible equiparación al trabajador fijo, cuando nos dice que “*la figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo*”⁴⁵. La decisión judicial desdibuja las diferencias claras entre los trabajadores de contrato fijo y los INF, al reconocer el derecho a la promoción basándose en la percepción, algo sesgada, de que estos últimos no están vinculados a

³⁷ ROQUETA BUJ, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, 442 *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* (2020) Pág. 23.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Auto TJUE 09/02/2012 Asunto C-556/11 (ECLI:EU:C:2012:67).

⁴⁰ Auto TJUE 21/09/2016 Asunto C-631/15 (ECLI:EU:C:2016:725).

⁴¹ Auto TJUE 09/02/2017 Asunto C-443/16 (ECLI:EU:C:2017:109).

⁴² Auto TJUE 22/03/2018 Asunto C-315/17 (ECLI:EU:C:2018:207).

⁴³ SETUÁIN MENDÍA, B., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el empleo local”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2019* (2020) Pág. 369.

⁴⁴ STS 02/02/ 2017 (ECLI:ES:TS:2017:659).

⁴⁵ STS 02/04/2018 (ECLI:ES:TS:2018:1703).

un puesto específico. Así, el Tribunal Supremo crea una distinción con los trabajadores interinos en esta situación, pasando por alto que muchos de los INF se encuentran en esa categoría debido a la superación, muchas veces desesperante, del tiempo estipulado para los procesos de selección del artículo 70.1 EBEP⁴⁶. Una amplia mayoría de la doctrina viene a coincidir, sin embargo, con el voto particular de la sentencia, emitido por el magistrado Don Ángel Blasco Pellicer, en el que se cuestiona la posibilidad de que los trabajadores INF, que no han pasado por un proceso competitivo de selección, puedan participar en promociones internas sin demostrar el mérito y capacidad exigidos en el sistema tradicional de acceso. Tal práctica podría contravenir los principios de igualdad y publicidad, siendo una decisión que la doctrina iuslaboralista ha cuestionado⁴⁷.

Para el TJUE sólo cabría apreciar razones objetivas cuando *la desigualdad de trato esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto*. Recordando, además que, *“tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”*, pero enfatizando que dicha diferencia de trato entre trabajadores fijos y trabajadores temporales, incluido los INF, no tendría justificación por el por *“el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo”*⁴⁸.

El Tribunal Supremo, adoptando la doctrina del TJUE, determina que el sistema de carrera profesional, junto con la negociación colectiva y sus implicaciones salariales, se incluyen dentro del concepto de “condiciones de trabajo” protegido por la Directiva. Por lo tanto, excluir al personal interino y a los trabajadores INF, únicamente por la naturaleza de su relación con la administración, constituye una discriminación que no debe ser permitida⁴⁹.

Modificando frontalmente su doctrina, el TS, en esta línea proteccionista, ha terminado decretando que, a diferencia de lo que concluyó en mayo de 2006⁵⁰, los trabajadores INF tienen derecho a una excedencia voluntaria, de manera que desaparece la identidad INF-vacante, para conceder un derecho que si bien no es incondicionado, ya que puede aplicarse siempre que la vacante no haya sido cubierta definitivamente, se amplía el abanico de derechos de estos trabajadores, al tiempo que se consigue no desnaturalizar

⁴⁶ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., *Los Indefinidos No Fijos Tienen Derecho a La Promoción Profesional (y ¿vuelven a Ser Temporales?)*, 2018, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/05/18/los-indefinidos-no-fijos-tienen-derecho-a-la-promocion-profesional-y-vuelven-a-ser-temporales/> (última visita 10 de octubre de 2023).

⁴⁷ *Ibid.*; ROQUETA BUJ, R., *supra* nota 36.

⁴⁸ STJUE de 14 de setiembre de 2016, C-596/14 (ECLI:EU:C:2016:683).

⁴⁹ FERNÁNDEZ GRACIA, E. M., “El personal interino al servicio de la administración española y la Directiva 1999/CE/ del Consejo: la búsqueda de la equiparación con el personal funcionario”, *Gabilex nº 31* (2022) Pag. 65.”given”:”Eva María”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””,”container-title”:”Gabilex Nº 31”,”id”:”ITEM-1”,”issued”:{”date-parts”:[[”2022”]]},”page”:”65-104”,”title”:”EL PERSONAL INTERINO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y LA DIRECTIVA 1999/CE/ DEL CONSEJO: LA BÚSQUEDA DE LA EQUIPARACIÓN CON EL PERSONAL FUNCIONARIO”,”type”:”article-journal”,”uris”:{”http://www.mendeley.com/documents/?uuid=1c377c0f-5431-415f-8aef-a2f8e0517f85”}],”mendeley”:{”formattedCitation”:”-Fernández Gracia, E.M., \”EL personal interino al servicio de la administración española y la directiva 1999/ce/ del consejo: la búsqueda de la equiparación con el personal funcionario”, <i>Gabilex n^o 31</i> (2022

⁵⁰ STS 02/03/2021 (ECLI:ES:TS:2021:1426).

el contrato, ni se estipular reservas de plazas o vacantes concretas, que deben seguir su proceso de cobertura⁵¹.

Es de destacar el último pronunciamiento del TS respecto del derecho del personal docente e investigador temporal de las Universidades españolas, con un número cada vez más elevado de INF, al complemento económico por méritos investigadores en los mismos que el personal docente e investigador permanente⁵². Su argumentación técnico jurídico se apoya, básicamente, sobre los principios de no discriminación y de igualdad de trato al entender que la función investigadora del personal docente es exigible por igual a los profesores permanentes como a los temporales, y que la exclusión de los no permanentes del percibo del complemento, a todas luces una condición de trabajo, no viene amparada por las normas comunitarias y patrias⁵³. la normativa Comunitaria (Directiva 1999/70/CE de 28 de junio) le es refractaria cualquier discriminación de trato en relación a las condiciones de trabajo entre elementos comparables sustancialmente idénticos que se sustente en la naturaleza temporal del vínculo contractual, especialmente cuando del devengo de un complemento económico se trata. la naturaleza del complemento de investigación no se relaciona con el puesto de trabajo o otra condición singular que lo individualice, sino con la productividad investigadora, por lo que no es razonable que el esfuerzo investigador reciba peor trato para los trabajadores temporales que para los permanentes⁵⁴. Era difícil que la discriminación apreciada se sostuviese en el tiempo. No sólo porque es evidente que jurídicamente no se sostenía, sino también por la importancia intrínseca que el sexenio tiene en la superación de las diferentes etapas contractuales para adquirir la fijeza en el puesto de trabajo.

De esta manera, se viene a imponer la aplicación de Convenios Colectivos a un nutrido número de trabajadores temporales de nuestras AAPP que, a pesar de los intentos de reducción de temporalidad, no ha dejado de crecer⁵⁵, siendo especialmente acusada en sectores especialmente importantes, como la educación o la sanidad y, con ello, afectado a la calidad del empleo público en si mismo considerado⁵⁶.

A través de la jurisprudencia unánime del TJUE, que considera que, como condición de trabajo, los Convenios Colectivos deben aplicarse a estos trabajadores a fin de que se respete los principios de la Directiva, puede producirse una clara ruptura de los equilibrios alcanzados por las partes negociadoras, siendo especialmente preocupante su posible impacto sobre la estabilidad presupuestaria de las AAPP⁵⁷. y es que, en última instancia, el problema no lo encontramos en el mecanismo de exclusión convencional, que en su mayoría, si bien poco argumentados, podrían tener una explicación razonable y proporcionada, sino el uso incorrecto hecho por las AAPP de las contrataciones temporales, y es que, aun siendo cierto que en origen estaríamos en presencia de contratos temporales formales, una vez declaranda fraudulenta la sentencia de instancia la contratación temporal de la trabajadora, sin cuestiona y abusiva la relación laboral, y por

⁵¹ MORATE MARTÍN, L., *supra* nota 27.

⁵² STS de 25 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:315).

⁵³ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., “El personal docente e investigador contratado temporalmente por las Universidades públicas tiene derecho a solicitar, y en su caso percibir, los complementos de investigación de ámbito nacional”, 2 *Revista de jurisprudencia laboral (R JL)* (2023) Pag. 3.

⁵⁴ *Ibid.* Pág. 4.

⁵⁵ Los datos arrojados por el análisis de la EPA en el primer trimestre de 2023 establecen un porcentaje de temporalidad en las AAPP por encima del 31%, que, a diferencia del sector privado, se ha visto incrementado a pesar de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2021, a través del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

⁵⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos como ejemplo en el orden social”, 22 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2018). Pág. 490.

⁵⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., *supra* nota 52. Pág. 2.

lo tanto rebautizada como indefinida no fija, los obstáculos pactados para su aplicación desaparecen, como ha tenido ocasión de clarificar la jurisprudencia⁵⁸.

4. CONCLUSIONES

El calado jurídico propio que tiene la negociación colectiva en el seno de las relaciones laborales le dota de un velo vertebrador de paz social, con independencia de que los acuerdos se hayan adoptado en sede de administración pública o en el ámbito de la empresa privada, de forma que, a través del proceso de negociación, se pueden adaptar las exigencias laborales a la realidad socio-económica de la empresa, aunque ésta sea una AP, por lo que se predica la función de equilibrar las relaciones laborales en un contexto de previsión y contención del conflicto. El equilibrio resultante es especialmente delicado en el sector público, en el que los acuerdos no sólo deben tener en cuenta el mercado socio laboral en el que se inserta, así como la capacidad de cumplimiento de la empresa firmante, sino que, además, debe de respetar principios constitucionales de funcionamiento propios de una Administración Pública, donde la contención del gasto, la eficacia o el equilibrio presupuestario suponen límites naturales con los que resulta difícil negociar.

Por ello, que las partes negociadoras puedan calcular el coste de los compromisos supone una parte fundamental del equilibrio mismo del acuerdo, de manera que, en el seno de las AAPP se ha venido construyendo una especie de muro jurídico aplicativo de los convenios colectivos, limitando el personal que podía ser afectado por el mismo, a través de exclusiones que trataban de asegurar el cumplimiento adecuado de lo convenido, pensando en el núcleo duro del personal estable de las AAPP, dejando, extramuros, a aquel personal que no tenía tal relación con la Administración, y cuya inclusión podía poner en jaque el cumplimiento de los pactos alcanzados, por el desbordamiento del compromiso presupuestario.

Para terminar de cocinar el caldo de cultivo del análisis de la legalidad de dicha autonomía colectiva de la voluntad, no podemos perder de vista que la contratación temporal en las AAPP españolas no ha dejado de crecer, sin que, ni siquiera, la reforma laboral de 2021 haya conseguido minorar el número de trabajadores temporales que colman nuestras administraciones, cobrando especial relevancia, la figura de los trabajadores INF, que no son trabajadores temporales al uso, sino que, en ellos, se da la circunstancia de que la nota de origen que pudiera justificar su temporalidad ha devenido inexistente o ilegal, de manera que, la comparación con un trabajador fijo en la misma administración, no pasa el tamiz de la causalidad temporal, y con ello, las diferencias que pueden pretender aplicarse entre ambos colectivos deben de estar muy finamente hiladas, desde una perspectiva jurídica.

Los pactos alcanzados dentro de un Convenio Colectivo difícilmente pueden no considerarse una condición de trabajo, y por ello, caen bajo el amparo de la protección de la Directiva 99/70 y su Acuerdo Marco. De esta forma, para excluir a determinados trabajadores de su aplicación, deben darse razones objetivas que lo justifiquen, basadas en la existencia de elementos precisos y concretos, de acuerdo con criterios objetivos y transparentes, pudiendo tener su justificación en la especial naturaleza de las tareas objeto

⁵⁸ STSJ Andalucía de 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TSJAND:2014:138); STSJ Andalucía de 16 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:5729); STSJ Andalucía de 16 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:5730); STSJ Andalucía de 28 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:5806); STSJ Andalucía de 28 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:7355); STSJ Andalucía de 19 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:8511); STSJ Andalucía de 23 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TSJAND:2016:14793).

de los contratos temporales, sin que la justificación venga dada por el hecho de que la diferencia de trato esté prevista por una simple norma nacional, general y abstracta, o un convenio colectivo. Por lo que, siendo el trabajador INF comparable al trabajador fijo por lo razonado con anterioridad, la exclusión argumentada en la capacidad de negociación colectiva, y la necesidad del ajuste presupuestario, no merece favorable acogida para el TJUE, que ha venido considerando dicho tratamiento como discriminatorio y contrario a los objetivos de la Directiva 99/70 y su Acuerdo Marco.

Esta circunstancia, la proliferación no prevista de los sujetos afectados por las condiciones laborales pactadas en un Convenio Colectivo, puede producirse una clara ruptura de los equilibrios alcanzados, algo que, de por sí, con independencia del ámbito de aplicación, puede suponer un claro peligro para la pervivencia de los compromisos, pero es que, además, si sumamos el contexto económico y de deuda pública, puede suponer la quiebra presupuestaria en el caso de una Administración Pública.

A pesar de todo ello, no podemos olvidar que, las decisiones de política de contratación de las AAPP son decididas con cierta autonomía, así como el uso incorrecto, abusivo e ilegal de las figuras contractuales temporales para el desempeño de plazas que, realmente, son estructurales, es una medida que se decide, o al menos se consiente, por las propias AAPP. La discriminación sufrida por los trabajadores, debida a una exclusión injusta, no puede permanecer en el tiempo, ya que los trabajadores INF son las víctimas de una serie de abusos jurídicos que se han venido cometiendo por las propias empleadoras, por lo que, aun siendo cierto que en, al menos en origen estaríamos en presencia de contratos temporales formales que pudieran haber justificado una diferencia de trato, una vez declarando el fraude o el abuso de la contratación temporal, no existen razones objetivas que permitan el trato diferenciado, ya que la mera existencia de la exclusión personal articulada en convenio colectivo, no puede ser suficiente para esquivar la protección de la Directiva 99/70.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., “El personal docente e investigador contratado temporalmente por las Universidades públicas tiene derecho a solicitar, y en su caso percibir, los complementos de investigación de ámbito nacional”, 2 *Revista de jurisprudencia laboral (RJL)* (2023).

ARRIETA IDIAKEZ, F. J., “El empleo temporal en las administraciones públicas: límites, prevención y sanción a su utilización abusiva”, 43 *Lan harremanak: revista de relaciones laborales* (2020).

ARUFE VARELA, A., “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, 40 *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social* (2015).

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, 3 *IUSLabor: revista d’anàlisi de dret del treball* (2017).

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., *Indefinidos No Fijos. Una Figura En La Encrucijada* (2021).

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., *Los Indefinidos No Fijos Tienen Derecho a La Promoción Profesional (y ¿vuelven a Ser Temporales?)*, 2018, UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES, disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/05/18/los-indefinidos-no-fijos-tienen-derecho-a-la-promocion-profesional-y-vuelven-a-ser-temporales/> (última visita 10 de octubre de 2023).

BOLTAIÑA BOSCH, X., “Empleo público temporal en España: precariedad del modelo y recuperación del sistema (2010-2016)”, 106 *Doc. labor* (2016).

BOLTAINA BOSCH, X., “Personal temporal en la administración pública: soluciones de presente y opciones de futuro”, *Documentación administrativa* (2021).

DESDENTADO BONETE, A., “Los indefinidos no fijos ¿una historia interminable o una historia terminada?”, 10 *Revista de información laboral* (2018).

FERNÁNDEZ GRACIA, E. M., “El derecho a la indemnización del personal interino al servicio de la administración española a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, 27 *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* (2021).

FERNÁNDEZ GRACIA, E. M., “El personal interino al servicio de la administración española y la Directiva 1999/CE/ del Consejo: la búsqueda de la equiparación con el personal funcionario”, *Gabilex nº 31* (2022).

FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de “indefinidos no fijos”, 13 *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha* (2018).

GIFREU FONT, J., “La estrategia de reducción de la temporalidad en el empleo público en la ley 20/2021: ¿un bálsamo de fierabrás para erradicar definitivamente las relaciones de interinidad de larga duración o una solución provisional para salir del paso?”, 18 *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (2022).

GONZÁLEZ BIEDMA, E., “La negociación colectiva informal”, 140 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2017).

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La no discriminación entre trabajadores temporales e indefinidos como ejemplo en el orden social”, 22 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2018).

MARÍN ALONSO, I., “La Conversión de Contratos Temporales En Indefinidos No Fijos En Las Administraciones Públicas. Viejos y Nuevos Supuestos”, en *El Derecho Del Trabajo y La Seguridad Social En La Encrucijada: Retos Para La Disciplina Laboral* (2015).

MERCADER UGUINA, J. R., “La estructura de la negociación colectiva”, 76 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2004).

MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del estatuto básico del empleado público: de la convergencia a la «unificación» parcial de estatutos”, 293-294 *Revista de trabajo y seguridad social. CEF* (2007).

MORATE MARTÍN, L., “El empleado público 2021. crisis del empleo temporal: interinos vs. indefinidos no fijos”, *Revista jurídica de asturias* (2021), disponible en <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/articulo/view/17203/14336> (última visita 10 de octubre de 2023).

RODRIGUEZ-PIÑERO ROJO, M., “La Negociación Colectiva En Tiempos de Deudocracia”, en *El Derecho a La Negociación Colectiva: ‘Liber Amicorum’ Profesor Antonio Ojeda Avilés / Coord. Por Juan Gorelli Hernández Árbol Académico; Antonio Ojeda Avilés (Hom.)* (2014).

RODRÍGUEZ ESCACIANO, S., “Los funcionarios interinos y el personal laboral indefinido no fijo tienen derecho a la promoción horizontal”, 1 *Revista de jurisprudencia laboral (RJL)* (2020).

ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva en la función pública”, 76 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2004).

ROQUETA BUJ, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, 442 *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* (2020).

SALINAS MOLINA, F., “La resurrección de la directiva 1999/70/ce del consejo de 28 de junio de 1999”, 3 *IUSLabor: revista d’anàlisi de dret del treball* (2016).

SÁNCHEZ MORÓN, M., “El empleo público en España: problemas actuales y retos de futuro”, *Revista aragonesa de administración pública* (2011).

SÁNCHEZ MORÓN, M., “La consagración del funcionario interino indefinido”, 208 *Revista de administración pública* (2019).

Selma Penalva, ‘El Polémico Derecho a La Promoción Profesional de Los Trabajadores Indefinidos No Fijos’, 2 *IUSLabor: Revista d’anàlisi de Dret Del Treball* (2018) 1.

SETUÁIN MENDÍA, B., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el empleo local”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2019* (2020).

DE SOTO RIOJA, S., “Contratación temporal estructural en la negociación colectiva andaluza”, 100 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2009).

TERRADILLOS ORMAECHEA, E., “Una primera aproximación a la nueva regulación jurídica sobre el teletrabajo en las administraciones públicas: entre las necesidades del servicio público y la imparable digitalización del trabajo”, 156 *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social* (2021).

VALDÉS DAL-REÉ, F., ‘¿Hacia Dónde va La Negociación Colectiva?’, en *El Derecho a La Negociación Colectiva: ‘Liber Amicorum’ Profesor Antonio Ojeda Avilés / Coord. Por Juan Gorelli Hernández; Antonio Ojeda Avilés (Hom.)* (2014).

TRABAJO A DISTANCIA Y DESCONEXIÓN DIGITAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ITALIANA

MARÍA GIOVANNA ELMO

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN GENERAL Y CONTEXTUALIZACIÓN
2. TRABAJO ÁGIL Y DESCONEXIÓN
3. EL DESARROLLO DEL MARCO NORMATIVO TRAS LA PANDEMIA
4. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN: UN ANÁLISIS EMPÍRICO
5. PRÁCTICAS DE GESTIÓN DENTRO DE LA DESCONEXIÓN
6. DETECCIÓN DE LAS RESTRICCIONES E IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS
7. OBSERVACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN GENERAL Y CONTEXTUALIZACIÓN

Dentro de un mercado laboral radicalmente cambiado por la innovación tecnológica -en el cual se ha difundido el uso de herramientas digitales- ha comenzado a surgir una nueva necesidad, también en Italia: garantizar la desconexión de los trabajadores digitales a distancia, en virtud de la cual el trabajador está protegido por una posible y arriesgada conexión perenne¹.

La sobrecarga, de hecho, representa uno de los principales riesgos para la salud y la seguridad de estos trabajadores, tal como señalan numerosos estudios².

La aparición y difusión de criticidades relacionadas con el llamado “super trabajo” ha hecho surgir la exigencia de garantizar una franja horaria libre de obligaciones laborales y de conexiones digitales en virtud de la cual el trabajador está protegido por una “conexión permanente”.

Nuestra investigación arranca de la comprobación del espacio de negociación colectiva dirigido exactamente a este tramo de desconexión; por lo tanto, tiene por objeto evaluar, en primer lugar, el (posible) papel de los interlocutores sociales y, en particular, el alcance de la contribución de la negociación de segundo nivel.

Se trata de una reflexión oportuna, ya que la intervención de la autonomía colectiva ha sido uno de los rasgos característicos de la disciplina sustancial más reciente en la materia.

Si bien es cierto que “el horizonte de los interlocutores sociales italianos en sus actividades contractuales y participativas nunca se ha limitado a los temas estrictamente relacionados con las relaciones individuales de trabajo”³, hoy en día esta versatilidad de la acción sindical -y más específicamente contractual- podría resultar crucial en la regulación de los principales problemas de estas nuevas formas de organización del trabajo caracterizadas por una creciente flexibilidad espaciotemporal.

Al enmarcar el establecimiento de la desconexión en su función de protección prevencionista, la presente contribución tiene en cuenta las repercusiones de la organización del trabajo a distancia en el sistema de salvaguardias y garantías destinadas a velar por la salud y la seguridad de los trabajadores. Esto en el surco de aquella reflexión doctrinal “hoy ocupada en la difícil tarea de repensar el concepto, cada vez más polimorfo, de organización del trabajo, entendido por una enseñanza inolvidable como el eje de un moderno y eficaz sistema de prevención empresarial”⁴.

Antes de emprender nuestro análisis, se subraya que el binomio desconexión-acción colectiva, lejos de ser considerado inusual, resulta valorizado también, y quizás más, fuera de las fronteras nacionales. Me limito aquí a señalar una serie de actos euro unitarios - de

¹ Para una visión general de Italia véase ALES, ESPOSITO, ELMO, *Implicación de los cambios tecnológicos en el ejercicio de los derechos laborales fundamentales en Italia*, en MONEREO PÉREZ, VILA TIerno, ESPOSITO, PERÁN QUESADA (dir.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Ed. Comares, 2021, p. 959 ss.

² EUROFOUND, *The digital age: Implications of automation, digitisation and platforms for work and employment*, 2021; EUROFOUND, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age. New forms of employment series*, 2020; EUROFOUND, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, 2017; EUROFOUND, *Digitisation in the workplace*, 2021.

³ V. *Le 5 priorità del CNEL per la XIX legislatura*, 30.11.2022, p. 38.

⁴ TIRABOSCHI, *Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi*, en *DSL*, 1, 2022, p. 138, recuerda la enseñanza MONTUSCHI, sobre el concepto de “organización polimorfa” v. PASCUCCI, *Dopo il d.lgs. 81/2008: salute e sicurezza in un decennio di riforme del diritto del lavoro*, en PASCUCCI (dir.), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, 2019, p. 11 ss.

diversa naturaleza e importancia normativa - donde es posible encontrar una decidida promoción del papel de las organizaciones sindicales en materia de desconexión⁵.

En primer lugar, aunque es más reciente, se hace referencia al Acuerdo marco sobre la digitalización; los interlocutores sociales europeos subrayan la necesidad de abordar la transformación digital con un compromiso compartido por los empresarios, los trabajadores y sus representantes. Entre los temas cubiertos encontramos también las “modalidades de conexión y desconexión”, cuya gestión puede ser apoyada “por la negociación colectiva en los niveles adecuados en cada Estado miembro”.

En la misma perspectiva, la Resolución sobre el derecho a la desconexión⁶ “anima a los interlocutores sociales a intercambiar las mejores prácticas y a garantizar un enfoque común coordinado de las condiciones de trabajo existentes”.

Además, la Resolución sobre la salud mental en el mundo del trabajo digital coincide perfectamente con el tema de la encuesta⁷, según la cual los riesgos psicosociales para la salud son los más frecuentes en el trabajo a distancia. La Resolución pone de manifiesto que los Estados miembros presentan marcos normativos y principios jurídicamente vinculantes muy diferentes, lo que conduce, de hecho, a la convivencia de protecciones jurídicas desiguales en el territorio europeo. Se hace hincapié en el derecho a la desconexión - como medida esencial para garantizar el bienestar mental de los trabajadores - que debería completarse con un enfoque preventivo y colectivo de los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo. Por consiguiente, el Parlamento invita a la Comisión a proponer, en consulta con los interlocutores sociales, una directiva sobre normas y condiciones mínimas para garantizar que los trabajadores puedan ejercer eficazmente su derecho a la desconexión y regular el uso de herramientas digitales con fines laborales.

Por último, dos documentos muy relevantes. El primero esboza el marco estratégico para la salud y la seguridad en el trabajo 2021-27, en el que la Comisión se dirige explícitamente a los interlocutores sociales y les pide que “encontrar soluciones consensuadas para hacer frente a los retos que plantean el teletrabajo, la digitalización y el derecho a la desconexión, sobre la base del Acuerdo Marco de los Interlocutores Sociales Europeos sobre la digitalización”.

Una invitación que parece haber sido acogida precisamente en el reciente Acuerdo marco europeo del Comité de Diálogo Social de la UE en las administraciones del Gobierno central; específicamente dedicado al sector público y destinado a garantizar los derechos de los trabajadores afectados por los procesos de digitalización, incluyendo, entre otras cosas, la participación significativa de los sindicatos en la desconexión para “garantizar su efectividad”. Se precisa, además, que las excepciones al derecho a la desconexión -de las que hablaremos más adelante- deberían estar “limitadas a circunstancias excepcionales, basadas en criterios transparentes bien definidos, objetivos [...] y negociados con los sindicatos”.

Teniendo en cuenta que la sintética premisa trazada testimonia una decidida apertura y valoración de la autonomía colectiva en materia de desconexión, resulta ahora más evidente el sentido de nuestra investigación. De hecho, pretende verificar el índice de regulación del tema a nivel colectivo, realizando también un examen parcial de la negociación empresarial - especialmente del último año - en el sector privado y de los más recientes contratos de sector en la función pública.

⁵ ZOPPOLI I., *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva europea: una road map per le parti sociali*, en *federalismi.it*, 1, 2023, p. 291 ss.

⁶ Resolución Parlamento europeo, 21 enero 2021, (2019/2181(INL)).

⁷ Resolución Parlamento europeo, 5 julio 2022, (2021/2098(INL)).

2. TRABAJO ÁGIL Y DESCONEXIÓN

Comencemos diciendo que la negociación ha tenido, desde el principio, un papel central en materia de derecho a la desconexión, considerando que en Italia la intervención legislativa llega después de numerosas experiencias de acuerdos y prácticas empresariales⁸.

Esto demuestra la centralidad de la autonomía colectiva en su papel de garante de los derechos, “no pudiendo delegarse a la (sola) libre determinación de las partes individuales la regulación de intereses constitucionalmente protegidos como el de la programabilidad del tiempo de trabajo y de vida”⁹ así como la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores.

El dato normativo al que se hacía referencia antes es el art. 19 de la ley 81/2017, según la cual el acuerdo individual relativo a las modalidades de trabajo ágil “determinará también los tiempos de descanso del trabajador, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la desconexión del trabajador de los equipos tecnológicos de trabajo”.

Como es bien sabido, esta norma pronto resultó ser inadecuada por varias razones.

Más allá de la obvia “limitación” a los trabajadores ágiles, parece introducir la mera posibilidad de garantizar al trabajador un descanso adecuado de los dispositivos digitales sin calificar abiertamente, e inequívocamente, la desconexión como un derecho.

La disposición jurídica resumida no establece modalidades, franjas horarias determinadas, medidas específicas para lograr este resultado ni sanciones en caso de no regulación en el acuerdo individual. De este modo, parece que el legislador italiano reserva un papel preponderante a la autonomía individual, sin remitirse a la negociación colectiva para una regulación de detalle.

Sin embargo, no se puede detenerse en el dato formal, ya que - aunque no es posible profundizar en el tema aquí - no se debe descuidar el importante papel de la negociación colectiva en la regulación del tiempo de trabajo: piénsese en las numerosas referencias realizadas por el decreto legislativo 66/2003, sobre los tiempos de trabajo. Esta ley reserva amplios espacios a la intervención de la autonomía colectiva “que tiene así la facultad de plasmar, ejerciendo las diversas funciones que le atribuye la ley, la regulación del horario en relación con las exigencias específicas de la categoría productiva o de la empresa individual dentro de algunos límites inderogables fijados por la ley”¹⁰.

Precisamente en el prisma de la regulación del tiempo de trabajo se observa que el concepto de “desconexión” puede parecer absurdo en relación con una que prevé pausas, descansos y separación entre tiempos de vida y de trabajo. Sin embargo, frente a los nuevos desafíos que plantea el trabajo digital, se advierte la necesidad de “redefinir estas nociones para una mejor adecuación a la realidad del trabajo”. En efecto, si constituye tiempo de trabajo “cualquier período en el que el trabajador esté trabajando, en la disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad”¹¹ no hay duda de que las nuevas formas de trabajo digital - que se desarrollan fuera de un contexto empresarial, material y tradicional, con amplios márgenes de autoorganización - corren el riesgo de

⁸ TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, en *DRI*, 4, 2017, p. 921 ss.

⁹ ALTIMARI, *L'effettività del diritto alla disconnessione: una sfida per il diritto del lavoro*, en *ID*, 2, 2021.

¹⁰ ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, *Jovene*, 2018, p. 73.

¹¹ Art. 2, directiva 2003/88/CE.

extender el horario laboral más allá del establecido contractualmente¹² y hacer que el trabajador esté disponible inmediatamente (o más fácilmente)¹³.

Por lo tanto, sería reduccionista atribuir a este derecho de segunda generación “el papel de mera limitación de la duración legal del trabajo”¹⁴; tal reconstrucción reduciría “el carácter innovador del derecho a la desconexión, que habría sido absorbido sustancialmente por la anterior normativa en materia de tiempo de trabajo”¹⁵.

Es cierto que, según el marco reglamentario de referencia, la ejecución de la prestación en el trabajo ágil -aunque libre de “obligaciones precisas de tiempo o de lugar de trabajo”- debe realizarse en los “límites de duración máxima del tiempo de trabajo diario y semanal, derivados de la ley y de la negociación colectiva” (art. 18 l. 81/2017). De este modo, el legislador arroja muchas sombras sobre la dimensión temporal del trabajo ágil haciendo una referencia explícita al tiempo de trabajo máximo “que presupone, de alguna manera, la medición de la duración de la prestación; pero sin ninguna referencia a su duración normal, diaria (transferencia a la negociación colectiva) o semanal (definida por la ley)”¹⁶.

Por lo tanto, del tenor literal se desprende que, incluso en el caso de un trabajo ágil, existe un deber empresarial de establecer instrumentos de medición del tiempo de trabajo para garantizar el derecho fundamental al descanso; y que, además, se entrelaza con el derecho fundamental a la salud y la seguridad¹⁷.

Esta perspectiva no debería descartarse también a la luz de la importancia que los órganos de la Unión atribuyen a la dimensión temporal del trabajo¹⁸; recientemente se ha reiterado mediante la mencionada Resolución sobre el derecho a la desconexión que pone de manifiesto exactamente la estrecha relación entre el disfrute de este derecho y la medición del tiempo de trabajo. La referencia es a una de las medidas contenidas en la propuesta de Directiva que obligaría a los empresarios a crear -para los trabajadores que utilizan herramientas digitales- “un sistema objetivo, fiable y accesible que permita medir la duración del tiempo de trabajo diario de cada trabajador respetando el derecho de los trabajadores a la intimidad y a la protección de los datos personales. Los trabajadores pueden solicitar y obtener el registro de su tiempo de trabajo”¹⁹.

Aunque muchos nudos en el tema de la hora de trabajo ágil deben ser resueltos, queda por valorar -por lo que respecta a este estudio- que la disposición del art. 18 l. 81/2017 podría permitir, en cierta medida, compensar la falta de participación explícita de los interlocutores sociales en la desconexión; ya que “aunque el legislador italiano, a

¹² CALVELLINI, TUFO, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, en *Labor*, 4, 2018.

¹³ Véase jurisprudencia europea: CGUE 9 marzo 2021, C-580/19; CGUE 9 marzo 2021, C-344/19; CGUE 11 noviembre 2021, C-214/20.

¹⁴ TURSI, *La metamorfosi del tempo di lavoro*, en *DRI*, 2, 2022, p. 472.

¹⁵ BIASI, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione*, en *DRI*, 2, 2022, p. 413.

¹⁶ BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, en *federalismi.it*, 9, 2022, p. 114. Véase también BELLOMO, *Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell’orario di lavoro*, en *federalismi.it*, 19, 2022.

¹⁷ RAZZOLINI, *Lavoro agile e orario di lavoro*, en *DRI*, 2, 2022, p. 371 s., según la cual “con la medición del horario, los límites máximos de duración encuentran aplicación concreta y efectiva”. Se vea también: LECCESE, *La misurazione dell’orario di lavoro e le sue sfide*, en *LLI*, 8, 1, 2022; considera que pueden existir una pluralidad de formas de trabajo ágil en lo que se refiere a la dimensión temporal y destaca dos variables organizativas: “una en la que nos limitamos a desvincular la fase de trabajo realizada a distancia del respeto de las rígidas franjas horarias, dejando al trabajador libre de elegir (además de dónde, también) cuándo trabajar, pero sin determinar autónomamente el quantum de la prestación, que, en cualquier caso, sigue anclado, incluso en esta fase, a la duración normal prevista para los trabajadores que no realizan el trabajo en modo ágil [...] En cambio, una puede implicar una superación real de las coordenadas temporales, mediante el recurso a formas de organización por fases, ciclos y objetivos”. Sobre nuevas técnicas de medición basadas en “cargas de trabajo adecuadas” véase PERUZZI, *Nuove tecnologie e salute dei lavoratori*, en *RGL*, 2, I, 2021, p. 182.

¹⁸ CGUE 30 mayo 2013, C-342/12; CGUE 14 mayo 2019, C-55/18. Comentadas por LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell’orario per finalità di tutela della salute*, en *RGL*, 3, II, 2020, p. 428 ss.

¹⁹ Art. 3 par. 2 propuesta de Directiva del PE adjunto de la Resolución (2019/2181(INL).

diferencia del francés, no dice nada sobre el papel de la negociación colectiva en materia de desconexión, la delegación en una definición más precisa por los interlocutores sociales puede extraerse precisamente de la remisión de que el mismo artículo 18, apartado 1, establece los límites máximos diarios o semanales previstos por los convenios colectivos²⁰.

A la luz de lo anterior, cabe señalar que también en este caso parece figurar en el convenio colectivo “el lugar privilegiado de elaboración de las normas para la aplicación de las formas de trabajo liberadas de limitaciones específicas de tiempo y de lugar, dentro de las cuales podrán firmarse acuerdos individuales²¹”.

3. EL DESARROLLO DEL MARCO NORMATIVO TRAS LA PANDEMIA

El cuadro que se está analizando debe tener en cuenta que mucho ha cambiado con la pandemia; la rápida y necesaria difusión del trabajo remoto, así como las exigencias de la copiosa normativa de emergencia, han escrito una página decisiva del trabajo digital a distancia. La emergencia sanitaria reveló el potencial del trabajo remoto y el impacto de la normativa de emergencia ha tenido el mérito de poner en el centro de la reflexión sobre las potencialidades y los escenarios del trabajo a distancia (y digital).

En consecuencia, hemos asistido a un desarrollo de las relaciones laborales en este sentido, así como a una mayor atención al trabajo ágil y a los temas relacionados con él (como precisamente la desconexión) por parte del legislador. La referencia es, por ejemplo, al art. 2, párrafo 1-ter, decreto ley n. 30/2021 convertido por la ley n. 61/2021, que reconoce al trabajador ágil el derecho a la desconexión “en el respeto de los eventuales acuerdos suscritos por las partes y sin perjuicio de eventuales períodos de disponibilidad acordados”. Esta norma -que debe considerarse válida para los trabajadores privados y públicos- ha sido considerada de gran importancia por la doctrina, por varias razones.

En primer lugar, finalmente califica la desconexión como un “derecho²²”; probablemente debido a la necesidad de medir una situación en la que la mayoría de los trabajadores habían sido forzados a remoto fuera de ese pacto individual (trabajo ágil llamado “de emergencia”) el lugar indicado por la ley para la definición de las medidas de desconexión²³.

Sin duda, otro mérito de la nueva disposición es que, por primera vez, se ha entrelazado el respeto del derecho a la desconexión para la protección de la salud del trabajador (y no sólo el respeto de los tiempos de descanso)²⁴, acogiendo las indicaciones procedentes de Europa (v. *infra*). Además, es posible registrar una remisión abierta a la normativa contractual colectiva, aunque limitada al sector de la función pública.

Un punto de inflexión en materia de espacio de negociación y desconexión llega, a continuación, con la firma del Protocolo nacional sobre el trabajo ágil²⁵ (desde ahora, el Protocolo) según el cual “es necesario, respetando las previsiones de la ley, valorizar la negociación colectiva como fuente privilegiada de regulación del desarrollo de la

²⁰ TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale Scientifica, 2021, p. 218.

²¹ ALVINO, *cit.*, p. 83.

²² PASQUARELLA, *(Iper)digitalizzazione, del lavoro e tecnostress lavoro-correlato: la necessità di un approccio multidisciplinare*, en *ADL*, 1, 2022, p. 64.

²³ ALES, *Il lavoro in modalità agile e l'adeguamento funzionale della subordinazione: un processo indolore?*, en *federalismi.it*, 34, 2022, p. 180 ss.

²⁴ El ejercicio del derecho a la desconexión se considera necesario para proteger los tiempos de descanso y la salud del trabajador.

²⁵ Protocolo nacional sobre el trabajo ágil, 7 diciembre 2021.

prestación de trabajo en modo ágil”. Este documento establece el marco de referencia para la definición del desarrollo del trabajo ágil, identificando las líneas directrices para la negociación colectiva nacional, empresarial y territorial, de conformidad con la disciplina establecida en la l. 81/2017. Se basa en la negociación colectiva lo necesario para la aplicación en los diferentes y específicos contextos productivos. A través del Protocolo, los interlocutores sociales convienen en la necesidad de incentivar la utilización correcta del trabajo ágil, incluso mediante un incentivo público destinado a las empresas que regulan el trabajo ágil con convenio colectivo de segundo nivel (en aplicación del propio Protocolo y del posible contrato a nivel nacional), y “que prevean un uso equilibrado entre trabajadoras y trabajadores favoreciendo una óptica de sostenibilidad ambiental y social”.

4. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN: UN ANÁLISIS EMPÍRICO

A la luz del escaso marco normativo - sintetizado al máximo en los párrafos anteriores - no debería sorprender que en Italia se asista a numerosas experiencias de negociación, especialmente de segundo nivel, destinadas a completar el derecho a la desconexión. Esto en coherencia con el modelo empresarial italiano de relaciones laborales cada vez más proactivamente orientado al método de la contratación anticipada; aunque, al mismo tiempo, se advierte fuertemente la necesidad de una futura redefinición del marco normativo de referencia.

Como se ha anticipado, con el fin de circunscribir temporalmente nuestro análisis, se han examinado los acuerdos firmados en el último año y esto por una doble razón: tanto para controlar el producto de una regulación del trabajo a distancia en fase (finalmente) postpandemia, como para registrar los primeros efectos del Protocolo.

Por otra parte, la intención anunciada del documento que acabo de citar consiste precisamente en proporcionar líneas directrices que puedan representar un marco eficaz para la futura negociación colectiva, nacional y empresarial y/o territorial. Y, de hecho, del análisis emprendido emerge una renovada atención al tema objeto de nuestra investigación.

Las Partes reconocen y toman nota de todos los beneficios del trabajo a distancia en general experimentados en los últimos años y que, hoy en día, no se quieren perder.

En el marco de la regulación negocial del trabajo ágil, se desprende un creciente interés por el derecho a la desconexión, cuya protección real y sustancial constituye un “elemento imprescindible en un modelo organizativo que se base en la responsabilización y la confianza recíproca, pero también en la correcta programación y diseño de las actividades laborales y en el respeto de los tiempos de vida y personales” (Italgas 2022).

Sin embargo, hay que constatar desde el principio que las normas contractuales relativas a la desconexión de los dispositivos digitales tienen una intensidad modular y no siempre resultan incisivas. En algunos casos, el contrato complementario se limita a remitir al contrato nacional, sin especificar franjas horarias, modalidades de funcionamiento ni proporcionar información útil para comprender el alcance real de la disposición. Este tipo de acuerdos parecen querer mantener un enfoque “declaratorio” respecto al derecho a la desconexión demostrando un escaso interés por este tipo de protección (Gruppo Banca Ifis 2022; Banca Popolare di Bari 2022; Nexi Payments 2022, Alba Leasing 2022, Italgas 2022, ¡Che Banca! 2022).

También resultan poco incisivos los contratos donde el derecho a la desconexión puede parecer una opción facultativa a la luz de expresiones como “durante el tiempo de descanso, el empleado *podrá* desactivar los dispositivos utilizados para el desempeño del trabajo” (los casos de Banca Ifis 2022, similar Agos Ducato 2022).

En dirección diferente, más puntual y rigurosa, parecen ir aquellos acuerdos que utilizan expresiones de tenor más prescriptivo, del tipo: el trabajador “no estará obligado” a visualizar y/o responder a comunicaciones empresariales fuera del “rango de contacto” (Fastweb 2022, GSE 2022, Transcom Worldwide 2022, Atlantia 2022, Banca Sella 2022); durante los períodos de desconexión, el trabajador no puede prestar ningún servicio (Veritas 2022, Fastweb 2022); para garantizar el derecho al desplazamiento del trabajador “no deben exigirse actividades fuera del horario de trabajo” (Michelin 2022).

Además, a pesar de la ya indudable función prevencionista de la desconexión (v. *infra*), dentro de los contratos examinados solo ocasionalmente, la previsión de las llamadas “franjas de desconexión” se vincula expresamente a la promoción del bienestar de los empleados reconociendo “que un exceso de tiempo de trabajo puede tener un impacto negativo en la salud y la seguridad” (Banca Reale 2022; en este sentido también Nestlé 2022. En cambio, en términos más generales, otros acuerdos incluyen el derecho a la desconexión para la “promoción del bienestar”, Tim 2022, One-Os 2022, Enel 2022, Leonardo 2022).

En la misma perspectiva, se podría poner de relieve que en materia de desconexión no se registra ninguna implicación de las representaciones de los trabajadores por la seguridad.

5. PRÁCTICAS DE GESTIÓN DENTRO DE LA DESCONEXIÓN

En la práctica, el derecho a la desconexión se ejerce principalmente de la siguiente manera: estableciendo el estatus específico del programa de mensajería instantánea de la empresa (es. *Microsoft Teams*) fuera del horario de trabajo (Tim 2022, BFF Bank 2022, Fruendo 2022); desactivando los dispositivos utilizados (es. *pc e tablet*) para la realización del trabajo (Geox 2022, Poste Italiane 2022, Atlantia 2022); utilizando la opción “retrasar la entrega” para evitar la recepción de correos electrónicos en ciertos días y horas (Enel 2022).

En general, durante los tiempos de desconexión no se requiere “el acceso y la conexión a los sistemas de información de la empresa, ni siquiera a través de dispositivos móviles y otros equipos. El empleado tiene derecho a desactivar sus dispositivos de conexión corporativos hasta la reanudación prevista de la actividad laboral” (Transcom Worldwide 2022).

Además de las medidas técnico-informáticas enumeradas anteriormente, también se contemplan buenas prácticas de comportamiento empresarial, como: la previsión de una interrupción suficiente entre dos reuniones programadas consecutivamente (Enel 2022); la planificación de reuniones y compromisos a través de un uso puntual de la agenda, prestando atención a las franjas horarias (2i Rete Gas 2022); el uso exclusivo de canales corporativos para comunicaciones (Banca Reale 2022), probablemente con la intención de evitar los contactos a través de canales personales/no oficiales en los que se corre el riesgo de estar en línea y de poder contactar a cualquier hora (por ej. *WhatsApp*). También se encuentran soluciones más innovadoras como las ventanillas de asesoramiento ergonómico, psicológico y nutricional de libre acceso para todos, así como

training online con un enfoque especial en consejos para pausas y desconexiones, para mejorar su postura y evitar la fatiga visual (así Nestlé 2022).

Merece la pena mencionar el acuerdo que incluso sugiere consecuencias disciplinarias para aquellos que no respeten el horario de desconexión, reiterando que “la violación de este derecho debe incluir inmediatamente acciones destinadas a su eliminación mediante la intervención inmediata de la dirección del personal” (Michelin Italia 2022).

Es evidente que no todos los acuerdos tienen la misma puntualidad; los acuerdos menos incisivos no especifican las franjas horarias de desconexión, no explicitan las medidas técnicas e informáticas con el fin de hacerse “inaccesibles” y remiten a la definición de buenas prácticas de comportamiento (según el acuerdo GSE 2022 “la empresa se compromete a difundir las buenas prácticas de conducta empresarial para que este derecho esté garantizado”; en el mismo sentido One-OS 2022). De este modo, no se puede entender en qué consiste en la práctica el derecho a la desconexión, dado que el contrato complementario no contiene ejemplos ni especifica plazos y modalidades de tal (distinto el caso de Poste Italiane 2022, que afirma que “se favorecerá la difusión de buenas prácticas de comportamiento”, mencionando algunos ejemplos).

6. DETECCIÓN DE LAS RESTRICCIONES E IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS

Al continuar con el examen, hay que señalar lo que parece ser un dato que no hay que descuidar: la previsión de excepciones al ejercicio de la desconexión dentro de los contratos complementarios.

En el sentido de que durante los tiempos de desconexión no se requiere el desempeño del trabajo -por lo tanto, la lectura de correos electrónicos, la recepción de llamadas telefónicas corporativas, el acceso o la conexión al sistema informático de la empresa- excepto “necesidades comerciales especiales” (Banca Sella Holding 2022, Atlantia 2022).

De esta manera, asistimos a una verdadera comprensión del ejercicio del derecho a la desconexión; ya que normalmente se reciben comunicaciones corporativas, en cualquier forma (correo electrónico, llamadas telefónicas, conferencias) fuera del horario de trabajo -o durante el período de ausencia legítima- no obligará al trabajador a actuar antes de la reanudación de la actividad laboral, “hacen excepciones probadas urgencias manifiestas y extraordinarias expresamente solicitadas por el propio responsable” (BFF Bank 2022).

Disposiciones análogas se encuentran también en materia de prestaciones de horas extraordinarias - normalmente no previstas en régimen de trabajo ágil - concedidas cuando “motivadas por la urgencia y la imposibilidad” (Alba Leasing 2022, también BFF Bank 2022).

Las prolongaciones del tiempo de trabajo -y las consiguientes restricciones de los períodos de descanso- pueden producirse también debido a la planificación de las actividades, que “se realizarán en la medida de lo posible dentro del horario normal de trabajo” (2i Rete Gas 2022, Fruendo 2022).

Aunque estas expresiones están ampliamente difundidas en las experiencias de negociación en Italia, esta es de acuerdo con la sentencia española que declara este tipo de cláusulas como “abusiva” (sentencia de la *Audiencia Nacional Sala de lo Social* sentencia 1132/2022, 22 marzo 2022, n. 33/2022); precisando que las excepciones al derecho a la

desconexión no pueden ser decididas unilateralmente por el empresario siempre que se presenten situaciones consideradas por él como “circunstancias de urgencia”.

Dentro de los acuerdos más cuidadosos y puntuales, si bien se encuentra la posibilidad de no respetar el derecho a la desconexión debido a razones corporativas, se precisa que estas necesidades organizativas “podrán ser examinadas y reguladas detalladamente en el acuerdo individual” (Veritas 2022). La intención de identificar antes y en detalle tales eventualidades parecen constituir una garantía frente a la discrecionalidad unilateral del empresario en materia de excepciones al derecho a la desconexión a la que se hacía referencia anteriormente.

7. OBSERVACIONES FINALES

Al resultado de las reflexiones anteriores se pueden formular algunas observaciones finales.

La negociación colectiva (en sus diferentes niveles) ocupa cada vez más espacio en materia de desconexión; parece existir plena conciencia de que se trata de una materia de negociación necesaria, relacionada tanto con el tiempo de trabajo como con el bienestar de los trabajadores.

En coherencia con lo previsto en el Protocolo, los interlocutores sociales parecen dispuestos a poner en práctica y valorizar lo ya probaron “forzosamente” en los últimos años, comprometiéndose a definir principios y reglas compartidas.

Aunque el análisis realizado ha centrado la desconexión de los trabajadores ágiles, hay varias razones que deberían llevar a evaluar este derecho también en relación con otros tipos de trabajadores, precisamente a la luz de las consideraciones inherentes a la porosidad de los tiempos de trabajo y al uso de instrumentos digitales.

La reflexión jurídica en materia de respeto del tiempo de trabajo, de desconexión, de protección de la salud psicofísica del trabajador en relación con la intrusión de los equipos tecnológicos podría (debería) extenderse a una amplia categoría de trabajadores, no necesariamente a distancia.

De hecho, es innegable que incluso los trabajadores “*standard*” (presenciales) corren el riesgo de estar permanentemente “conectados” por los dispositivos digitales que utilizamos diariamente; y de sufrir, por consiguiente, una ampliación del tiempo de trabajo previsto contractualmente.

Que esto sea verdad lo demuestra también la Resolución 2019/2181 que especifica cómo el ejercicio del derecho a la desconexión debe garantizarse “a todos los sectores, tanto públicos como privados, y a todos los trabajadores, independientemente de su estatuto y de sus modalidades de trabajo”.

Por ello, frente a los retos que plantea el progreso tecnológico, los interlocutores sociales desempeñan sin duda un papel estratégico; tanto para la definición de reglas relativas a la regulación del tiempo de trabajo, o para apoyar el sistema de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin duda una negociación colectiva de valor puede sostener -y orientar- las tendencias de las políticas industriales, puede favorecer buenas prácticas para que la transición del trabajo no conduzca a un empeoramiento de las condiciones de los trabajadores y puede encontrar las mejores soluciones para conciliar las demandas entre empresas y trabajadores.

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS RIESGOS PSICOSOCIALES
ASOCIADOS A LA DIGITALIZACIÓN:
EN ESPECIAL AL CIBERACOSO EN EL TRABAJO**

MARÍA MARTA MARTÍNEZ JIMÉNEZ

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DIGITALIZACIÓN EN RELACIÓN A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES: CIBERACOSO EN EL TRABAJO
3. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL EMPRESARIO ANTE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA O ACOSO DIGITAL EN EL TRABAJO
4. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. LA IMPORTANCIA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CIBERACOSO
6. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES ADAPTADOS AL CONVENIO COLECTIVO
7. PROPUESTA DE MEJORA Y RECOMENDACIONES
8. CONCLUSIÓN
9. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La violencia o acoso digital en el ámbito del trabajo es ejercido sobre la figura del trabajador a través de herramientas digitales, mermando en este sentido la defensa y el ejercicio de sus derechos en el seno de una empresa. Es una lacra social de gran importancia, teniendo origen en las primeras relaciones laborales. Sin duda alguna, y respecto a lo anterior, las personas trabajadoras pueden llevar a cabo numerosos procedimientos judiciales para la protección de sus derechos, pero la importancia radica en las actuaciones previas de la empresa para prevenir dichas situaciones inadecuadas.

Para más énfasis, veremos como la reforma de 2021 otorga y hace recuperar a la negociación colectiva -tras la anterior reforma de 2012- el protagonismo para afrontar situaciones como la violencia digital y tener en cuenta los diferentes riesgos psicosociales. Al mismo tiempo, surgen otras normas que hacen de la negociación colectiva un baluarte regulador.

ABSTRACT

Digital violence or harassment in the workplace is exercised on the worker through digital tools, thus undermining the defense and exercise of their rights within a company. It is a social scourge of great importance, having its origin in the first labor relations. Undoubtedly, and with respect to the above, workers can carry out numerous legal proceedings for the protection of their rights, but the importance lies in the prior actions of the company to prevent such inappropriate situations.

For more emphasis, will see how the 2021 reform grants and brings back to collective negotiation -after the previous reform of 2012- the protagonism to face situations such as digital violence and taking into account the different psychosocial risks. At the same time, other rules emerge that make collective negotiation a regulatory bastion.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la sociedad, la industria y el ámbito laboral han sido objeto de importantes transformaciones, todo ello fomentado por la innovación y aplicación de tecnologías de la información y comunicación, conformando una sociedad digitalizada y una industria 4.0. Ciertamente, a pesar de todas las ventajas que puede ofrecer la digitalización en términos de progreso social, también existen ciertos riesgos creados por esta y que generan diversidades para el bienestar social.

En este sentido, las experiencias y sistemas normativos de la seguridad y salud en el trabajo se vieron retados por la era digital. La dificultad reside en intentar regular una institución sin contemplar el escenario digital, con la correspondiente perspectiva positiva y negativa que puede llegar a fomentar su utilización.

Este estudio se centrará en la prevención de nuevos riesgos y factores ligados a la digitalización en relación al Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- sobre prevención y eliminación de la violencia y acoso en el trabajo (en vigor el 25 de mayo de 2023), junto a la Recomendación 206: la forma más intensa de violencia en el ámbito digital en los entornos de trabajo es el ciberacoso (por hacer alusión al término elegido, con fortuna, por la Declaración de la OIT de 1998 sobre principio y derechos fundamentales, versión enmendada de 2022). Una vez nos alejamos del ámbito laboral,

encontramos un incremento de conductas delictivas consideradas como acoso y violencia digital, especialmente en el mundo escolar (ciberbullyng), además ocurre en las relaciones de pareja, con especial sesgo de género (stalking). En este sentido, el “ciberbullyng” es conocido en menor medida en el mundo del trabajo, pero, aún con diferentes intensidades estas se producen igualmente. Es por ello que, este estudio analizará, en el umbral de la entrada en vigor del mencionado Convenio 190 OIT, estas conductas, como el acoso laboral al realizarse mediante la utilización de las nuevas tecnologías.

Pese al análisis más en profundidad que se llevará a cabo en las páginas siguientes, es el momento de recordar que la OIT determina el término de ciberacoso como conducta violenta que se realizan a través de las tecnologías de la comunicación e información, con la posibilidad de incorporar videos, mensajes, imágenes, utilizar algunas redes sociales, entre otras. En esta misma línea, la Organización Mundial de la Salud -OMS- destaca algunos efectos materializados por estos comportamientos en las personas víctimas de ciberacoso vinculadas a enfermedades, tales como la depresión. Además, estas conductas pueden ser propulsoras de la ansiedad, estrés u otras enfermedades que afecten directamente a la víctima, pero también generando malestar a su entorno.

Recientemente se ha aprobado la Estrategia Española de seguridad y salud en el trabajo (EESST) para los años 2023 - 2027, con el objetivo de orientar aquellas políticas de prevención de riesgos, fomentar la prevención los riesgos ocasionados por la evolución digital, demográfica y ecológica. Además, otra finalidad principal de la Estrategia es poder tratar la salud mental y física, la igualdad entre mujeres y hombres, el cambio climático, entre otros. En este sentido, se plantea un escenario laboral con oportunidades favorables a poder contribuir con entornos seguros y saludables fomentando, a su vez, la desconexión digital.

Surge la necesidad de incentivar la desconexión digital puesto que, de no ser así, las personas trabajadoras no pueden desconectar totalmente de sus tareas profesionales, ocasionando lo que comúnmente se conoce como el síndrome del “trabajador quemado”. Todo ello, ha abocado a una situación peor con la implantación del teletrabajo mayormente implantado por la Covid-19, que por sus características hace que las conexiones aumenten y disminuye la capacidad de las personas trabajadoras de poder desconectar y disfrutar de su derecho al descanso.¹

Actualmente, para nuestra sociedad es un hecho de gran importancia el ciberacoso -a lo que hacíamos referencia- por ello, en este estudio se analizará desde la perspectiva de los riesgos psicosociales hasta las prácticas que puede implementar el empresario en su organización interna. Además, destacaremos la importancia de la negociación colectiva en términos de ciberacoso tras la última reforma de 2021, donde empresas como Telefónica han desarrollado un Protocolo de actuación para erradicar y gestionar desde su comienzo, los efectos negativos del acoso digital.

Finalmente, tras lo anteriormente mencionado surge la necesidad de reflexionar sobre el rol principal que posee la empresa en las situaciones de ciberacoso y cómo esta debe afrontarlo a través de la prevención de riesgos, Protocolos o códigos de conducta. Prueba de ello es el Protocolo de la Universidad Jaume I, una herramienta específica para definir y entrar en materia sobre qué consiste este tipo de conductas, además de, generar respuestas frente al abordaje de dichas situaciones mediante la creación de espacios para orientar y ayudar a las víctimas.

¹ TRUJILLO PONS, F., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “*La desconexión digital en el trabajo*”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

2. LA DIGITALIZACIÓN EN RELACIÓN A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES: CIBERACOSO EN EL TRABAJO

Pese a que ninguna regulación legislativa a nivel estatal así lo recoge, del artículo 3 del Convenio 190 OIT (en vigor para España el pasado 25 de mayo de 2023), podría “reconocer que la violencia y el acoso cibernético en el trabajo integran un riesgo laboral ex artículo 4 LPRL”² (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales). Tras lo expuesto, tanto la violencia como el acoso digital en el ámbito laboral deben ser entendido como sendos riesgos psicosociales emergentes, con un régimen jurídico de protección eficaz en el seno del entorno reparador, preventivo y punitivo. Llegados a este punto, ¿qué se entiende por ciberacoso en el trabajo y qué entendemos por violencia digital?

En este sentido, es necesario acudir a la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por un lado, el acoso en el trabajo como tal fue definido como la “acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo y una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta.”³ Actualmente, la citada norma internacional - sobre el que nos detendremos más adelante - por su trascendencia incluye una definición más genérica, calificándolo como: “un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.”⁴

Por otro lado, es el artículo 3 del mencionado Convenio el que introduce una primera aproximación de la violencia o acoso realizado mediante herramientas digitales. Como resultado, ¿el ciberacoso en el ámbito laboral es entendido como el acoso llevado a cabo de forma digital?

Una parte de la doctrina científica que tuvo una primera aproximación sobre el tema, hoy aun poco explorado, destaca que el ciberacoso -cuya importancia se ha visto incrementada de forma notable en nuestro día a día- es una figura del acoso que más se utiliza en las relaciones de trabajo y personales para ejercer violencia. No es casual, que el fomento de algunas modalidades de trabajo como ha podido ser el teletrabajo provoque la proliferación de este tipo de situaciones, todo ello generado por la realidad excepcional de la COVID-19.⁵ El sector de la doctrina al que nos referíamos al comienzo, con la entrada en vigor del Convenio 190 OIT y la Recomendación 206, estima oportuno que se reconozca el derecho a todas las personas trabajadoras de un ambiente laboral libre de violencia y acoso teniendo en cuenta aquellas situaciones de violencia llevadas a cabo mediante las tecnologías de la información y comunicación.⁶

Es por ello que las empresas, como obligación, han de establecer sistemas preventivos que tengan como resultado la apuesta por la salud y seguridad en el trabajo, así como el buen funcionamiento de una sociedad digna de respeto. Asimismo, el tratamiento jurídico

² MOLINA NAVARRETE, C., *El Ciberacoso en el Trabajo, como identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 208.

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, “*Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios*” (2011). En la doctrina interna vid. ROMERO RODENAS, M. J., “*Protección frente al acoso moral en el trabajo*”, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 15.

⁴ CORREA CARRASCO, M., QUINTERO LIMA, M. G., “*Violencia y Acoso en el trabajo*” Dynkinson, Madrid, 2021, pp.

⁵ VICENTE PACHÉS, F., “El Convenio 190 de la OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo”. *Revista trabajo y Seguridad social CEF*, núm. 448/julio (2020), pp. 69-106.

⁶ VICENTE PACHÉS, F., “El Convenio 190 de la OIT ...”, *Ob. Cit.* pp. 69-106.

debe ser diferente a la conducta preventiva que lleve a cabo la propia empresa otorgándole la importancia merecida a las personas trabajadoras víctimas de estas situaciones. España, tras lo anterior, habrá de modificar su LPRL definiendo los conceptos de violencia y acoso en el ámbito laboral expresamente (artículo 7), en consideración con la perspectiva laboral. Por lo que, algo favorecedor al respecto sería que ambas partes, trabajadores y empresarios, entenderían la gravedad del asunto arrojando luz sobre la prevención de riesgos en las situaciones que contemplen el ámbito digital, pudiendo afrontarla de forma efectiva mediante una normativa nacional.

Llegados a este punto, debemos mencionar que las amenazas, agresiones psíquicas o físicas también es violencia en el trabajo, siempre que vaya acompañado de acoso -bien sexual o moral- o de hostigamiento, llevado a cabo mediante diferentes modalidades. En la actualidad, el ciberacoso es ejecutado a través de las nuevas tecnologías como las TRIC -más comúnmente conocidas como TIC-.

La figura del acoso en el ámbito laboral existe desde hace mucho atrás, pero actualmente, está incrementándose la figura del acoso digital o ciberacoso.⁷ Ello puede ser consecuencia de algo tan rutinario como el uso de teléfonos móviles, de internet, o de las redes sociales cuyo límite parece no conocerse. En este sentido, se pasa del acoso físico al acoso digital, y aunque ambas figuras conviven entre sí, además tienen lugar en el seno del ámbito laboral. Lo realmente preocupante es la complejidad de identificar los dispositivos de titularidad privada (STSJ Cantabria 51/2019, de 21 de enero) lo que fomenta la comunicación inadecuada.

Especialmente, este puede ser uno de los motivos por los que el ciberacoso se encuentre en pleno auge, debido a, la mayor facilidad para realizar conductas delictivas detrás del anonimato que ofrece internet, pudiendo encubrir las acciones y reiterarlas cuantas veces sea posible para el causante llegando a difundir cualquier tipo de información, veraz o falsa, sin apenas esfuerzo alguno.⁸

En este sentido, ningún tipo de actividad profesional puede quedar totalmente libre de sufrir este tipo de situaciones, a pesar de que existen sectores que debido a su forma de producción se ven mayormente expuestos a estas situaciones. Además, es necesario destacar que las mujeres son más vulnerables en estas situaciones, por lo que, se trata de un colectivo especialmente protegido por el Convenio 190 OIT, calificando aquellas situaciones de violencia contra las mujeres como “ciberviolencia de género”.

Es un hecho relevante que el ciberacoso genera un problema real en el ámbito laboral y en el seno de las relaciones profesionales. Como consecuencia, genera un mal ambiente en el lugar de trabajo y la afectación directa a la salud de la víctima, produciéndose efectos colaterales en familias, amigos y, en la sociedad en general. Despendiendo de la persona, las consecuencias pueden ser muy diferentes para las víctimas de estas situaciones, pero suelen presentar un cuadro común de enfermedades tales como presión, estrés, ansiedad cuyas afecciones pueden llegar a desembocar en un suicidio.

Todo lo anterior también se ve reflejado negativamente en la empresa al traducirse el sufrimiento de la víctima en absentismo, reducción de la calidad del servicio y de la productividad, ambiente tenso e inhumano. En numerosas ocasiones, las empresas deciden cubrir estas bajas con otra persona trabajadora, o llegando a pagar subsidios o indemnizaciones de tener que hacerse cargo de la responsabilidad generada por las situaciones de ciberacoso. Por lo que, la importancia que posee la empresa es algo inevitable en algo tan relevante como la seguridad y salud de las personas trabajadoras,

⁷ VICENTE PACHÉS, F. de., *Ciberacoso en el Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018.

⁸ MOLINA NAVARRETE, C., *El Ciberacoso en el Trabajo...*, Ob. Cit, pp. 208.

porque, de no cuidarlo también se vería afectada la propia imagen de la empresa o la confianza de sus clientes, afectando directamente a su nivel de producción.⁹

3. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL EMPRESARIO ANTE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA O ACOSO DIGITAL EN EL TRABAJO

Un buen ambiente de trabajo debe ser propiciado por el empresario generando un ambiente de confianza evitando, así, que tengan lugar situaciones no deseadas en el seno del lugar de trabajo. Asimismo, este ha de plantear previamente un plan de prevención que contemple la violencia o acoso en el trabajo junto a sus variantes, puesto que, la mayoría de las situaciones controvertidas suelen producirse por algunas de las variantes del acoso. Todo lo anterior señala la importancia del empresario a la hora de prevenir qué tipo de conductas que -en muchas ocasiones- suelen ser realizadas a través de las tecnologías y, las personas trabajadoras de una empresa, en numerosas ocasiones, deben hacer frente por motivos de producción.

La LPRL en su artículo 14 contempla esta obligación real, al igual que la LOIEMH en materia de acoso, a pesar de que esta última no refleja como tal que deba de elaborarse un Protocolo de forma obligatoria. Pero partiendo de la LPRL, concretamente de su artículo 16 apartado 3, la actividad preventiva es algo crucial, demandando al empresario la creación de un sistema que identifique los sucesos y daños en el lugar de trabajo.¹⁰

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (STSJ de País Vasco, 326/ 2019, 12 de febrero) nos recuerda que el incumplimiento de las disposiciones anteriormente recogidas hace que se vea una empresa condenada al no cumplir con la obligación de prevenir, exigiéndole la elaboración de un Protocolo centrado en los conflictos psicosociales (FJ3). En la esfera judicial, cuando se trata de impulsar estas herramientas - como el caso de los Protocolos - otorgando tutela a aquellas situaciones, aun no estando recogidas por alguna normativa, la perspectiva es clara. Tal y como ocurre con el acoso sexual y/o sexista del artículo 48 LOIEMH.

Sin embargo, la oportunidad de favorecer esta situación la ha otorgado el Tribunal constitucional en lo expuesto en relación al ex artículo 15 de la Constitución Española asegurando que se garantice la aplicación en su totalidad de un Protocolo a través del cual se defienda y proteja a las personas trabajadoras, recayendo la responsabilidad correspondiente al empresario. (STC, 1ª, 56/2019, 6 de mayo -en su FJ 6-).

La erradicación de la violencia o el acoso en el lugar de trabajo deber ser el objetivo de las políticas preventivas de una empresa, con la finalidad de identificar y analizar los aspectos más relevantes del ámbito digital para poder ofrecer soluciones a aquellas situaciones complicadas con asertividad y marcando la prioridad de sensibilizar frente al buen uso de las tecnologías, colaborando a disminuir los casos de acoso digital. Estas políticas se impulsan a través de la elaboración de Protocolos,¹¹ un documento esencial en el ámbito de la Administración Pública y fundamentalmente obligatorios como recoge el artículo 62 LOIEMH que, junto al acoso sexual, afronta otros tipos de acoso.

No es muy frecuente que se haga mención a la violencia digital en los Protocolos destinados específicamente al acoso, pero en el Protocolo de la Universidad Jaime I

⁹ VICENTE PACHÉS, F., “El Convenio 190 de la OIT ...”, *Ob. Cit.*, pp. 69-106.

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C., *El Ciberacoso en el Trabajo...*, *Ob. Cit.*, pp 245

¹¹ ÁLVAREZ DE CUVILLO, A., “El Ciberacoso en el Trabajo como Categoría Jurídica”, *TemasLaborales*, núm. 157 (2021), pp. 167-192

recientemente aprobado, el pasado 28 de febrero de 2023, reconoce el ciberacoso -en su artículo 5- con el objetivo de erradicarlo. Asimismo, integra importantes medidas de prevención como la creación de un punto Violeta - Rainbow -en su artículo 7- centrado en la atención y asesoramiento de las víctimas en la propia Universidad.¹²

Sin perjuicio de lo anterior, otro aspecto que sería necesario tener en cuenta son las medidas cautelares específicas del entorno digital, de modo que, en un procedimiento disciplinario o sancionador estas pudieran estar presentes. Otro tipo de medidas, tomadas de carácter urgente - también conocidas como cautelarisimas - podrían formar parte de este proceso.¹³

Por otro lado, para que la empresa evite incurrir en responsabilidad en relación a los hechos que se sucedan en aquellas situaciones de acoso es de suma importancia la activación a tiempo del Protocolo, y así, pueda funcionar de forma eficaz (STC 56/2019, de 6 de mayo). Por todo ello, fomentando la seguridad y salud en el ámbito laboral sería necesario implantar una serie de requisitos ajenos a los Protocolos desde la perspectiva digital. Estos requisitos pueden basarse en: 1) Fomento de la “Tolerancia 0”; 2) Sensibilización sobre el acoso; 3) Impulso de la Corresponsabilidad.

La erradicación de las situaciones de acoso basa una parte fundamental en la confianza que posea la víctima con sus superiores, compañeros o, en definitiva, con la empresa para poder conocer de la situación de acoso cuanto antes. El caso de IVECO refleja claramente el acoso de un trabajador hacia su compañera al compartir un vídeo íntimo sin consentimiento de esta. Finalmente, esta situación terminó de forma trágica para la víctima al no tener las herramientas suficientes para gestionarlo en el seno de la empresa.

Todo ello, refleja la gran responsabilidad que poseen las empresas en relación a estas situaciones y, al parecer, no son del todo conscientes. Además, para evitar ser condenas en el ámbito judicial, las empresas suelen tratar de calificar estas conductas como algo externo a ellas, intentando evadir la responsabilidad y, utilizando como base jurídico este argumento. Como no podría ser de otra forma, estas alegaciones suelen no ser tenidas en cuenta por los tribunales, sobre todo cuando coexisten determinada conexión digital entre víctima y causante, teniendo que convivir físicamente en la empresa posteriormente a esta conducta. Como excepción, nos encontramos una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (STSJA 770/2018, de 22 de marzo) la cual no atribuye responsabilidad a la empresa al producirse la situación de acoso fuera del lugar de trabajo.

En esta línea, existe una vieja concepción como broma o algo que suele hacer de forma habitual el sexo masculino en relación a la exhibición sexual, por lo que, realmente no es tan extraño que pueda ser utilizada como base de una argumentación judicial. Precisamente, los tribunales ya no toman lo anterior como un atenuante (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 392/2018, de 20 de noviembre), pero aún nos encontramos casos en los que se toma como agravante de la pena, la discriminación (STS, sala 2ª, 247/2018, de 24 de mayo).

Finalmente, otra figura que ha de contemplarse en el seno de la empresa para fomentar la eliminación de las conductas de acoso digital son los propios códigos de conducta, quienes reglamentariamente recogen las prácticas que han de tener las personas trabajadoras de una empresa.¹⁴

¹² UNIVERSIDAD JAUME I., “Punto Violeta - Rainbow” (2023).

¹³ ÁLVAREZ DE CUVILLO, A., “El Ciberacoso en el Trabajo ...”, *Ob. Cit.*, pp. 167-192.

¹⁴ MOLINA NAVARRETE, C., *El Ciberacoso en el Trabajo...*, *Ob. Cit.*, pp 203 y ss.

4. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La importancia que persigue a la reforma laboral de 2021 - RDL 32/2021, de 29 de diciembre - es notoria en cuanto esta posee una perspectiva distinta de las reformas que le preceden, puesto que, recupera derechos perdidos en estas otras reformas.

Concretamente las medidas introducidas por la reforma de 2012 provocaron una gran recesión y desequilibrio, sin acuerdo social y no respetando el II Acuerdo para la negociación colectiva y el empleo enfocada a los años 2012 a 2014, lo que generó, además, una forma de actuar autoritaria si tenemos en cuenta la etapa democrática de esos años. En dicha reforma se desprotegía el ordenamiento laboral, integrando medidas que fomentaban la regresividad y, aunque, fue declarada como constitucional por el propio Tribunal Constitucional, era considerada por parte de la doctrina como perjudicial para el avance social al no contar con elementos centrales de las relaciones profesionales en el ámbito laboral.¹⁵

En relación a lo anterior, algunos sectores con mayor consonancia hacia los fundamentos de un Estado social buscaban una remodelación de la última reforma y, ese papel es el que juega el Real Decreto-Ley 32/2021 a través de recuperar la situación previa instaurada por la reforma de 2021, reconquistando derechos y con el objetivo de conseguir el mayor consenso posible entre diferentes organizaciones empresariales y sindicales.¹⁶

Además, la negociación colectiva también se ve afectada por esta última reforma directamente cuya finalidad se basa en reestablecer instituciones con un papel relevante en el seno de la negociación colectiva, así podemos concluir que una “gran área de innovación es el de la negociación colectiva. Quizás no resulte justo hablar de innovación, ya que lo que ha ocurrido es que se han recuperado elementos tradicionales de nuestro Derecho, dejados de lado en 2012 para facilitar la adaptación de las empresas y la devaluación salarial. Por lo que sí hay mucho de contrarreforma en este aspecto particular... A cambio no se deroga el mecanismo de inaplicación de convenios. El mantenimiento de la inaplicación está en línea con una de las directrices de esta nueva legislación, el fortalecimiento de la flexibilidad interna en perjuicio de la externa...”¹⁷

En este sentido, la reforma laboral de 2021 quiere devolver a la negociación colectiva el protagonismo perdido con la reforma de 2012. En paralelo, surgen otras normas que hacen de la negociación colectiva un baluarte regulador. Exigiéndole modernidad y capacidad de adaptar temas relevantes a las nuevas necesidades.

Tras lo anterior, surge la importancia de la salud mental en el trabajo y la gestión psicosocial, así como la centralidad de los riesgos psicosociales en el ámbito de la digitalización, puesto que, el avance digital no sólo se basa en oportunidades laborales, económicas o sociales, sino que, también es necesario garantizar la seguridad y salud en el trabajo capacitando a las personas trabajadoras para su gestión productiva.

Finalmente, los riesgos psicosociales cobran especial relevancia en el seno de la negociación colectiva tras la reforma, además el V Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva -V AENC- potencia que sea esta última quien fomente los sistemas de prevención de riesgos -como ya veremos- introduciendo la importancia del estrés en el

¹⁵ BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, pp. 11.

¹⁶ ALFONSO MELLADO C.L. (2022). Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2), pp. 1-33

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El Acuerdo de 22 de diciembre de 2021 para la Reforma Laboral”

trabajo o resaltando la importancia de los medios digitales en la violencia o acoso en el ámbito laboral.

5. LA IMPORTANCIA DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CIBERACOSO

Los riesgos psicosociales cada vez más están más reforzados en el ámbito laboral, pero a pesar de ello, aún queda mucho trabajo por desarrollar para garantizar la seguridad y salud en el trabajo. En esta línea, el V AENC contribuye a mejorar los sistemas de prevención mediante el refuerzo de la negociación colectiva.

En el seno del V AENC se contempla el estrés laboral, causados por los riesgos psicosociales, pero también tiene en consideración la violencia y el acoso en el trabajo -en virtud del Convenio 190 de la OIT- por lo que, fomenta la elaboración de protocolos en los que se contemplen también aquellas figuras de mayor actualidad como el ciberacoso o violencia a través de medios tecnológicos.¹⁸

Los diferentes aspectos normativos recogidos por la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombre -LOIEMH- hacen de sus disposiciones obligatorias para la propia negociación colectiva teniendo que desarrollarse también de acuerdo con la reciente Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual -también conocida como la Ley del “solo sí es sí”- en virtud de su artículo 12.¹⁹ De todo ello, surge la necesidad de incluir Protocolos de gestión contra todas las formas de acoso en los convenios sectoriales.

Además, el Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización reconoce el fuerte impacto de la tecnología en nuestra actualidad. Por un lado, ofrece la posibilidad de transformar las condiciones laborales con mejoras importantes y, por otro lado, dificulta la posibilidad de poder establecer límites entre la vida personal y profesional, por lo que, este Acuerdo Marco hace especial énfasis en la seguridad y salud en el trabajo, sobre todo en entornos digitalizados.²⁰

Uno de los logros de la reforma laboral de 2021 ha sido el incremento salarial, cuya finalidad se basa en fomentar la recuperación de los salarios a través de la revisión salarial en función al IPC, siendo posible rectificar los desvíos en situaciones de incertidumbre en relación a la evolución de la inflación.

Además, este V acuerdo trata también -como ya mencionábamos- aspectos relacionados con el ámbito negocial reflejado en la propia reforma de 2021. La gran importancia de las tecnologías -tanto digitales como ecológicas- suponen un gran peso en la representación legal de las personas trabajadoras. Todo ello, está centrado en poder identificar los cambios con la suficiente antelación que no tenga como consecuencia un impacto degenerativo en el empleo, garantizando -de esta forma- el derecho reconocido en el artículo 64 ET -Estatuto de los Trabajadores- sobre información del uso de nuevas tecnologías relacionadas con el ámbito laboral.

¹⁸ LUJÁN DE FRIAS, F. y HERMOSO FERNÁNDEZ, M.: La Naturaleza y la Eficacia Jurídicas del V AENC. *Estudios Latinos*, Núm. 15 (2023), pp. 45

¹⁹ LARPSICO, El V AENC (2023-2025) se compromete a reforzar la gestión de prevención de riesgos psicosociales en los entornos de trabajo.

²⁰ VALLECILLO GÁMEZ, M.R. El Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo: ¿una regulación para la protección de la salud laboral?

La seguridad y salud en relación a los riesgos en el trabajo es una materia determinante en el V acuerdo, subrayando la importancia del impacto de las tecnologías en la salud, en relación a los riesgos psicosociales destacando el ciberacoso y la violencia digital.

La perspectiva de género en prevención en el seno de la empresa es otro de los retos que genera la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo para los años 2023 - 2027, así como, la racionalización de horarios y la ordenación del tiempo de trabajo.

Por último, pero no menos importante, también se tiene en cuenta la necesidad de integrar al colectivo LGTBI en el ámbito laboral, a través de medidas que garanticen su participación en igualdad de condiciones.

Retomando la importancia del V AENC, este centra su potencial en reforzar la negociación colectiva con la finalidad de alcanzar aquellos objetivos propuestos en la reforma de la negociación colectiva de 2021. Este acuerdo tiene carácter obligatorio -y aunque carece de rango normativo- es vinculante para aquellas partes firmantes, debiendo estas últimas integrar los contenidos del acuerdo en todos aquellos convenios negociados entre los años 2023 a 2025. Todo lo anterior se complementa con la inclusión de otras materias susceptibles de ser tratadas en los propios procesos de negociación, todo un compromiso fomentado por el V AENC.

Este acuerdo, se compromete a desarrollar la negociación reflejando todas las medidas anteriormente expuestas en los convenios colectivos, porque será así cuando algunos riesgos como el ciberacoso se verán minorados y favorecerá las relaciones laborales.

En este sentido, el V acuerdo fomenta la formación en prevención de riesgos laborales -además de la creación de protocolos de gestión, que ya mencionábamos, en los que se incluyan el ciberacoso-, incentivar programas de prevención, o incluso, apostar por la vigilancia de la salud colectiva.

Pero, antes de continuar debemos hacer mención cómo ha evolucionado el enfoque de los riesgos psicosociales en el seno de la negociación colectiva. En este sentido, la gestión de estos riesgos en la negociación colectiva se ha llevado a cabo mediante, convenios colectivos -cuya presencia se va incrementando poco a poco-, los Planes de igualdad- es posible apreciar la especificidad en el tratamiento de los riesgos- y, por último, los Protocolos -se trata de instrumentos que también recoge los riesgos con especial dimensión de género-.

Además, el tratamiento de los riesgos suele ser parcial y fragmentado centrandose la atención en la violencia y acoso en términos generales, destacando muy pocos los que hacen mención a otras conductas más actuales como el ciberacoso. Sin embargo, es cierto que esta especificidad se encuentra contemplada en los Protocolos específicos, sin que la negociación colectiva resulte del todo ajena a estas figuras. Tras todo lo expuesto anteriormente, nos facilita diferenciar los convenios en atención a varias cuestiones, así:

Convenios en los que establecen una remisión a la regulación posterior, como los compromisos de derecho reflexivo, atribuyendo a un órgano en concreto la actualización del compromiso -generalmente suele ser preventivo-.

Estos órganos pueden diferenciarse en comisiones paritarias, órganos de representación legal de las personas trabajadoras, entre otros.

- Convenios que aluden de forma directa al Código de Conducta reconocido en la Recomendación de la Comisión Europea en relación a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo.

- Convenios que directamente, aluden al Plan de igualdad que reconoce los riesgos psicosociales.

Estas remisiones son realizadas por la propia negociación colectiva con el objetivo de fomentar la prevención de la violencia y acoso en el trabajo. Todo ello, es promovido por el propio Convenio 190 OIT, adelantándose los convenios a un cambio legal, puesto que cumplen una función prelegislativa.²¹

En este sentido, los riesgos psicosociales como el ciberacoso deben aparecer en el convenio colectivo, aunque posteriormente se remita a algunas de las figuras contempladas anteriormente -en el caso de acoso y violencia en el trabajo, suele tratarse de planes de igualdad-.

La idea principal sobre el contenido de los convenios, se trata, además de que estos poseen rango de norma contemplando las condiciones laborales, entre otras cuestiones. Por lo que, de no aparecer en el convenio no es aplicable en su totalidad a las empresas, sector actividad o ámbito territorial que comprenda, independientemente de que estas tengan, o no, las figuras anteriormente previstas.

Finalmente, es una cuestión muy relevante para poder fomentar la prevención del ciberacoso o violencia digital en el trabajo de forma unitaria e impulsando su importancia y regulación. Asimismo, los convenios estatales juegan un papel crucial en la defensa contra las conductas de acoso digital al tener estos tipos de convenios mayor proyección a nivel nacional y aplicándose, en este sentido, a todo el territorio.

6. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EMERGENTES ADAPTADOS AL CONVENIO COLECTIVO

Es una realidad que, en términos de prevención de riesgos laborales, los convenios colectivos poseen poca incidencia sobre estos. El Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales formalizó un estudio sobre al menos 200 convenios negociados²² y elaborados en el año 2007, de los cuales, 40 de ellos no poseen la mínima alusión a riesgos psicosociales existentes en nuestra sociedad actualmente. Sin embargo, hay que destacar la existencia de la tutela frente a estos riesgos que, a pesar de no estar especificada y detallada completamente, ha de ser fomentada igualmente debido a que las diferentes alusiones a los riesgos psicosociales son meras copias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) o del RSP.

Las medidas de prevención reconocidas en estos convenios suelen tratarse de los principios recogidos por la propia LPRL sobre la acción preventiva de su artículo. Asimismo, dentro del sistema de negociación colectiva, las partes apuestan por adoptar medidas que mejoren la salud y seguridad en el ámbito del trabajo²³, como pueden ser las siguientes:

- Desarrollar medidas preventivas
- Integrar medidas de control para fomentar la prevención

²¹ MOLINA NAVARRETE, C., DE LA CASA QUESADA, S., FERNÁNDEZ ARIAS, J., GONZÁLEZ COBALEDA, E., LARA CARMONA, E., MIÑARRO YANINI, M.: Políticas y prácticas de gestión de los riesgos psicosociales laborales, en especial con perspectiva de género. (2022).

²² SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C Y OTROS. *“El tratamiento convencional de los riesgos psicosociales: pautas de la negociación colectiva actual y propuestas de futuro. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales. Madrid. (2008).*

²³ MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL., *“Mejoras en la regulación convencional de los riesgos psicosociales”* (2018).

- Garantizar el Derecho a la intimidad de las personas trabajadoras a través de medios telemáticos.
- Apostar por la elaboración de un Protocolo de Salud Psicosocial.
- Identificar Riesgos Psicosociales.

Todas estas cuestiones previstas generan una oportunidad única para ser contempladas por la negociación colectiva, aunque la realidad sea muy distinta. En cuanto a la evaluación de riesgos, sin perjuicio de que las funciones de los representantes legales de las personas trabajadoras aparecen recogidas en un marco normativo, no es posible encontrar una delimitación en cuanto al desarrollo del procedimiento²⁴, por lo que, en términos de prevención no se tiene en consideración a la participación sindical. Esto aboca en una grave problemática abocando en la prolongación del tiempo de los procesos, generando poca trascendencia y restándole importancia.²⁵

Sin embargo, el acoso o la discriminación es el riesgo psicosocial por excelencia en el que suele centrarse los convenios colectivos, restando importancia al resto que cada vez más cobran mayor relevancia en nuestra sociedad, por desgracia, como el ciberacoso.

7. PROPUESTAS DE MEJORA Y RECOMENDACIONES

El papel de la empresa en la actuación frente a las conductas de ciberacoso en fases tempranas promete ser más eficaz, normalmente debido a la integración previa de un programa de prevención de riesgos, que contemple los recursos necesarios para combatir dichas situaciones como pueden ser los Protocolos de gestión donde es posible distinguir los Protocolos unitarios o diferenciados.

Los Protocolos diferenciados reconocen tanto el acoso sexual y/o sexista y moral, mientras que los unitarios contemplan diversas variables del acoso en el seno de un mismo Protocolo. La perspectiva digital debe estar presente en lo anterior para poder considerarlo como una parte más del Protocolo, sin perjuicio de considerar que no es obligatoria su incorporación.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional (STC, 1ª, 56/2019, 6 de mayo) trata la relevancia que posee un Protocolo activo en el que se reconoce la figura del acoso laboral -integrando el acoso sexual y moral- a través del cual, la empresa, no incurra en responsabilidad en consecuencia por el riesgo que origina llevar a cabo una conducta de acoso. Asimismo, destaca que se intente erradicar el problema mediante acciones que vayan en consonancia con las buenas prácticas. Esta sentencia anuncia que el Protocolo recogido posee una conducta “típica” de acoso el dejar sin funciones de forma continuada en el tiempo a la víctima, sin causa alguna que pueda justificarlo. (STC, 1ª, 56/2019, 6 de mayo - en su FJ 6).

Todo lo anterior nos recuerda que es más sencillo fomentar la protección por parte de las empresas frente a los diferentes escenarios creados por las situaciones de acoso. Por ello, es necesario apreciar el riesgo que conlleva el acoso en el entorno digital, desarrollar los Protocolos que se estimen oportunos y elaborar un sistema de prevención de riesgos. El caso de IVECO es un ejemplo claro de los requisitos que se deben tener en cuenta:

²⁴ OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT., “Análisis de la experiencia en materia de Evaluación de Riesgos Psicosociales en España. Avances y obstáculos en un contexto de crisis económica y de empleo” (2013).

²⁵ FEDERACIÓN DE SERVICIO DE CCOO DE CATALUÑA., “Criterios de intervención sindical en la evaluación de riesgos psicosociales”. (2019).

- Utilización de gráficos sobre escenarios sexuales, imágenes, dibujos, entre otros.
- Mensajes por vía email o notas de contenido sexual cuya finalidad sea la vejación.

El ciberacoso es una de las figuras dentro del ámbito del acoso que mayor relevancia posee, no ocurre igual con el acoso moral, sexual y/o sexista, aunque sean más conocidas y más frecuentes que el digital. Por todo ello, no hay que restarle importancia puesto que fomenta que la víctima decida no denunciar una situación totalmente perjudicial para ella. En este sentido, los poderes públicos cobran un papel importante junto a los diferentes agentes sociales al poseer la responsabilidad de otorgar mayor protagonismo al ámbito digital en la esfera del acoso, debiendo fomentar medidas de prevención y las correspondientes limitaciones expresamente.

Por último, es fundamental la corresponsabilidad en el conjunto de la sociedad y, además, en el mundo del trabajo pudiendo llegar a reducirse los casos de acoso garantizando el buen ambiente en los lugares profesionales. En esta cuestión, el Foro Económico Mundial destaca la importancia de las tecnologías y los efectos que provocan en las personas, llegando a reducir su empatía y no otorgándoles la capacidad de ponerse en el lugar del otro. Es por todo ello que debe fomentarse la corresponsabilidad dentro y fuera del lugar de trabajo, donde sea esencial que prime el respeto.²⁶

8. CONCLUSIÓN

La violencia o acoso digital se ha visto incrementado en los últimos años, pero normas como el Convenio 190 OIT posibilitan la integración de sistemas de prevención de riesgos laborales en el seno de las empresas, además de fomentar la concienciación social. Todo ello, se ve promovido por la reciente entrada en vigor de la norma internacional en nuestro país (España) tras su ratificación. Por otro lado, cabe destacar que las conductas de ciberacoso tienen especial incidencia sobre las mujeres, denominando a estas conductas “ciberviolencia de género”, por lo que, las mujeres se han convertido en un colectivo especialmente protegido por el Convenio.

Este tipo de acciones son realizadas a través de las tecnologías de la información y de la comunicación, en el seno de una actividad empresarial o fuera, lo que resulta fundamental sensibilizar a las personas trabajadoras e integrar planes de prevención para conseguir erradicar la violencia o acoso digital. Es una realidad que este tipo de conductas conllevan efectos secundarios implícitos llegando a perjudicar la calidad del servicio que ofrece la víctima, su productividad, su entorno o familia, desembocando todo ello en cuadros de ansiedad o estrés.

En el seno de la prevención de riesgos surge una línea innovadora -conocida como la psicología cibernética- cuyo objetivo está centrado en intentar comprender el comportamiento humano en un escenario digital cuyo resultado sean diferentes conductas tipificadas como ciberacoso, y todo ello, es lo que pretende proteger. Usualmente, viene influenciado por la utilización prolongada y en exceso de la propia realidad virtual, inteligencia artificial u otras herramientas digitales lo que provoca que aumente la presencia del acoso digital.

²⁶ WORDL ECONOMIC FORUM., “17 formas en que la tecnología podría cambiar el mundo para 2027” (2022).

Por otro lado, otra cuestión reseñable en el seno de la negociación colectiva se produce en los convenios colectivos, aquellos que no suelen contemplar en gran cantidad disposiciones que hagan referencia a la violencia o acoso digital, por lo que, se fomenta este problema real. En este sentido, el papel de la negociación colectiva es crucial para erradicar este tipo de conductas y favorecer a mejorar las condiciones de las personas trabajadoras quienes sufren directamente las conductas y, a veces también, las consecuencias que conllevan este tipo de situaciones. Ejemplo de un buen tratamiento de este problema es Telefónica, una empresa con grandes dimensiones y multinacional que integra el concepto de “ciberacoso” a su IV Convenio, ratificándolo todas las empresas del grupo.

Además, como medida combativa destacan los planes de prevención de riesgos mediante los cuales las empresas pueden impulsar el control, la prevención e incluso la erradicación de las violencias digitales llegando a conseguir la confianza de las personas trabajadoras, sin tener que incurrir en responsabilidad alguna por no haber planificado con anterioridad estas cuestiones. Por supuesto, debe ser el empresario el que se encargue de llevar a cabo esas medidas y de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores.

Para que se cumpla lo anterior es necesario que la negociación colectiva recupere su potencial - iniciada la senda por la reforma laboral de 2021 - para recoger los riesgos psicosociales en los convenios colectivos para ofrecer a las empresas la posibilidad de crear herramientas específicas que lo regulen como los planes de igualdad. Todo ello, se ha visto beneficiado por el V AENC mediante el cual se reconoce el estrés laboral y, además, tiene en cuenta la digitalización con sus respectivas consecuencias en las relaciones laborales y también personales.

Finalmente, se desprende la necesidad de elaborar una normativa legislativa estatal en España para hacer frente a la diversidad de cuestiones que genera la casuística del ciberacoso, con medidas con las que combatirlo o estableciendo supuestos que identifiquen como tal la violencia digital.

9. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE NUENO, M., “El convenio número 190 de la OIT y la prevención del «ciberacoso» laboral”, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, núm. 205 (2022).

ALFONSO MELLADO C.L. (2022). Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2022).

ÁLVAREZ DE CUVILLO, A., “El Ciberacoso en el Trabajo como Categoría Jurídica”, *Temas Laborales*, núm. 157 (2021).

BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”.

BOGONI, M., “El ciberacoso laboral en la negociación colectiva: un nuevo enfoque para la elaboración de un marco de tutela efectivo” *Revista de derecho social*, núm. 97, (2022).

CCOO., “*Plan de Igualdad de la empresa INDITEX*” (2023) Recuperado de: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/INDITEX-Plan-Igualdad-V4-Horizontal.pdf>

CORREA CARRASCO, M., “*Acoso laboral: regulación jurídica y práctica aplicativa*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CORREA CARRASCO, M., QUINTERO LIMA, M. G., “*Violencia y Acoso en el trabajo*”, Dynkinson, Madrid, 2021.

ESTRELLA, M., “Cuestiones sociolaborales de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, *CEF- Laboral Social* (2022). Recuperado de: <https://www.laboral-social.com/victimas-violencias-sexuales-cuestiones-laborales-seguridad-social-ley-organica-libertad-sexual.html>

FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE CCOO., “*Negociación del III Plan de Igualdad en Ikea*” (2023). Recuperado de: <https://www.ccoo-servicios.es/plandeigualdad/html/58416.html>

FEDERACIÓN DE SERVICIO DE CCOO DE CATALUÑA., “*Criterios de intervención sindical en la evaluación de riesgos psicosociales*” (2019).

FERNANDEZ GARCÍA, A., “Discriminación y tecnología (geolocalización, inteligencia artificial, teletrabajo, ciberacoso) Noticias CIELO, núm. 11 (2022). Recuperado de: https://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2022/11/fernandez_noticias_cielo_n1_1_2022.pdf

IGUALDAD EN LA EMPRESA., “*Empresas por una Sociedad libre de Violencia de Género*”, (2022). Recuperado de: <https://www.igualdadenlaempresa.es/iniciativas/empresas-libre-violencia/home.htm>

IKEA IBÉRICA., “*II Plan de Igualdad*” (2018). Recuperado de: https://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA_Plandeigualdad.pdf

LABORATORIO OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES., “*El ciberacoso sexual laboral llega al Tribunal Supremo: los protocolos deben activarse, incluso si se hace extramuros del trabajo*” (2022). Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/servicios/actualidad/noticias/detalle/388414.html>

LABORATORIO OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES DE

ANDALUCIA., “*Grecia, Italia y Francia adelantan a España en la ratificación del C190 OIT*” (2022). Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/areas/investigacion/larpsico/actualidad-larpsico/paginas/221121-grecia-italia-francia-convenio-190-oit.html>

LABORATORIO OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES DE ANDALUCIA., “*Las Empresas Deberán Incluir en la Evaluación de Riesgos la Violencia Sexual Contra las Trabajadoras*” (2022). Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/servicios/actualidad/noticias/detalle/364777.html>

LUJÁN DE FRIAS, F. y HERMOSO FERNÁNDEZ, M.: *La Naturaleza y la Eficacia Jurídicas del V AENC. Estudios Latinos*, núm. 15 (2023).

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL., “*Mejoras en la regulación convencional de los riesgos psicosociales*” (2018).

MOLINA NAVARRETE, C., “Ciber-psicología aplicada a la prevención: nueva ramificación científica - técnica orientada al bienestar psicosocial en el trabajo” *Ficha Científico-Técnica Preventiva*, núm.2 (2021). Recuperado de: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2022/07/FCTP.Coleccion2.Ciberpsicologia.2021_0.pdf

MOLINA NAVARRETE, C., *El Ciberacoso en el Trabajo, como identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

MOLINA NAVARRETE, C., “Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío”, *Diario la ley*, n. 9452, 2019. Recuperado de: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/07/09/redes-sociales-digitales-y-gestion->

de-riesgos-profesionales-prevenir-el-ciberacoso-sexual-en-el-trabajo-entre-la-obligacion-y-el-desafio

MOLINA NAVARRETE, C., “Violencia en línea y ciberacoso, riesgos psicosociales en entornos laborales digitalizados: cómo detectarlos, prevenirlos y/o erradicarlos” *Ficha Científico-Técnica Preventiva*, núm.2 (2021). Recuperado de: https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inlinefiles/2022/07/FCTPColeccion2.Ciberacosolaboral.Revisada_0_0.pdf

MOLINA NAVARRETE, C., “Violencia y acoso de persecución sindical: nuevas perspectivas de tutela a la luz del convenio 190” *Básicos de Derecho social*, núm. 114 (2020).

OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT., “Análisis de la experiencia en materia de Evaluación de Riesgos Psicosociales en España. Avances y obstáculos en un contexto de crisis económica y de empleo” (2013).

ONU., “Violencia contra las mujeres”, 2023. Recuperado de <https://interactive.unwomen.org/multimedia/infographic/violenceagainstwomen/es/index.html#sexual-5>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO., “C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso” (2019). Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *España ratifica los convenios de la OIT sobre el trabajo en la pesca y sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos.* (2023) Recuperado de: https://www.ilo.org/madrid/prensa-y-medios/noticias/WCMS_869765/lang-es/index.htm

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO., “Promover la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: Una cuestión de principios” (2011). Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---sro_san_jose/documents/publication/wcms_220029.pdf

ORTEGA GIMÉNEZ, A., ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., CREMADES GARCÍA, P., RECHE TELLO, N., HEREDIA SÁNCHEZ, L., TUR FAÜNDEZ, C., BONMATÍ

SÁNCHEZ, J., MASANET FERNÁNDEZ, J., “Algunos Problemas Jurídicos Actuales Sobre el Trabajo Transfronterizo”, *Diario La Ley*, núm. 10206 (2023).

RIVAS VALLEJO, P., “El plan de igualdad debe negociarse con la representación legitimada legalmente y no por una comisión “ad hoc”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 2 (2021).

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El Acuerdo de 22 de diciembre de 2021 para la Reforma Laboral”

ROJAS RIVERO, G., “Acoso, libertad sindical, Convenio 190 (OIT)” *Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71 (2020).

ROMERO RODENAS, M. J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2005.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. Y OTROS., “El tratamiento convencional de los riesgos psicosociales: pautas de la negociación colectiva actual y propuestas de futuro. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales. Madrid. (2008).

SIERRA HERNÁNDEZ, E., “El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores” *Temas Laborales*, núm. 152, 2022.

TRUJILLO PONS, F., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “La desconexión digital en el trabajo”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020.

UNIVERSIDAD JAUME I., “*Protocolo en los supuestos de acoso en la UJI*” (2023). Recuperado de: <https://www.uji.es/serveis/ui/base/arxiu/docs/informes/protocol/>

VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo: ¿una regulación para la protección de la salud laboral?”

UNIVERSIDAD JAUME I., “*Punto Violeta - Rainbow*” (2023). Recuperado de: <https://www.uji.es/serveis/ui/puntvioletrarainbow/>

VICENTE PACHÉS, F. de., *Ciberacoso en el Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018.

VICENTE PACHÉS, F. de., “El Convenio 190 de la OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo”. *Revista trabajo y Seguridad social CEF*, núm. 448/julio (2020).

WORDL ECONOMIC FORUM., “*17 formas en que la tecnología podría cambiar el mundo para 2027*” (2022). Recuperado de: <https://es.weforum.org/agenda/2022/05/17-formas-en-que-la-tecnologia-podria-cambiar-el-mundo-en-2027/>

**PONENCIAS ESPECÍFICAS
PRESENTADAS AL SEGUNDO PANEL:**

**LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA COME
AUTORITÀ SALARIALE:
IL QUADRO ITALIANO**

GIULIO CENTAMORE
*Ricercatore in Diritto del lavoro
dell'Università di Bologna (Italia)*

1

All'inizio del mese di ottobre 2023, la Corte di Cassazione italiana ha pubblicato sei sentenze che hanno immediatamente sollevato notevole dibattito nella dottrina di diritto del lavoro, ma anche tra i sindacati dei lavoratori e le associazioni dei datori di lavoro e persino tra le forze politiche (attualmente, il Governo è presieduto dalla conservatrice Giorgia Meloni, che, nella storia della Repubblica italiana, è la prima politica con un passato in un partito post-fascista a diventare Presidente del Consiglio).

Le sentenze sono state decise tutte in un'unica udienza del 14 settembre 2023, ma sono state rese pubbliche, dopo alcuni normali passaggi interni all'amministrazione della Corte di Cassazione, all'inizio del mese successivo, tra il 2 ottobre (Cass. civ. sez. lav. n. 27711/2023; n. 27713/2023; n. 27769/2023) e il 10 ottobre (Cass. civ. sez. lav. n. 28320/2023; n. 28321/2023; n. 28323/2023). Pur essendo state affidate, a gruppi di tre, a due diversi relatori - i giudici che ne hanno curato la stesura materiale e ne sono stati gli "ispiratori", per quanto attiene ai contenuti della decisione - le sei sentenze hanno deciso sostanzialmente nello stesso modo una questione molto delicata e che in Italia è oggetto di dibattito da alcuni anni: e cioè, se un giudice della Repubblica possa considerare illegittima la clausola di un contratto collettivo nazionale di settore stipulato da sindacati rappresentativi, rispetto al principio di retribuzione *adeguata* posto dall'art. 36 della Costituzione, secondo il quale ai lavoratori è dovuta una retribuzione che sia, non soltanto proporzionata rispetto al lavoro svolto, ma anche, e in ogni caso, sufficiente a condurre un'esistenza libera e dignitosa. La domanda fondamentale, in altri termini, consiste nel chiedersi se il giudice possa considerare insufficienti (poiché troppo bassi) i minimi retributivi previsti dal contratto collettivo di un certo settore, oppure se non sia più giusto, per la magistratura, astenersi dal fare questo genere di valutazioni, dato che i soggetti più adeguati e competenti per compiere, in concreto, simili scelte, anche alla luce del quadro economico, della politica sindacale e dei rapporti di forza, dovrebbero essere i rappresentanti dei lavoratori (i sindacati) e delle imprese (le organizzazioni dei datori di lavoro), attraverso la contrattazione collettiva.

In particolare, nelle sentenze della Cassazione italiana di ottobre 2023, i giudici hanno stabilito che i minimi retributivi del contratto collettivo del settore della vigilanza privata (relativo a lavoratori che svolgono mansioni di vigilanza non armata, cioè di portierato o semplice custodia), che era stato concluso alcuni anni prima dai due sindacati più rappresentativi (Cgil e Cisl, attraverso le associazioni sindacali di settore), erano troppo bassi e perciò contrari alla Costituzione. In tre delle sei sentenze (n. 27711/2023; n. 27713/2023; n. 27769/2023), la Cassazione ha rinviato al proseguimento della causa, davanti a un giudice diverso, per stabilire quale sia la retribuzione *giusta*, in base a un contratto collettivo che, per mansioni simili, abbia retribuzioni più alte, tali da garantire ai vigilantes un'esistenza dignitosa e libera. Nelle altre tre sentenze (n. 28320/2023; n. 28321/2023; n. 28323/2023), invece, dopo aver considerato illegittimi i minimi retributivi del contratto collettivo della vigilanza, la Cassazione ha individuato direttamente il contratto collettivo di un settore affine dal quale trarre i livelli retributivi. Questa distinzione, dal punto di vista tecnico, non è di poco conto. Tuttavia, essa non attiene al cuore della questione e sarà, quindi, messa da parte.

2

Occorre a questo punto fare una precisazione: in realtà, in Italia, quando un giudice esamina la legittimità della retribuzione rispetto al principio costituzionale dell'art. 36,

lo fa in relazione alla retribuzione pattuita tra il singolo datore di lavoro e il singolo lavoratore (e non, *direttamente*, in relazione a quanto previsto dal contratto collettivo). Il giudice decide, cioè, se la retribuzione che il lavoratore ha in concreto ricevuto dal proprio datore di lavoro sia proporzionata rispetto all'attività svolta (alla luce delle mansioni e dell'orario di lavoro) e, in ogni caso, sufficiente a condurre un'esistenza libera e dignitosa.

Nel caso in cui sia accertato che la retribuzione non rispetta il principio costituzionale di retribuzione sufficiente - di solito questo accade quando il datore di lavoro non applica un contratto collettivo o ne applica uno concluso da sindacati poco rappresentativi -, il giudice prende come punto di riferimento (si parla tecnicamente di "parametro") i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva del settore in cui opera il datore di lavoro, e ordina che al lavoratore sia corrisposta una retribuzione adeguata a quanto previsto dalla contrattazione collettiva dei sindacati rappresentativi.

Chi conosce, anche solo per grandi linee, il diritto del lavoro italiano, sa perfettamente che questo orientamento della giurisprudenza, che risale ai primi anni '50 del '900, è uno dei più antichi e più importanti della materia. Si tenga presente che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948, il Parlamento non ha mai emanato una legge che attribuisse efficacia generale (o *erga omnes*) ai contratti collettivi. Per questo motivo, sia pure con alcune eccezioni (tra cui le pubbliche amministrazioni), i datori di lavoro non sono obbligati a rispettare le condizioni economiche e di lavoro stabilite dai sindacati e dalle organizzazioni dei datori di lavoro tramite la contrattazione collettiva. Tuttavia, valorizzando il principio di retribuzione sufficiente previsto dall'art. 36 Cost., la giurisprudenza, fin dagli anni '50 del secolo scorso, ha di fatto obbligato i datori di lavoro, quantomeno, a corrispondere ai propri lavoratori una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dai contratti collettivi - dato che, in caso contrario, il lavoratore avrebbe potuto agire in giudizio e chiedere al giudice di condannare il datore di lavoro a pagare una retribuzione adeguata ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva.

Secondo molti studiosi di relazioni industriali, questo storico orientamento della giurisprudenza è una delle ragioni che spiegano, anche in assenza di una legge sindacale, il tasso elevato di applicazione dei contratti collettivi in Italia da parte dei datori di lavoro (la c.d. "copertura contrattuale"). In sintesi, secondo questa opinione, il fatto di doverne, in ogni caso, rispettare i minimi retributivi, ha spinto anche i datori di lavoro non sindacalizzati (che non sarebbero, cioè, giuridicamente tenuti a farlo per vincolo associativo) ad applicare *per intero* i contratti collettivi.

Torniamo alle sentenze della Cassazione di ottobre 2023.

Nei casi sottoposti ai giudici, i datori di lavoro avevano corrisposto ai propri lavoratori la retribuzione in base ai minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva del settore della vigilanza. I datori di lavoro si erano perciò attenuti alla regola di origine giurisprudenziale, secondo la quale i minimi salariali non possono essere più bassi di quanto previsto dalla contrattazione collettiva dei sindacati rappresentativi. Tuttavia, le retribuzioni previste dal contratto collettivo del settore erano *obiettivamente* molto basse (circa 700 euro lordi al mese per un impiego a tempo pieno; poco più di 4 € l'ora), addirittura inferiori al reddito considerato dall'istituto pubblico di statistica (Istat) nel calcolo del tasso di povertà assoluta. Molti lavoratori del settore avevano perciò chiesto l'intervento dei giudici del lavoro, richiamando il principio di retribuzione sufficiente dell'art. 36 Cost. e chiedendo di condannare l'impresa a pagare una retribuzione più alta di quella prevista dal loro contratto collettivo. A questo scopo, i lavoratori avevano richiamato come "parametro" le retribuzioni previste da altri contratti collettivi per attività simili.

Questo tipo di contenzioso era decisamente nuovo, anche rispetto a come i giudici del lavoro italiani sono abituati a ragionare: tradizionalmente, i contratti collettivi dei sindacati rappresentativi costituiscono, infatti, il “parametro” in base al quale valutare - e in caso adeguare - la retribuzione dei lavoratori che ricevono troppo poco dal datore di lavoro; mentre, in questo caso, a prevedere una retribuzione troppo bassa è proprio il contratto collettivo stipulato da sindacati rappresentativi.

Da un punto di vista giuridico, una delle questioni più delicate consiste nel decidere quale valore debba prevalere, tra il principio di retribuzione sufficiente previsto dall’art. 36 Cost. e il rispetto dell’autonomia delle parti sociali nella definizione delle condizioni di lavoro attraverso la contrattazione collettiva, che è uno dei *temi* che attraversano l’intera Costituzione repubblicana (artt. 2 e 39 Cost.). Il ragionamento dovrebbe essere approfondito e quella che sto per fare è invece una notevole semplificazione. Ma credo di poter affermare che, in casi del genere - che sono l’eccezione e non la regola - si debba considerare prevalente, rispetto agli equilibri trovati dalla contrattazione collettiva, il diritto individuale della persona che lavora ad avere *sempre e comunque* una retribuzione dignitosa, anche in ragione della sua importanza per la realizzazione di una serie di altri diritti fondamentali. Si pone tuttavia un secondo e conseguente problema: il giudice del lavoro possiede senza dubbio gli strumenti per effettuare un bilanciamento tra principi giuridici e valori di rilievo costituzionale, ma, d’altra parte, per prendere una decisione di questo tipo con la dovuta prudenza, dovrebbe anche essere in grado di conoscere e soppesare le ragioni di politica sindacale che hanno spinto i sindacati e le organizzazioni dei datori di lavoro a firmare il contratto collettivo, alla luce del quadro economico e dei reciproci rapporti di forza. E questo non è un punto banale, dato che, all’interno degli atti e delle forme processuali, non è detto che questo tipo di informazioni emergano facilmente.

Le prime sentenze dei Tribunali locali sulla questione risalgono al 2016, ma, negli anni successivi, vi sono state decine di casi in cui la retribuzione prevista da questo contratto collettivo è stata considerata contraria all’art. 36 della Costituzione italiana¹. Con le sentenze di ottobre 2023 è intervenuta la Corte di Cassazione, che ha affermato un importante e, per il sistema italiano, innovativo principio di diritto: quello secondo il quale, il giudice del lavoro può valutare che la retribuzione corrisposta a un lavoratore sia contraria alla Costituzione, anche quando il datore di lavoro si è attenuto a quanto previsto dai contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati rappresentativi.

3

I vigilantes non sono un segmento “nobile” della forza lavoro, come i lavoratori delle aziende metalmeccaniche, che hanno alle spalle più di un secolo di lotte sociali e di scioperi e sono, in molti sistemi di relazioni industriali, una delle forze trainanti della contrattazione collettiva; i vigilantes non sono, tra di loro, particolarmente coesi, organizzati e sindacalizzati, come lo sono, spesso, i lavoratori del settore pubblico; per la verità, queste persone non svolgono neanche un lavoro difficile, faticoso o pericoloso,

¹ Trib. Milano, 30 giugno 2016, n. 1977, in *Labor*, 2017, 2, pp. 233 ss., con nota di G. CENTAMORE; conf. C. App. Milano, 28 dicembre 2017, n. 1885, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2019, 3, II, p. 480, con nota di G.A. RECCHIA; Trib. Milano, 10 luglio 2018, n. 1613, inedita a quanto consta; Trib. Torino, 9 agosto 2019, n. 1128/2019, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, I, II, pp. 28 ss., con nota di S. BELLOMO; in *LavoroDirittiEuropa*, 2019, 3, con nota di L. IMBERTI; in *Labor*, 2020, I, pp. 79 ss., con nota di M. GIACONI; in *Diritto delle relazioni industriali*, 2020, 3, p. 848, con nota di G. CENTAMORE; Trib. Milano, 4 dicembre 2019, in *Pluris*; Trib. Vicenza, 8 gennaio 2020, n. 398 (ma in senso contrario), in *DeJure*; Trib. Bologna, 3 febbraio 2022, n. 60, a quanto consta inedita; Trib. Milano, 22 marzo 2022, n. 673, inedita a quanto consta; C. App. Milano, 13 giugno 2022, n. 580, in *Boll. Adapt* 11 luglio 2022, n. 27; Trib. Ferrara, 17 agosto 2022, n. 65, a quanto consta inedita; Trib. Milano, 20 luglio 2023, n. 2251/2023, in *Boll. Adapt*, 30 ottobre 2023, n. 37; Trib. Bari, 13 ottobre 2023, n. 2720/2023, in *Boll. Adapt*, 30 ottobre 2023, n. 37.

dato che si tratta per lo più di mansioni di semplice attesa e custodia (ogni tanto occorre aprire una porta a un utente o mandare una mail o fare una telefonata, se non funziona il riscaldamento o non si apre una finestra: di solito, se non si tratta di questioni di routine, essi non possono intervenire direttamente, devono sempre chiamare qualcuno che lo faccia al loro posto). Ci si potrebbe aspettare, in effetti, per tutte queste ragioni, che la retribuzione prevista per questi lavoratori sia “modesta”. Tuttavia, quelle previste dal contratto collettivo (circa 4 euro per ogni ora di lavoro) non erano delle paghe “modeste”: erano delle “paghe da fame”. Delle paghe con le quali, pur lavorando a tempo pieno, nella maggior parte delle città italiane - soprattutto quelle del Nord e del Centro-Nord - non è neanche possibile sostenere l'affitto di una casa, pagare la bolletta dell'acqua, della luce e del gas e fare la spesa al supermercato, specialmente se non si è da soli ma occorre contribuire al sostentamento di altri familiari. Pur lavorando, cioè, per buona parte della giornata e della settimana, c'è un'alta probabilità di restare poveri.

Non stupisce, perciò, che il caso giudiziario dei vigilantes abbia avuto notevole risonanza mediatica e sia diventato, in breve tempo, esemplificativo del più generale problema dei bassi salari, della povertà lavorativa e delle difficoltà della contrattazione collettiva in Italia²: questo, per la verità, anche perché le sentenze del 2 e 10 ottobre della Cassazione sono arrivate proprio nei giorni e nelle settimane in cui le forze politiche di maggioranza e opposizione stavano discutendo della possibilità di emanare una legge che prevedesse un salario minimo orario (la quota di cui si discute è di 9 euro l'ora). Prima di parlarne, tuttavia, occorre soffermarsi su alcune delle ragioni che, secondo i sostenitori dell'introduzione di un salario minimo orario, rendono oggi necessario un intervento per legge in questa materia: occorre soffermarsi, cioè, su alcune questioni che, in questo momento storico, rendono più difficile lo svolgimento del ruolo di *autorità salariale* che la contrattazione collettiva ha rivestito nell'ordinamento giuridico italiano.

La prima di tali questioni riguarda il problema dei ritardi nei rinnovi dei contratti collettivi scaduti e, più in generale, della perdita di potere di acquisto da parte dei lavoratori.

4

Nel 2022 l'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) ha pubblicato uno studio che dimostra che, tra i Paesi che fanno parte dell'istituzione, l'Italia è quello in cui le retribuzioni sono cresciute di meno negli ultimi 30 anni (in particolare dal 1990 al 2020), nonostante, nello stesso periodo di tempo, il costo della vita sia, invece, notevolmente aumentato. Le ragioni di questo sono molteplici e articolate; per comprenderle appieno, occorrerebbe entrare in questioni di politica economica, di economia del lavoro e di relazioni industriali che in quest'occasione non sarebbe il caso, da parte mia, di provare ad approfondire³. Molto sinteticamente, si può, comunque, osservare che, dopo l'abbandono, nei primi anni '90, del sistema di adeguamento automatico delle retribuzioni all'aumento del costo della vita, la contrattazione collettiva nazionale e aziendale avrebbe dovuto garantire la crescita periodica dei salari e la difesa del potere di acquisto da parte dei lavoratori, anche grazie alla stipulazione di accordi a cadenze temporali fisse predeterminate e alla concertazione della politica dei redditi tra Governo e parti sociali⁴.

² Sul tema cfr. A. LASSANDARI, E. VILLA, C. ZOLI (a cura di), *Il lavoro povero in Italia*, fascicolo straordinario di *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022.

³ V. per una esposizione sintetica L. TRONTI, *Stagnazione dei salari, disuguaglianze, rapporto produttività-salari e prospettive di sviluppo - Un approccio istituzionale*, Inapp, 2022.

⁴ Per la dottrina dell'epoca, cfr. B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, Jovene, 1994.

Questo, tuttavia, è avvenuto solo in parte e, soprattutto, solo nei settori in cui le imprese sono in grado di creare ricchezza e valore aggiunto e il movimento sindacale è più forte e strutturato⁵. Nei settori trainanti, come l'industria metalmeccanica, vengono stipulati contratti collettivi nazionali e, in molti casi, anche aziendali, in grado di garantire alle imprese di perseguire l'innovazione ed alla forza lavoro di ottenere buone condizioni di lavoro, anche se, ovviamente, negli anni non sono mancati conflitti aspri e tensioni tra le parti sociali⁶. Per quanto riguarda, specificamente, la tenuta dei livelli salariali, il contratto collettivo dell'industria metalmeccanica prevede un meccanismo innovativo, rispetto all'esperienza italiana recente, che dovrebbe consentire di adeguare periodicamente le retribuzioni alla crescita dell'inflazione. Si può dire lo stesso anche di altri settori, come, ad esempio, quello dell'industria chimica e chimico-farmaceutica, in cui le trattative negoziali tra le parti sociali sono praticamente ininterrotte nel tempo e i rinnovi contrattuali intervengono di regola prima della scadenza del precedente contratto collettivo.

Ad uno sguardo più generale sul sistema contrattuale, la situazione, tuttavia, è più negativa.

Circa 6,9 milioni di lavoratrici e lavoratori, in Italia, sono in attesa del rinnovo del contratto collettivo che regola i loro rapporti di lavoro, in base a dati Istat di fine marzo 2023⁷. I tempi medi di rinnovo dei contratti collettivi sono, per il totale dei dipendenti, di 13 mesi e, per i dipendenti ai quali è applicato un contratto collettivo scaduto, addirittura di 23,4 mesi⁸. Si tratta di dati medi: questo vuol dire che alcuni contratti collettivi restano scaduti anche per quattro, cinque, sei o più anni, come dirò meglio tra poco. Nei settori in cui il sindacato è quasi assente e la forza lavoro è poco organizzata - principalmente, perché impiegata con contratti precari e soggetta a continuo turn-over - non solo le retribuzioni sono inadeguate, ma i tempi dei rinnovi periodici del contratto collettivo diventano molto lunghi, con la conseguenza che i salari perdono ulteriormente potere di acquisto.

Il contratto collettivo della Vigilanza privata, di cui si è occupata la Cassazione con le sentenze di ottobre 2023, era scaduto dal 31 dicembre 2015 ed è stato rinnovato il 30 maggio 2023, dopo otto anni. Tale contratto, per dare un'idea della rilevanza sociale della questione, è applicato da 886 imprese a 55.327 tra lavoratrici e lavoratori⁹.

Un altro esempio significativo riguarda il contratto collettivo applicato alle lavoratrici e ai lavoratori impiegati alle dipendenze delle imprese che svolgono attività Multiservizi. Anche in questo caso, non soltanto le retribuzioni sono molto basse, rispetto al costo della vita e a quanto previsto da altri contratti collettivi, ma i tempi di rinnovo sono molto lunghi, a causa della scarsa pressione che la forza lavoro e il sindacato sono in grado di esercitare sulle imprese del settore. Il contratto collettivo è stato rinnovato l'8 giugno 2021, con il testo precedente scaduto otto anni prima, il 30 aprile 2013. Si tenga presente che questo contratto collettivo è applicato da 9.796 imprese a 368.373 lavoratori¹⁰.

⁵ A. LASSANDARI, *Retribuzione e contrattazione collettiva*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2019, 2, I, pp. 210 ss.

⁶ Cf. V. BAVARO, F. FOCARETA, A. LASSANDARI, F. SCARPELLI (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, Futura editrice, 2023.

⁷ ISTAT, *Statistiche flash*, 28 aprile 2023 (<https://www.istat.it/it/archivio/284010>, link verificato il 1° novembre 2023). Per dati più analitici sui singoli settori contrattuali e contratti collettivi, v. CNEL, *16° Report periodico dei Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro vigenti depositati nell'archivio CNEL*, aggiornamento dicembre 2022 (<https://www.cnel.it/Archivio-Contratti/Report/Report-cnel-vigenti>, link verificato il 19 agosto 2023).

⁸ ISTAT, *Statistiche flash*, cit.

⁹ Dati Cnel-Inps (tratti dal sistema Uniemens di dichiarazioni dei datori di lavoro).

¹⁰ Dati Cnel-Inps (tratti dal sistema Uniemens di dichiarazioni dei datori di lavoro).

L'esistenza di una forza lavoro precaria e non sindacalizzata non è, tuttavia, l'unica ragione per la quale, nei settori più deboli, la contrattazione collettiva non riesce a garantire retribuzioni e condizioni di lavoro adeguate e aumenti periodici dei salari. A creare pressione al ribasso sulla contrattazione collettiva ha contribuito, negli ultimi anni, anche la diffusione di contratti collettivi firmati da organizzazioni sindacali poco o per nulla rappresentative e, in qualche caso, sostenute dai datori di lavoro, allo scopo di avere degli interlocutori negoziali alternativi ai veri sindacati dei lavoratori¹¹. Nel gergo sindacale, questi contratti collettivi vengono identificati come «accordi pirata», proprio per sottolineare la loro provenienza da organizzazioni di cui si conosce poco o nulla e la cui azione crea disordine e scompiglio nel sistema “ufficiale” di contrattazione collettiva¹².

Qualche dato per dare un'idea più concreta del fenomeno.

I contratti collettivi nazionali depositati, in base a quanto previsto dall'art. 17, l. n. 936/1986, presso l'archivio pubblico del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (Cnel) erano circa 400 nel 2008; circa 600 nel 2013; circa 900 nel 2019 e poco più di 1000 nel 2022¹³. Ciò si deve, per lo più, a contratti collettivi di lavoro stipulati da associazioni non affiliate alle principali confederazioni sindacali e della cui reale rappresentatività, come dicevo, si dubita fortemente, soprattutto quando si tratta di soggetti di recente costituzione o addirittura creati *ad hoc* in vista della negoziazione di un accordo collettivo.

Una precisazione è opportuna. Nell'ordinamento giuridico italiano non c'è una legge che imponga ai datori di lavoro di applicare i contratti collettivi firmati dai sindacati più rappresentativi; anzi, come ho già ricordato, non c'è, più in generale, una legge che imponga ai datori di lavoro di applicare un qualsiasi contratto collettivo. Con alcune eccezioni (ad esempio, le pubbliche amministrazioni, o le imprese private che lavorano

¹¹ Come nella vicenda che ha portato alla conclusione di un accordo per la regolazione del lavoro dei ciclotattori (*riders*) tra Assodelivery, l'associazione di rappresentanza delle aziende che operano nel settore della consegna di beni a domicilio mediante piattaforme online, e il sindacato UGL rider: la costituzione di UGL rider aveva di poco preceduto la stipulazione del contratto collettivo con la controparte datoriale ed era stata favorita dall'assorbimento di un soggetto denominato Sindacato nazionale autonomo dei riders, la cui creazione era stata favorita e sostenuta dalle imprese del settore in base a quanto accertato da alcuni tribunali. Cfr. F. MARTELLONI, *Riders: la repressione della condotta antisindacale allarga il suo raggio*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 2, pp. R172 ss., spec. R181. Un altro esempio sul quale riflettere proviene dalla vicenda che nel 2014 ha portato al superamento della tradizionale unitarietà della contrattazione collettiva del settore delle agenzie assicurative in gestione libera. Quell'anno, l'Associazione datoriale Sna aveva rifiutato di rinnovare il Ccnl concluso, unitamente all'altra associazione datoriale Anapa (ex Unapass), con i sindacati confederali Fiba-Cisl, Fisac-Cgil e Uilca-Uil, per stipulare un Ccnl con i sindacati Fesica-Confisal e Confisal-Fisals (una breve ricostruzione dei fatti in G. PIGLIARMI, *La rappresentatività tra libertà sindacale e categoria merceologica. A proposito di una recente riflessione di Pietro Ichino*, in *Boll. Adapt*, 7 ottobre 2019, n. 35). Tale vicenda negoziale ha avuto ricadute giudiziali, specialmente per la pretesa dell'Inps di continuare a utilizzare come retribuzione base per il calcolo del minimale contributivo quella prevista dal Ccnl stipulato con le federazioni di categoria di Cgil, Cisl e Uil. È significativo che il Trib. Genova, 1° febbraio 2019, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2019, II, p. 644, nota di D. GHIGIARELLI, facendo uso dei poteri istruttori ex art. 421 c.p.c., non sia riuscito a trovare «traccia dei due sindacati Fesica-Confisal e Confisal-Fisals», atteso che all'indirizzo «dove ci sarebbe dovuto essere un rappresentante» è stato rinvenuto «un Club del Genoa». Cfr. per una riflessione più ampia sul tema che indagherò le ragioni che potrebbero aver favorito la diffusione di questi soggetti e la stipulazione di accordi pirata, G. OLINI, *I contratti collettivi nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, pp. 417 ss.

¹² La fortunata metafora dei contratti *pirata* si spiega per via di un parallelismo, se si vuole un po' azzardato ma indubbiamente efficace, tra le squadre di marinai che nei tempi antichi imperversavano nei mari meno controllati e pattugliati, mettendo a rischio la sicurezza dei traffici commerciali o addirittura delle persone, e i sindacalisti (veri o, in molti casi, presunti) che, ai giorni nostri, dotati non di sciabola e moschetto, ma di penna, smartphone e computer, redigono accordi collettivi su misura delle esigenze di una parte delle imprese, al solo fine di creare concorrenza ai veri contratti collettivi e mettere a repentaglio il funzionamento di un sistema di relazioni industriali che, evidentemente, non è in grado di *difendere adeguatamente i propri confini* (per qualche spunto in tal senso sia consentito il rinvio a G. CENTAMORE, *Contratti collettivi o diritto del lavoro pirata?*, in *VTDL*, 2018, 2, 471 ss., spec. 476-477, 481 ss.

¹³ Per dati recenti, CNEL, *Notiziario mercato del lavoro e archivio nazionale dei contratti collettivi*, 2/2022, cit.

in appalto o in concessione per una pubblica amministrazione), i datori di lavoro possono liberamente decidere di applicare o meno un contratto collettivo; oppure, se decidono di applicarlo, possono scegliere quello di un settore negoziale diverso da quello in cui rientrerebbero in base all'attività che svolgono, semplicemente poiché lo ritengono più conveniente (ad esempio, un'impresa del settore dell'industria alimentare può decidere di applicare il contratto collettivo delle aziende multiservizi, per risparmiare sul costo del lavoro); oppure, i datori di lavoro possono altrettanto liberamente decidere di applicare il contratto collettivo firmato da un sindacato minoritario. Tendenzialmente, in assenza di una legge dello Stato, queste dinamiche della contrattazione collettiva sono rimesse ai rapporti di forza che si creano nel mercato e nelle relazioni industriali: nei settori economici in cui sono ben radicate e hanno molti iscritti, le associazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro più rappresentative fanno sì che le imprese applichino i loro contratti collettivi, ma, nei settori più marginali e meno sindacalizzati, non è detto che sia così.

Andrebbe anche precisato che, ad esclusione, ancora una volta, del settore della pubblica amministrazione, le stesse nozioni di sindacato rappresentativo o maggioritario sono quantomeno controverse. Non esiste, infatti, in Italia, una legge che imponga di misurare e rendere pubblici i dati sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e delle organizzazioni dei datori di lavoro, al pari di quanto accade in Francia (dopo l'entrata in vigore della legge del 2008) e in Spagna. Per tale motivo, la nozione di rappresentatività sindacale è una nozione problematica, sulla quale da decenni si confrontano dottrina e giurisprudenza. Quando deve essere utilizzata in giudizio, la nozione di rappresentatività viene basata, o su dati parziali e insufficienti, o sull'idea di rappresentatività "storica", o "presunta", o "per affiliazione", secondo la quale le associazioni sindacali delle diverse categorie produttive devono essenzialmente la loro rappresentatività e legittimità di azione negoziale al fatto di fare parte di una delle tre storiche confederazioni sindacali italiane: Cgil, Cisl e Uil.

Comunque, benché non esistano né una legge di portata generale sulla contrattazione collettiva, né meccanismi di misurazione effettiva della rappresentatività sindacale, si può sicuramente affermare che, nel sistema italiano di relazioni industriali, si è venuta a creare negli ultimi anni una situazione singolare. Al costo di una certa semplificazione, tale situazione si può riassumere così.

Da una parte, abbiamo i contratti collettivi (circa 300) firmati dalle associazioni sindacali dei principali settori merceologici e produttivi, che sono collegate alle tre storiche confederazioni italiane (Cgil, Cisl e Uil). Questi sindacati hanno sicuramente molti iscritti (non è dato sapere esattamente quanti), svolgono attività sindacale in favore dei lavoratori, organizzano scioperi, firmano centinaia di contratti collettivi di livello nazionale, locale, o aziendale, e prendono parte alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro. Sono associazioni sindacali sicuramente rappresentative, anche se possiamo affermarlo in modo generico, a differenza di quanto è possibile fare in Spagna o in Francia. I loro contratti collettivi, firmati con le principali associazioni dei datori di lavoro, sono di gran lunga i più applicati dalle imprese, in ogni settore. Alcuni di questi contratti collettivi sono particolarmente importanti, per il numero di imprese e di lavoratori a cui sono applicati e, più in generale, per il loro "peso", sia economico che nella politica e nella storia sindacale (ad esempio, il contratto collettivo del commercio, quello dell'industria metalmeccanica, o quello trasporti e logistica).

Dall'altra parte, esistono centinaia di contratti collettivi che, facendo concorrenza ai contratti collettivi dei principali sindacati, consentirebbero ai datori di lavoro di pagare retribuzioni più basse, risparmiando sul costo del lavoro, e di avere nel complesso

condizioni più favorevoli all'impresa¹⁴. Al punto che, in alcuni settori della dottrina, ci si è spinti addirittura a parlare di un vero e proprio mercato dei contratti collettivi¹⁵.

Ci sono alcune tendenze che vale la pena evidenziare, prendendo come esempio il settore del commercio e, in particolare, la contrattazione collettiva per le lavoratrici e i lavoratori impiegati da aziende del terziario, distribuzione e servizi. In base ai dati diffusi dal Cnel, il contratto collettivo più importante è quello concluso da Confcommercio imprese per l'Italia con Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltuos (i sindacati storici e più rappresentativi del settore): tale contratto è il più applicato nel settore, sia per quanto attiene al numero di imprese (381.098), sia rispetto al numero di lavoratrici e lavoratori (2.353.179) (dati 2022). Il secondo contratto più importante è concluso, dalle stesse organizzazioni dei lavoratori, ma con l'altra importante associazione datoriale del settore, Confesercenti (nel 2022: 9.084 imprese e 65.227 lavoratrici e lavoratori). Questi due sono tradizionalmente i contratti collettivi più importanti del commercio. Tuttavia, il contratto collettivo intitolato «aziende del commercio», firmato da organizzazioni datoriali e sindacali minoritarie e poco conosciute (Anpit, Unica, Confimprenditori e Cidec, con Cisl terziario e Cisl), ha avuto una crescita tra il 2018 e il 2022 che ne avvicina la rilevanza al contratto Confesercenti. Nel 2018 il Cisl era applicato da 731 imprese e 12.135 tra lavoratrici e lavoratori; nel 2019 da 1.368 imprese e 19.656 tra lavoratrici e lavoratori; nel 2020 da 1.957 imprese e 29.888 tra lavoratrici e lavoratori; nel 2021 da 2.655 imprese e 37.021 tra lavoratrici e lavoratori; nel 2022 da 3.406 imprese e 45.562 tra lavoratrici e lavoratori.

Ad uno sguardo complessivo sul sistema contrattuale, la situazione appare a prima vista migliore. Secondo le rilevazioni del Cnel, sul totale (oltre 13 milioni) di lavoratrici e lavoratori ai quali è applicato un contratto collettivo, circa il 97% sono «coperti» da un accordo stipulato dai sindacati affiliati alle storiche confederazioni di Cgil, Cisl e Uil¹⁶. Questi dati sono stati pubblicati solo di recente (se non vado errato 2022 o 2023). Prima che venissero diffusi, non c'era una vera e propria consapevolezza del numero esatto di lavoratori ai quali sono applicati i contratti collettivi dei sindacati più rappresentativi (si

¹⁴ I contratti pirata prevedono, in molti casi, un trattamento economico inferiore a quello previsto dagli accordi del sistema confederale, soprattutto se si considera non soltanto la retribuzione base ma l'insieme delle voci che la compongono (S. LEONARDI, *Il «dumping contrattuale» nel terziario. Spunti di analisi da una indagine comparativa fra CCNL*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2022, 4, I, p. 660). Essi sono perciò più convenienti, per l'impresa che basi la competitività sul costo del lavoro, come accade nelle attività di servizi alla persona o alle imprese svolta in modalità *labour intensive* («Nel settore del terziario (Tds), in cinque contratti minori su sette, lo scarto può arrivare ad attestarsi intorno ai 500 euro al mese», osserva sempre S. LEONARDI, *op. loc. cit.*). Oltre alla parte economica, le differenze possono riguardare, e normalmente riguardano, altri aspetti delle condizioni di lavoro (S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale*, in *Lavoro e diritto*, 2020, 2 pp. 186; G. CENTAMORE, *Sindacato, contrattazione e lavoro non standard*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2022, 2, I, pp. 228-229), come il regime di orario, il trattamento di malattia o dell'infortunio (cfr. G. RIZZUTO, P. TOMASSETTI, *Il dumping contrattuale nel settore moda*, Edizioni lavoro, 2019, pp. 213 ss.), o le tipologie di lavoro flessibile (F. SIOTTO, *Lavoro a tempo parziale tra contrattazione collettiva «pirata» e «alternativa»*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2022, 2, I, pp. 232 ss.), nonostante, nella gran parte dei casi, l'intervento (attuativo o in deroga) su tali tematiche sia rimesso dalla legge ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative: in questi casi, non dovrebbe dubitarsi del fatto che le relative clausole negoziali siano nulle per violazione di norma imperativa. Per altro verso, è stato osservato (inizialmente da G. OLINI, *I contratti collettivi nazionali: quanti sono e perché crescono*, cit., pp. 418, 421) che, quantomeno per alcuni di questi attori nuovi e non accreditati del sistema di relazioni sindacali, la regolazione dei rapporti di lavoro in senso più favorevole, per i datori di lavoro, rispetto a quanto previsto dagli accordi dei sindacati confederali, potrebbe costituire solo uno degli obiettivi da raggiungere: altre convenienze deriverebbero, infatti, dalla istituzione di patronati, enti bilaterali (cfr. M. MARAZZA, *Perimetri e rappresentanze sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori)*, in *Labour & Law Issues*, 2018, 2, p. IX), istituti per la formazione (v. TAR Lazio 30 giugno 2015, n. 8765, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2015, p. 1180, nota L. VARI) e così via.

¹⁵ Per tale espressione, E. GRAGNOLI, *Il contratto nazionale nel lavoro privato italiano*, Giappichelli, 2021.

¹⁶ Cfr., anche per una serie di puntualizzazioni, L. VENTURI, R. AMBROSO, M. BIAGIOTTI, S. TOMARO, *Archivio CNEL dei contratti collettivi nazionali di lavoro: funzionamento e funzioni*, in CNEL, *XXIV Rapporto mercato del lavoro e contrattazione collettiva 2022*, Cnel, 2023, pp. 352 ss., spec. pp. 358-359; v. anche N. GIANGRANDE, *I contratti collettivi nazionali di lavoro, il ruolo dei sindacati confederali e i lavoratori coperti*, in *Economia e società regionale*, 2022, 3 pp. 34 ss., spec. pp. 37 ss.

potrebbe dire dei *sindacati veri*). Vi era anzi la percezione, tra gli studiosi di diritto del lavoro e di relazioni industriali, che i contratti collettivi “pirata” fossero molto più diffusi. La pubblicazione di questi dati è stata quindi considerata positivamente, sia da parte degli studiosi sia da parte dei sindacati

Non manca, tuttavia, chi solleva dei dubbi, affermando che questi dati vanno letti con attenzione e che nella realtà il quadro è meno positivo di come appaia a prima vista¹⁷.

6

In primo luogo, se si sommano il numero di lavoratrici e lavoratori ai quali si applica - secondo le rilevazioni Cnel - un contratto collettivo estraneo all’area di rappresentanza di Cgil, Cisl e Uil ed il numero di lavoratrici e lavoratori in relazione ai quali le imprese non hanno indicato il contratto collettivo di riferimento, si raggiunge una cifra considerevole (alcune centinaia di migliaia di persone).

In secondo luogo, anche se la percentuale complessiva di applicazione è ancora bassa, in termini assoluti, la tendenza di crescita dei contratti collettivi “pirata” in alcuni settori è preoccupante, come abbiamo visto nell’esempio del commercio.

Infine, c’è da considerare un’ipotesi, di cui si è discusso in Italia in alcuni convegni degli ultimi mesi, e che non sembra priva di fondamento. Il dato del 97% deriva dalle dichiarazioni che i datori di lavoro fanno all’Istituto nazionale di previdenza sociale (Inps), al quale versano periodicamente i contributi previdenziali e assistenziali per i lavoratori impiegati. In base a una legge risalente al 1995 (articolo 2, comma 25, legge n. 549/1995), i datori di lavoro sono obbligati a calcolare tali contributi sulla base delle retribuzioni previste dai contratti collettivi dei sindacati più rappresentativi. Anche se non esiste una legge sulla misurazione della effettiva rappresentatività sindacale, nessuno, compresa la Corte di Cassazione, ha dubbi sul fatto che tali contratti collettivi siano quelli stipulati nei diversi settori negoziali dalle associazioni sindacali collegate a Cgil, Cisl e Uil. Per questo motivo, è possibile che l’informazione pubblicata dal Cnel, secondo la quale i contratti collettivi di Cgil, Cisl e Uil coprono il 97% del totale dei lavoratori a cui si applica un contratto collettivo, sia esatta solo in apparenza. È possibile, infatti, che una parte delle imprese che dichiarano di applicare un contratto collettivo confederale, lo facciano in relazione alle retribuzioni minime (art. 36 Cost.) ed ai contributi previdenziali e assistenziali (legge n. 549/1995), utilizzando, invece, un contratto collettivo diverso, quando si tratta di definire il resto delle condizioni di lavoro e la retribuzione complessiva.

In ogni caso, anche ammettendo - come i dati sembrano suggerire - che l’incidenza reale della contrattazione pirata sul sistema imprenditoriale sia, nel complesso, limitata, non si può sottovalutare il rischio che la sua stessa esistenza metta sotto pressione le organizzazioni dei lavoratori in sede di trattativa negoziale, influenzando negativamente sull’esito degli accordi. In alcuni settori, come il commercio o le aziende di servizi, la possibilità per le imprese di ridurre molto facilmente i costi del lavoro rappresenta, cioè, un costante invitato di pietra ai tavoli negoziali.

Una conferma di questa ipotesi può venire dalle vicende che hanno portato alla stipulazione, nel 2015, proprio del contratto collettivo della vigilanza privata, che ho già menzionato più volte poiché oggetto delle sentenze di ottobre della Cassazione. Alcuni retroscena delle trattative che hanno preceduto la stipulazione del contratto collettivo

¹⁷ La stessa Cgil, il primo sindacato italiano per numero di iscritti, ha accolto questi dati con ottimismo ma anche con una certa cautela: <https://www.collettiva.it/copertine/lavoro/2023/04/03/news/contrattazione-lavoro-cgil-cisl-uil-2902688/> (link verificato il 1° novembre 2023).

sono stati messi in luce in un'informativa sindacale disposta da una giudice del lavoro di Torino, in una causa che si è conclusa con la dichiarazione di illegittimità delle tariffe retributive minime per contrasto con la Costituzione¹⁸. Secondo un rappresentante di una delle associazioni datoriali trattanti, il contratto collettivo in questione nasceva per dare una regolamentazione alle attività di vigilanza non armata e portierato che, a partire dal 2006, iniziavano a essere esternalizzate sempre più di frequente, sia da società private sia da pubbliche amministrazioni, con tariffe non negoziabili e che rispetto al passato diminuivano di oltre il 50-60%. In passato, a tali attività era spesso applicato il contratto collettivo del settore commercio, ma la compressione dei costi degli appalti spingeva le società aggiudicatrici ad applicare contratti collettivi *meno onerosi*: quello delle aziende multiservizi, dei portieri di stabili o il contratto collettivo "pirata" firmato da una associazione denominata Unci¹⁹. Nel corso della medesima informativa, anche i rappresentanti delle organizzazioni sindacali sottolineavano che le tariffe salariali del contratto collettivo della vigilanza privata erano state calibrate su quelle dei contratti collettivi che le imprese sarebbero state disposte ad applicare negli appalti, inclusi quelli pirata, precisando che la decisione di stipulare comunque il contratto anche se a condizioni economiche così deboli si spiegava con le concessioni ottenute dalla controparte su altri piani.

Si tratta soltanto di un esempio, ma che conferma l'ipotesi iniziale. Soprattutto nei settori più deboli, in cui il sindacato non ha leva negoziale, la contrattazione pirata ha un'incidenza indiretta sulle trattative svolte per la stipulazione dei contratti collettivi *veri*, quelli destinati cioè ad essere *effettivamente* applicati a lavoratrici e lavoratori.

7

Come dicevo, le sentenze del 2 e 10 ottobre della Cassazione sul contratto collettivo della vigilanza hanno avuto una notevole risonanza mediatica e persino delle ricadute sul dibattito politico. Questo, sia per l'importanza delle questioni affrontate dai giudici, dal punto di vista giuridico e sociale, sia poiché le sentenze sono state pubblicate proprio nei giorni e nelle settimane in cui le forze politiche di maggioranza e opposizione stavano discutendo della possibilità di intervenire per legge in materia di retribuzioni minime²⁰.

Prima della pausa estiva, il 4 luglio 2023, le forze politiche di opposizione al Governo conservatore presieduto da Meloni avevano presentato una proposta di legge seria e strutturata sul salario minimo. Tale proposta prevedeva, nell'ambito di un testo che attribuiva alla contrattazione collettiva dei sindacati rappresentativi il ruolo di autorità salariale, l'introduzione di una soglia inderogabile di salario minimo orario fissato a 9 euro lordi per ogni ora di lavoro. Questa soglia sarebbe stata inderogabile sia per i singoli

¹⁸ Trib. Torino, 9 agosto 2019, n. 1128/2019, cit.

¹⁹ Si trae tale informazione dal testo integrale di Trib. Torino, 9 agosto 2019, n. 1128, cit. (pag. 13), in Boll. Adapt, n. 34/2019.

²⁰ La dottrina giuslavoristica ne discute da tempo: v. ad es. M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, 4, I, pp. 769 ss.; A. BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2014, 3, pp. 741 ss.; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale: aspettative e prospettive*, Giappichelli, 2017; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2019. Negli ultimi anni il dibattito è ripreso soprattutto a partire dalla proposta di Direttiva UE sui salari minimi adeguati: V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di Direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, 1, I, pp. 111 ss.; P. PASCUCCI, V. SPEZIALE, *Spunti sul salario minimo dopo la proposta di direttiva UE*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, 1, I, pp. 111 ss.; nell'insieme, i contributi raccolti in *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, 2, sub «Ancora sulla proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE»; A. BELLAVISTA (coord. da), *Prospettive e proposte in materia di salario minimo*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2022, 2. Dopo l'approvazione della direttiva e a proposito delle proposte di legge di cui si discute in Italia: i contributi raccolti in P. ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, 2023; e quelli raccolti in *LavoroDirittiEuropa*, 2023, 3.

datori di lavoro, sia per la contrattazione collettiva. Le parti sociali cioè non avrebbe più potuto prevedere, nei propri contratti collettivi, retribuzioni orarie inferiori, anche in contesti di mercato e di relazioni industriali nei quali - come nell'esempio della vigilanza - sarebbe stato difficile raggiungere questo risultato. Era prevista, inoltre, l'istituzione di una commissione pubblica, di cui avrebbero fatto parte le parti sociali, per l'adeguamento nel tempo di tale soglia, in relazione soprattutto al costo della vita.

L'Italia si sarebbe avvicinata, da questo punto di vista, a quanto previsto nella maggioranza dei Paesi europei. Gli unici Stati membri UE a non avere un salario minimo fissato per legge, oltre all'Italia, sono, infatti, Danimarca, Finlandia, Svezia e Austria. Tuttavia, i Paesi nordici hanno, tra le altre cose, alcune caratteristiche del sistema di relazioni industriali che hanno sempre sconsigliato o, comunque, reso non necessaria, l'introduzione di una misura simile: e cioè, i tassi di sindacalizzazione altissimi tra i lavoratori, dovuti anche ai meccanismi di funzionamento dello stato sociale. Tanto è vero che, proprio dai Paesi nordici (soprattutto dalla Danimarca), è arrivata l'opposizione più decisa all'intervento dell'UE con la Direttiva sui salari minimi adeguati. Con le dovute differenze, può farsi un discorso simile anche per l'Austria, in cui il sistema di relazioni industriali prevede una forma di sindacalismo sostanzialmente obbligatorio per i datori di lavoro, attraverso il sistema delle Camere di commercio: tale modello garantisce una diffusa applicazione dei contratti collettivi da parte delle imprese e ha reso probabilmente non necessaria la fissazione per legge di un salario minimo orario.

La destra politica, in Italia, è tendenzialmente contraria a questo tipo di interventi nel mercato del lavoro. Tuttavia, forse perché si trattava di un tema delicato e molto esposto mediaticamente, la Presidente del Consiglio Meloni ha evitato di assumere un atteggiamento di chiusura netta rispetto alla proposta di legge delle opposizioni e ha, invece, chiesto un "parere autorevole" sulla questione al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro: il Cnel, che aveva appena rinnovato la propria composizione e il cui Presidente era stato indicato dalle stesse forze politiche di maggioranza che sostengono il Governo Meloni. Questo parere è stato pubblicato il 12 ottobre, a distanza di pochi giorni dalle sentenze della Cassazione. Il parere del Cnel sconsiglia al Governo di introdurre per legge un salario minimo orario, per la ragione che questo sarebbe incoerente rispetto alla storia e alle caratteristiche delle relazioni sindacali in Italia, che tuttora dovrebbero assicurare un buon funzionamento della contrattazione collettiva.

Vi sono argomentazioni per criticare tale posizione. Nel contesto attuale delle relazioni sindacali italiane, alla luce delle criticità che caratterizzano il sistema della contrattazione collettiva, sarebbe opportuna l'adozione di una legge che avesse due contenuti minimi. Primo, un obbligo per i datori di lavoro di rispettare il trattamento economico complessivo previsto dai contratti collettivi stipulati dai sindacati più rappresentativi, come già è previsto in alcuni settori dell'economia: questo consentirebbe di limitare l'impatto dei contratti collettivi pirata. Secondo, sarebbe utile la previsione per legge di un salario minimo orario, fissato almeno nella soglia di 9 euro per ogni ora di lavoro svolta in favore del datore di lavoro. Questo consentirebbe di avere delle retribuzioni dignitose anche nei settori in cui il sindacato dei lavoratori non ha la forza negoziale necessaria per ottenere dalla controparte l'impegno a pagare salari più elevati. Una misura di questo tipo contribuirebbe a migliorare le retribuzioni di alcune centinaia di migliaia di persone impiegate nei settori marginali dell'economia e potrebbe, inoltre, essere da stimolo anche per l'azione dei sindacati rappresentativi. Tuttavia, per quanto il tema sia sempre all'ordine del giorno, è improbabile che una normativa del genere sia emanata nel corso della corrente legislatura. Verosimilmente, questa idea sarà portata avanti dalle forze politiche di opposizione al Governo come una delle principali proposte di cambiamento.

**PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS
AL TERCER PANEL:
LA CONFLICTIVIDAD LABORAL**

**CÓMO CORREGIR UNA JUSTICIA DILATORIA:
¿SON LAS “MASC” UNA SOLUCIÓN A LA TARDANZA DE UNA
JURISDICCION SOCIAL OTRORA AGIL?**

BEATRIZ GARCIA CELAÁ
*Magistrada del Juzgado Social 3 de Bilbao
Profesora asociada de la UPV-EHU
Facultad de Economía y Empresa
Sarriko*

“Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”.

Séneca

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA APROXIMACIÓN EMPÍRICA: LA CARGA COMPETENCIAL DE LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL EN CIFRAS
3. LA “TORMENTA PERFECTA” SUSPENSIVA DE JUICIOS SOCIALES: DE LA “EPIDEMIA” COVID A LA SUCESIÓN DE PROCESOS DE “HUELGA”
4. PRIMERA PROPUESTA. LA UNIFICACION DE DOCTRINA. UNA AYUDA A TIEMPO
5. SEGUNDA PROPUESTA: LA ACUMULACION DE PROCEDIMIENTOS Y SU SUSPENSIÓN
6. TERCERA PROPUESTA: LAS “MASC” COMO SOLUCION EQUITATIVA A LOS RETRASOS EN LOS SEÑALAMIENTOS
7. CONCLUSIONES

ABSTRACT

La Jurisdicción social se ve lastrada, entre otros aspectos, por la tardanza en los señalamientos y en la resolución de los conflictos, siendo ésta una problemática que requiere de una intervención eficaz que permita al justiciable alcanzar una resolución de sus demandas en un periodo razonable.

La carga competencial anualmente incrementada en los Juzgados de lo social, el escaso número de Juzgado de lo social por habitante, unido a las suspensiones derivadas del periodo COVID y del ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga de los diversos funcionarios de Justicia ha determinado un retraso inasumible en las agendas judiciales y en los señalamientos, dilatados, en algunos casos, a tres años vista, con las consecuencias que ello irradia en la vida de las empresas y las personas trabajadoras.

Todos los operadores jurídicos somos responsables de impulsar el avance en los señalamientos, garantizando una Jurisprudencia en plazo a través de un recurso de casación en interés de ley preferente, permitiendo la acumulación de procedimientos, evitando las suspensiones injustificadas y confiando en una nueva forma de Administrar Justicia a través de la medicación intrajudicial en el ámbito laboral, como forma alternativa de resolución de los conflictos, factores, todos ellos, que mitigarían el retraso judicial y garantizarían una solución temprana de muchas materias sometidas al control judicial.

Palabras clave: retraso en la jurisdicción social/ causas/soluciones/ mediación intrajudicial social

1. INTRODUCCIÓN

La situación de nuestra jurisdicción sociolaboral, en lo que a los tiempos de la impartición de justicia refiere, es manifiestamente mejorable. Crece el retraso acumulado en la resolución de los conflictos cuyo conocimiento le compete conforme a la LRJS, que afectan de manera directa a las personas trabajadoras, a sus economías familiares, a la solvencia empresarial generadora de puestos de trabajo y a la posibilidad de avanzar en la conquista de derechos como la estabilidad, el reparto de la riqueza y la dignidad en la prestación de los servicios. Ciertamente, podría ponerse de manifiesto que tampoco es nada extraño si dirigimos nuestra mirada al resto de los órdenes de la jurisdicción, como si “el mal de muchos...”. Ahora bien, no menos verdad resulta que se trata de una jurisdicción y un proceso, los sociales, que tuvo como una de sus principales banderas la celeridad, tanto que las plasmó como un principio jurídico inspirador (art. 74 LRJS).

El TEDH acaba de condenar a Bélgica por la lentitud de su sistema judicial; ocho años para resolver dos instancias. Siendo condenada por violar el derecho a un proceso judicial con garantías, al entender que el procedimiento, que se ha prolongado durante casi ocho años, no se ha desarrollado en un tiempo razonable. Recuerda la resolución que estos retrasos en la administración de justicia ponen en riesgo la efectividad y la credibilidad del sistema y vulneran el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que cualquier persona tiene derecho a un proceso con garantías, lo que incluye que se desarrolle en un plazo razonable. El TEDH reafirma la importancia de administrar justicia sin retrasos y señala que un retraso excesivo afecta a la confianza en el sistema judicial y pone en riesgo el Estado de derecho, haciendo quebrar el sistema que protege los derechos contemplados en el CEDH si los tribunales nacionales fallan en su función de administrar justicia en un tiempo razonable, señalando que son déficits estructurales los que generan el retraso de las resoluciones judiciales.

Nuestro TC también viene desnudando este déficit continuamente, con alguna excepción reciente. Por supuesto, no pretendo en esta comunicación analizar sentencias como la STC 125/22 de 18 de noviembre, o la posterior STC 31/2023 de 17 de abril. En ellas, tras admitir -lo que ya es muy señero del gran mal subyacente, pues apenas un 4 por cien de los presentados se admiten- y, luego estimar -todo un mensaje a navegantes- el amparo, declaran la vulneración del art. 24 de la CE por la tardanza en el señalamiento. En ellas -de forma relevante- se establece una regla comparativa con la media de los tiempos de señalamientos de similar complejidad publicada en la estadística del CGPJ, para entender vulnerado el derecho constitucional alegado (enfoque de objetivación del canon para el control del retraso indebido con relevancia constitucional). Pero, con ser relevantes, se limitan a resolver un supuesto concreto. Pero ni analizan, ni mucho menos van a revertir, el problema de fondo que subyace en la jurisdicción social. Sin infravalorar esta alerta institucional sobre la existencia de un grave problema, (a modo de iceberg de un colosal déficit sumergido en nuestros millones de legajos pendientes de solución), queda claro que estas resoluciones no servirán para dar una salida global si no para contentar a un justiciable en particular, a diferencia de lo que sería disponer de formas alternativas o inclusivas que permitan establecer un plazo medio adecuado de señalamientos de manera general para todos los procedimientos, acercando así en el tiempo la resolución de todos los conflictos.

Son muchos los aspectos que podrían ser analizados para mejorar la forma de impartir Justicia en general, y en “la rama social del Derecho” en particular. La naturaleza de las soluciones puede ser, a tal fin, diferente. De inicio, un grupo emerge de forma sencilla e inmediata: bastaría con crear un mayor número de juzgados por habitante. La decisión es de carácter económico, por lo que a más presupuesto más estructuras judiciales y, en consecuencia, a través de una formulación meramente matemática, si hay más juzgados y no crecen significativamente el número de los asuntos a resolver, habrá menos carga judicial por juzgado y se acelerará los procesos. Conviene, no obstante, evitar la ingenuidad, pues ni es fácil convencer a quienes nos gobiernan de que el presupuesto en justicia es una inversión, no un gasto, ni tampoco el número de asuntos aparece estable, al contrario, crece exponencialmente en la complejidad socioeconómica del tiempo que nos ha tocado vivir.

Otro tipo de medidas tienen que ver con las reformas legislativas en materia procesal. Como por ejemplo, intensificar los esfuerzos reales por parte de los operadores jurídicos para admitir la acumulación de procesos, la eficacia en las notificaciones habilitando modos más modernos e igualmente fiables, el impulso a la celeridad por parte de los profesionales, etc. Ni que decir tiene que otro ámbito de intervención sería acudir a las nuevas tecnologías, haciendo una realidad los -tan ansiados como temidos- juicios telemáticos.

Precisamente, estas iniciativas se afrontaron al final de la legislatura pasada, con mayor o menor fortuna. Pero la precipitación de las elecciones el 23 J las hicieron decaer, como recordaremos más abajo¹.

Sin embargo, no es en todo ello lo que en esta comunicación me gustaría incidir, sino, sobre una vía de solución que, menos costosa que otras, y sin incisivas reformas legislativas, lo que facilita el acuerdo político, sí está en condiciones de reducir este mal endémico de la Justicia: el retraso en la resolución de los conflictos, con tiempos muy

¹ Vid. AAVV. *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

dilatados de respuesta desde que se presenta la demanda hasta que -si hay suerte- se ejecuta la resolución jurisdiccional dictada. Por supuesto, me refiero a la potenciación de las denominadas Medidas Alternativas (extrajudiciales) de Solución de los conflictos de trabajo (MASC, en adelante)². Aunque, en el ámbito laboral, este enfoque tiende a considerarse “natural” a la hora de resolver los conflictos colectivos laborales, aún existe mayor resistencia, cuando menos discrepancias, en torno a su proyección efectiva para los individuales, que son las que más lastran el sistema.

En cambio, en otras jurisdicciones, como la civil y la mercantil, nadie duda ya de la urgencia, no solo de la necesidad, de promover las técnicas de solución extrajudicial de los conflictos, tanto por razones de mejora de la eficacia de la solución jurídica como por razones de eficiencia económica. Un cúmulo de razones que, en diversos países, europeos y americanos, tienen muy asumidas desde hace años, potenciando el quehacer no contencioso del profesional jurídico a favor del negociador-conciliador. Incluso podría traerse a colación, sin pretender oportunismo alguno, la kafkiana situación creada por el tristemente célebre “asunto Rubiales”, pues, como es bien sabido, una parte relevante de los enormes problemas que está teniendo aplicar un justo régimen deportivo disciplinario deriva de la falta de vigencia de la nueva regulación del art. 104 de la Ley del Deporte (Ley 39/2022). ¿Y por qué no está en vigor? Por la “sencilla” razón de que su vigencia depende de que el Gobierno desarrolle el reglamento para establecer el sistema de solución extrajudicial de conflictos en el sector del deporte (incluyendo a las deportistas profesionales, lo que es un ámbito de relaciones de trabajo, aún especiales -sin perjuicio de quienes ejercen a través de formas jurídicas de trabajo autónomo, claro-). Así se prevé en la DT 3 en relación con el art. 119.3 LD/2022. En suma, una vez más comprobamos las resistencias de nuestros gobernantes a promover los sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

2. UNA APROXIMACIÓN EMPÍRICA: LA CARGA COMPETENCIAL DE LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL EN CIFRAS

Todo análisis jurídico requiere una previa aproximación empírica, de modo que el enfoque del número nos facilitará la pista para comprender mejor la enorme magnitud del problema jurídico de fondo. En consecuencia, para analizar la situación de los Juzgados de lo social es necesario partir de su concreta “carga competencial” y del incremento de causas o materias que a lo largo del tiempo se ha venido produciendo, sobre todo de cara a la instancia. Por supuesto, todo ello de forma breve.

Corría el año 2006, yo apenas había aterrizado en la Jurisdicción Social cuando asistí a un Congreso de Jueces de lo Social a nivel nacional, en él se debatieron entre otras cuestiones, todas las materias que debían ser asumidas por la Jurisdicción. Yo no me atreví a intervenir en los debates que allí se plantearon (era una recién llegada que bastante tenía con solventar de manera razonable los juicios en mi juzgado) pero sí guardo la sensación de que los que participaron creían en una especie de “vis atractiva” de muchas materias que en ese momento eran competencia de la jurisdicción civil o, fundamentalmente, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Quizás en aquel entonces la situación más desahogada de la Jurisdicción Laboral permitía seguir incrementando las materias objeto de su competencia, pero pronto la crisis económica de 2008, que tuvo su mayor incidencia a nivel de trabajo en los Juzgados

² Vid. AAVV. (Dir. María Isabel Granados Romera, Rosa M. González de Patto). *Procedimientos alternativos de solución de conflictos: una perspectiva interdisciplinar*, Aranzadi, 2020.

de lo Social desde 2010 hasta 2014, atestiguó que el número de Juzgados de lo Social en España era insuficiente y que el incremento de demandas y competencias iban a conllevar una demora, si no un colapso, en la resolución de las causas.

A mero título de ejemplo pretendieron ser atribuidas a los Juzgados de lo Social, en su integridad, todas las cuestiones de dependencia reguladas en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre. Se entendía que ello era posible por tratarse de una materia compatible con la acción protectora de la seguridad social regulada en el artículo 38 de la LGSS (como así señaló la STSJ 2017/2010 de Castilla y León de 23.12.2010), pero estableciendo, no obstante, por Sentencia del TS de 12.03.2014 que hasta su desarrollo reglamentario posterior la atribución de competencia en materia de dependencia sólo correspondía, desde el RD 504/2007, en relación al grado de discapacidad concedido, y no al resto de cuestiones. La nonata ley de Eficiencia Procesal regulaba, sin embargo, ampliar la competencia de la Jurisdicción social a todas las materias derivadas de la Dependencia, liberando así de su conocimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Consiguientemente, el texto del Proyecto de Ley de eficiencia procesal daba cumplimiento a lo contenido en la disposición final séptima de la Ley 36/2011, y establecía la atribución a todos los efectos a la jurisdicción social de los asuntos ligados a la Ley 39/2006, sea cual sea la fase de procedimiento (valoración de grado, dictamen, provisión de servicio o prestación).

En 2011, el preámbulo de la Ley 36/2011(LRJS), fijaba como objetivo dotar de una «mayor nitidez del contorno competencial» a la jurisdicción social, expandiendo su conocimiento a los conflictos y pretensiones producidos en el ámbito laboral, sindical o en el de la Seguridad Social con el fin de evitar el denominado «peregrinaje de jurisdicciones». Por ello, siendo la voluntad legislativa manifestada en el preámbulo de la Ley 36/2011 «la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social», una interpretación razonable del artículo 2 n) de esa ley conllevó la atribución al orden jurisdiccional social de la competencia para conocer de las impugnaciones de resoluciones administrativas en materia laboral, dentro de las cuales cabe incluir por un lado las dictadas por las Administraciones públicas en procesos selectivos de personal laboral. (Este ha sido el caso sobre el que se ha pronunciado el Auto 3/2020, de 12 de febrero, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo que sostiene que debe de partirse del conocimiento mismo de todas las fases de la contratación del personal laboral) y por otro de la impugnación de resoluciones sancionadoras de la Inspección de trabajo frente a las empresas, impugnaciones que anteriormente eran propias de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La misma LRJS señalaba que todas las cuestiones relativas a prevención de riesgos laborales, tanto de las personas trabajadoras en régimen laboral como funcional del artículo 2e) fuesen también atribuidas a los juzgados de lo Social, como diversas sentencias de la Sala Cuarta del TS han venido ya a establecer de manera unívoca, limitando el conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa a las demandas de funcionarios que exclusivamente articulen la vulneración de derechos fundamentales y no cuando la impugnación se base en cualquier incumplimiento de la prevención de riesgos laborales. (Auto sala de conflictos 12/19 de 6 de mayo de 2019, ó Sentencia de 19 de julio de 2021 (rec. 2282/2020) por las que se declara que la competencia jurisdiccional social se extiende a “todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales”).

Ya en 2020 durante el Estado de Alarma por la pandemia COVID, los RD ampliaron también las competencias de los Juzgados de lo Social en la resolución de los denominados ERTE COVID, o ERTES por Fuerza Mayor, regulados en los artículos 22 y 23 del RD Ley 8/20, lo que supuso que en un mes la expectativa de entrada de los procedimientos de

impugnación de ERTes iba a igualar los procedimientos de esta materia que en 10 años solían tramitarse en la Jurisdicción social, y ello sin contar con otros procedimientos nacidos o generados por la regulación de urgencia propia del Estado de Alarma como los permisos retribuidos recuperables fijados en el RD 10/20 de 29 de marzo, o todas las cuestiones relacionadas con las prestaciones de desempleo tras los ERTE en las diversas situaciones planteadas (fijos discontinuos, empleadas de hogar, despidos tras los ERTes etc).

Una de las últimas competencias atribuidas a la Jurisdicción Social es la correspondiente a la concesión, suspensión o supresión del ingreso mínimo vital (RGI en Euskadi) y complemento de vivienda, materia que anteriormente era resuelta por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa hasta La Ley 18/2021 de 20-12-21, sobre Ingreso Mínimo Vital (IMV) que lo configura como verdadera prestación de seguridad social.

Sirvan estos ejemplos para comprender el ingente número de materias y competencias que a lo largo del tiempo se han sumado a las previas de la jurisdicción Laboral y que implican una sobrecarga competencial en relación a otros Ordenes, fundamentalmente la Jurisdicción Contenciosa. El incremento de demandas por las nuevas materias se traduce inexorablemente en un incremento del tiempo de tramitación y de respuesta de los Juzgados.

3. LA “TORMENTA PERFECTA” SUSPENSIVA DE JUICIOS SOCIALES: DE LA “EPIDEMIA” COVID A LA SUCESIÓN DE PROCESOS DE “HUELGA”

La declaración del Estado de Alarma implicó la paralización casi completa de la función jurisdiccional desde el 13.3.2020 al 14.6.2020 ¿nos hacemos a la idea de cuantos juicios fueron suspendidos en cada uno de los órganos jurisdiccionales? Partiendo de una media de 25-30 juicios semanales conllevó la suspensión de alrededor de 250- 300 juicios por cada uno de los Juzgados en España, a lo que hay que añadir que el regreso a la función jurisdiccional exigió reeditar las agendas de señalamientos y garantizar el cumplimiento de las restricciones de aforo, lo que determinaba la imposibilidad de aglutinar vistas y la necesidad de valorar las prohibiciones de desplazamientos existentes en las diversas CCAA, debiendo habilitar fechas y registros horarios, anteriormente no utilizados, para la celebración de las vistas (por las tardes, los viernes, etc).

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó el 9 de mayo de 2020 mantener la validez y eficacia de los acuerdos y las medidas adoptadas por este órgano en relación con la pandemia de coronavirus (COVID-19) en las sesiones de los días 13, 14, 16, 18, 20, 23, 25, 26, 28, 30 y 31 de marzo, 2, 8, 13, 16, 20 y 29 de abril y 7 de mayo de 2020 durante la nueva prórroga del estado de alarma autorizada por el Congreso de los Diputados en su última sesión.

La decisión se adoptó una vez que el BOE publica el Real Decreto (RD) 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga hasta las 00:00 horas del 24 de mayo el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Entre los acuerdos cuya validez y eficacia se mantiene, figura el aprobado en la reunión extraordinaria mantenida por la Comisión Permanente el 14 de marzo por el que se dispuso la suspensión de todas las actuaciones judiciales programadas y los plazos procesales que tal decisión conlleva, salvo en los supuestos de servicios esenciales.

Los servicios esenciales eran los aprobados por el CGPJ el 13 de marzo de forma coordinada con el Ministerio de Justicia y la Fiscalía General del Estado, con las precisiones realizadas desde entonces, que en lo que respecta al orden jurisdiccional social, el orden más afectado por las consecuencias socioeconómicas derivadas de la COVID-19, eran las fijadas por acuerdo del CGPJ de 14 de marzo de 2020, que señalaba como tales: «En el orden jurisdiccional social, la celebración de juicios declarados urgentes por la ley y las medidas cautelares urgentes y preferentes, así como los procesos de ERE y ERTE [expedientes de regulación de empleo y expedientes temporales de regulación de empleo]».

Por acuerdo del CGPJ de 16 de marzo de 2020 se restringen aún más estas actuaciones y se establece que: “En la jurisdicción social, la suspensión de las actuaciones judiciales no se aplicará a los procesos y recursos que se consideren inaplazables en materia de conflictos colectivos, tutela de derechos fundamentales, despidos colectivos, expediente de regulación temporal de empleo, medidas cautelares y procesos de ejecución que dimanen de la aplicación del estado de alarma”.

Como ya señalé en el artículo publicado en la revista CEF nº 448 de julio de 2020 desde el 16 de marzo de 2020, y en virtud de los acuerdos del CGPJ -que paralizaban la actividad judicial y suspendían los plazos procesales-, los órganos judiciales estábamos en un punto muerto -lo que implicaba un STOP a toda actuación judicial-. No podíamos ni siquiera notificar sentencias que habían sido dictadas; (notificación que se hace telemáticamente).

Los juzgados teníamos fijados señalamientos a largo plazo , de 6 a 12 meses. A esa agenda de procedimientos ya señalada había que añadir los procedimientos suspendidos del 16 de marzo al 4 de junio, aquellos que ordinariamente se hubieran tramitado y estaban por llegar y los derivados de la situación de la COVID-19: despidos, ERTE, recuperación de permisos retribuidos, prestaciones de desempleo, situaciones de incapacidad temporal, determinaciones de contingencia ,reclamaciones por falta de medidas preventivas, ingreso mínimo vital, etc., y que hicieron que el número de entrada de los juzgados de lo social se multiplicase exponencialmente ¿Nos hacemos a la idea de que asuntos ordinarios ya señalados antes de marzo de 2020 con una dilación de la vista en un año quedaron postergados hasta más de un año después en muchos casos, por el reacondicionamiento de las agendas judiciales?

La era COVID generó una acumulación ingente de demandas judiciales sin tramitar, o porque se suspendieron ante la parálisis procedimental derivada del Estado de alarma o porque nacieron por razón del impacto socioeconómico de la COVID-19, o porque señalados para celebrarse con posterioridad a la suspensión, debieron suspenderse para dar prioridad a señalamientos previos suspendidos o declarados urgentes. El 2020 fué nefasto en relación al retraso en los señalamientos y su situación se ha perpetuado hasta hoy en día en los juzgados a pesar de las medidas temporales de refuerzo.

Esta situación, ya de por sí preocupante en muchos órganos judiciales, se ve agravada por las consecuencias de la huelga iniciada por las Letradas y los Letrados de la Administración de Justicia que tuvo una duración de 24 de enero a finales de marzo de 2023. A la que siguió la huelga de las funcionarias y los funcionarios de la Administración de Justicia iniciada en mayo de 2023 y suspendida el 24 de julio de 2023 por la convocatoria electoral, con la mayor o menor incidencia, según el seguimiento, que ello haya podido tener en la suspensión de los procedimientos judiciales y en la tramitación de las actuaciones procesales (alrededor de un 60-70% de incidencia los días de señalamientos) y que conlleva nuevamente la dilación en las actuaciones de justicia.

Nuevamente las agendas judiciales deben ser reacondicionadas a la situación, para incorporar las causas cuyas vistas se han suspendidos como consecuencia del ejercicio legítimo del derecho fundamental de huelga, lo que retrasa los nuevos señalamientos.

En este contexto, no es raro encontrar noticias en Prensa que fijan señalamientos de causas laborales en 2025. ¿2025?... Y 2026-2027 (“Diario de Sevilla” 1.11.2022). En 2021 ya la Prensa hacía eco de una noticia en la que se comunicaba que los Juzgados de Sevilla estaban señalando juicios en 2025 y actualmente en Juzgados de Almería se notifican señalamientos para 2027. (Publicación del “Ideal” 4.12.2022) Una dilación de cuatro años para resolver judicialmente, en primera instancia, un juicio laboral.

Pero otros Juzgados de lo Social no se quedan atrás y no es inusual encontrar señalamientos de procedimientos ordinarios a más de un año vista, o de procedimientos urgentes a 8 meses vista, sin entrar luego en los plazos tan dilatados que a veces se emplean para el dictado de las correspondientes sentencias y que demoran, aún más, la solución del conflicto planteado en la primera instancia.

¿Es asumible este retraso en la Justicia? ¿podemos los diferentes operadores intentar mitigar este mal endémico en la dilación de la respuesta judicial? Yo apuesto a que sí, desde dentro y desde fuera algo se puede lograr.

4. PRIMERA PROPUESTA. LA UNIFICACION DE DOCTRINA. UNA AYUDA A TIEMPO

Los Juzgados de lo social nos vemos inexorablemente obligados a resolver de forma constante y repetitiva, en muchas ocasiones, la misma controversia jurídica, (atendiendo a los dilatados plazos de los recursos de suplicación y casación) hasta que, definitivamente, se despeja la doctrina judicial que resuelve la interpretación adecuada que corresponda al conflicto. Ello implica la celebración de numerosas vistas, absolutamente idénticas, con el consiguiente esfuerzo de la Oficina Judicial en la tramitación, de las partes en su interposición y defensa y de los Juzgados en su resolución, a la espera, normalmente, de la decisión final de la sala 4ª del TS. No son pocos los ejemplos donde los Juzgados de lo social resuelven durante 2/3 años cuestiones de carácter netamente jurídico y de afectación general e igualitaria en todos los puntos de la geografía a la espera de esa decisión final.

¿Sabemos cuántos pleitos se ahorraría la Instancia Social si tuviésemos establecido un recurso de suplicación urgente para la resolución de procedimientos judiciales en los que se debata de forma exclusiva una cuestión jurídica idéntica y de vocación general?

Ciertamente me han sorprendido los escasos tiempos manejados por la Sala 1ª del TS en la resolución de la interpretación de la aplicación del principio del “derecho penal más favorable” tras la entrada en vigor de la LO 10/2022 denominada “ la Ley del solo sí es sí” ; en seis meses ya existía un pronunciamiento judicial del TS marcando a priori la tendencia interpretativa de este principio general en relación a la nueva regulación, despojando así el iter a seguir en los diferentes procedimientos planteados al efecto, sin perjuicio de la valoración por parte de los juzgados o tribunales de las circunstancias particulares que pudieron concurrir en la comisión concreta de los hechos en la causa a enjuiciar.

En Derecho laboral existen cuestiones absolutamente jurídicas y repetidas que ni tan siquiera han de ser objeto de valoración posterior en atención a las circunstancias que pudieron concurrir, si no que es la interpretación de un texto jurídico lo que determina la

resolución del supuesto planteado, y aún así la Sala 4ª del TS tarda alrededor de 2-3 años en resolver este tipo de cuestiones, y si bien puedo entender que la duración de la pena de prisión pueda tener más urgencia, el análisis de recursos de casación a resolver por el TS y su urgencia, a mi humilde entender, es ajeno a una mirada a la Justicia célere y de eficacia procesal, a pesar de que existe un precepto en la LRJS que podría servir para atender a este fin.

La LRJS en su artículo 219.3 prevé dentro del recurso de casación ante el TS que el Ministerio Fiscal interponga el citado recurso “en interés de Ley”, entendiendo cuando se ejercita el mismo que las cuestiones planteadas son genéricas, de interpretación jurídica y tiene por objeto establecer la interpretación auténtica de la misma, a los efectos de que pueda ser objeto de aplicación unitaria por los diferentes Juzgados en todo el territorio nacional. ¿No sería lo lógico tramitar estos recursos con urgencia o preferencia? Lo contrario supone una dilación inexorable de los señalamientos.

Señalaré algunos ejemplos para poder entender la situación:

El TS el 2.3.2023 dictó sentencia 169/2023 respecto al derecho al disfrute y cobro de las prestaciones de paternidad en relación a las familias monoparentales, (casi dos millones de hogares en España) denegando el derecho al disfrute conjunto de ambos permisos cuando sólo existía una figura como progenitor.

La primera sentencia en Instancia se dicta por el Juzgado social 5 de Bilbao en los autos 1015/2019 en fecha 18.05.2020 a instancia de una demanda del sindicato ELA , sentencia que desestima la prestación, el TSJPV el 6.10.20 revoca la sentencia de instancia. El Ministerio Fiscal interpone el recurso de suplicación en interés de ley que se tramita bajo el número de recurso 3972/20 a finales del año 2020.

Existía una división clara de los diferentes TSJ respecto a la citada cuestión en este periodo de tiempo, siendo desestimadas o estimadas las pretensiones de las familias monoparentales según territorios, a pesar de ser una y la misma la cuestión jurídica, las madres de algunas CCAA las cobraban y las de otras no.

Desde el año 2020 hasta el año 2023 en mi Juzgado he podido resolver una centena de estas causas, lo que implica su tramitación, vista y resolución y siendo estimatoria la sentencia los problemas de ejecución provisional que de las mismas se derivaban en orden al disfrute del permiso, el abono de la prestación, su devolución o no (por su carácter periódico o de pago único).

Si estos números se extrapolan a los más de 350 Juzgados de lo Social existentes en España podemos pensar que desde la primera sentencia del TSJPV en noviembre de 2020 hasta la resolución del TS en marzo de 2023 , a una media de 50 causas por Juzgado, se han resuelto aproximadamente entre 15.000 a 17.500 causas con la misma pretensión.

¿ No hubiera sido más fácil que el TS tras analizar la cuestión eminentemente jurídica que se debatía hubiese dictado su sentencia de forma inmediata o en un plazo de seis meses tras la interposición por el Ministerio Fiscal del recurso de casación en interés de Ley? ¿Sabemos cuantos procedimientos se hubiera ahorrado a los tribunales de Instancia y cuanto hubieran adelantado el señalamiento de otros procedimientos en materia de seguridad social? Haciendo un cálculo hipotético, pero cercano a la realidad, si en mi Juzgado se señalan alrededor de 8-10 pleitos de Seguridad Social por semana, y tras 6 meses se hubiese resuelto el recurso, las prestaciones de seguridad social en mi Juzgado se hubieran adelantado alrededor de 8 semanas, es decir estaría fijando los señalamientos de seguridad social 2 meses antes al momento en el que se encuentren, y ello sólo con una resolución eficaz en un tiempo razonable por parte de la Sala 4ª del TS.

Pero éste no es sólo el único ejemplo; añadiré algunos más ¿quien no ha conocido la STJUE de 12.12.2019 en relación al complemento por maternidad de la pensión de jubilación regulado en el artículo 60.1 de la LGSS que entró en vigor el 1 de enero de 2016 por el nacimiento de dos o más hijos,? El TJUE estableció como discriminatorio el referido artículo al excluir a los hombres de su percepción. Desde el año 2020 el número de complementos solicitados por los hombres progenitores causantes de una pensión de jubilación o incapacidad entre los años 2016 a 2021(fecha de la modificación legislativa del artículo 60 de la LGSS) , ha sido ingente, siendo discrepantes las resoluciones de los TSJ sobre la fecha de efectos en orden a su concesión, el TS dicta su primera sentencia 163/22 de 17.2.2022 resolviendo la fecha de efectos.

En mi Juzgado se han podido celebrar aproximadamente 200 pleitos en ese periodo de dos años en relación a esta concreta materia que es de índole estrictamente jurídica. Tras la STS la seguridad social comienza a reconocer de oficio las prestaciones y desaparecen las demandas.

Si el TS hubiese resuelto en el plazo de 6 meses ¿cuantos procedimientos judiciales se hubiesen evitado a la Instancia? Pues siguiendo el razonamiento anterior en mi Juzgado se hubieran podido adelantar los señalamientos en materia de prestaciones entre 3 y 4 meses, utilizando esos señalamientos para resolver otras prestaciones como el reconocimiento de una incapacidad permanente, una RGI, el derecho a las prestaciones de desempleo, etc.

El TJUE en sentencia de 14.09.23 acaba de condenar a España a indemnizar los daños y perjuicios y las costas a los padres que hayan solicitado esta prestación por paternidad, ante el no reconocimiento automático de sus pretensiones tras la sentencia del 12.12.19.

Desde la publicación durante el estado de Alarma de los diferentes RD, tal vez por su celeridad, por su ambigüedad o por lo desconocido de la situación y la necesaria regulación de urgencia se han suscitado diversas cuestiones de índole estrictamente jurídica que han generado procedimientos con consecuencias trascendentes para las empresas y su personal.

¿Quién no recuerda la polémica respecto al carácter nulo de los despidos efectuados en periodo de pandemia tras la entrada en vigor del artículo 2 del RD Ley 9/2020? La STS 841/2022 de 19 de octubre se inclinó por el carácter improcedente de estos despidos, es decir tardó más de dos años desde el fin del estado de alarma en junio de 2020 en resolver respecto a una cuestión eminentemente jurídica como era la calificación de los despidos, con las importantes consecuencias que conllevaron las nulidades declaradas por algunos órganos jurisdiccionales y la existencia de numerosas demandas donde, reconocida la improcedencia por la mercantil, se solicitaba la nulidad por aplicación directa del citado artículo 2 del RD. Demandas que incrementaban el número de procedimientos por despido en todos los juzgados.

Durante la pandemia igualmente se generó un debate, aun no resuelto, 3 años después, respecto a las prestaciones de desempleo de las personas que fueron objeto de despido, tras los ERTE (y el cobro de prestaciones en el periodo del mismo) en orden a determinar si el paréntesis de estos periodos de ERTE debían de entenderse como cotizados, o no, a efectos de generar un nuevo periodo de desempleo, existiendo sentencias diversas, desde el pronunciamiento del TSJPV de 13.4.2021 que no descuenta los ERTE ,hasta los propios de otras CCAA, STSJ de Aragón de 23.5.2022 o de Madrid de 26.5.2022 que siguen un criterio diferente respecto a la interpretación del mismo articulado. Ello implica que personas en situación legal de desempleo en unas CCAA tengan derecho a prestaciones por más periodo de tiempo que en otras CCAA, no existiendo diferencia alguna en los supuestos de hecho. El TS aún, desde 2021 no ha resuelto esta cuestión.

¿De verdad desde el final del fin de restricciones del estado de alarma hasta finales de 2023 no ha habido tiempo para resolver esta cuestión estrictamente jurídica, que está generando una desigualdad en el tiempo de cobro de las prestaciones de desempleo en los diferentes territorios de España, cuando afecta a una cuestión tan sensible como es la renta de subsistencia?

Pero continúan los supuestos; en todos los Juzgados actualmente se suscita la cuestión sobre el carácter nulo de los despidos de personas trabajadoras que se encuentran en situaciones de IT tras la publicación de la LO 15/22 y la interpretación de su articulado, en concreto los artículos 2, 26 ,27 y 30. ¿ Cuanto creemos que va a tardar el TS en dar un criterio al respecto mientras los Juzgados de Instancia se llenan de demandas de nulidad de los despidos por esta causa con las consecuencias que conlleva la declaración de nulidad?

La solución a todo ello era fácil, la tramitación urgente y precedente de este tipo de conflictos por la vía del artículo 219.3 de la LRJS . Parece ser que la reforma introducida por el RDL 5/2023 en su artículo 225bis ya ha venido a regular una tramitación urgente en estos casos, como apunta el Ilustre ExMagistrado del TS Fernando Salinas en el último trabajo que ha publicado con el nuevo art. 225.bis se pretende instaurar un instrumento similar al mecanismo del procedimiento testigo para dar respuesta a la problemática que supone la presentación de un gran número de recursos de casación, en los que se plantea una cuestión jurídica sustancialmente idéntica que presenta contenido casacional, cuando no existe todavía ningún pronunciamiento de fondo del Tribunal Supremo sobre este problema y diseñado en forma análoga a la efectuada para el recurso de casación contencioso administrativo (art. 94 LRJCA).

A mi modo de ver, y visualizando sus ventajas, esta regulación tiene un fallo, ¿Cual es? El Proyecto de Ley de eficacia procesal previó el juicio testigo en el art. 86 bis, aplicable cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de procesos con idéntico objeto y misma parte demandada, en cuyo caso el órgano jurisdiccional, siempre que “no fueran susceptibles de acumulación” debería tramitar preceptivamente uno o varios con carácter preferente, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros y una vez firme dicha sentencia se concede a las partes la posibilidad de reanudar el pleito, de desistir del mismo, o de acudir a una vía rápida de extensión de efectos, (posibilidad de acceso al recurso de suplicación de la sentencia de instancia que fuera susceptible de extensión de efectos que supone que los efectos de una resolución judicial firme puedan extenderse a otras personas que no han iniciado un procedimiento judicial, siempre que se encuentren en una situación jurídica individualizada con identidad sustancial a la reconocida por sentencia firme) (art. 86 bis, 191.3.b y 247 ter LRJS).

Pero esta previsión no ha entrado en vigor y ese “juicio testigo” y esa extensión de efectos no se ha regulado en la Instancia como estaba previsto por el Proyecto de Ley, debiendo haber abordado esta regulación el RD 5/23 para garantizar la celeridad en la tramitación y la igualdad en las resoluciones también en la instancia, con el ahorro de esfuerzo y de tiempo que hubiera supuesto.

5. SEGUNDA PROPUESTA: LA ACUMULACION DE PROCEDIMIENTOS Y SU SUSPENSIÓN

La LRJS en su exposición de motivos señala la necesidad de agilizar la tramitación procesal y de adelantar la resolución del conflicto, estableciendo una serie de normas de

acumulación en los artículos 25 y siguientes con el fin de que una persona pueda demandar las diferentes pretensiones que tenga frente al demandado en un solo procedimiento, lo que debería conllevar una acumulación efectiva de procedimientos, que normalmente no concurre, bien porque las pretensiones se ejercitan separadamente por la parte actora y el juzgado desconoce la existencia del resto de pretensiones de la parte, bien porque solicitada la acumulación los Juzgados pretendemos una identidad entre las pretensiones para acceder a la acumulación, lo que la LRJS no exige, manteniendo así la pluralidad de procedimientos, señalamientos y sentencias que podían haberse resuelto en un único proceso.

La LRJS comete, además, a mi modo de entender, en el artículo 26 relativo a la acumulación de procedimientos dos errores, el primero en el apartado tercero relativo a la acumulación al procedimiento de despido de las cantidades adeudadas, porque el precepto no se refiere a todas ellas, si no tan sólo a las estrictamente consideradas como finiquito en virtud del artículo 49 del ET, lo que determina que cuestiones que no sean tales, como por ejemplo el devengo de horas extraordinarias no pacíficas, o el devengo de un determinado plus no reconocido, conlleven la obligación a la persona trabajadora de interponer una nueva demanda, aunque para el cálculo del salario regulador del procedimiento de despido se haya de resolver necesariamente sobre el citado plus o sobre la realización ordinaria y la cuantía de las horas extraordinarias reclamadas. Siendo normalmente la demanda de cantidad posterior una mera reiteración de lo resuelto en el procedimiento de despido, duplicando nuevamente la litigiosidad.

En segundo lugar el artículo 26.1 de la LRJS, en su interpretación literal puede dar lugar a impedir la acumulación de procedimientos de la misma categoría, al establecer: “no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción, las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación, las de movilidad geográfica, las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139, las de impugnación de convenios colectivos, las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.” Ello impide la acumulación de dos procedimientos de despido de dos personas diferentes basadas en la misma causa, lo que es muy habitual en supuestos de despidos por causas objetivas, incluso despidos colectivos, donde el análisis de las causas es el único elemento a determinar e idéntica la carta de despido a valorar, obligando a la representación letrada de las personas trabajadoras, muchas veces de índole sindical, a interponer una demanda por cada una de esas personas a las que representan, siendo único y el mismo el objeto de debate.

¿Cuánta duplicidad de pronunciamientos generan estas imposibilidades de acumulación? ¿no deberíamos ser más proclives a buscar una Justicia rápida y eficaz garantizando la unificación de este tipo de causas? Si lo hiciésemos parte del trabajo de los Juzgados se ahorraría, está en mano de los diferentes operadores jurídicos conseguirlo.

Deberíamos tratar seguidamente de las suspensiones injustificadas. Como se sabe, el artículo 83 de la LRJS establece la posibilidad de las partes de suspender una vez el juicio, con acuerdo de ambas, sin que exista causa justificada para ello.

Cuando esto ocurre a en la mayoría de los casos las partes manifiestan que la suspensión se debe a que “están en vías de alcanzar un acuerdo”. Los señalamientos en los Juzgados , por desgracia y , entre otras cosas, por las causas que he analizado en los

apartados primero y segundo de esta comunicación, no se fijan en un mes o en un tiempo cercano(salvo las urgentes o preferentes), por lo que las partes tienen tiempo suficiente para tratar de conciliar o acordar el procedimiento, si fuesen diligentes y les importase el buen funcionamiento de la Administración de justicia o fuesen conscientes de que señalar de nuevo su causa, por una suspensión voluntaria, implica que otra persona tenga que ver pospuesta o dilatado el señalamiento de la suya, buscarían negociar el procedimiento en el tiempo que media desde la admisión a trámite hasta el día de la vista o celebrar el mismo el primer día en el que se les ha señalado.

Pero como ello no ocurre y las causas se suspenden en ocasiones (también en otras por un funcionamiento inadecuado de los Juzgados o por una petición de prueba en el último momento) por decisión de ambas partes sin justificación, mi propuesta sería eliminar de la Ley esa potestad que el artículo 83 de la LRJS ofrece a las mismas, debiendo ser justificada en todo caso la suspensión solicitada. De hecho tras la pandemia y teniendo por objeto agilizar las agendas, cuando las partes pretendían hacer uso de esta facultad se les comunicaba que la vista, suspendida de mutuo acuerdo, iba a señalarse la semana siguiente, y en la mayoría de los casos o alcanzaban el acuerdo de forma inmediata ese día o celebraban la vista, lo que atestiguó el uso inadecuado de esta facultad en la mayoría de las ocasiones.

6. TERCERA PROPUESTA: LAS “MASC” COMO SOLUCION EQUITATIVA A LOS RETRASOS EN LOS SEÑALAMIENTOS

Me queda apuntar como tercera opción para coadyuvar a solventar el retraso en los juzgados, una vía externa a la actualmente regulada en la LRJS, que a su vez permitirá incorporar otras formas de resolución con intervención de las partes y de profesionales ajenos a la función jurisdiccional propiamente dicha. La pregunta que debemos hacernos es si otros modos de resolver los conflictos son factibles en la Jurisdicción social y si son, o pudieran ser, una alternativa al retraso en la respuesta judicial.

Tradicionalmente en la jurisdicción laboral se ha partido de un presupuesto: la desigualdad de las partes- empresario vs trabajador- en la relación laboral, que el TC vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. La necesidad de que ambas partes concurren al proceso en régimen de igualdad, con igualdad de armas y medios procesales y con posibilidad de contradicción, constituye una garantía que integra el propio art. 24 C.E., en cuanto que, interpretado a la luz del art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del art. 14 del Pacto de Nueva York, del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del propio art. 14 C.E., reconoce el derecho a un proceso informado por el principio de igualdad entre las partes (SSTC 4/1982, 114/1989, 180/1991, entre otras). El legislador también busca esta igualdad haciendo referencia a la necesidad de ese “equilibrio procesal” en el artículo 75 del texto articulado de la LPL (RDL 521/1990). Esta proyección de la lógica sustantiva de la relación laboral a la procesal habría determinado que, con carácter general, no se hayan planteado legislativamente las MASC en el ámbito de las relaciones de trabajo, añadiéndose el principio de indisponibilidad de derechos ex art. 3.5 ET. En consecuencia, parecería un obstáculo a su desarrollo la inexistencia de la llamada “igualdad de armas” por la teórica posición de fuerza o jerarquía de la figura empresarial frente a su plantilla unido a la intangibilidad de los derechos no disponibles conforme al Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo en la realidad práctica de los Juzgados de lo Social son muchas las conciliaciones y acuerdos que se alcanzan entre las partes en el intento previo de

conciliación ante los LAJ que dictan los correspondientes Decretos de avenencia , y son muchos los Autos de homologación de acuerdos dictados por los diferentes Tribunales de lo Social, amparando así soluciones paccionadas por las partes respecto a los litigios que penden en nuestros Juzgados; por lo que los acuerdos, los pactos y las soluciones alternativas de conflictos laborales son realidades jurídicas no ajenas a la conflictividad laboral que, sin embargo, la LRJS no se atreve a regular con carácter de generalidad una vez interpuesta la demanda.

La LRJS exige en su artículo 63 como requisito de procedibilidad la conciliación previa, debiendo las partes presentar ese intento de conciliación, (salvo las materias en las que se encuentre excepcionado), en orden a interponer la demanda judicial. Podemos convenir en que es un acto exigido legalmente como requisito previo a la presentación de la demanda y no un acto voluntario de los interesados en orden a alcanzar una salida negociada y consensuada del conflicto latente, que muchas veces se desarrolla sin presencia de las partes, sin su citación efectiva o sin una intención clara de desarrollar una solución alternativa.

¿Y dado que se trata de un mero requisito de procedibilidad no sería posible que el mismo quedase limitado a ciertas materias donde sea posible ejercitar una verdadera mediación o acuerdo conciliatorio ó donde los efectos de la conciliación administrativa se extienden a otros ámbitos? (como el tratamiento fiscal de las indemnizaciones conciliadas en vía administrativa en los despidos). Ello supondría excluir la conciliación como mero acto formal en otras muchas reclamaciones, como por ejemplo la reclamación del devengo de un determinado plus, o el reconocimiento de una antigüedad; piénsese que en el ámbito laboral ya existe una conciliación previa ante l@s LAJ que permite la posibilidad de acuerdos en estas materias y que , de alcanzarse, excluirá la necesidad de vista oral.

Y junto a este carácter más excepcional de exigencia de la conciliación previa, curiosamente yo lo haría exigible en gran parte de las materias que el artículo 64 de la LRJS no exige el acto de conciliación previa porque éstas, en la práctica, son susceptibles de mayores posibilidades de mediación o de solución alternativa más satisfactoria para las partes , que otras muchas en las que actualmente el acto conciliatorio es exigible.

Piénsese, por ejemplo, en supuestos como las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, reducciones de jornada, vacaciones o adaptaciones de jornada, materias donde se excluye el acto de conciliación actualmente, pero que son un campo germinado de posibilidades de mediación y de solución alternativa de conflictos, con una participación de las partes que permita el acercamiento de posturas y la resolución real del conflicto planteado, como la experiencia piloto de mediación intrajudicial que se puso en marcha, tuvo a bien atestiguar.

De hecho esta posibilidad, aunque ajena al proceso judicial, ya se atisba en el actual artículo 64.3 de la LRJS (verdadera novedad legislativa) estableciendo efectos suspensivos a la prescripción o caducidad del procedimiento cuando las partes optan por intentar alcanzar un acuerdo en un proceso conciliatorio previo, a pesar de que el mismo no sea exigible por estar expresamente excluido en el primer apartado del propio artículo 64 de la LRJS, pero esta posibilidad de MASC la regula la LRJS fuera del procedimiento judicial.

¿Por qué no establecer una solución alternativa del conflicto regulada como opción en la LRJS? Mi propuesta es la regulación en la Ley procesal de la mediación o arbitraje intrajudicial y si fuera así, el artículo 63 de la LRJS debería de excluir la conciliación previa como mero requisito formal de procedibilidad señalando, por el contrario, la necesidad de una mediación real y previa, no un mero acto formal, ante un profesional

mediador cualificado en el derecho laboral, pudiendo las partes renunciar a esta forma alternativa de resolución si no están dispuestas a mediar tras la primera citación ante el servicio de mediación, pero creando una cultura en los profesionales de asesorar a sus representados para asistir a esta mediación como verdadero servicio profesional y público para la resolución de conflictos.

Ello necesariamente abocaría a un cambio de los servicios de mediación de las CCAA para atender a esa labor mediadora real que la Ley les atribuye y que ahora, de forma generalizada, no se atiende debidamente, seguramente por la ingente cantidad de reclamaciones derivadas a este trámite administrativo previo, en orden a cumplimentar el requisito formal de procedibilidad, que descenderían de no ser preceptivo.

Entiendo que la mediación debe aportar un plus de mejora a ese requisito de conciliación, con mayor intervención de las partes en conflicto, por lo que debe de existir una diferenciación clara entre la conciliación y la mediación, y sólo en el caso de que el SMAC se reconvirtiera en un verdadero órgano de mediación y sólo interviniendo en limitadas materias se podría alcanzar una solución alternativa al conflicto que ofrezca garantías, y sea efectiva y real.

El Proyecto de Ley de Eficacia procesal regulaba las posibilidades de las MASC en las diversas jurisdicciones, fundamentalmente en la jurisdicción civil y mercantil, con un catalogo amplio de posibilidades de MASC que favorecía la libre elección de las partes, estableciendo que el acuerdo por alguno de estas MASC tendría la misma validez que una resolución judicial, pudiendo ser homologado judicialmente o elevado a escritura pública para que tuviese el valor de título ejecutivo, con alternativas concretas y precisas para adecuar las diferentes medidas de solución alternativa de conflictos. Curiosamente, y en un fallo a mi juicio de oportunidad legislativa, no lo regula así en relación a la Jurisdicción social, donde guarda silencio manteniendo la redacción establecida en el artículo 63 de la LRJS que, como ya he declarado, a mi entender, es manifiestamente mejorable. Bien pudo la Ley de Eficacia Procesal incorporar en el ámbito laboral, al igual que lo hace en el civil, sistemas de resolución previa y alternativa al conflicto con intervención de las partes implicadas que, en gran parte de supuestos, presentan una auténtica igualdad de armas gracias a la importante acción sindical en las empresas.

El Magistrado del TS Fernando Salinas comparte conmigo en sus diversas intervenciones relacionadas con el proyecto de Ley (jornadas de 11 y 12 de mayo de 2023 en colaboración con CCOO) la crítica a este olvido del legislador y a la pérdida de oportunidad de regular una verdadera alternativa de solución de la conflictividad en la jurisdicción social.

Precisamente por creer en esta posibilidad de solución alternativa al conflicto, como una forma alternativa dentro de la Administración de Justicia, pero con la participación efectiva de las partes como motor de esa solución, instauré ya en el 2010 la primera experiencia piloto a nivel nacional de mediación intrajudicial en mi Juzgado de lo social 3 de Bilbao.

El plan piloto supuso una oportunidad de conseguir la pacificación de las relaciones laborales con la colaboración directa de los propios implicados, pacificación claramente necesaria en aquel momento posterior a la crisis financiera de 2008, momento que, como el actual, (con las secuelas recientes de la pandemia y las fricciones de la escalada de precios derivadas de la guerra de Ucrania), hacían difícil mantener un equilibrio en el mercado laboral.

Y opté entre las diferentes MASC por la mediación porque personalmente creo en la madurez de una sociedad democrática. En una sociedad que propugna la coparticipación en las diferentes áreas de vida, donde la integración del individuo en el grupo, y viceversa, es enriquecedor y las personas trabajadoras debieran ser tenidas en cuenta como aportación en las Organizaciones, lógico es pensar igualmente que las mismas puedan ser partícipes en la solución de los conflictos que se generan en su ámbito laboral.

Existen determinados conflictos individuales en los que es mucho más enriquecedor y contribuye en mayor medida a resolver el problema subyacente en una Organización, optar por un medio alternativo de resolución de conflictos, dicho medio puede ser la mediación como trataré de explicar, que permite a las partes retomar el protagonismo en la forma de resolver sus propios conflictos, porque es evidente que nadie mejor que las partes conocen y saben la forma más efectiva de resolver la contraposición de sus intereses.

Hay que advertir que la mediación intrajudicial en la que se basó el Plan piloto que instauré ,no es tanto una alternativa al proceso, como una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia que implica el que se trabaje para que, aún dentro de un proceso contencioso con una demanda judicial ya presentada , se dé la oportunidad a las partes, a través de la mediación, de llegar a una solución consensuada por ellos con la ayuda de un tercero, o al menos en la misma se reduzcan las materias en discordia o sirva para pacificar el conflicto denunciado.

El objetivo del acuerdo no es por tanto el único a conseguir. En el juzgado a veces es suficiente con que el enconamiento disminuya y la comunicación entre las partes mejore, teniendo como objetivo claro lograr no sólo la resolución jurídica de la controversia, si no la solución real del problema, lo que a la larga evitará la aparición de nuevos conflictos o la escalada o agravación de los ya existentes.

Lo deseable sería establecer una regulación procesal que permita, a las partes y al órgano jurisdiccional, redirigir el conflicto a una forma alternativa de resolución, no como forma de evitar la actuación jurisdiccional, siempre abierta por mor del derecho a la tutela judicial efectiva prevista artículo 25 de la CE, si no como una forma diferente de afrontar la resolución de controversias en un ámbito, el laboral, dotado de continuidad y de continuada interacción social entre las partes.

No siempre una sentencia, aunque acierte, resuelve el conflicto, sino que establece una solución judicial a una cuestión jurídica y fáctica sometida a la jurisdicción, incluso, a veces, puede ocasionar el mantenimiento o la escalada del conflicto, al empoderar a una de las partes del proceso frente a la otra; partes inexorablemente obligadas a relacionarse durante la prestación de los servicios laborales y que se pueden ver avocadas a la salida posterior, desbordadas por la escalada de la confrontación.

Hay que advertir que esta mediación intrajudicial no sería una alternativa al proceso, como se regula en el artículo 64.3 de la LRJS, ni al margen del mismo, si no una nueva forma de actuación en los Tribunales de Justicia que implique, aún dentro de un proceso contencioso, la oportunidad de llegar a una solución consensuada y, de no alcanzarse, la posibilidad de una vista judicial y la correspondiente sentencia.

Por lo tanto su regulación debería de incardinarse, en el Texto Procesal, a partir del artículo 81 y siguientes de la LRJS, una vez se haya procedido a la interposición de la demanda y se verifique el cumplimiento de los requisitos por parte de l@s LAJ, momento a valorar para la derivación de la demanda a mediación, estableciendo la necesidad de un juicio de racionalidad por parte de los responsables del Órgano Judicial en orden a verificar si la materia, por sus circunstancias, es susceptible o no de derivarse a mediación.

Respecto a la relación de materias, sería apropiado, que fuese el legislador el que estableciese una lista indicativa abierta y no preceptiva, y además l@s Magistrad@, o l@s LAJ validasen si, en el caso concreto, entienden que la materia puede ser susceptible de mediar o, por el contrario, si concurren otras circunstancias que le hagan entender que, a pesar de ser una de las materias legalmente susceptibles de derivarse a mediación, el acuerdo no será viable o excluirla, por ejemplo, cuando las partes antes del proceso ya intentaron alguna solución alternativa que no fructificó, ó cuando existiese un pronunciamiento judicial previo que les vincula, una pluralidad de afectados o la pretensión es meramente rescisoria o indemnizatoria, discutiéndose tan sólo la cuantía, o cuando se trae de una mera interpretación jurídica (siendo estas demandas más susceptibles de conciliación o negociación que de verdadera mediación).

La regulación también debería posibilitar el acceso a la mediación intrajudicial a solicitud de una de las partes intervinientes, (no con carácter previo al proceso ya regulado por el artículo 64.3 de la LRJS) si no una vez interpuesta la demanda y atendiendo a las justificaciones que pudieran dar las partes, el órgano judicial podría entonces acordarla para esa demanda concreta y derivar al órgano encargado de la mediación, su estudio y la citación de las partes para efectuar la misma.

El iter que propongo, y que ya llevé a efecto en su día en el Proyecto piloto de Mediación instaurado en 2010 supone que el órgano judicial será el encargado de clasificar las demandas “mediables” y se pondrá en contacto con el servicio encargado de la mediación solicitando día y hora para llevar a cabo la mediación, en el mismo Auto de admisión de prueba o en el mismo Decreto de admisión de la demanda, se señalará la derivación del procedimiento, invitando a las partes a acudir a la mediación, con fijación, en cualquier caso, de día de juicio, debiendo de practicarse la mediación en el plazo correspondiente entre citación y día de juicio, evitando así las demoras y garantizando un trato igualitario entre los procedimientos derivados a mediación y los no derivados a ese servicio.

Las partes tendrán la posibilidad de decidir voluntariamente si acuden a las sesiones de mediación, tras su desarrollo podrán finalizar las mismas sin avenencia o con avenencia, en el primer caso las partes no avenidas concurrirán el día de la vista celebrándose el juicio; en el segundo caso el acuerdo se reflejará en un documento que remitirá el órgano mediador al órgano judicial y que se convalidará por medio de Auto ó Decreto, resolución que convertirá el acuerdo en ejecutivo y finalizará el procedimiento.

Cabe la posibilidad de que se alcance acuerdo en parte de las pretensiones ejercitadas en demanda, en cuyo caso el referido acuerdo sería objeto de Auto de homologación, continuando el procedimiento y dictándose sentencia sólo respecto aquellas pretensiones en las que no se hubiera alcanzado la solución pretendida en mediación.

Introducir la mediación intrajudicial en la LRJS en la forma expuesta en este artículo respondería al reto lanzado por la Directiva 2008/52 CE del Parlamento europeo. Este sistema permitiría una justicia agilizada y cooperaría a descargar la carga de los Juzgados de lo Social, especialmente saturados hoy por todas las causas que he venido enunciando en esta comunicación.

Como prueba de la posibilidad de que esta mediación intrajudicial tenga efecto en la reducción de la pendencia de los juzgados de lo Social, lanzo algunos datos de la primera experiencia piloto, que en el periodo de arranque, desde el 12.4.10 al 20.12.10, supusieron 43 derivaciones a mediación, siendo los resultados los siguientes:

- En 16 asuntos derivados una de las partes no acudió al servicio de mediación, en el 50% de los casos por desconocer la derivación, al no haber prestado las partes atención al auto judicial que hacia la derivación. La posterior concienciación de los operadores resultó esencial en esta etapa.
- En 3 casos se desistió del procedimiento con carácter previo a la fecha señalada para comenzar la mediación.
- En 2 de los casos, habiendo acudido las partes al servicio de mediación, manifiestan su voluntad de no querer participar.
- De los 22 restantes existieron 12 acuerdos de mediación homologados judicialmente que finalizaron el procedimiento y en 10 de los supuestos no se alcanzó acuerdo y se celebró el juicio, aunque en muchos casos con mayor pacificación de los hechos controvertidos a la situación previa a la derivación a mediación.

Es decir, y como conclusión, de las derivaciones efectivas, un total de 27 demandas, 13 asuntos no necesitaron del ulterior proceso judicial, liberando así al Órgano Judicial de casi un 50% de los juicios correspondientes a los asuntos derivados.

En esta experiencia piloto uno de los problemas que se me planteó fue encontrar personas preparadas como mediadores en conflictos laborales, pensad que en 2010 la mediación no era si no una aspiración lejana, pero me fue difícil, salvo acudiendo a los mediadores laborales de los conflictos colectivos, optar por profesionales con preparación en mediación y en derecho laboral.

Y dado que me encuentro en las Jornadas Universitarias Andaluzas y que en mi quehacer diario trato de compatibilizar mi actividad jurisdiccional con la docente, me encantaría lanzar un reto al mundo universitario. Lo concreto así: ¿no debería la Universidad desarrollar, en sus titulaciones de ámbito jurídico las competencias necesarias para ejercer la mediación, también intrajudicial, como un sistema alternativo generalizado y eficaz en la resolución de los conflictos laborales, a fin de cooperar para corregir el inasumible retraso en los Juzgados?

A mi juicio, una cierta modernización de las enseñanzas universitarias jurídicas puede ser una magnífica vía para instaurar soluciones reales a los crecientes conflictos de la vida diaria, en todos sus órdenes, desde luego también y muy destacadamente en el social, colaborando así con un funcionamiento no solo efectivo sino eficaz de la Administración de Justicia.

7. CONCLUSIONES

Todos los planteamientos precedentes han tenido como presupuesto la constatación de un retraso en los Juzgados de carácter estructural. Cada específica situación negativa que incide en la Administración de Justicia, imprevisible (pandemia), singular (sucesión de “huelgas” de los diferentes colectivos, de forma secuencial y casi sin solución de continuidad), e incluso previsible (creciente complejidad social y laboral, que incrementa los litigios) no hacen sino agravar un déficit de funcionamiento que viene de largo. Sí, también la anomalía constitucional de la no renovación del CGPJ incide significativamente. Pero sería “desviar el foco” creer que cualquiera de esas causas, por sí mismas, están en la raíz del problema de fondo. El problema es muy superior a la suma de todos los factores, constantes, que lo hacen más grande por momentos.

Ante ese carácter estructural, sistémico, y ante la elevada cantidad de factores incidentes, ha debido quedar claro también, en nuestro análisis, la evidencia de que “la paleta de soluciones” debería ser múltiple y variada, abordadas desde diversos flancos. El primero, que exista -lógicamente-, una disposición (voluntad) política para hacer una dotación presupuestaria suficiente a la partida de Justicia para crear el número necesario de Juzgados en el ámbito laboral a nivel estatal. No hay duda al respecto de su necesidad, también de su utilidad, porque facilitaría la resolución de los conflictos en un plazo razonable acorde con el devenir empresarial y las necesidades de las personas trabajadoras- En mi opinión el hito deseable sería un máximo de seis meses para las materias ordinarias y entre un mes y tres para las preferentes o urgentes según su objeto.

Pero, como advertí en el momento introductorio de esta ponencia, el incremento del presupuesto es una condición necesaria, pero ni resulta suficiente, ni puede entenderse que sin ella no se pueda avanzar en la solución del problema. Desde esta perspectiva más cualitativa, en segundo lugar, entiendo que recae sobre los diferentes operadores jurídicos un deber de impulso conforme a criterios de eficiencia y celeridad, conscientes de que el sistema judicial es un servicio público al que hay que dotar de la máxima solidaridad y efectividad para que sea resolutivo, evitando la dilación de los procedimientos y la duplicidad de los mismos, potenciando con ello la agilidad en la Jurisdicción.

Por último, considero necesario establecer una relación de confianza franca con otra forma de administrar soluciones a los conflictos, apostando el legislador dentro de la regulación procesal por las medidas alternativas de solución en sus diversas modalidades; (arbitraje, mediación), que permitan a las partes resolver sus pretensiones siendo protagonistas de su propia solución, generando respuestas más aceptadas y, en ocasiones, más eficaces. Respuestas que, además, como sistema intrajudicial, en cooperación con la administración de Justicia, ayudarán a reducir las controversias en los Juzgados y Tribunales, disminuyendo con ello los tiempos de respuesta.

**CRÍTICAS A LAS INSUFICIENCIAS E INCOHERENCIAS DEL AMBIGUO
DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA: OTRO SIGNO MÁS DEL
FRACASO DEL GARANTISMO CONSTITUCIONAL**

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO*

Profesor Ayudante Doctor

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga. España

carlomatt@uma.es

ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-0263-650X>

SUMARIO:

1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL PARA TODOS LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS EN LA NUESTRA CARTA MAGNA. PARTICULARIDADES
2. PODER CONSTITUYENTE Y LA HERENCIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SIN DESARROLLO NORMATIVO
3. CRÍTICAS A LA TERMINOLOGÍA DEL ART. 28.2
4. LOS LÍMITES AL DERECHO DE HUELGA
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFIA

*Agradecimientos a la Universidad de Málaga.

RESUMEN

Una de las carencias que contribuyen al fracaso del garantismo que promueve nuestra Carta Magna para los trabajadores reside en mantener inalterado el recurso de utilizar preceptos normativos dotados de expresiones marcadas por la ambigüedad, una técnica limitante que se utilizó para evitar inestabilidad política de la época.

El ejemplo más paradigmático viene dado tras la interpretación sistemática del derecho de Huelga del artículo 28.2 de la Constitución Española, un precepto que entra en relación íntima con los arts. 7 y en especial con el art. 28 .1 CE, pues la Huelga forma este parte inherente del contenido esencial de la libertad sindical.

Cada vez que la Norma fundamental alude al concepto general de “trabajadores” incluye dentro de su ámbito subjetivo y por la lógica de su significado a los “empleados públicos” y por ende a los “funcionarios públicos” los cuales están sometidos en sus relaciones individuales de trabajo a un estatuto jurídico diferenciado y regulador de Derecho público.

Esta generalidad del constituyente conlleva a que dentro de la redacción del art.28. 2 existan exclusiones no resueltas en nuestro ordenamiento pues ya que, si trabajadores y por tanto los funcionarios tienen reconocido el citado derecho de libertad sindical, sin duda estos tienen también reconocido su derecho de huelga (al ser éste parte éste del contenido del derecho de libertad sindical) y debiendo ser protegidos y garantizados en por el art 53.2 CE.

El marco normativo vigente es manifiestamente insuficiente e incoherente en muchos aspectos con el modelo normativo abierto garantizado ex artículo 28.2 de la Constitución¹.

1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL PARA TODOS LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS EN LA NUESTRA CARTA MAGNA. PARTICULARIDADES

Nuestro ordenamiento jurídico, y en especial, nuestra Carta Magna, reconocen el derecho de huelga a través del artículo 28.2² Esta, como es sabido, es uno de los pocos derechos laborales que se encuentra reconocido en la sección 1.^a («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas») del capítulo II del Título I («De los derechos y deberes fundamentales») y como tal, está enraizada en los principios del Estado social y democrático de Derecho, particularmente en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución española.

La huelga es la medida de autotutela básica de los trabajadores³, consistente en la perturbación del proceso productivo del empresario para el que se presta el trabajo⁴ a través

¹ Monereo Pérez, J. L. (2021). El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(2), 28-97. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5927>

² Conforme al art. 28.2 CE, «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», añadiendo como límite constitucional externo que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

³ Álvarez de la Rosa, M y Palomeque López, C.M.; *Derecho del trabajo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Colección Ceura, Última edición. Madrid 2003. P. 586

⁴ La STC 11/1981 es sumamente clara a este respecto, y marca la recta interpretación del art. 28.2 CE: el derecho de huelga “se atribuye a las personas que prestan a favor de otros un trabajo retribuido cuando tal derecho se ejercita frente a los patronos o empresarios para renegociar con ellos los contratos de trabajo...”; no integran el concepto constitucional de huelga las acciones realizadas “con el fin de presionar sobre la Administración Pública o sobre los órganos del Estado para conseguir que se adopten medidas gubernativas o que se introduzca una nueva normativa para los intereses de una categoría”.

de la realización de diversos comportamientos posibles y principalmente de la abstención o cesación del trabajo decidido de forma concertada y ejercicios colectivamente por los la parte más débil de la relación laboral para la defensa de sus intereses⁵.

Esta es una de las razones por la que le ha sido otorgada el máximo rango en la jerarquización interna de los derechos constitucionales como derecho constitucional fundamental, gozando del nivel máximo de garantías jurídicas que a un derecho constitucional pueda conferirse (artículos 53, 81 y 168 de la CE). Conforme al art. 28.2 CE, «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses», añadiendo como límite constitucional externo que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

El artículo 28.2 de nuestra Carta Magna posee una formulación normativa de la que se desprenden ciertamente los elementos básicos que son calificados en el sistema constitucional español como de huelga-derecho. Este Derecho laboral, se configura como un derecho subjetivo que supone ante todo de un marco de libertad basado en determinadas medidas de presión o contrapeso⁶ de la parte débil o subordinada, es decir, los trabajadores frente a los empresarios.

2. PODER CONSTITUYENTE Y LA HERENCIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SIN DESARROLLO NORMATIVO

La huelga es un derecho constitucional de los trabajadores y como tal es merecedor de la más alta expresión en nuestra Constitución (cual piedra angular del ordenamiento jurídico del Estado).

Después de muchas vicisitudes, este logro de ser proclamado en nuestra Carta Magna es fruto del esfuerzo histórico de incorporar dicho derecho al cuadro de los derechos subjetivos en línea con la previa sanción de determinados valores.

El actual precepto del 28.2. es una consecuencia precisa de al menos una triple conquista de carácter político jurídico por parte del legislador constituyente que ha descansado en tres pilares, el primero, la cláusula del Estado social y democrático de derecho, reconocida en el artículo 1.1, la segunda consistente en el papel institucional y de carácter sociopolítico conferido a los sindicatos de trabajadores pues contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. (Artículo 7), y el tercer pilar, basado en considerar con todo ello precisamente a la huelga

⁵ El Tribunal Constitucional, ha aceptado que la huelga es una perturbación que se producen el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular, en el proceso de producción de bienes y servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, que puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas. O en general, en las condiciones de trabajo y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos. STC11/1981.

⁶ En esta línea, el TC ha señalado que la huelga es un contrapeso que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia o subordinación establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas; en definitiva, tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual (STC de 8 de abril de 1981, f. 22). Se le vincula teleológicamente “con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas” (art. 9.2 de la CE)” (STC 11/1981, f. 9). Véase en un enfoque de conjunto, MATÍA, J., SALA, T., VALDÉS, F. y VIDA, J.: Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos, Madrid, Civitas, 1982; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núms. 27-28 (1993); MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga (Artículo 28.2 CE)”, en AA. VV.: Comentario a la Constitución Socio- Económica de España, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002; MONEREO PÉREZ, J. L.: “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.) et al: El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez, Murcia, Laborum, 2008.

como un Derecho constitucional fundamental de los trabajadores que reconocido dentro de la sección de los derechos fundamentales y libertades públicas. Recibiendo, por tanto, el cuadro reforzado de protección constitucional previsto por el artículo 53.2 de la Constitución.

2.1 La falta de desarrollo normativo

La falta del desarrollo normativo del derecho de huelga es una cuestión que ha quedado sujeta a un verdadero e incierto debate tradicional, pues son diferentes las opiniones que se han suscitado en torno a la regulación legislativa del derecho de huelga en nuestro sistema de relaciones laborales el cual se había suscitado por lo común en términos inconvenientemente simples y esquemáticos, y habiendo girado cómo señalan Palomeque López y Álvarez de la Rosa, los módulos de contraposición en torno a la formulación ley de huelga, sí versus ley de huelga no.

A tenor de lo expresado, tradicionalmente el ordenamiento jurídico desde una época preconstitucional ya contaba con el decreto 17/ 1977, que a fin de cuentas era considerado como una ley de huelga, y cuya adecuación a nuestra Carta Magna fue tarea larga y ardua para el propio Tribunal Constitucional, que ha “construido” dicho derecho a través de su jurisprudencia⁷, y esta es una solución que a pesar de su utilidad, genera una gran inseguridad jurídica, retrasos en los procesos, una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y un riesgo tanto para la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como para el legítimo ejercicio del derecho de huelga.

No obstante debatir en abstracto entre la conveniencia o no de la promulgación de otra ley, (pero esta vez constitucional de huelga), obligaba a replantear la cuestión, y a volver debatir en abstracto una controversia que nuevamente conllevaría a una vía muerta.

3. CRÍTICAS A LA TERMINOLOGÍA DEL ART. 28.2

La Constitución de 1978, creada en una época post transicional, utiliza a lo largo de todo el texto normativo una terminología que en determinadas ocasiones recurre al recurso de la ambigüedad como sucede con el término trabajadores. Es por ello que a la hora de regular el derecho de huelga, el precepto del 28.2, invite sutilmente a recurrir a al apartado anterior (en este caso el 1º del art. 28) y al artículo 7.

En definitiva, la nuestra Carta Magna recoge un concepto amplio que incluye sin duda a los “empleados públicos” y dentro de ellos a los “funcionarios públicos” sometidos en sus relaciones individuales de trabajo a un estatuto jurídico regulador de Derecho público. “Igualmente, la interpretación finalista conduce a la misma conclusión, ya que si los funcionarios tienen reconocido el derecho de libertad sindical sin duda tienen también reconocido el derecho de huelga al formar este parte inherente del contenido esencial de la libertad sindical. Por último, la interpretación del artículo 28.2 de la Constitución a la luz de las normas internacionales ratificadas por España, conforme al canon hermenéutico impuesto en el artículo 10.2 de la Constitución (en relación con los artículos 93 a 96 de la Carta Magna), apoya esta misma conclusión extensiva. El derecho fundamental de huelga se atribuye, así, a todos los trabajadores y “empleados públicos”, al margen de la naturaleza jurídica -privada o pública- de la relación de servicios profesionales que les vincula a una determinada estructura organizativa. No obstante, el marco legal vigente es

⁷ En esta línea véase, STC 11/981 de 8 de abril 8TCH) (Capítulo 4. III. 4).

manifiestamente insuficiente e incoherente en muchos aspectos con el modelo normativo abierto garantizado ex artículo 28.2 de la Constitución”⁸.

3.1. Los funcionarios públicos

Para tratar aspectos como la huelga del funcionario público se hace preciso partir de la literalidad que ofrece el precepto constitucional del Art. 28.2 el cual reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Por su parte, la STC 11/1981 señaló que “el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado y, por consiguiente, tampoco prohibido por Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo”, lo que no ha obstado para que esta norma se les haya aplicado por analogía, particularmente en lo que atañe al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, y es en esta línea dónde el art. 15 TREBEP⁹, entra en juego reconociendo para este colectivo el derecho de huelga como un derecho individual ejercido de forma colectiva, y es que, hablar de huelga dentro de la función pública, se torna en una problemática donde reside la falta de una regulación más concreta de este derecho para el funcionario/a

En este sentido, ni el TREBEP, ni ciertas normas del derecho autonómico ni siquiera la jurisprudencia (entre otras, la STC 11/1981, de 8 de abril), atribuyen la titularidad del derecho de huelga a estos colectivos. No obstante, aunque en el art. 15 TREBEP (tanto para el personal funcional como laboral) este derecho sea considerado como individual, lo es pero ejercido bajo la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. STSJ Comunidad Valenciana N° 22/2012, Sala de lo Contencioso, Sección 2, Rec 624/2010 de 18 de Enero de 2012.

En este sentido, es preceptivo traer a a colación, la prohibición de la huelga o de acciones sucedáneas de la misma, dentro del marco del art. 28 de nuestra Carta Magna, a la hora de la protección de los bienes jurídicos o los intereses relevantes por parte de los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada e ininterrumpida de sus servicios. Indudablemente, como lo demanda la protección de los derechos personales y profesionales de estos funcionarios, la norma prevé la determinación de los cauces de expresión y solución de los conflictos que puedan producirse por razones profesionales.

Sobre el derecho a huelga de los Funcionarios públicos, aunque sigan siendo titulares de la libertad sindical, es tratado como tal en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984, con las siguientes prohibiciones:

- a) Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones substitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios (art. 6.8 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo).
- b) Fuerzas Armadas (ejército de tierra, la armada y el ejército del aire) y los institutos armados de carácter militar (ej: Guardia civil). No pueden recurrir a ninguna de las formas de huelga previstas, según lo establecido en las Reales Ordenanzas de

⁸ Monereo Pérez, J. L. (2021). El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(2), 28-97. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5927>

⁹ El apdo c) art. 15 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, regula el derecho al ejercicio de la huelga con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

las Fuerzas Armadas. Este régimen se aplica también al personal militar adscrito al Centro Nacional de Inteligencia (antiguo CESID).

c) Personal de la Administración de Justicia. Resulta discutible que los jueces, magistrados y fiscales puedan ser titulares de este derecho, al carecer de libertad sindical. Por el contrario, si ostentarán la titularidad del derecho de huelga los secretarios judiciales y los cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de justicia (gestión procesal y administrativa, tramitación procesal y administrativa, y auxilio judicial).

En cuanto a la deducción de retribuciones, el art. 30 del TREBEP, con la rúbrica deducción de retribuciones, establece lo siguiente:

1. Sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador.
2. Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

“Los términos en los que se encuentra redactado el referido art. 30 TREBEP suponen que quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectuó tenga carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales”¹⁰.

3.2. La quimera del garantismo constitucional

La huelga es un derecho fundamental, en este sentido para Ferrajoli los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos que corresponden universalmente a todos o en cuanto personas naturales”, o en cuanto “ciudadanos” o en cuanto personas naturales “capaces de obrar” o en cuanto “ciudadanos capaces de obrar”¹¹.

La Constitución Española otorga a todos los ciudadanos una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, pero también sigue un sistema derivado del garantismo a través de medidas de tutela de derechos como las recogidas en el artículo 53, incisos 1º y 2º de la CE en relación con los capítulos II (derechos fundamentales) y el tercer inciso ya con menor intensidad para los derechos del Capítulo III (Principios rectores de la política social y económica).

Por ello, a la hora de hablar de esta garantías en la tutela de derechos y entre ellos, el de huelga, nuestra CE, en su Tít. I, Cap. IV (De las garantías de las libertades y derechos fundamentales), arts. 53 y 54.¹², declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo “vinculan¹³ a todos los poderes públicos” y procede a configurar en cada

¹⁰ Rescatado de: <https://www.iberley.es/temas/derecho-huelga-funcionarios-empleados-publicos-17961>

¹¹ Vid. FERRAJOLI, L., *Principia Iuris*. Teoría del diritto e della democrazia, Laterza, Bari, 2007, P.19

¹² En este sentido, declara el Art 53 CE:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. (...)”.

¹³ En palabras del Tribunal Constitucional, en su STC n.º 80/1982, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:1982:80: “no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art.

uno de sus incisos 3 sistemas de protección que varían de intensidad según la naturaleza de los derechos protegidos, en este sentido si son fundamentales, la garantía de tutela de derechos abarca:

- 1º El desarrollo de estos derechos por ley orgánica arts 53.1 y 81 CE.
- 2º La defensa ante los juzgados y tribunales ordinarios: art.53.2 CE.
- 3º La posibilidad de plantear un recurso de amparo ante el TC art.53.2 CE.

La huelga al estar comprendida en el catálogo de derechos fundamentales del Título I Cap. II (Arts. 14-29) está amparada por estas garantías entendidas como un conjunto protector normativo, judicial e institucional, que viene complementado por otra garantía implícita en la redacción del art.28.2 CE, como es el “reconocimiento formal de este derecho individual ejercitado colectivamente” (sindicatos y representaciones de carácter unitario, pero con una atribución constitucional dirigida a los trabajadores quienes al final deben refrendar las decisiones sindicales en la materia, especialmente las relativas a la promoción y declaración de la huelga), y obligando a la propia ley en consonancia con el art. 53.1 CE a que individualice todo instrumento o mecanismo de protección contra eventuales vulneraciones u ofensas, como reforzamiento de la tutela conferida al derecho.

El citado art. 53 de nuestra Carta Magna establece unas garantías para los derechos fundamentales y entre ellos la huelga las cuales realizan una labor protectora en una triple dimensión mediante un llamamiento realizado por el texto a los poderes públicos. Dicha protección no solamente es un llamamiento a su creación normativa sino también al orden jurisdiccional (art.53 CE). La finalidad que el constituyente le ha otorgado al derecho de huelga a la hora de situarlo entre el elenco de derechos fundamentales a través de su ubicación en el citado art.28.2 CE es el de garantizarla cómo un comportamiento que no contraviene a la norma civil ni administrativa, para lo cual instituye una reserva de ley para la determinación del ejercicio del derecho.

El art.28.2 por su naturaleza de derecho fundamental y por el mandato del artículo 81 de la Constitución española, hace necesario el desarrollo legislativo a través de una Ley Orgánica que funcionaría como herramienta fundamental y básica para proteger el ejercicio de dicho derecho.

Entre tanto, mientras ello no suceda, el Estado, ayudándose del desarrollo jurisprudencial seguirá realizando su doble cometido paternalista siendo por un lado el de “no sancionador de aquellos trabajadores por la no asistencia colectiva al trabajo en aras de ir a la huelga” y por otro “de protector” (ante cualquier atentado/infracción) a través de la coerción impuesta por el ius puniendi a través del derecho penal o “constitución en negativo”. Por otra parte, este desarrollo legislativo serviría también como puerta de entrada al legislador para asignar la tarea de establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

En definitiva, el derecho del trabajador de ir a la huelga implica automáticamente la una vía de ausentarse de su puesto de trabajo sin ser responsables de acciones antijurídicas culpables y punibles por la simple suspensión de las obligaciones constitucionales que la huella conlleva. Esta idea se encuentra dentro de la declaración de intenciones del citado art.28.2 CE, que queda pendiente de una norma contraria o de desarrollo que la especifique y de límite.

53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo vinculan a todos los poderes públicos. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse solo por ley y la necesidad de que esta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente “los jueces y magistrados integrantes del poder judicial” (art. 117 de la CE)”.

Por su carácter fundamental la huelga constitucionalmente contemplada está dotada de eficacia directa e inmediata, como se impone deducir de su ubicación y tenor literal puesto que la garantía legal opera sobre la base del supuesto previo de su pleno reconocimiento por parte del texto constitucional; no es una norma programática que se limite a proclamar un derecho de mera configuración legal.

El constituyente impone categóricamente al legislador que garantice efectivamente el derecho a la huelga (“la ley que regule el ejercicio”), pero esta idea se torna una quimera precisamente por la “falta motivada de desarrollo legislativo” porque en tanto en cuanto exista una regulación normativa del derecho de huelga existirán unas claras limitaciones que afectarán a su ejercicio. No obstante la existencia necesaria de una verdadera Ley Orgánica que desarrolle el derecho de huelga es una tarea tan imperativa como imposible encomendada por un texto constitucional que parece “limitado” por las fuerzas sociales.

3.3. La garantía constitucional del contenido esencial

Cuando hablamos de una Constitución garantista como lo es nuestra Carta Magna, el derecho de huelga nace desde 1978 con la ventaja de contar con una protección muy compleja de su contenido esencial. La razón reside en que como se ha expuesto anteriormente, la garantía constitucional de éste (art.53 CE) colisiona con esta quimera originada por la limitación de derechos que supone la propia tarea legislativa y que impiden al legislador de disponer libremente de dar contenido a un “derecho-herramienta” que permita a los trabajadores la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se reconoce. “Con todo, sin perjuicio de dejar amplios espacios para la regulación legal, es decir, para que sobre la base del contenido esencial constitucionalmente garantizado (y atendiendo siempre al canon hermenéutico impuesto ex art. 10.2 CE, en relación con los artículos 93 a 96 de la misma Norma Fundamental) el legislador estatal pueda determinar un “modelo legal”, dentro de los contenidos posibles permitidos por el constituyente. Como se comprobará después, ese modelo legal es complejo en su marco de regulación, el cual continúa residenciado en una norma preconstitucional, de problemática adaptación al texto constitucional”¹⁴.

Llegados a este punto, se hace necesario señalar entre otras cuestiones que puedan suscitarse que el hecho de haber situado al derecho de huelga dentro del catálogo de derechos fundamentales es considerado un derecho social de libertad, además de que “la misma normativa internacional (señaladamente, la Carta Social Europea, art.6, lo configura como derecho social fundamental)”¹⁵.

En un ordenamiento garantizador como lo es el español, el derecho de huelga como derecho subjetivo y como derecho fundamental, la Constitución “prefigura” y “configura” en su contenido esencial el derecho de huelga¹⁶. Esto para un sector doctrinal revela que en materia de derechos fundamentales se produce una unión firme entre la Constitución que diseña el derecho fundamental y la Ley que regula su ejercicio. El resultado es

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. (2021). El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(2), 28-97. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5927>

¹⁵ SALCEDO BELTRÁN, M.ª C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2014; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho de Negociación y Acción Colectiva (Artículo 28 de la Carta)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coord.) et alri: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012; MONEREO PÉREZ, J. L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Derecho a Huelga (artículo 6 de la Carta Social Europea Revisada)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coord.) et al: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017; MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *El Derecho de Huelga: Configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2019.

¹⁶ STC.123/1992, de 28 de septiembre, f.j.4º y 5º.

el diseño de un determinado modelo normativo de derecho de huelga, que forma una unidad operativa, ante todo, “porque la garantía específica de todo derecho fundamental es la vinculación efectiva del Legislador a través de la cláusula del contenido esencial. Pero hay más: Constitución y legislación actúan sobre un mismo derecho fundamental, en los términos de una verdadera y auténtica “colaboración Inter normativa” en la que cada uno de los Legisladores, el constituyente y el constituido, tiene asignada su propia función. Esto explica la importancia aquí concedida al enfoque jurídico-constitucional y la orientación de la indagación científica hacia la búsqueda de aquellos elementos del sistema legal que permiten identificar más adecuadamente ese modelo normativo frente a otros posibles en el marco constitucional”¹⁷.

4. LOS LÍMITES AL DERECHO DE HUELGA

4.1. Aspectos generales

De manera ilustrativa a la hora de hablar de límites es distinguible que ningún derecho, incluidos los fundamentales, carece de estos, siendo en este sentido que la CE en su art. 10.2 CE nos ofrece cómo deben interpretarse las normas sobre derechos fundamentales, señalando expresamente: “ Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su art. 29.2 señala que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”.

En definitiva, tres son las notas básicas que se desprenden de lo señalado, la primera que los derechos y libertades fundamentales no son ilimitados, sino que están sujetos a posibles restricciones; por otra parte que la determinación de esas restricciones corresponde a la ley, a la que compete la delimitación del derecho fundamental; disposición con la que concuerda el art. 28.2 CE; y finalmente que los límites que la norma puede fijar al derecho fundamental sólo se justifican en la medida en que tengan por objeto el respeto de otros derechos y libertades y/o atiendan a exigencias morales, de orden público y de bienestar propias de las sociedades democráticas.

Nuestra carta Magna ha establecido ciertas limitaciones en el ejercicio del núcleo duro de sus derechos, pues estos derechos fundamentales condicionan al constituyente (o a ese poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental de un ordenamiento jurídico) a límites. Ello es así pues la norma de desarrollo se halla vinculada por el deber de respetar el “contenido esencial” del derecho fundamental, según dispone el art. 53.1 CE; un contenido de sobras indispensable sin el cual no puede hablarse de derecho fundamental. La determinación de ese contenido esencial es básica para saber hasta dónde puede el legislador delimitar o, lisa y llanamente, limitar el correspondiente derecho.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. (2021). El derecho fundamental de huelga Op.cit.

4.2. La limitación del derecho de huelga ante la indefinición e interpretación

Este cometido se llevó a cabo precisamente con relación al derecho de huelga en la citada sentencia 11/1981, de 4 de abril, recaída en el recurso de inconstitucionalidad 192/1980, interpuesto contra diversas disposiciones del RDL 17/1977, de Relaciones de Trabajo.

“La sentencia parte del reconocimiento de que el marco constitucional regulador de la huelga deja un espacio de libertad al legislador, a quien compete “confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53. No cualquier limitación del derecho de huelga, como entendía el recurso, es, en cuanto restrictiva, inconstitucional, sino sólo aquella que no respete el contenido esencial del derecho”¹⁸.

Para Montoya Melgar, en el caso de la huelga hay un claro límite, fijado expresamente por la propia CE: la huelga se reconoce para la defensa de los intereses de los trabajadores y debe ser compatible con el aseguramiento de los servicios esenciales de la comunidad (art. 28.2 CE). Esta delimitación, sin embargo, no es suficiente para limitar el concepto de “contenido esencial” del derecho fundamental. A tenor de ello la citada STC 11/1981 invita a tomar dos sedas o caminos complementarios para alcanzar ese acotamiento: el primero nos indica que tal contenido esencial viene determinado por lo que generalmente se entiende que significa el derecho fundamental en cuestión en el mundo del Derecho; el segundo nos indica que ese contenido esencial está formado por “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. De todo lo expresado el límite más importante que el constituyente impone al derecho de huelga es precisamente el propio concepto que toma este de ella.

Si bien como señalábamos, veníamos históricamente de una transición política donde la indefinición y la indeterminación eran la tónica general expresada en los derechos constitucionales, actualmente es de justicia afirmar, que ni siquiera el viejo preconstitucional RDL 17/1977 ni la propia Carta Magna nos van a ofrecer un concepto clarividente de lo que significa la huelga.

Este problema se acentúa pues la propia indefinición o ambigüedad del término, hace necesario recurrir a la compleja interpretación de los preceptos de la Constitución algo que, como señala Prieto, plantea peculiaridades¹⁹ al tratarse de una norma suprema (...) que constituye el contexto hermenéutico necesario de todas las Leyes²⁰ y somete los criterios hermenéuticos del art. 3. 1 del Tít. Prel. Del Cc., a los que se derivan de la Norma suprema²¹.

La interpretación de la huelga deberá respetar su carácter jurídico y su fuerza normativa en cuanto como cualquier derecho fundamental pues aunque carezca de normas de desarrollo, si “contiene las reglas, valores y principios del sistema. Es por ello por lo que, el intérprete constitucional “está ante un sujeto libre, el Legislador y su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la interpretación política

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A. “Los límites del derecho de huelga: presente y futuro”. Rescatado de: <https://vlex.es/vid/mites-derecho-huelga-presente-futuro-477508506>, p. 33-51

¹⁹ PRIETO SANCHIS, L.: «Notas sobre la interpretación constitucional», en RCEC, nº 9 (1991), págs.175-198.

²⁰ Más ampliamente: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional., Civitas, Madrid, 1981, págs. 95-103.

²¹ PÉREZ LUÑO, A. E.: «La interpretación de la Constitución», en RCG, nº 1 (1984)4, págs. 83-132. Ahora también en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1984 (1ª ed.), cap. 6.

resulte admisible o no arbitraria”²². Su especificidad deriva del objeto de la interpretación, normas, que en ocasiones son reglas y en la mayoría principios; de la función, que no consiste en obtener un resultado óptimo, sino razonable y de la fuerza conformadora del ordenamiento. jurídico que posee su jurisprudencia²³.

En definitiva, será el Tribunal Constitucional quien a la postre tenga que interpretar y delimitar dicho derecho de donde se desprenden una serie de notas que permiten alcanzar un concepto globalmente aceptable, aunque susceptible de ser completado y mejorado:

En primer lugar, “la huelga es un derecho atribuido a los trabajadores (en los términos del art. 28.2 CE y del RDL 17/1977), incluidos los empleados -trabajadores y funcionarios- del sector público (art. 15.c de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público)²⁴.

En segundo lugar, la huelga posee un objetivo: la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 28.2 CE), intereses “económicos y sociales” como establece la redacción del art. 7 CE. Siendo excluidos la esfera de la protección constitucional de la huelga aquellos actos de finalidad no laboral; en este sentido, resulta plenamente acogible la vigente prohibición de huelgas basadas en motivos políticos o, en general, desprovistas de motivación laboral (art. 11.a RDL 17/1977).

Por último, se ha de señalar que “la huelga consiste en la suspensión de la prestación laboral (arts. 6.2 y 7.1 RDL 17/1977), de manera que los actos colectivos distintos de ella no quedan incluidos en el derecho fundamental ni amparados por la garantía que acompaña a éste. La idea, que en su día defendió el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 11/1981, de que el art. 28.2 CE obliga a respetar la autonomía de los trabajadores a la hora de decidir el contenido de la huelga y sus modalidades, fue desechada por la referida sentencia, y debe seguir siéndolo, pues sólo el legislador está legitimado para determinar qué modalidades de huelga son lícitas, siempre que respete el contenido esencial del derecho. Siendo ello así, es evidente que nuestro modelo constitucional de huelga admite la fijación de límites legales a ésta, fuera de los cuales se estará ante una actuación ilícita. Tales límites están ya fijados en el RDL 17/1977, que establece dos tipos de comportamientos colectivos ilícitos: unos que califica como ilícitos o abusivos y otros que considera como huelgas(...)²⁵.

4.3. El caso del derecho español

4.3.1 *La huelga constitucional en España y sus límites: la garantía constitucional de protección de los servicios esenciales de la comunidad*

En nuestra Constitución española a través del artículo 28.2 regulador del derecho de huelga hace necesario a través del establecimiento de dicho precepto la necesidad de racionalizar el ejercicio del derecho de huelga.

En este sentido ya es tradicional la postura del Tribunal Constitucional que señala que “(...)la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de Servicios Esenciales, tesis ésta por lo demás, consolidada en la normativa internacional laboral. El único límite explícito y “externo” impuesto en la Constitución al derecho de huelga es que su ejercicio no deberá impedir el “mantenimiento de los servicios esenciales

²² PRIETO SANCHIS, L.: «Notas sobre la interpretación constitucional», art. cit., pág. 177.

²³ PRIETO SANCHIS, L.: *Ibid.*, art. cit., pág. 181.

²⁴ Montoya Melgar. A. *Op.cit.*

²⁵ Véase más ampliamente Montoya Melgar. A. “Los límites del derecho de huelga: presente y futuro”. Rescatado de: <https://vlex.es/vid/mites-derecho-huelga-presente-futuro-477508506>

de la comunidad”²⁶ (en relación con ello, el texto constitucional contiene un mandato al legislador para que al regular el ejercicio del derecho de huelga establezca “las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (art.28.2 CE).

El significado de esta limitación impuesta por nuestra Carta Magna es conocido por el Tribunal Constitucional: “En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga”²⁷.

4.4. La huelga en el derecho de la Unión Europea

La huelga en el ámbito de la Unión trasciende del mero ámbito de las relaciones contractuales y de las fronteras de los respectivos estados nacionales, para ocupar un destacado papel en el proceso de participación democrática de los trabajadores, es por ello por lo que la Huelga debe, a juicio del TJUE, ser reconocida como un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia²⁸.

“Sin embargo, y aquí está el auténtico sentido de ésta y del resto de las resoluciones, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones que lo llevan a un escaso reconocimiento e importantes trabas”²⁹.

Uno aspectos que refuerzan esta idea son las SSTJCE Viking y Laval las cuales parten de un reconocimiento sin paliativo del derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga. Este derecho debe, a juicio del tribunal en la primera de las resoluciones, ser reconocido como un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. No obstante, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones.

En su jurisprudencia el TJCE como es el caso de las citadas sentencias Viking y Laval no ha entrado en consonancia con los más tradicionales instrumentos de autotutela y defensa de los intereses de los trabajadores, negando en estos casos la legitimidad del derecho de huelga para exigir el cumplimiento de unos mínimos salariales a las empresas de terceros países e impidiendo que el convenio colectivo se equipare, en ciertos supuestos, al resto de las normas de determinación, como era el caso, de las cuantías salariales. El único límite estará constituido por el respeto del orden público, que tras la STJCE Rüffert, se habrá de entender en un sentido restrictivo.

Al hablar de un derecho que afecta a los Estados miembros, “se hace por ello indispensable que en el Sistema de los Tratados se estableciera la previsión de dictar normas sociales europeas sobre garantías sustantivas mínimas (por ejemplo, Directivas-Marco; y en nuestro caso una Directiva que afronte el derecho de huelga de los empleados privados y públicos y asimismo de los medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo a través de normas mínimas comunes) sobre los derechos colectivos/sindicales de libertad sindical, huelga y negociación colectiva. Sin esta intervención promocional

²⁶ SSTC 27/1989, fj.1º, y 8/1992, fj.2º, que sintetiza la doctrina del TC.

²⁷ STC 11/1981, fj.18.

²⁸ Véase STJUE de 11 de diciembre de 2007. Asunto C-438/05.

²⁹ Más ampliamente, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario. Sentencias del TJCE, de 11 y 18 de diciembre de 2007, asuntos Viking y Laval. TEMAS LABORALES núm. 101/2009. p.247.

y garantista continuarán prevaleciendo en la práctica las libertades garantizadas en la “constitución económica” de la Unión Europea sobre los derechos y libertades sociolaborales excluidos de regulación en una débil “constitución social” materializada en el Sistema de los Tratados Fundacionales de la Unión³⁰.

5. CONCLUSIONES

1. En pleno siglo XXI, el derecho de huelga pese a tener un reconocimiento constitucional en el artículo 28.2 de nuestra Carta Magna se encuentra huérfano de un desarrollo normativo existiendo un gran contraste entre el modelo constitucional relativamente abierto y el “modelo legal” que lejos de ofrecer un desarrollo normativo se suple de la una continua tarea interpretadora y creadora del Tribunal Constitucional con la pervivencia ineficaz de R.D-Ley 1//1977, de 4 de marzo, una norma obsoleta, que aunque nacida para cumplir con unas determinadas exigencias laborales hoy desde una perspectiva de fondo incumple el requerimiento constitucional del art. 28.2 al no poder proteger el “contenido esencial” del derecho fundamental de huelga (interpretado necesariamente en conexión con el canon hermenéutico recogido en el bloque constitucional integrado por los artículos 10.2 y 93 a 96, que posibilitan el control jurisdiccional de convencionalidad conforme a lo declarado nítidamente en la STC 140/2018, de 20 de diciembre, f.º 6).

2. También para los empleados públicos estas insuficiencias también encuentran su reflejo en las limitaciones de este derecho de huelga así como su ejercicio y en toda la materia concerniente a la garantía legal efectiva de una regulación equilibrada entre el ejercicio del derecho de huelga en los considerados servicios esenciales de la comunidad en el sentido previsto. Desde el punto de vista de la técnica de regulación del derecho, que debería ser una Ley Orgánica (artículos 28.2 y 81 CE) y no un Ley Ordinaria como la vigente.

3. En cuanto a la quimera de su regulación legal son evidentes ciertos problemas interpretativos, vacíos de regulación y lagunas legales, comenzando por una la inexistencia de un derecho positivo que regule de forma eficaz y completa el régimen jurídico concreto del derecho de huelga de los empleados públicos.

4. Por último, dada la interdependencia que supone el espacio geopolítico, económico y jurídico de la Unión Europa, la Huelga debe, ser reconocida de manera fehaciente como un derecho fundamental que pertenece al catálogo de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

6. BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ DE LA ROSA. M Y PALOMEQUE LÓPEZ. C.M.; Derecho del trabajo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Colección Ceura, Última edición. Madrid 2003. P. 586.
<https://www.iberley.es/temas/derecho-huelga-funcionarios-empleados-publicos-17961>

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,. Civitas, Madrid, 1981, págs, 95-103.

³⁰ MONEREO PÉREZ, J. L. (2021). El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(2), 28-97. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5927>

MATÍA, J., SALA, T., VALDÉS, F. y VIDA, J.: Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos, Madrid, Civitas, 1982.

MONEREO PÉREZ, J. L. (2021). El derecho fundamental de huelga de los “empleados públicos”: un modelo de regulación insuficiente y la necesidad de su revisión. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(2), 28-97. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5927>.

MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *El Derecho de Huelga: Configuración y régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Derecho a Huelga (artículo 6 de la Carta Social Europea Revisada)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) et al: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017.

MONEREO PÉREZ, J. L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Huelga transnacional y libertades económicas”, en BAYLOS GRAU, A. P., FLORENCIO THOMÉ, C. y GARCÍA SCHWARZ, R. (Coords.) et al: *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho de Negociación y Acción Colectiva (Artículo 28 de la Carta)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) et alri: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en CABEZA PEREIRO, J. y MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coords.) et al: *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga (Artículo 28.2 CE)”, en AA. VV.: *Comentario a la Constitución Socio- Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núms. 27-28 (1993).

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., Capítulos III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”) y Capítulo IV (“Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una “Europa Social” basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales”).

MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Artículo 51)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) et alri: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012; *Ibid.*, *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

MONTOYA MELGAR, A. “Los límites del derecho de huelga: presente y futuro”. Rescatado de: <https://vlex.es/vid/mites-derecho-huelga-presente-futuro-477508506>

PÉREZ LUÑO, A. E.: «La interpretación de la Constitución», en RCG, nº 1 (1984)4, págs. 83-132. Ahora también en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984 (1ª ed.), cap. 6.

PRIETO SANCHIS, L.: «Notas sobre la interpretación constitucional», en RCEC, nº 9 (1991).

SALCEDO BELTRÁN, M.^a. C.: Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea, Albacete, Ed. Bomarzo, 2014.

STC 11/981 de 8 de abril 8TCH) (Capítulo 4. III. 4).

STC11/1981.

**EL SERCLA MÁS ALLÁ DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS:
UN CAMINO HACIA LA PREVENCIÓN**

FRANCISCO LOZANO LARES

Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO

Profesora Ayudante Doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS A TRAVÉS DE LAS DIFERENTES ETAPAS HISTÓRICAS
3. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN ANDALUCÍA: EL SERCLA
4. ÁMBITO FUNCIONAL
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

EXTRACTO**PALABRAS CLAVE: SERCLA, MEDIACIÓN, ARBITRAJE, CONFLICTO**

Consideramos que es necesario dar más visibilidad a la gran labor realizada por el SERCLA para que tanto las empresas como los trabajadores vayan confiando más en estos procedimientos y no los vean como un mero trámite a cumplir previo a la vía judicial, por eso en este trabajo se pretende hacer un recorrido por la historia del SERCLA desde sus inicios hasta la actualidad, analizando el ámbito funcional del mismo, con un análisis cuantitativo tanto de los tipos de procedimientos y porcentajes respecto del total, como de los resultados de esos procedimientos también con respecto del total, así como también el porcentaje respecto del total del tipo de conflicto tratado.

Se realizará este mismo estudio referido al último año incluyendo las materias sobre las que han versado los conflictos en función de su porcentaje respecto del total.

Para finalizar se realizará un estudio de los procedimientos que se utilizan en el SERCLA: la mediación y el arbitraje y cómo, a través del conocimiento de ellos y con mucha formación y difusión pueden pasar de tener una finalidad de solución de conflictos a ser un medio para la prevención de los mismos y así evitar el aumento de conflictividad en las relaciones laborales.

La finalidad del estudio es saber dónde se debe incidir a la hora de presentar estos servicios para que la confianza en ellos como verdaderos medios preventivos y resolutivos aumente en el ámbito laboral de Andalucía.

ABSTRACT**KEYWORDS: SERCLA, MEDIATION, ARBITRATION, CONFLICT**

We consider that it is necessary to give more visibility to the great work carried out by SERCLA so that both companies and workers trust more in these procedures and do not see them as a mere procedure to be completed prior to judicial proceedings, which is why in this work The aim is to take a tour of the history of SERCLA from its beginnings to the present, analyzing its functional scope, with a quantitative analysis of both the types of procedures and percentages with respect to the total, as well as the results of these procedures also with respect to of the total, as well as the percentage of the total of the type of conflict treated.

This same study will be carried out referring to the last year, including the subjects on which the conflicts have focused based on their percentage with respect to the total.

To conclude, a study will be carried out of the procedures used in SERCLA: mediation and arbitration and how, through knowledge of them and with a lot of training and dissemination, they can go from having a purpose of conflict resolution to being a means for their prevention and thus avoid the increase in conflict in labor relations.

The purpose of the study is to know where to influence when presenting these services so that confidence in them as true preventive and decisive means increases in the workplace in Andalucía.

1. INTRODUCCIÓN

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico¹, se define el conflicto de una manera general como: “*Enfrentamiento, controversia, litigio.*”, y, evidentemente, este fenómeno se puede presentar en todos los ámbitos de la sociedad, siendo uno de los más comunes el ámbito laboral ya que los intereses contrapuestos de los trabajadores y los empresarios suelen con frecuencia derivar en situaciones conflictivas². Es por ello que podemos afirmar que el conflicto es algo común en la vida cotidiana de las organizaciones³ y, aunque se vea como una situación negativa o contraproducente para el buen funcionamiento de las mismas, algunos autores⁴ consideran que con frecuencia aportan aspectos positivos siendo fundamental para ello el que se realice una buena gestión del conflicto.

En la gestión es primordial la celeridad a la hora de llegar a una solución ya que el paso del tiempo puede dar lugar a un enquistamiento de las posiciones y a un empeoramiento de la situación ocasionando perjuicios a los intereses de ambas partes⁵.

Ahora bien, para poder hablar de la existencia de un conflicto dentro de la organización es necesario que el mismo se muestre a través de diferentes medios utilizados por alguna de las partes o por ambas, siendo las más comunes el cese colectivo del trabajo a través de la huelga por parte de los trabajadores o el cierre patronal por parte de la empresa, en ese sentido, según Del Rey Guanter, la definición de conflicto lleva implícita la característica de que debe ser una situación exteriorizada de la disparidad de criterios entre un empleador o personal directivo y un trabajador, grupo de trabajadores o sus representantes legales, respecto a materias que pueden incluirse en sus relaciones de trabajo⁶.

Dentro de los mecanismos para gestionar y encontrar solución a los conflictos que surgen en la esfera laboral, el primero es la negociación entre las partes que suele dar buenos resultados cuando ambas partes están dispuestas a colaborar, sin embargo en caso de no llegar a ningún acuerdo, para evitar que se produzcan pérdidas o sobre costes para las partes se hace necesaria la intervención de terceros⁷. Estos mecanismos en los que intervienen terceros incluyen la vía judicial donde el juez a través de la sentencia da solución a la discrepancia pero también se incluyen medios como la conciliación, la mediación o el arbitraje conocidos como medios extrajudiciales de resolución de conflictos, medios autónomos o medios privados aunque realmente pueden desarrollarse mediante entidades tanto públicas como privadas⁸.

La solución por vía judicial principalmente es para los conflictos denominados jurídicos que son aquellos en los que se trata de dilucidar cuál es la aplicación o interpretación correcta de una norma laboral ya sea legal, reglamentaria, convencional o consuetudinaria que regula un aspecto de la relación laboral, ya sea individual o colectiva⁹. Sin embargo,

¹ Diccionario panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/conflicto>

² Hinojosa Segovia, R., *Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos*, Universidad Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 163.

³ Giebels, G. y Janssen, O., “Conflict stress and reduced well-being at work: The buffering effect of third-party help.” *European Journal of Work and Organizational Psychology*, núm. 14 (2), 2005, págs. 137 - 155 y Munduate Jaca, M.L. y Martínez Riquelme, J.M., *Conflicto y Negociación*. Pirámide. Madrid, 2003, 2ªedn.

⁴ De Dreu, C.K.W. y Van de Vliert, E., *Using conflict in organizations*. London: Sage, 1997.

⁵ Hinojosa Segovia, R., *ibidem*, 2006, pág. 163.

⁶ Del Rey Guanter, S., *La Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 1992, pág. 43.

⁷ Munduate, L., Ganaza, J., Peiró, J.M., y Euwema, M., “Patterns of styles in conflict management and effectiveness”, *International Journal of Conflict Management*, 10, 1999, págs. 5-24, y Rubin, J.Z., Pruitt, D.G. y Kim, S.H., *Social conflict: escalation, stalemate, and settlement*. New York: McGraw-Hill, 1994.

⁸ Blázquez Agudo, E.M., *La resolución de los conflictos laborales a través de la mediación y los derechos colaborativos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 21.

⁹ Del Rey Guanter, S, ob., cit., 1992, pág. 36, y Hinojosa Segovia, R, ob., cit., 2006, págs. 166, 167.

cuando lo que se quiere es determinar cuál será la norma que va a regir determinados aspectos de la relación laboral nos encontramos con el que se conoce como conflicto de intereses, siendo el caso más común el que se da en la mesa de negociación colectiva donde el objetivo es que se regulen de forma adecuada las condiciones de trabajo, ya sea por medio de una nueva norma o modificando la existente¹⁰, y es en estos casos cuando se hace uso de los medios extrajudiciales antes mencionados.

La diferencia entre ellos está relacionada con el papel que realiza la persona que actúa como tercero en el conflicto ya que en el caso de la conciliación se trataría únicamente de intentar facilitar que se logre el acuerdo aunque sin proponer ninguna posible solución, lo que se puede interpretar como un proceso de gestión de la negociación. En el caso de la mediación, el tercero, además de facilitar la negociación puede aportar algún tipo de solución que será o no aceptada por las partes en litigio, ya que el mediador no tiene autoridad para imponer un resultado¹¹ y, en el caso del arbitraje el tercero sí aporta una solución llamada laudo arbitral que debe ser aceptada por las partes, de ahí que para someter el conflicto a un arbitraje sea necesario, como regla general, la voluntad expresa de ambas partes de someterse al mismo. Esta voluntariedad también se presupone en los otros mecanismos aunque en el caso de la mediación si una de las partes solicita la iniciación del procedimiento, la otra queda obligada a someterse al mismo, aunque también puede no presentarse y se daría como intentada sin efecto¹².

A continuación veremos cómo se han ido implementando en España los medios de solución extrajudicial a lo largo de la historia y observaremos que, a pesar de que históricamente ya se conocía la figura del arbitraje y, que en determinadas épocas, se hizo uso de esta institución para aliviar el colapso de la justicia, no es hasta finales del siglo XX que se puede hablar de la existencia de una verdadera tradición de resolución alternativa de conflictos, ya que existía una gran desconfianza hacia la intervención de terceros que no sean del ámbito judicial; otros motivos podían ser el grado de especialización de los tribunales, la creencia de que invalidaban la posibilidad de realización de huelga o por considerar que la huelga era el mejor medio para hacer presión durante una negociación colectiva¹³.

2. LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS A TRAVÉS DE LAS DIFERENTES ETAPAS HISTÓRICAS

2.1. Los medios extrajudiciales hasta el siglo XIX

Históricamente podemos hablar de la existencia de la figura del arbitraje derivada del Derecho Romano, sin embargo al predominar las características jurídico- privadas sobre las jurisdiccionales las partes no podían ejercitar su acción contra la parte que no quisiera someterse a la decisión del árbitro, aunque existía una excepción a este principio en la figura del “Arbitraje especial del Obispo” que gozaba de naturaleza judicial¹⁴.

En el s. XIII podemos encontrar gran disparidad de regulaciones respecto al arbitraje ya que en algunos casos como en los de la familia Cuenca- Teruel, no se hacía alusión al

¹⁰ Del Rey Guanter, S, ob., cit., 1992, pág. 43.

¹¹ Wall, J.A., Stark, J.B., y Standifer, R.L., “Mediation: a current review and theory development.” *Journal of Conflict Resolution*, 45(3), 2001, 370-391.

¹² Rodríguez Fernández, M.L., “Conciliación y mediación en los conflictos colectivos laborales: Un análisis a través del estudio de los laudos”, *Temas Laborales*, N.º 70, 2003, pág. 184 a 188.

¹³ Del Rey Guanter, S, ob., cit., 1992, pág. 45., y Consejo Económico y Social, “Dos décadas de solución autónoma de los conflictos laborales”, *Cauces: Cuadernos del Consejo Económico y Social*, núm. 31, 2016, pág. 30.

¹⁴ Merchán Álvarez, A., *El arbitraje estudio histórico Jurídico*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1981, pág. 38.

arbitraje lo que da lugar a pensar que se rechazaba el uso de esta institución potenciando la organización judicial municipal, por el contrario en otros casos como en el Fuero Viejo de Castilla, de 1248, existía una gran regulación del arbitraje; por último tenemos normativas intermedias como el Fuero Real promulgado por Alfonso X el Sabio, en 1255, en el que la regulación del arbitraje estaba diluida entre la regulación de los Tribunales de Justicia y se indica que sólo pueden ejercer de árbitros los alcaldes¹⁵.

En la Edad Moderna nos encontramos, al principio, con leyes que negaban a los jueces la posibilidad de actuar como árbitros o arbitradores, sin embargo ya en el x. XVI el Estado comienza a regular el arbitraje ante la crisis de la vía judicial para la resolución de conflictos, ya que la saturación de los Tribunales aumentaba en exceso la duración de los pleitos. La condición para poder someterse al arbitraje era tener la capacidad suficiente¹⁶, incluyéndose en la mayoría de los casos a las mujeres como capaces, una excepción a esta inclusión se puede encontrar en la Leyes de Toro de 1505, ya que indicaban que la mujer necesitaba la autorización del marido¹⁷.

A lo largo de la Edad Moderna, en los siglos XVI, XVII y XVIII, se siguen viendo casos en los que se alude a la crisis de justicia debido a los motivos antes mencionados y al excesivo desembolso económico de los juicios. Dentro de las soluciones que el Estado implementa para disminuir el número de pleitos y causas pendientes se incluían el aumento del depósito que se exigía a los apelantes y sobre todo la implantación de la institución del arbitraje, como se plasmó en los estatutos del Consulado de Burgos, por otro lado Las Cortes recurrieron también a conciliadores en cada ciudad para solucionar las controversias¹⁸.

Ya en el s. XIX tenemos que hacer mención en primer lugar a la Constitución de Cádiz de 1812 en la que se otorga rango constitucional al arbitraje considerándolo un derecho fundamental incluido en el art. 280 donde se equipara a los árbitros con los jueces¹⁹.

Es en este siglo también donde se aprueban los códigos penales y civiles. Tan sólo una década después de la Constitución de Cádiz, en 1822 se aprueba el Código Penal en el que no sólo no se hace referencia al arbitraje o cualquier otro medio extrajudicial, sino que se prohíben las asociaciones profesionales, así como cualquier medio de presión. Posteriormente el Código Penal de 1848, en su artículo 461, intentaba neutralizar los conflictos laborales, ya que estaba prohibido alterar el precio del trabajo de forma abusiva o regular sus condiciones²⁰.

Dentro de las normas que sí hacen mención de la figura del arbitraje tendríamos el Código de Comercio de 1829 que consideraba necesario el arbitraje en materia mercantil, la Ley Procesal Mercantil de 1830, la Ley de Enjuiciamiento sobre Negocios y Causas de Comercio de 1830, y la Ley Procesal Civil de 1855, en la que no solo se hace mención al mismo sino que también se establece un procedimiento para los árbitros y otro para los arbitradores²¹.

¹⁵ Merchán Álvarez, A., "La Jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz", *Revista de Derecho Judicial*, N.º. 15, 1988, págs. 127-144.

¹⁶ No tenían capacidad de obrar los menores, locos, furiosos, mentecatos y pródigos.

¹⁷ Merchán Álvarez, A., ob. cit, 1981, págs. 54 y 55.

¹⁸ Pedraz Penalva, F., *Arbitraje, Mediación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995 págs. 18 a 20.

¹⁹ Merchán Álvarez, A., ob. cit, 1981, pág. 23.

²⁰ Granados Romera, M.I. "Tesis: La Solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos", Granada, 2008, págs. 33 a 36.

²¹ Merchán Álvarez, A., ob., cit., 1981, pág. 175, 176 y 182.

2.2. La evolución en el siglo XX

2.2.1. Desde el inicio a la Segunda República

Comenzamos el siglo con la creación en mayo de 1908 de los Tribunales Industriales, que se consideran el origen de los procedimientos de solución de conflictos laborales, y se reguló por primera vez la conciliación en este tipo de discrepancias. A partir de esta fecha los medios de solución extrajudicial han sido un recurso muy presente en el Ordenamiento Jurídico Laboral que, aunque con sus problemas técnicos, se han utilizado en todas las épocas, incluso en algunas más restrictivas como la época franquista aunque como indica Santor Salcedo, estos medios se han infrautilizado aunque sí se crearon instituciones de naturaleza paritaria como los consejos de conciliación y arbitraje industrial, los comités paritarios de la organización corporativa y los jurados mixtos de la Segunda República²².

El primer texto legal corporativo que introdujo el sistema autónomo fue la Ley de Conciliación y Arbitraje de 19 de mayo de 1908. Con esta ley, el legislador les otorgó seguridad jurídica y dejó a un lado los procedimientos de resolución de conflictos improvisados. La Ley de 1908 creó los Consejos de Conciliación, que se integraban de forma tripartita por tres representantes de obreros y tres representantes de patronos junto al presidente de la Junta Local de Reformas Sindicales, que representaba a la Administración Pública.²³

Durante la crisis de 1917 y hasta el momento del golpe de Estado de Primo de Rivera en 1923 se promovieron reformas surgiendo un Derecho del Trabajo cuyo objetivo de buscar la paz social y contentar a los trabajadores que con frecuencia demostraban su descontento ante la crisis económica y social mediante huelgas²⁴.

En 1919, se plantea la necesidad de institucionalizar organismos de negociación y composición en las relaciones industriales para de esa forma disminuir la conflictividad laboral, para ello se recuperan las comisiones o jurados paritarios, siendo la primera las Comisiones Mixtas de Barcelona y, a partir de ella, se fueron extendiendo los comités paritarios al resto del país, dichos comités paritarios tenían funciones de conciliación y arbitraje para resolver los conflictos laborales²⁵. A partir de ese momento se crean mediante Reales Decretos tanto Consejos Paritarios con la intención de resolver conflictos entre trabajadores y empresarios y proponérselos al Gobierno²⁶, como Juntas Reguladoras, que con carácter paritario tenían una función conciliadora y versaban sobre las condiciones de trabajo y la remuneración del trabajo justo²⁷.

Otra de las normas a señalar en este periodo sería el Decreto de 5 de octubre de 1922 en el que se establecía la posibilidad de crear Comisiones Paritarias para poner término a las huelgas y que interviniesen en la ejecución de los convenios adoptados y en la interpretación de las cláusulas que contenían²⁸.

Durante la Dictadura de Primo de Rivera (de 1923 a 1930), debemos destacar tres normas principalmente como fueron el Código de Trabajo y la Organización Corporativa Nacional²⁹ ambas de 1926 y el Código Penal de 1928.

²² Santor Salcedo, H, *La mediación en los conflictos de trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico*, Zaragoza: La ley, 2006, pág. 68, 69 y 70.

²³ Granados Romera, M.I., ob., cit., 2008, págs. 37 a 40.

²⁴ Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid: Civitas, 1992, págs. 84 a 88.

²⁵ Santor Salcedo, H, ob., cit., 2006, págs. 72 y 73.

²⁶ Real Decreto de 15 de marzo de 1919.

²⁷ Real Decreto de 30 de abril de 1919.

²⁸ Santor Salcedo, H, ob., cit., 2006, págs. 72 y 73.

²⁹ Ley 26 de noviembre de 1926.

En este periodo aunque la Organización Corporativa Nacional mantenía los comités paritarios formados por igual número de trabajadores que de empresarios existía el voto de calidad del Presidente del Comité el cual era designado por el Estado y además la resolución obtenida en el Comité debía ser respaldada por el delegado de Trabajo, de esta forma se vuelve a abandonar la idea de la voluntad de las partes sustituyéndola por el intervencionismo del Estado como característica propia de una Dictadura fascista³⁰.

Respecto del Código Penal hay que señalar que se redujeron sensiblemente los derechos laborales ya que se tipificaron como delito de sedición tanto la huelga política o revolucionaria (artículo 290), como la huelga que afectase a los servicios públicos, poniendo en riesgo el interés general de la población (artículo 289). Por otro lado, se tipificaba como delito de “*maquinación para alterar el precio de las cosas*” cualquier actitud o actividad conflictiva que afectase a la libertad de industria, comercio o trabajo mediante medidas de presión violentas (artículo 737).

Tras el resultado electoral de 12 de abril de se proclama la Segunda República y el 15 de abril de 1931, mediante Decreto, se concedió amnistía a todos los delitos políticos, sociales y de imprenta, sin embargo a nivel normativo se siguieron manteniendo en vigor hasta 32 decretos relacionados con el derecho laboral provenientes de la etapa anterior.

A lo largo de 1931 la Organización Corporativa Nacional se sustituyó por los Jurados Mixtos profesionales, creados por el Decreto de 7 de mayo de 1931 por el Ministerio de Trabajo y Previsión, los cuales actuaban en cada provincia al amparo de la Ley de 27 de noviembre de 1931, su composición estaba formada por seis vocales patronos, seis vocales obreros y un presidente, con conocimientos de derecho, nombrado por el Ministerio³¹. Los Jurados Mixtos eran tres: uno para el trabajo industrial, otro para la propiedad rústica, y otro para la producción y las industrias agrarias; teniendo todos los jurados competencias jurisdiccionales en sus respectivas materias³².

Respecto al conflicto y a la huelga en este periodo nos encontramos que el conflicto necesitaba formalizarse y someterse a distintos intentos de solución marcados por un tinte intervencionista del Estado para no ser considerado ilegal, aunque se intentaba resolver los conflictos a través del acuerdo entre las partes manteniendo así la autotutela colectiva. Con relación a la huelga no se recoge expresamente esta figura en el Código Penal de 1932, sin embargo sí existían huelgas que eran consideradas ilegales por ir en contra de otras leyes como es el caso de la huelga política o ajena a las condiciones de trabajo por la Ley de Defensa de la República; ya que se consideraba contraria al orden público en base a la Ley de Orden Público de 28 de junio de 1933. Por el contrario, la huelga económico laboral sí era reconocida como un derecho de los trabajadores y por tanto no se consideraba un motivo para la extinción de contrato tal como se recogía en el artículo 91 de la Ley de Contrato de Trabajo, excepto que existiera la cláusula de paz³³.

En este periodo republicano también se produjeron etapas de retroceso en los derechos laborales de los trabajadores como en el periodo en el que la CEDA accedió al gobierno, ya que se volvió a dar mayor importancia al empresario y se prohibió el asociacionismo, además se suprimieron los Tribunales Industriales y se judicializó la presidencia de los Jurados Mixtos que se convirtieron en los receptores de toda clase

³⁰ Montoya Melgar, A., *Ideología y Lenguaje en las leyes laborales de España: La Dictadura de Primo de Rivera* (Discurso leído en la solemne apertura del curso académico), Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980, pág. 7 al 13.

³¹ Santor Salcedo, H., ob., cit., 2006 pág. 74.

³² Marín Marín, J., *Orígenes de las Magistraturas de Trabajo en España. Especial referencia a su implantación en Murcia (1939-1940)*, Universidad de Murcia, 2015, pág. 115 y 116.

³³ Granados Romera, M.I., ob., cit., 2008, pág. 51 a 55.

de reclamaciones sociales. La huelga volvió a ser considerada ilegal³⁴, siempre que se convocara por cuestiones ajenas al trabajo o que no se sometieran a los formulismos establecidos en el artículo 39 de la Ley de 27 de noviembre de 1931, pudiendo ser causa de extinción del contrato de trabajo.

Tras el triunfo electoral del Frente Popular, el nuevo gobierno de tintes izquierdistas pretendía restablecer la legislación social, reorganizar la jurisdicción bajo la independencia y la asistencia pública, para ello derogó todas las normas del gobierno anterior y mediante el Decreto de 29 de febrero de 1936 estableció que todas las patronales estaban obligadas a admitir a los obreros que fuesen despedidos por ideales políticos, teniendo que ser indemnizados por el tiempo en el que estuvieron fuera del trabajo por esta causa. Por desgracia el 18 de julio de 1936 se produjo el levantamiento de las tropas dando lugar a la Guerra Civil y coexistiendo dos ordenamientos jurídicos durante ese periodo, el republicano y el nacionalista.

En la parte republicana se suprimieron los Jurados Mixtos y se produjeron grandes contradicciones al intentar mantener el orden público y el espíritu revolucionario, lo que supuso un retroceso en los medios de solución extrajudicial.

En la parte nacional la norma más importante fue el Fuero del Trabajo aprobado por el Decreto de 9 de marzo de 1938 prohibiendo los actos individuales o colectivos que perjudicaran la producción, además desaparecieron los sindicatos creándose lo que se denominó sindicato vertical al servicio del Estado y desapareció la autonomía colectiva ya que el Estado era el encargado de fijar las condiciones de trabajo. El 13 de mayo de 1938 se crean mediante Decreto las Magistraturas de Trabajo y a ellas se atribuyeron las competencias que antes tenían los Jurados Mixtos, a excepción de las funciones inspectoras, de las cuales se hicieron cargo los Inspectores de Trabajo³⁵.

Se produce por tanto la desaparición de las soluciones autónomas de conflictos, situación que se mantendría al menos en una primera etapa de la Dictadura Franquista ya que el Fuero del Trabajo se implantó en la totalidad de España una vez finalizada la Guerra Civil.

2.2.2. *Etapa postguerra y Dictadura Franquista*

Esta etapa la podemos dividir en cuatro periodos en los que se produjeron cambios significativos:

A) Periodo desde 1939 a 1942.

En este periodo hay que destacar que existía un control total por parte del Estado a la hora de fijar las condiciones laborales y debemos destacar dos leyes, la primera es la Ley de bases de 6 de diciembre de 1940 en la que se crea la Organización Sindical y que establece la conciliación sindical como trámite previo al conflicto; la segunda es la Ley para la Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 en la que se castigaba el conflicto, ya que en el artículo 43 se establecía pena de prisión para los funcionarios o empleados que atentaran contra la seguridad del Estado, perturbando su normal actividad, suspendiendo su trabajo o alternando su servicio.

³⁴ Mediante el Decreto de 1 de noviembre de 1934.

³⁵ Granados Romera, M.I., ob., cit., 2008, págs. 57 a 63.

B) Periodo desde 1942 a 1943.

En esta etapa sólo cabe destacar la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942, en la que se establecía que la regulación de las condiciones de trabajo correspondía al Estado, a propuesta de los sindicatos. Sin embargo las mejoras de dichas condiciones recaían exclusivamente en el empresario el cual podía implementarlas a través del contrato de trabajo o mediante reglamentos de régimen interior sin que existiera la posibilidad de pactos colectivos.

C) Periodo desde 1943 a 1959.

Destacamos el Decreto de 17 de Julio de 1943 que reguló una etapa en la que se concedía mayor participación a los afiliados al sindicato, permitiéndoles cierta intervención en los asuntos; llegando incluso a convocar elecciones sindicales en 1944³⁶, así como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 que permitió la determinación contractual de las condiciones de trabajo lo que supuso la aprobación de pactos colectivos clandestinos.

También debemos hacer referencia a los Jurados de empresa y las Juntas de Conciliación ya que a los primeros en 1958 se les dio la posibilidad de formar parte de la negociación de los convenios colectivos, y las segundas se hicieron cargo de las conciliaciones previas en los procesos de conflictos colectivos e individuales.

En 1953 se aprobó la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre, en la que el arbitraje se veía ya como una vía alternativa a la resolución de conflictos, perfectamente compatible con los Tribunales de Justicia.

Por último hay que señalar la aprobación de la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 24 de abril de 1958; la cual reconoció la autonomía colectiva de forma muy limitada y controlada por la administración, ya que tenían primacía las reglamentaciones de trabajo, pero que significaban una reducción del intervencionismo estatal.

D) Periodo desde 1959 hasta 1975.

Como complemento a la Ley de Convenios Colectivos se aprueba el Decreto 2354/1962 de 20 de septiembre sobre procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo, en él ya se consideraba a la conciliación, la mediación y el arbitraje como procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, bajo la esfera de la voluntariedad de las partes, dándole la competencia para su gestión a diferentes órganos públicos, siendo las Juntas Sindicales de conciliación las competentes en materia de mediación y conciliación y tenían carácter paritario bipartito, estando formadas por los representantes de trabajadores y empresarios³⁷.

Otro gran paso fue la desaparición del Sindicato Vertical mediante la Ley Orgánica del Estado de 1967, en la que además se les concedía a empresarios y trabajadores autonomía negocial a través de sus colectivos profesionales³⁸.

Con respecto a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos fueron potenciados a través del Decreto 1376/1970 de 22 de mayo sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo y del Decreto - Ley 5/1975, de 22 de mayo sobre

³⁶ Montoya Melgar, A, ob., cit., 1992, págs. 357 y 358.

³⁷ Santor Salcedo, H., ob., cit., 2006, pág. 77.

³⁸ Granados Romera, M.I., ob., cit., 2008, págs. 80 y 81.

regulación de los conflictos de trabajo, en los que establecían el procedimiento voluntario (conciliación, mediación y arbitraje) previo al laudo obligatorio para evitar que se exteriorizara el conflicto³⁹.

2.2.3. *Transición y etapa preconstitucional*

Comenzamos esta etapa con la aprobación de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, que dio lugar a mejoras en los derechos de los trabajadores, aunque sólo derogó aspectos parciales de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944⁴⁰.

Es en este periodo en el que se produce la democratización del sistema de las relaciones laborales ya que partiendo del Real Decreto Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo y culminando con la Promulgación de la Constitución y de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto de Libertad Sindical se produjeron cambios muy significativos como fueron el reconocimiento de la libertad sindical, del derecho a la huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo, se restituyó la autonomía colectiva, y además, se le confirió a los agentes sociales y a sus representantes el protagonismo en la fijación de las condiciones de trabajo⁴¹.

2.2.4. *Etapa Constitucional*

Tras la entrada en vigor de la Constitución se planteó la inconstitucionalidad del RDLRT del 1977 ya que planteaba la figura del arbitraje obligatorio y algunos aspectos que parecían no entrar dentro del marco constitucional por lo que fue revisado por el Tribunal Constitucional y en la STC 11/1981 declaraba inconstitucional el arbitraje obligatorio, si no concurrían las circunstancias excepcionales que pudieran justificar la situación que hiciera necesario dicho arbitraje. Además, tras la sentencia se deduce, que el principal medio extrajudicial de resolución de conflictos era la negociación colectiva.

Los aspectos más importantes introducidos por la constitución fueron el reconocimiento del conflicto y la adopción de medidas de conflicto colectivo en general y del derecho de huelga en particular, aún indicando que se debe garantizar el mantenimiento o el funcionamiento de los servicios esenciales, estableciendo una clara diferencia entre la huelga como derecho fundamental y el cierre patronal que se incluye como medida genérica. También se otorga categoría de derecho fundamental a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

Aunque en la Constitución no se hace referencia expresa a los medios de solución extrajudicial de conflictos, la doctrina indica la constitucionalidad de los mismos vinculándolos con la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. Una de las razones se basa en que la ley de libertad sindical da potestad a los sindicatos más representativos para intervenir en los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos de carácter laboral, aspecto que se ha visto potenciado tanto por el Estatuto de los Trabajadores como por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

³⁹ Santor Salcedo, H., ob., cit., 2006, pág. 78.

⁴⁰ Montoya Melgar, A., ob. cit., 1992, págs. 411 y 412.

⁴¹ Santor Salcedo, H., ob., cit., 2006, pág. 78.

3. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN ANDALUCÍA: EL SERCLA

3.1. El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL)

El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, es un órgano de carácter tripartito, formado por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Andalucía (UGT, CCOO, y CEA), así como por la Junta de Andalucía que permanentemente busca el diálogo social en las relaciones laborales y se integra dentro de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio.

El CARL se puso en marcha en virtud de la Ley 4/1983 de 27 de junio del Parlamento de Andalucía, con el objetivo de propiciar la negociación entre sindicatos y empresarios con la participación de la administración. Sus competencias están orientadas a impulsar la negociación colectiva entre los agentes sociales; el tratamiento de las discrepancias por medio de la mediación y el arbitraje en Andalucía mediante el SERCLA; así como el depósito de los convenios colectivos, de los estatutos de los sindicatos y organizaciones empresariales superiores a la provincia y que no superen del territorio de Andalucía y del depósito de las asociaciones profesionales de nuestra comunidad, tiene además una función de formación, divulgación e investigación que tiene por finalidad contribuir a adquirir conocimientos en negociación colectiva y gestión de conflictos.

3.2. El SERCLA: Creación y evolución histórica

El Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (S.E.R.C.L.A) se constituyó el 3 de Abril de 1996 fecha en la que se suscribió el Primer Acuerdo Interprofesional por la Confederación Empresarial de Andalucía y los dos sindicatos mayoritarios (UGT y CC.OO.) en Andalucía. El Gobierno andaluz también ratifica este acuerdo como garante del mismo y para expresar su apoyo y compromiso con el establecimiento y desarrollo del SERCLA.

El reglamento de funcionamiento del SERCLA se desarrolla en mayor detalle mediante otro acuerdo interprofesional suscrito por los mismos agentes colectivos el 11 de Mayo de 1998⁴². El Sistema finalmente comenzó su funcionamiento en enero de 1999⁴³.

El Gobierno andaluz proporciona los medios necesarios para el desarrollo efectivo del sistema, tales como apoyo de personal, técnico y material. Para ello, el sistema está vinculado funcionalmente al CARL.

Las actuaciones del SERCLA mediante mediación y arbitraje pretenden potenciar la autonomía colectiva; favorecer el diálogo y la paz; desbloquear los conflictos mediante la negociación colectiva; reducir el uso de los tribunales y conseguir acuerdos antes de acudir a la huelga⁴⁴.

En 2004 se aprueba el Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía que deroga el Reglamento desarrollado en el Acuerdo Interprofesional de 1998.

Posteriormente, en el Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo de 2005 empiezan a ser competencia del SERCLA también los conflictos individuales, dando respuesta a lo acordado en el V Acuerdo de Concertación Social. Para ello era necesario un reglamento

⁴² Publicado en el BOJA número 147 de 26 de diciembre de 1998.

⁴³ Sepúlveda Gómez, M y Rodríguez Piñero Royo, M., "Balance del sistema extrajudicial de resolución de conflictos de Andalucía (SERCLA)", *Grupo de Investigación PAIDI, ed. Universidad de Sevilla*, 2020, págs. 128, 129 y 130.

⁴⁴ Memoria de actuaciones del CARL 2018 (Informes anuales de negociación colectiva y SERCLA), pág. 72.

que desarrollara los conflictos individuales el cual fue aprobado por el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del SERCLA de 20 de abril de 2005 y además se preveía que la conciliación -mediación del SERCLA sustituyera la conciliación prejudicial que se establece en el artículo 63 LRJS en las materias concretas establecidas⁴⁵.

El 7 de enero de 2015 se firmó el Acuerdo sobre Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía incluyendo en su ámbito funcional tanto a los conflictos colectivos como individuales. En relación con los conflictos colectivos, su contenido coincidía con lo establecido en el ASAC básicamente, Y en relación con los conflictos individuales, la Estipulación Tercera, número 3, indicaba cuando era aplicable⁴⁶.

Posteriormente se firmó el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del SERCLA de 3 de mayo de 2018, en el que se aprobó el Reglamento de funcionamiento y procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía que ha estado en vigor hasta la publicación en el BOJA del 9 de febrero de 2022, del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), suscrito con fecha 25 de enero de 2022.

3.3. El SERCLA en la actualidad

El nuevo Reglamento de 2022 incluye las siguientes modificaciones respecto del anterior:

1. Exclusión de determinados conflictos del Sector Público por no poderse alcanzar acuerdos por establecerlo así normas con rango de ley, en concreto conflictos de trascendencia económica.
2. Obligatoriedad de mediación previa en todas las convocatorias de huelga, debiendo acreditarse, con la comunicación formal de la huelga, que se ha instado la solicitud de mediación en el SERCLA.
3. Incorporación de la mediación en línea junto con la presencial a elección de la parte solicitante a excepción de que la otra parte justifique la carencia de medios tecnológicos con una antelación de, al menos, 24 horas.
4. Presentación telemática preferente, obligatoria para los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con la administración y para el resto de sujetos sí se puede permitir la presentación presencial.
5. Propuesta formal de mediación. Lo que implica que la Comisión de Mediación podrá realizar una propuesta formal, supeditada a la aceptación de las partes. En caso de ser aceptada la propuesta formal de mediación por ambas partes el acto finalizará con el resultado de Con Avenencia.
6. Flexibilización de los plazos en el procedimiento de mediación previo a convocatoria de huelga. Exigiéndose únicamente que la solicitud se efectúe con carácter previo a la fecha límite legalmente prevista para la presentación de la convocatoria de la huelga. Además, iniciada la mediación se permitirá que se desarrolle el tiempo necesario para poner fin a la discrepancia, incluso una vez iniciada la huelga.
7. Ampliación del ámbito competencial en conflictos individuales a cuestiones directamente relacionadas con la pretensión planteada, cuando exista conformidad por parte de las partes para tratar dichas cuestiones e incorporarlas al eventual acuerdo que se alcance.

⁴⁵ Sepúlveda Gómez, M y Rodríguez Piñero Royo, M., ob. cit., 2020, págs. 131 y 132.

⁴⁶ Díaz Anarte, M.T., "La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral", *Temas Laborales* N.º 140, 2017, pág. 393.

4. ÁMBITO FUNCIONAL

4.1. Evolución del ámbito funcional

Como ya se ha mencionado anteriormente, los conflictos colectivos que se pueden someter al SERCLA son los mismo que se encuentran recogidos en el VI ASAC:

- a) Conflictos jurídicos, derivados de la interpretación, aplicación o inaplicación de normas jurídicas, convenios colectivos, pactos, prácticas, acuerdos de empresas o decisiones empresariales de carácter colectivo y cualesquiera otros que pudieran acordarse por la Comisión de Seguimiento en desarrollo del presente reglamento.
- b) Los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos de forma previa al inicio de la vía judicial.
- c) Conflictos de intereses dimanantes de:
 - 1.º Las negociaciones de convenios colectivos, acuerdos o pactos colectivos, incluidos los existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse acuerdo, conforme a lo previsto en el artículo 86.3 de la LET o la negociación en materias concretas, como los diagnósticos y planes de igualdad, la regulación del teletrabajo o cualesquiera otras materias propias de la negociación colectiva que las partes estimen conveniente.
 - 2.º Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40 (movilidad geográfica); 41 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo); 44.9 (sucesión de empresas); 47 (suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor); 51 (despido colectivo); 82.3 (inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable) y la sustitución de los periodos de consulta establecidos en la LET y en el art. 64.5 de la Ley Concursal.
 - 3.º Cualesquiera otros que pudieran acordarse por la Comisión de Seguimiento, en desarrollo del presente reglamento.
- d) Discrepancias en el seno de las comisiones paritarias de los convenios colectivos, con ocasión de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas y siempre que concurren las partes afectadas mencionadas en el apartado 1 de este artículo.
- e) Conflictos que puedan dar lugar a la convocatoria de huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en los supuestos de huelga.

Dentro de los conflictos individuales tenemos:

1. En materia de clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría.
2. En materia de licencias, excedencias, permisos y reducciones de jornadas no vinculados al cuidado de hijos y familiares.
3. En materia de disfrute del periodo de vacaciones, licencias, permisos y reducciones de jornada vinculadas al cuidado de hijos y familiares, así como demás derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
4. En materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

5. En materia de régimen disciplinario laboral de las personas trabajadoras, en los términos previstos en la LET, con excepción de las que lleven aparejada la sanción de despido.
6. En materia de lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas, si su tutela se ejerce conjuntamente con la de alguna de las materias señaladas en los apartados anteriores.
7. Reclamaciones económicas derivadas de las pretensiones relativas a las materias señaladas en los apartados anteriores, siempre que se efectúen conjuntamente con ellas.
8. En el marco de un posible acuerdo sobre algunas de las materias recogidas en los apartados a) al d) y aunque no se haya indicado en la solicitud de mediación, podrán asimismo abordarse las siguientes cuestiones directamente relacionadas con la pretensión planteada, si las partes están conformes en tratar estas cuestiones y en incorporarlas al eventual acuerdo que se alcance.
 - 1.º Reclamaciones de cantidad, compensación de gastos por traslados aceptados como opción por la persona trabajadora y gastos de viaje y dietas en el caso de desplazamientos temporales, derivadas directamente de solicitudes en materia de clasificación profesional, movilidad funcional, trabajos de superior categoría y movilidad geográfica.
 - 2.º Reclamaciones de ascenso o cobertura de vacantes derivadas directamente de solicitudes en materia de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por periodos temporales superiores a los previstos legal o convencionalmente.
 - 3.º Derechos preferentes de ocupación de otro puesto de trabajo en el caso de traslados aceptados para personas trabajadoras víctimas de violencia de género, víctimas del terrorismo o con discapacidad y derechos prioritarios de permanencia en el puesto de trabajo para los representantes legales de los trabajadores u otros colectivos determinados convencionalmente, conforme a lo dispuesto en la LET, derivadas directamente de solicitudes de movilidad geográfica.
 - 4.º Extinciones del contrato por voluntad de la persona trabajadora y aceptadas por la empresa y fijación de la indemnización correspondiente en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y en el supuesto de traslados no aceptados por la parte trabajadora.

4.2. Análisis cuantitativo

Del análisis de la tabla 1 podemos observar que desde 2004 se han producido variaciones significativas en cuanto al número de expedientes tramitados comenzando con un aumento paulatino de los casos teniendo su máxima expresión en el año 2010 seguido del 2013, a partir del cual se produce un descenso brusco de los mismos durante los años 2014 y 2017 con un pequeño repunte en el año 2016. Nuevamente se eleva el número en los años 2018 y 2019 con una brusca caída en el año 2020 quizás producida por el cierre de toda actividad no esencial durante la pandemia por covid19, para volver a subir en 2021 aunque manteniéndose en niveles inferiores a todos los anteriores desde 2008.

Otro detalle significativo es que sumando los expedientes de Cádiz, Málaga y Sevilla tenemos más del 50% del total de cada año.

Tabla 1. Número de expedientes por ámbito territorial.

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Almería	38	36	48	36	50	87	80	75	76	75	82	58	65	67	108	60	66
Cádiz	120	118	105	94	178	177	206	177	184	129	128	146	98	128	144	105	85
Córdoba	48	33	59	37	38	57	70	86	76	62	68	84	58	55	59	50	63
Granada	60	49	65	64	104	117	109	112	108	96	76	81	85	81	87	48	70
Huelva	23	37	41	57	60	105	100	70	70	56	48	47	54	69	50	57	94
Jaen	35	56	37	41	51	54	50	64	59	58	59	56	54	58	62	42	33
Málaga	142	128	142	146	183	185	255	271	239	150	145	159	156	158	160	129	160
Sevilla	174	152	200	214	236	184	213	192	277	226	209	217	226	241	191	163	211
Interprovinciales	21	15	17	24	44	22	45	32	34	28	41	42	45	53	73	44	33
Total	661	624	714	713	944	988	1128	1079	1123	880	856	890	841	910	934	698	815

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos de las memorias de actuación disponibles en la web del CARL.

En la tabla siguiente hemos indicado el número de expedientes que han sido tramitados de forma efectiva y los que no han sido tramitados. Y a continuación se indica el número de expedientes tramitados que han finalizado con avenencia o sin ella.

Lo más destacado es que el número de expedientes tramitados efectivamente siempre es más elevado que los expedientes que no lo son, y dentro del grupo de los primeros el número de los que terminan con avenencia es superior a los que terminan sin avenencia en los primeros años analizados (desde 2004 hasta 2008), sin embargo a partir de 2009 se invierte la situación siendo superior el número de los que finalizan sin avenencia lo que parece indicar que se sigue utilizando el SERCLA únicamente para poder ir a juicio.

Como dato curioso se ha señalado en el año 2013 el número de expedientes finalizados con avenencia por representar el valor más elevado de toda la serie, sin embargo sigue siendo inferior al número de los que han finalizado sin avenencia.

Tabla 2. Número de expedientes en función de la efectividad de la tramitación.

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Tramitación no efectiva	154	121	179	170	215	255	296	191	180	140	207	200	224	194	280	251	186
Tramitación efectiva	507	503	535	542	729	733	832	888	943	740	649	690	617	716	654	447	629
Total	661	624	714	712	944	988	1128	1079	1123	880	856	890	841	910	934	698	815
Con Avenencia	274	258	286	282	375	351	404	394	450	318	257	268	242	282	250	132	221
Sin Avenencia	231	239	247	258	343	373	413	490	486	395	391	402	375	413	404	315	408

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos de las memorias de actuación disponibles en la web del CARL.

A continuación veremos el número de expedientes en función del tipo de procedimiento, distinguiendo entre Previo a la Vía Judicial, Previo a la Huelga Conflicto de Intereses, Arbitraje y los relativos a los Servicios de Seguridad y Mantenimiento.

Hay que destacar que a lo largo de los años el mayor número de expedientes siempre es el correspondiente a los previos a la vía judicial, seguidos de los previos a la convocatoria de huelga y los de conflictos de intereses, siendo casi anecdóticos los relacionados con arbitrajes y Servicios de Seguridad y Mantenimiento.

Sin embargo en la tabla siguiente se observa que la efectividad entendida como alcanzar un acuerdo es muy superior en los casos de huelga y servicios de seguridad y mantenimiento mientras que en el caso de los previos a vía judicial no alcanzan el 30% de efectividad, esto nos da a entender que se utiliza este sistema no con una verdadera

intención de alcanzar algún acuerdo que acabe con el conflicto sino como un mero trámite a cumplir antes de ir a juicio.

Tabla 3. Número de expedientes en función del tipo de procedimiento.

	Previo Via Judicial	Previo Huelga	Conflicto de intereses	Arbitraje	Servicios de Seg. y Mant.	TOTAL
2004	346	249	61	4	1	661
2005	345	231	40	8		624
2006	425	237	48	2		712
2007	434	222	54	1	2	713
2008	525	326	88	5		944
2009	581	299	99	9		988
2010	667	392	62	3	4	1128
2012	593	412	64	5	5	1079
2013	629	349	134	5	6	1123
2014	542	246	92			880
2015	549	194	113			856
2016	560	223	107			890
2017	556	192	93			841
2018	570	235	105			910
2019	640	201	93			934
2020	523	128	47			698
2021	595	151	69			815

Fuente: elaboración propia a partir de los datos obtenidos de las memorias de actuación disponibles en la web del CARL.

4.3. Resumen del año 2022

A continuación vamos a analizar estos mismos datos para el año 2022⁴⁷, hay que tener en cuenta que con fecha 1 de marzo de 2022 entró en vigor el nuevo Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía que, entre otras novedades incorpora la preceptividad de la comparecencia a la mediación en los casos de los conflictos previos a la huelga.

El total de expedientes de conflicto colectivo registrados en el SERCLA en el año 2022 fueron 839 lo que representa un ligero aumento respecto a los registrados en 2021 que fueron 815. El total de empresas afectadas por esos expedientes asciende a 53.084, siendo el número de trabajadores 509.634.

En la tabla siguiente podemos ver la distribución de los expedientes por cada una de las sedes en las que se han incluido tanto Algeciras como Jerez de la Frontera.

⁴⁷ CARL, *Memoria de actuaciones 2022 del CARL. Informes anuales de Negociación Colectiva y SERCLA*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, mayo de 2023.

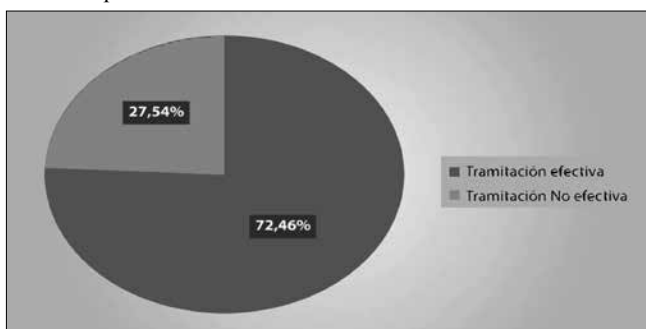
Tabla 4. Número total de expedientes por sedes.

ÁMBITO	EXPEDIENTES
Almería	70
Algeciras	52
Cádiz	90
Jerez de la Frontera	22
Córdoba	53
Granada	72
Huelva	69
Jaen	44
Málaga	147
Sevilla	188
Interprovinciales	32
TOTAL	839

Fuente: Memoria de actuaciones del CARL 2022. Pág. 66

Al igual que en años anteriores el mayor número de expedientes se concentra entre Málaga, Cádiz (y las sedes de su provincia) y Sevilla ya que entre ellas alcanzan casi el 59,5% del total de expedientes.

Gráfico 1: Número de expedientes en función de la efectividad de la tramitación.



Fuente: Memoria de actuaciones del CARL 2022. Pág. 67.

Respecto a las tramitaciones efectivas, tal como se puede ver en el gráfico 1, representan un 72,46% del total de procedimientos promovidos lo que supone una cantidad de 608 expedientes, lo que indica que se mantiene la alta tasa de efectividad que ya se observaba en los años anteriores. En el siguiente gráfico se puede ver claramente como representan casi las $\frac{3}{4}$ partes del total.

De los 608 expedientes con tramitación efectiva el número de los que han terminado con avenencia es de 207, lo que representa el 34,16% respecto del total de expedientes con tramitación efectiva. Siendo por tanto un total de 401 expedientes los que no han llegado a tramitarse tal como se puede ver en el gráfico 2.

Gráfico 2: Número de expedientes en función del resultado de la tramitación efectiva.

Fuente: Memoria de actuaciones del CARL 2022. Pág. 67.

Para terminar debemos indicar que, en función de las modalidades procedimentales se mantienen en primer lugar los conflictos previos a la vía judicial con un 54,60% del total (458 expedientes), seguido de los conflictos de intereses y de bloqueos de negociación con un 23,53% (198) y en tercer lugar tenemos los conflictos previos a convocatorias de huelgas con un 21,87% (183). Mientras que analizando los resultados con acuerdo según las modalidades anteriores observamos que se mantiene la tendencia de años anteriores siendo los conflictos previos a la huelga los que tienen un mayor porcentaje de acuerdos (57,89%) seguido de los conflictos de intereses (23,19%) y en último lugar tendríamos a los previos a la vía judicial con un 21,87%. Estos resultados vuelven a remarcar que en el caso de los previos a la vía judicial se realizan como si fuera un mero trámite a cumplir para poder llegar al juicio pero no existe una verdadera voluntad de llegar a acuerdos para terminar el conflicto.

Es llamativo que habiéndose incluido la modificación para hacer preceptiva la mediación previa a la convocatoria de huelga el número de estos conflictos sea inferior al de los conflictos de intereses.

5. CONCLUSIONES

Tras el recorrido realizado por la historia de los medios de solución extrajudicial podemos concluir que estos han estado presentes en nuestra sociedad con más o menos regulación y aceptación por parte de los implicados y que, frecuentemente se han planteado como una forma de aligerar la carga de los tribunales de justicia y de acelerar los procedimientos para llegar a acuerdos ya que estos están regulados para que una de sus características sea la celeridad.

No se ha comentado anteriormente pero hay que indicar que los servicios que presta el SERCLA se rigen por los principios de oralidad, imparcialidad, gratuidad, celeridad e inmediatez lo que aporta ventajas con respecto a la vía judicial, además si el acuerdo se alcanza en mediación existe mayor probabilidad de que se mantenga en el tiempo ya que al no ser impuesto por un tercero las partes se responsabilizan de mantener el acuerdo.

Sería necesario incidir más en los expedientes de conflictos previos a la vía judicial para intentar aumentar el número de trámites que terminen con avenencia ya que de esa forma sí se produciría un aligeramiento de la carga de los tribunales y se iría creando conciencia en las partes de que este servicio es realmente útil para la resolución de conflictos.

Consideramos que es necesaria más formación y publicidad de la labor que realiza el CARL, y de los sistemas que se incluyen en el SERCLA, no sólo en los ambientes universitarios sino de cara a todos los profesionales e incluso de los trabajadores ya sea a través de cursos o jornadas con las asociaciones empresariales y los sindicatos o directamente a los trabajadores y empresarios, de esta forma se empezarían a ver estos procedimientos no ya como medios de solución una vez que el conflicto se ha manifestado sino como medida de prevención antes de que esto ocurra, en el sentido de la última modificación incluida respecto a la huelga donde antes de convocarla hay que solicitar la intervención de los mediadores y de esta manera se puede prevenir y alcanzar un acuerdo antes de que se lleve a cabo la huelga con los costes que supone esta institución para ambas partes del conflicto. También se podría utilizar la mediación con carácter preventivo en el caso de los periodos de consultas previstos en los artículos 40, 41, 44.9, 47, 51, 82.3 ET y en la sustitución de los periodos de consulta establecidos en la LET y en el art. 64.5 de la Ley Concursal antes de que surja el conflicto.

6. BIBLIOGRAFÍA

Blázquez Agudo, E.M., *La resolución de los conflictos laborales a través de la mediación y los derechos colaborativos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

CARL, *Memoria de actuaciones 2022 del CARL. Informes anuales de Negociación Colectiva y SERCLA*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, mayo de 2023.

Consejo Económico y Social, “Dos décadas de solución autónoma de los conflictos laborales”, *Cauces: Cuadernos del Consejo Económico y Social*, núm. 31, 2016, págs. 29-39.

De Dreu, C.K.W. y Van de Vliert, E., *Using conflict in organizations*. London: Sage, 1997.

Del Rey Guanter, S., *La Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 1992.

Giebels, G. y Janssen, O., “Conflict stress and reduced well-being at work: The buffering effect of third-party help.” *European Journal of Work and Organizational Psychology*, núm. 14 (2), 2005, págs. 137 - 155.

Granados Romera, M.I. “Tesis: La Solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos”, Granada, 2008.

Hinojosa Segovia, R, *Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos*, Universidad Ramón Areces, Madrid, 2006.

Marín Marín, J., *Orígenes de las Magistraturas de Trabajo en España. Especial referencia a su implantación en Murcia (1939-1940)*, Universidad de Murcia, 2015.

Merchán Álvarez, A., *El arbitraje estudio histórico Jurídico*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1981.

Merchán Álvarez, A., “La Jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”, *Revista de Derecho Judicial*, N.º. 15, 1988, págs. 127-144.

Montoya Melgar, A., *Ideología y Lenguaje en las leyes laborales de España: La Dictadura de Primo de Rivera* (Discurso leído en la solemne apertura del curso académico), Murcia: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980.

Montoya Melgar, A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid: Civitas, 1992.

Munduate, L., Ganaza, J., Peiró, J.M., y Euwema, M., "Patterns of styles in conflict management and effectiveness", *International Journal of Conflict Management*, núm. 10, 1999, págs. 5-24.

Munduate Jaca, M.L. y Martínez Riquelme, J.M., *Conflicto y Negociación*. Pirámide. Madrid, 2003, 2ªedn.

Pedraz Penalva, F., *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

Rodríguez Fernández, M.L., "Conciliación y mediación en los conflictos colectivos laborales: Un análisis a través del estudio de los laudos", *Temas Laborales*, N.º 70, 2003.

Rubin, J.Z., Pruitt, D.G. y Kim, S.H., *Social conflict: escalation, stalemate, and settlement*. New York: McGraw-Hill, 1994.

Sepúlveda Gómez, M y Rodríguez Piñero Royo, M., "Balance del sistema extrajudicial de resolución de conflictos de Andalucía (SERCLA)", *Grupo de Investigación PAIDI, ed. Universidad de Sevilla*, 2020.

Santor Salcedo, H, *La mediación en los conflictos de trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico*, Zaragoza: La ley, 2006.

Wall, J.A., Stark, J.B., y Standifer, R.L., "Mediation: a current review and theory development." *Journal of Conflict Resolution*, núm. 45(3), 2001, 370-391.

AMPLIANDO EL FOCO DE LAS MEDIDAS DE CONFLICTO: DE LAS PLATAFORMAS A LA GRAN DIMISIÓN

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
mrodriguez7@us.es*

SUMARIO:

En esta ponencia específica se estudiarán, desde la perspectiva de las medidas de conflicto colectivo, determinadas experiencias que se están produciendo en los mercados de trabajo contemporáneos, para ofrecer una nueva lectura del papel de los instrumentos de presión y de las estrategias de los actores sociales. En concreto, la actuación de las plataformas de reparto de comida ante la aprobación de la Ley Rider; el uso de las cooperativas como una alternativa para trabajadores en sectores con conflictividad laboral; y la renuncia de los trabajadores a sus puestos de trabajo en algunos sectores como reacción frente a condiciones de trabajo inadecuadas. A partir de estas experiencias se reflexionará sobre las nuevas posibilidades de actuación en los sistemas de relaciones laborales contemporáneos, identificando pautas comunes y señalando potenciales líneas de evolución futuras.

* Este capítulo es un resultado científico del Proyecto PID 2022 - 141201OB, TRABEXIT, de la convocatoria de ayudas del Ministerio de Ciencia e Innovación para proyectos de generación de conocimiento 2022, del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

1. PRESENTACIÓN

Este trabajo se presenta como ponencia específica a una general “Las medidas de conflicto colectivo en el nuevo entorno económico y social”, y tiene como objetivo analizar experiencias concretas de conflictos laborales, para poner de manifiesto las nuevas tendencias en este campo.

Este trabajo tiene su origen en una línea de investigación comenzada hace varios años, en el marco de sucesivos proyectos, sobre el trabajo en plataformas¹. Junto al estudio de los aspectos jurídicos se realizó otro de la realidad de este sector económico, de la experiencia real de unas empresas y unos trabajadores en un contexto de fuerte conflictividad laboral. Pues desde la aparición de las empresas de plataforma ha habido conflictos más allá del tradicional de intereses que existe en toda prestación de trabajo asalariado. Estas disputas, propias de este sector, han tenido que ver con la calificación jurídica de los servicios que los repartidores las prestaban y con las condiciones económicas y laborales que se reconocían a éstos, estando ambas cuestiones fuertemente vinculadas². Pues bien, la experiencia española, en línea con lo acaecido en otros países, es la de un conflicto que ha acabado por condicionar su desarrollo, provocando incluso cambios normativos³. En éste hemos encontrado medidas de presión tradicionales junto a otras más originales; y se ha detectado también un activismo de la parte empresarial que no es común en nuestras relaciones laborales. De ahí que lo considerara un tema de estudio idóneo para estas jornadas⁴.

Junto al estudio de este sector, basado en investigaciones ya concluidas, se presenta en esta subponencia específica un nuevo proyecto, recién aprobado, dedicado a la renuncia de los trabajadores a sus puestos de trabajo en algunos sectores como reacción frente a condiciones de trabajo inadecuadas. Este fenómeno puede analizarse también en términos de conflicto industrial, por lo que se pensó que encajaba también en esta ponencia específica.

La hipótesis de partida es que están apareciendo nuevas medidas de presión en el marco de los conflictos colectivos, y que el sector del reparto de alimentos a domicilio es un verdadero laboratorio de ideas y prácticas originales, que seguramente se extenderán a otras actividades.

Una segunda hipótesis es que entre los factores que están haciendo surgir estas nuevas formas de conflicto colectivo se encuentra la tecnología, que ha facilitado la acción tanto de las empresas como de las personas trabajadores y de sus organizaciones.

En este trabajo se contemplan las medidas de conflicto colectivo adoptadas en este sector no desde una perspectiva jurídica, sino siguiendo un análisis más sociológico y de relaciones industriales. Esto ha sido posible gracias a trabajos previos en los que se ha

¹ El primero de ellos, el que dio origen a esta línea de investigación, fue el titulado Der 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”.

² J.M. SERRANO GARCÍA, “La “uberización” del trabajo: una forma más de violencia laboral”, en L. SERRANI & L. MELLA MENÉNDEZ (coord.), “Los actuales cambios sociales y laborales : nuevos retos para el mundo del trabajo (I). Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo: (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)”, Peter Lang, Berlín, 2017, pg.209; véase también G.C. LEÓN ORDÓÑEZ, “Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa”, en TODOLÍ SIGNES & HERNÁNDEZ-BEJARANO (dirs.), “Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado”, Aranzadi, Pamplona cit., pg. 105.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo en plataformas digitales y regulación: ¿una respuesta colectiva?”, en AA.VV., “Cambiano la forma de trabajar y de vivir: de las plataformas a la economía colaborativa real”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

⁴ Existen ya numerosos trabajos desde esta perspectiva; entre otros, J. M. GOERLICH PESET, “Economía digital y acción sindical”, en TODOLÍ SIGNES & HERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), “Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado”, Aranzadi, Pamplona, 2018.

estudiado la realidad del sector y la visión de los distintos operadores⁵. Este enfoque es coherente con unas Jornadas como ésta, que no son sólo de Derecho del Trabajo sino que lo son, siempre lo han sido, también de relaciones laborales.

2. LAS PLATAFORMAS COMO ACTORES COLECTIVOS

2.1. Las plataformas como sujetos activos en las relaciones laborales

Cuando se habla de medidas de presión en el marco de conflictos colectivos solemos pensar en los trabajadores y sus organizaciones como protagonistas de éstas, actuando de acuerdo con sus propias estrategias utilizando unas prácticas bastante consolidadas. A pesar de que el artículo 37 de la Constitución reconoce “el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo”, en las relaciones laborales españolas éstos últimos han tenido tradicionalmente muy poco protagonismo. Ni el marco normativo ni la jurisprudencia constitucional les han dejado tampoco mucho espacio para adoptar un papel activo en los conflictos en los que son partes. Incluso las medidas de presión amparadas en la libertad de expresión, en el marco de situaciones conflictivas, se han visto limitadas⁶. Esto no quiere decir que no sean activos en las disputas laborales, sino que su papel en muchos casos más bien defensivo y reactivo, sin tomar ellos mismos la iniciativa. O que sus medidas de presión se producen en aquellos ámbitos en los que tienen mayor capacidad de influencia, como el sistema político, acudiendo al Gobierno directamente (cuando sus dimensiones así lo permiten) o a través de sus asociaciones representativas. El uso con estas finalidades de sus poderes directivos genera siempre el riesgo de la declaración de antisindicalidad, lo que explica que las empresas no hayan sido especialmente activas en las luchas laborales.

Con las plataformas de delivery nada de esto ha ocurrido en España. Antes bien, y por el contrario estas empresas han demostrado un activismo en las relaciones laborales sin precedentes, tomando la iniciativa y recurriendo a instrumentos de presión poco conocidos en nuestro país, o abandonados hace años⁷.

Su fortaleza financiera, al tener un importante apoyo de inversores, y su estructura multinacional les ha permitido defender sus posiciones, en particular su modelo de negocio (basado en el empleo de mano de obra autónoma) a toda costa y con todos los medios disponibles. Un estudio de la experiencia del sector en nuestro país nos enseña la utilización de numerosas técnicas para apoyar sus posiciones, como el lobby, los grupos de presión, las campañas políticas y de opinión, amenazas abiertas a gobiernos y sindicatos, o la promoción de estudios que se alinean con sus pretensiones y apoyan su visión sobre el negocio.

En esta actuación no sólo han puesto de manifiesto su fortaleza y decisión, sino también su capacidad de adaptación, haciendo de éstas una buena muestra de lo que se conoce como “empresa líquida”. En nuestro mercado comenzaron considerando que sus servicios eran prácticamente una actividad no económica, luego pasaron a contratar

⁵ En el marco del trabajo “Analysing the impacts of legislative measures introduced to protect workers on digital labour platforms in Spain”, desarrollado dentro del proyecto de la Organización Internacional del Trabajo “Enhancing labour standards and protection measures for platform workers”, puesto en práctica por las profesoras Emilia Castellano Burguillo y María Luisa Pérez Guerrero, de la Universidad de Huelva, y yo mismo.

⁶ Sobre estos espacios para las medidas de presión de los empleadores véase F.J. CALVO GALLEGO, “Las comunicaciones empresariales a la plantilla en situaciones de conflicto”, *Revista española de derecho del trabajo*, n.º. 199, 2017, págs. 23-74.

⁷ He estudiado esta cuestión en detalle en mi trabajo “La Ley Rider dos años después: enseñanzas de una experiencia particular”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, N.º. 7, 2023, págs. 13-35.

a su personal mediante arrendamiento de servicios, como autónomos ordinarios; posteriormente optaron por entender que eran TRADES; tras la Ley Rider modificaron sus modelos de contrato para desactivar su presunción de laboralidad; cuando consideraron que el uso de trabajo autónomo era demasiado arriesgado recurrieron a la subcontratación con empresas de transporte; para defender, finalmente, un modelo en el que es el propio repartidor el que elige la naturaleza del contrato mediante el que quiere vincularse.

Esto no ha sido un fenómeno exclusivo de España, sino que lo mismo ha podido decirse de las plataformas de delivery en otros países. Tampoco lo ha sido de esta actividad, ya que otros tipos de empresas de plataformas, como las del transporte de pasajeros, han demostrado una misma combatividad.

2.2. Conflictos de representación

Dentro de la tipología de los conflictos colectivos, desde el punto de vista de los motivos que lo generan, existe uno que fue muy importante en los primeros años de las relaciones laborales: los conflictos de representación. Estos conflictos presentan, a su vez, distintas modalidades.

Uno de ellos es cuando una de las partes, generalmente la empresa, se niega a reconocer como interlocutor a la otra, rechazando su legitimidad para actuar en nombre de sus representados. Estas situaciones no son comunes en los sistemas avanzados de relaciones laborales, dado que la madurez del sistema lleva a la aceptación prácticamente automática de las organizaciones ya conocidas, y a disponer de un marco normativo que impone a las empresas el reconocimiento de los sujetos representativos de los empleados, cuando se cumplen determinados requisitos fijados en la ley.

Uno de estos supuestos se produjo en el sector que estudiamos, cuando alguna plataforma se negó a iniciar negociaciones con representantes de sus empleados, precisamente por no reconocerlos como tales, rechazando su obligación de negociar con éstos. Fue éste uno de los primeros conflictos que afectó al colectivo, produciéndose incluso represalias contra los trabajadores más señalados por su activismo sindical.

Existe una segunda forma de conflicto de representación, que se genera internamente en cada uno de los dos “bancos”, cuando varias organizaciones compiten por ostentar la representación de cada una de las partes en negociación o conflicto⁸. También el Derecho Sindical se ha ocupado de evitarlos, al reconocer el derecho a la presencia de determinadas organizaciones que cumplan con las exigencias de representatividad previamente establecidas⁹. Por lo general se trata de situaciones reguladas, por lo que se traducen en conflictos jurídicos que se solucionan mediante la aplicación de la regulación correspondiente.

En el sector del delivery se ha producido una clara situación de este tipo, en el desarrollo del diálogo social que llevó a la firma del acuerdo que estuvo en la base de la Ley 12/2021. Como se sabe, este acuerdo fue uno más de la serie de mesas de diálogo establecidas por los interlocutores sociales estatales durante los años 2021 y 2022, que se tradujeron en importantes acuerdos en distintas materias. La estrategia del Gobierno de coalición se basó en atribuir a confederaciones sindicales y empresariales la responsabilidad de diseñar las normas más importantes de la legislatura, incluyendo la

⁸ Esto es común en sistemas caracterizados por la pluralidad sindical o por un asociacionismo empresarial dividido.

⁹ En España esta segunda modalidad es algo frecuente. Tenemos algunos ejemplos en sectores concretos de la economía, en los que se han constituido distintos sujetos representativos (como en la construcción en algunas provincias, o el fútbol profesional femenino), pero es más común que se trate de situaciones en las que se excluye a determinada organización sindical del diálogo social o de algún órgano de participación institucional.

conocida como reforma laboral de 2021. Pues bien, ante la voluntad del Gobierno y de sus socios de afrontar la cuestión de los repartidores mediante una legislación específica (que se había intentado sin éxito durante el último Gobierno del Partido Popular), se optó por proponer la constitución de una mesa monográfica sobre esta cuestión.

Lo cierto es que la Ley Rider se diferenciaba de otras iniciativas regulatorias de este periodo en cuanto que, al menos en una de sus partes, se trata de una norma claramente sectorial, de aplicación exclusiva a una actividad económica concreta, y a un pequeño número de empresas. Así ocurre con la presunción de laboralidad, que aplica a *“la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”*. Su misma denominación apunta en esta dirección, ya que se trata de una ley *“para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”*¹⁰.

A pesar de este carácter sectorial, la mesa de negociación se constituyó con organizaciones sindicales y empresariales estatales, las mismas que habían venido participando en los procesos anteriores y coetáneos de diálogo social. Es cierto que, precisamente por su carácter estatal, ostentaban la representación de empresas y trabajadores de este sector, como del resto de la economía. Pero en este caso particular algunas plataformas no se sintieron adecuadamente representadas por sus organizaciones, a las que acusaron de no defender adecuadamente sus intereses en esta mesa particular. En la terminología norteamericana, habrían faltado a su deber de representación justa e imparcial (*“duty of fair representation”*), por no defender adecuadamente los intereses de sus representados en el proceso de negociación¹¹. La acusación se basa en, entre otros, dos argumentos. El primero es que la CEOE habría preferido ofrecer poca resistencia en la defensa de la posición de las plataformas (la validez de su modelo de contratación de los riders como trabajadores por cuenta propia), para obtener a cambio concesiones en otros acuerdos que se negociaban a la vez; habría habido, de acuerdo con esta visión, una cesión en esta mesa, sacrificando a las empresas de delivery digitalizado en beneficio de otras de otros sectores. Un segundo argumento es que la CEOE no prestó la suficiente atención a la cuestión del deber de información sobre el uso de algoritmos porque en aquel momento se percibía que esto no era una cuestión relevante, que preocupara a sus asociados. Lo que le habría llevado a aceptar las exigencias sindicales sin mucha resistencia. Cuando para las empresas que nos ocupan ha sido ésta una cuestión capital desde un primer momento, al ser un elemento estratégico de su modelo de negocio que no querían en modo alguno desvelar.

Este conflicto de representación tuvo sus consecuencias, ya que algunas plataformas abandonaron la CEOE, en medio de acusaciones públicas. También hubo alguna organización territorial miembro de esta confederación que expresó su oposición al acuerdo, negándose a aprobarlo.

¹⁰ La parte de la norma dedicada a la gestión algorítmica sí resultaba de aplicación a todas las empresas de cierta dimensión, con independencia del sector en el que operan.

¹¹ Según la Oficina Nacional de Relaciones Laborales (NLRB), este deber supone que *“the union has the duty to represent all employees - whether members of the union or not-fairly, in good faith, and without discrimination”*. <https://www.nlr.gov/about-nlr/rights-we-protect/the-law/employees/right-to-fair-representation>, visitado el 15 de octubre de 2023.

2.3. La pugna con los sindicatos

En los estudios de relaciones laborales suelen diferenciarse distintas estrategias de actuación contra los sindicatos, en aquellos sistemas en los que este tipo de prácticas resultan legamente posibles¹². Una de ellas, la más tradicional y la primera que aparece históricamente, es la de “resistencia al sindicato” (“unión resistance”), entendida como la lucha abierta contra la presencia de una organización sindical en la empresa, o contra su actividad en ésta. Es una estrategia que puede utilizarse en distintos contextos de conflicto laboral, tanto de reconocimiento como de negociación. En los Estados Unidos estas prácticas incluyen todas las actuaciones llevadas a cabo durante los procesos de certificación del sindicato mediante elecciones, para promover un resultado contrario a ésta, en lo que sería un conflicto de reconocimiento. En la Europa continental el espacio para esta resistencia es mucho más limitado, dada la presencia de marcos regulatorios que defienden la representación y acción sindical, tutelando a los trabajadores y sus organizaciones frente a discriminaciones y represalias. Aun así, hay empresas que recurren a ella en la medida de lo posible, generando en muchas ocasiones riesgos jurídicos, incluso penales.

El sector de las plataformas ha vivido distintos episodios de resistencia a la organización de sus empleados, negándose en un primer momento a reconocerlos como interlocutores válidos, y posteriormente evitando su presencia en sus organizaciones. Las denuncias de discriminación por motivos sindicales fueron frecuentes, con trabajadores acusando a sus empleadoras de penalizarles por su activismo de distintas maneras. Esto ha dado lugar a sanciones y a pronunciamientos judiciales de nulidad de despido.

Pero junto a la resistencia sindical existen otras estrategias que pretenden el mismo objetivo, impedir la organización y actuación colectiva de los empleados, por otros medios menos agresivos y arriesgados. Se trata de lo que se conoce como “evitación” o “evasión” del sindicato (“unión avoidance”). En este tipo de actuaciones se intenta que los trabajadores no perciban la necesidad de la presencia de estas organizaciones en la empresa, porque su función de mejorar las condiciones económicas y de trabajo se logra por otras vías. Esta estrategia se caracteriza por la actuación unilateral de la empresa, identificando las prioridades de su plantilla y dándoles satisfacción *motu proprio*. A veces, generando canales de representación y espacios de negociación alternativos, que pueden llegar incluso a la constitución de sindicatos amarillos o de políticas de responsabilidad social corporativa mal entendidas.

En nuestra experiencia con las plataformas hemos encontrado pruebas de esta estrategia en algunas de éstas. Esto resulta comprensible, si se considera la naturaleza del principal conflicto que estas empresas tenían con su plantilla y con los sindicatos, la determinación de la naturaleza jurídica de la relación de servicios entre riders y plataformas de delivery. El reconocimiento de la laboralidad se convirtió en el instrumento para lograr una mejora de la calidad del empleo de estas personas, que dejarían de ser microempresarios para pasar a ser tratados como asalariados, con todas las ventajas que ello supone. Existían incentivos objetivos para luchar por esta condición, lo que suponía en muchos casos dar apoyo a las organizaciones que vertebraban estas reivindicaciones.

La estrategia empresarial frente a éstas consistió en ofrecer a los riders alternativas a la laboralización que les permitieran una mejora de su estatus y de sus condiciones sin llegar a ser reconocidos como trabajadores. Para ponerla en práctica se acudió a la figura del TRADE, que se ofreció como un cauce idóneo para garantizar un marco económico

¹² Según el clásico trabajo de KOCHAN & KATZ, “*Collective Bargaining & Industrial Relations*”, Irwin, Homewood, 1988.

y contractual adecuado. También se les facilitaron las cargas administrativas ligadas a esta condición, ya que las mismas plataformas ofrecían a los autónomos el contacto con gestorías que les ayudarían a cumplir con todas las obligaciones fiscales y de seguridad social anudadas a esta condición. De la misma manera, se les ofrecían facilidades en la contratación de los seguros necesarios para su actividad.

El objetivo final era que el estatuto de autónomo no les resultara tan gravoso. A ello se unía el sistema de asignación de pedidos, que permitía ingresos más elevados si se trabajaban más horas de lo que un contrato de trabajo permitiría, y si se estaba de alta en la aplicación de varias de estas entidades, elementos ambos más fáciles cuando se trabaja por cuenta propia.

Estas mejoras individuales fueron acompañadas de la previsión de mecanismos alternativos a los sindicatos, mediante el reconocimiento de la representación de sus empleados a asociaciones profesionales de repartidores autónomos, como la Asociación Española de Riders (ASO) o la Asociación Autónoma de Riders (AAR). El paso siguiente para reconocer la legitimidad de estos sujetos colectivos, y también para acentuar que los sindicatos no eran necesarios, fue establecer con aquéllos relaciones de negociación colectiva.

El primer acuerdo de interés profesional de este sector se firmó en 2018 entre ASO y Deliveroo. Se trata de un documento sobre todo defensivo, que más que ser un instrumento para mejorar las condiciones de trabajo y lograr un equilibrio de poder entre la plataforma y los trabajadores, funcionó sobre todo como instrumento para evitar la aplicación de los convenios colectivos. La idea era demostrar que existía una alternativa a los sindicatos y a la acción sindical, manteniendo el estatus de no asalariados y garantizando algunas ventajas para estos trabajadores.

Pronto fue seguido por otros varios en otras empresas, convirtiéndose en un elemento central en la estrategia de defensa de éstas frente a las reclamaciones de laboralidad. La utilización de estos acuerdos tiene la ventaja de que resulta coherente con el modelo respaldado por plataformas de servicios digitales similares: los repartidores no son trabajadores dependientes, sino TRADEs; las plataformas no son sus empleadores, y por lo tanto no deben asumir los deberes y responsabilidades inherentes a este estatus. Además, contaban con el apoyo de numerosos riders, que preferían mantener su estatus como trabajadores por cuenta propia que les aseguraba mayores ingresos. Detrás de estas asociaciones había colectivos reales de personas que defendían el mismo modelo que las plataformas propugnaban.

Es en el marco de estas estrategias de evitación de los sindicatos que deben entenderse otros documentos elaborados por entidades de este sector, que buscaban mejorar el trato que recibían las personas que trabajaban en éste sin tener que recurrir a la laboralización. Me refiero a documentos como el Código de Buenas Prácticas elaborado por Sharing España; el “Código de Buenas Prácticas para las plataformas digitales” de 2018, y el “Manifiesto por un trabajo inteligente, innovador y de calidad” de ADIGITAL.

2.4. La pugna con las autoridades

Los empleadores procuran obtener el apoyo de las autoridades para sus reivindicaciones, también en contextos de conflictos colectivos. En el caso que estudiamos el papel de éstas ha sido muy relevante, apoyando las pretensiones de los trabajadores y haciéndose eco de las propuestas de reforma del marco regulador de esta actividad. Como consecuencia de este protagonismo de las autoridades el activismo de las plataformas al que se ha hecho referencia se ha producido también frente a éstas, adoptando iniciativas de todo tipo.

Los instrumentos de presión de las empresas en estos espacios son bien conocidos, y se han puesto en práctica de manera intensa: generación de opinión mediante informes, estudios, control de los medios de comunicación y jornadas, de un lado; intentos de influencia directa mediante técnicas de lobby, por otro. Estas últimas están siendo especialmente intensas y efectivas en el ámbito unioneuropeo, ya que la actuación de las organizaciones de plataformas ha sido capaz de retrasar la aprobación de la directiva sobre su actividad.

Los partidos políticos también se han posicionado en este debate, y algunos con representación parlamentaria apoyaron durante la tramitación de la Ley 12/2021 el modelo de contratación defendido por las empresas, basado en la “libertad de elegir” el tipo de vinculación que se quisiera tener con éstas, bien como autónomos, bien como trabajadores asalariados¹³. También presentaron sendos recursos de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, que aplicó lo acordado por los interlocutores sociales para regular esta forma de empleo¹⁴. Esto es indicativo de la capacidad de llegada de estas empresas a los centros de poder.

Una medida extrema ha sido el abandono del mercado español, total o parcial, como forma de presión. Las primeras manifestaciones se produjeron en el sector del transporte de pasajeros, cuando plataformas de VTC dejaron de operar en ciertas ciudades como respuesta a regulaciones locales o autonómicas que consideraron inadecuadas. Una práctica, por cierto, común para estas empresas, que apremian a las autoridades dejando a los consumidores de sus servicios sin posibilidad de acceder a éstas, en un momento en que ya han ocupado espacios de los sistemas de transporte tradicionales y se han hecho, de algún modo, imprescindibles. Sus pretensiones se centran en la retirada de la regulación que condiciona su actividad.

En el caso concreto del reparto de comida a domicilio la empresa Take Eat Easy, pionera en este sector de actividad, dejó de operar tras ser fuertemente multada por la Inspección de Trabajo. Posteriormente Deliveroo anunció en julio de 2021, poco después de la aprobación del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, que cerrarían en España, una medida que se produjo efectivamente en noviembre de este mismo año. En este último caso la decisión empresarial se presentó como una respuesta directa a la introducción de la presunción de laboralidad de los riders¹⁵.

El abandono de la actividad como medida de presión nos acerca a la figura del cierre patronal, aunque con diferencias notables que la colocarían bajo el amparo de la libertad de empresa. No se trata tampoco de un supuesto de “arbitrary regulation” o de *lex shopping*, de búsqueda de una ubicación más adecuada para prestar sus servicios, ya que por la propia naturaleza de éstos (reparto físico de alimentos), no resulta posible prestarlos con proveedores off-shore.

Otra medida de gran calado, sin precedentes en nuestro país, fue el desafío abierto de algunas empresas, que de manera pública expresaron su voluntad de resistirse a la laboralización. Glovo lo hizo modificando sus condiciones contractuales, acudiendo a estrategias de ingeniería jurídica para desactivar la presunción de laboralidad. Uber Eats optó inicialmente por adaptarse a la ley mediante la colaboración con empresas externas, a través de la subcontratación pero tras comprobar que Glovo mantenía su posición su

¹³ Un excelente análisis de la tramitación de la norma en DIEZ, F., “*Las plataformas de reparto y la ley “rider” en España. Historia, seguimiento y análisis*”, Observatorio de trabajo, algoritmos y sociedad. Madrid, 2023.

¹⁴ Las últimas noticias a la fecha de cierre de este trabajo es que el tribunal Constitucional ha rechazado la ponencia sobre uno de estos recursos, que era favorable a considerar inconstitucional el RDL 9/2021. Esta ponencia se ha retirado, por lo que el órgano no ha tenido ocasión de pronunciarse todavía.

¹⁵ Aunque parece que hubo también razones de negocio detrás de esta decisión, dada la situación de saturación de este mercado en España.

directora general envió en marzo de 2022 una carta abierta a la Ministra de Trabajo la que criticaba la situación de desigualdad en la que se encontraban las plataformas, al competir entre sí manteniendo modelos laborales diferentes. Apuntaba especialmente a la empresa Glovo, a la que acusaba de resistirse al cumplimiento de la nueva legislación¹⁶. La denuncia de este incumplimiento que vulneraba la competencia en el sector venía acompañada de la amenaza de hacer lo propio, volviendo al modelo de repartidores autónomos. Esta carta se publicó en la prensa, y generó bastante alarma, porque ponía de manifiesto la existencia de un efecto llamada que ponía en riesgo la eficacia de la ley. Estuvo en el origen de una reforma del Derecho Penal del Trabajo, operada con la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, para sancionar a quienes “*impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa*”¹⁷.

2.5. El papel de la tecnología

Las plataformas son un ejemplo de empresa digital, puesto que su modelo de negocio se basa en la utilización intensiva de una tecnología que es la que hace posible su actividad. Ésta consiste en el acceso a una herramienta que genera un mercado digital en el que se ponen en contacto oferta y demanda de servicios.

Las plataformas son gobernadas mediante algoritmos, que son los que asignan a los trabajadores los pedidos de acuerdo con unos rankings que estos mismos generan. Teóricamente son objetivos y neutrales, y se nutren con los datos generados sobre el comportamiento de las personas que están dadas de alta en la aplicación. Sin embargo, en el marco de conflictos laborales algunos riders denunciaron haber sido perjudicados en su valoración por motivos sindicales, llegando a incluso a dejar de recibir encargos y a ser expulsados de la aplicación. Algún tribunal de justicia entendió que se había producido una actuación antisindical, entendiendo que la expulsión merecía la calificación de despido nulo por discriminatorio. Esta práctica utilizó la tecnología como forma de presión sobre los trabajadores más activos sindicalmente, depurando su plantilla de éstos, bajo la apariencia de decisiones automatizadas al margen de la voluntad de la empresa. De hecho, se pone como ejemplo de los riesgos generados por la gestión algorítmica, ya que ésta permite ocultar la finalidad real y la responsabilidad de una decisión empresarial de este tipo¹⁸.

Un uso similar se produjo tras aprobarse la Ley 12/2021, en el momento en que las principales empresas adoptaron diferentes estrategias de resistencia. La que decidió abandonar el mercado español desconectó a todos sus repartidores de manera individual; y lo mismo lo hizo otra que optó por utilizar el modelo de flota subcontratada, para lo que procedió a desconectar a sus riders autónomos indicándoles que debían contactar con alguna empresa de transportes para continuar desarrollando su actividad. Estos descuelgues fueron denunciados como despidos colectivos, y finalmente alguna de estas entidades reconoció esta naturaleza y obligación de indemnizar a las personas afectadas. Lo interesante es que en ambos casos el despido se produjo utilizando los instrumentos incluidos en la aplicación, al margen de cualquier formalidad; y con la intención (o

¹⁶ Decía sobre esta plataforma lo siguiente: con estas palabras: “*Glovo [...] el mayor unicornio español, en contra de la ley rider: ¿Debemos seguir el ejemplo de Glovo y trabajar con autónomos para poder competir en igualdad de condiciones?*”.

¹⁷ Sobre la legislación sobre plataformas posterior a la Ley 12/2021 me remito a mi trabajo M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Más allá de la Ley Rider: el fracaso de la norma y la reacción del legislador laboral”; en Sánchez Bravo & López Fuentes (coord.), “*Libro Homenaje al Profesor Félix Salvador Pérez*”, Alma Mater, Madrid, 2023, pg.339.

¹⁸ F.J. CALVO GALLEGO, “Algoritmo y discriminación”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N.º. Extra 1 (“Progresividad en torno al derecho humano de igualdad: discriminación, discapacidad y género”), 2022, en pg.11.

al menos el efecto) de presionar contra la norma, a cuya aprobación se achacaba la destrucción de estos puestos de trabajo.

3. LA ACCIÓN COLECTIVA DE LOS RIDERS

3.1. La generación de una identidad y de una organización

Los repartidores de comida a domicilio han pasado por todas las fases tradicionalmente asociadas con las relaciones laborales colectivas, comenzando con la generación de una identidad, que dio paso posteriormente a la identificación de sus intereses como grupo y a la organización en entidades capaces de defender éstos. Constituidas estas organizaciones, éstas desarrollaron las medidas de negociación, representación y conflicto que las caracterizan. Lo destacado de esta situación es la rapidez con la que se han cubierto las distintas etapas; así como la impronta particular que han puesto en cada una de éstas¹⁹.

Lo primero fue el surgimiento de la conciencia compartida de que existía un grupo de personas en una situación similar e iguales problemas, frente a unas empresas que les trataban injustamente. Esto sucedió relativamente rápido, y en ello tuvo que ver la identidad de algunos de los primeros riders, personas con un historial de activismo social.

En esta fase tuvo un papel importante la apropiación de un nombre, el de “riders”, que fue originalmente usado por las plataformas y que muchos criticaban por considerar que ocultaba la verdadera naturaleza de estas personas, la de trabajadores por cuenta ajena. A pesar de ser un intento de generar un indicio de no laboralidad, usado de manera general por las plataformas en todos los sectores, estos trabajadores lo convirtieron en una señal de identidad o incluso de orgullo profesional, facilitando su visibilidad en la opinión pública y en las relaciones laborales.

En el ámbito de la economía de plataformas se han identificado dos formas de organización de los trabajadores. Una sería de abajo arriba (“bottom-up”), en la serían los propios trabajadores los que generarían sus estructuras representativas, a partir de sus propias iniciativas. Y otra sería de arriba abajo (“top-down”), que supone que son los sindicatos tradicionales los que crearían estructuras representativas ad hoc para este nuevo sector de actividad²⁰. Pues bien, en España hemos experimentado ambas.

En los primeros momentos los trabajadores crearon sus propias estructuras asociativas, al margen de los sindicatos de clase tradicionales. La plataforma RidersXDerechos se convirtió en un símbolo del movimiento de este colectivo, que pretendía distanciarse de las organizaciones sindicales, tanto en su denominación (“plataforma”), como en su forma de actuar. Cuando tuvieron que buscar alianzas lo hicieron con sindicatos minoritarios, manteniendo su independencia frente a las confederaciones estatales. Estas primeras organizaciones buscaron alianzas desde un primer momento con entidades similares ya existentes en otros países, pues esta estrategia no ha sido en modo alguno exclusiva de España, y la autoorganización ha sido lo que ha caracterizado a este sector en Europa, dando lugar a fenómenos peculiares de “sindicalismo metropolitano” o de “cuasisindicatos” (“quasi-unions”), en la terminología de VANDAELE²¹.

¹⁹ En extenso JOHNSTON & LAND-KAZLAUSKAS, “*Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*”, OIT, Ginebra, 2018.

²⁰ K. VANDAELE, “*Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers’ collective voice and representation in Europe*”, ETUI, Bruselas, 2018; pg.18.

²¹ K. VANDAELE, op.cit., pg.23.

Esta generación de canales representativos desde el propio colectivo no se ha limitado a los de naturaleza sindical²², sino que también hubo trabajadores que optaron por utilizar los mecanismos previstos en la legislación del empleo autónomo, y así surgieron asociaciones profesionales que fueron mejor recibidas por las plataformas como interlocutores²³.

En poco tiempo, sin embargo, se vieron las limitaciones de esta aproximación, y se produjo la entrada de los sindicatos de clase estatales, que asumieron la representación de este colectivo a través de las organizaciones de las que disponían²⁴. Esto supuso que se pusiera toda la capacidad de presión de los sindicatos más representativos al servicio de la causa de la laboralización de estos trabajos, lo que llevó eventualmente al acuerdo de la mesa de diálogo social que dio lugar a la Ley 12/2021.

Con posterioridad se ha producido un repunte del fenómeno de autoorganización de los riders, cuando sectores de éstos que defendían el modelo de trabajo por cuenta propia se asociaron para articular esta postura en nuevas asociaciones profesionales.

3.2. Las medidas de conflicto colectivo de los riders

La resistencia de las empresas a reconocer a las organizaciones de sus empleados llevo a éstas a adoptar medidas de presión sobre aquellas, que combinaron las tradicionales de las relaciones laborales con otras más originales, en una combinación que demostró no sólo su interés sino también su efectividad.

Las organizaciones del sector utilizaron desde un primer momento las demandas judiciales para presionar a las empresas. Junto al reconocimiento de los derechos de los afectados, se buscaba incentivarlas a reconocer la laboralidad de sus contrataciones, abandonando su modelo de negocio basado en el empleo de autónomos o TRADES. Las demandas presentadas por los trabajadores individuales fueron acompañadas de otras gestionadas por las organizaciones sindicales, y de un grupo importante en las que el origen era una actuación de la administración laboral.

El abundante case-law generado en el sector responde en gran medida a esta estrategia, que culminó con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020, que vino a zanjar la cuestión unificando doctrina sobre la laboralidad de estos trabajadores de acuerdo con el modelo de contratación de una de las principales plataformas del país. Aunque los Juzgados de lo Social adoptaron posturas contradictorias en un primer momento, el pase a la segunda fase del debate judicial en suplicación corrigió esta situación orientando la cuestión claramente en la misma dirección por la que acabó optando el Tribunal Supremo. Esta sentencia no sorprendió, por ello, como tampoco lo hicieron los argumentos utilizados para soportar su fallo, que estaban en línea con las últimas tendencias de éste en cuanto a la valoración de la subordinación y de la ajenidad.

Merece la pena destacarse la tardanza en disponer de una jurisprudencia consolidada sobre esta forma de empleo, ya que pasaron varios años desde las primeras demandas hasta que se ha tenido un pronunciamiento que sienta definitivamente la calificación de

²² Analizados por E. GARRIDO PÉREZ, en su trabajo “La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas”, *Revista de Derecho Social*, nº80, 2017, pg.209.

²³ El tipo de órgano va a depender del marco jurídico aplicable en cada sistema de relaciones laborales. En algunos ordenamientos existe la figura del “gremio” (“guild”), distinto al sindicato en sentido estricto, y ha sido ésta la que han utilizado el personal de las plataformas para organizarse. Así lo hicieron en su momento los conductores de Uber en varias ciudades norteamericanas. En Bélgica se ha creado el gremio “Collectif des coursiereres”; en Francia el “Collectif Livreurs Autonomes de Paris”; en Alemania “Deliverunion”; en los Países Bajos “Riders Union”.

²⁴ G. ARGEMIR, “La posición de los sindicatos ante el trabajo a través de plataformas virtuales”, en TODOLÍ SIGNES & HERNÁNDEZ BEJARANO, (dirs.), “*Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*”, Aranzadi, Pamplona, 2018,., pg. 629.

los servicios prestados por estas personas. Este retraso fue utilizado por las empresas para mantener su modelo original de contratación de trabajo autónomo, amparándose en que había sentencias que lo defendían (aunque eran todas de primera instancia), en que en otros países los tribunales habían calificado estos servicios como no laborales, y en que el Tribunal Supremo español no se había pronunciado todavía al respecto. El mal funcionamiento del poder judicial ha permitido que una práctica que era generalmente considerada ilícita se mantuviera operativa durante años.

También los distintos mecanismos de control administrativo de la legalidad laboral fueron utilizados estratégicamente por los trabajadores y sus organizaciones, acudiendo a la Inspección de Trabajo para denunciar fraudes en la contratación. Hay que resaltar la seriedad con la que la Inspección afrontó el problema de las plataformas, no sólo de delivery. Ante la novedad de la cuestión, estudiaron y buscaron asesoramiento de expertos en la materia, generando un conocimiento que luego aplicaron en su actividad inspectora. Un parte importante de los pronunciamientos judiciales se iniciaron en estas actuaciones. Se sufrió también un importante retraso en este campo, como consecuencia de una legislación procesal laboral que abría automáticamente un proceso de oficio cuando se imponían sanciones por fraude en la contratación (bastaba con que la empresa hubiera presentado alegaciones contra la multa). La necesidad de sustanciar este procedimiento llevaba a que las empresas retrasaran durante años el pago de las sanciones, teniendo tiempo así para provisionarlas y no acusar su impacto. La generalización de esta práctica de las plataformas ha llevado a una reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para derogar esta obligación legal. Tal modificación se ha operado con la disposición final novena de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que suprimió el apartado d) del artículo 148 de la Ley 36/2011, lo que hace que la imposición de las sanciones administrativas sea mucho más inmediata²⁵.

Una forma de buscar apoyos para sus pretensiones ha sido acudir directamente a los consumidores, para hacerles llegar sus reivindicaciones y obtener su apoyo. Esto se hizo, por ejemplo, repartiendo octavillas en las que expresaban su posición cuando entregaban los pedidos. Una medida, por cierto, contraria a las reglas impuestas a los repartidores, lo que dio lugar en ocasiones a sanciones. Esto sería utilizar el consumo responsable como un mecanismo de presión sobre la empresa, esperando la solidaridad del consumidor para imponer a ésta un cambio de postura en el conflicto. La amenaza real no era tanto que se dejaran de utilizar los servicios de reparto, como que se optara por darse de alta en alguna competidora que se percibiera como mejor empleadora.

Ha habido también alguna plataforma que ha seguido esta estrategia, publicitándose como una oportunidad para disponer de un contrato de trabajo (aunque éste no fuera celebrado necesariamente por ésta) y mejores condiciones laborales. Aunque teóricamente estos mensajes se dirigían a colaboradores potenciales, en la práctica actuaban también sobre los consumidores ya que se les generaba la impresión de que esta empresa era más justa y socialmente responsable que sus competidoras²⁶.

Los riders organizaron huelgas, si bien este recurso no se utilizó hasta momentos avanzados del conflicto, después de haber utilizado otros. Esto puede explicarse por su debilidad económica y por la disponibilidad de un colectivo amplio de candidatos en las plataformas que podría limitar la eficacia de la medida. Fue un evento significativo el que generó la primera huelga documentada en España, la muerte en accidente de trabajo de un repartidor, que se encontraba además en situación irregular. Este accidente y la huelga posterior tuvieron el efecto de poner en primer plano de la opinión pública la cuestión

²⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *ibidem*.

²⁶ Esta técnica se ha usado también en el caso de las plataformas cooperativas, como luego veremos.

rider, lo que tuvo como efecto su inclusión en la agenda del diálogo social y su eventual regulación por la Ley 12/2021.

Las huelgas se adaptaban a las particularidades de la actividad, y así se ponían en práctica mediante desconexiones de la aplicación, no dándose de alta en momentos de gran demanda o rechazando sistemáticamente los pedidos.

Como es común entre nosotros, las huelgas se vieron acompañadas de medidas de visualización, que adoptaron sobre todo la forma de concentraciones en lugares destacados de las ciudades o delante de las sedes de las oficinas de las plataformas. En el contexto de éstas se produjo una actuación de gran impacto, con mucha visibilidad y llena de contenido: la quema de mochilas por parte de los repartidores, en lugares públicos concurridos y señalados. Los riders amontonaban éstas formando una especie de muralla, y luego formaban una hoguera con algunas de ellas²⁷. Así se aseguraban imágenes impactantes que se multiplicaron por los medios y las redes sociales. El conflicto de los riders se convirtió así en una noticia de alto interés, lo que demostró que esta estrategia estuvo muy bien diseñada y ejecutada. La mochila de colores, utilizada por las empresas como un mecanismo de generación de identidad corporativa, fue asumido por sus empleados y reconvertido en un símbolo de explotación, contra el que actuaron mediante su quema pública.

El fin último de las medidas de presión ha sido siempre el reconocimiento y el establecimiento de relaciones de representación y negociación. Ambos objetivos se han logrado, si bien de manera insuficiente. Un primer convenio colectivo de empresa fue firmado el 17 de diciembre entre Just Eat y los dos sindicatos más representativos a nivel nacional, tras unas negociaciones iniciadas antes de la aprobación de la Ley 12/2021. Este convenio recoge salarios, vacaciones, un porcentaje mínimo de contratos indefinidos, limitaciones de jornada... Como condiciones propias de este sector cabe destacar la provisión de recursos materiales para los trabajadores, incluyendo un teléfono móvil y una mochila, y la compensación de los gastos para los empleados que utilicen su propio vehículo; la contratación por la plataforma de un seguro colectivo de accidentes para éstos; información y formación en materia de prevención de riesgos laborales, con la garantía de un reconocimiento médico anual y equipos de protección individual; el derecho de información algorítmica de los trabajadores y sus representantes; el derecho a la desconexión digital y a la privacidad frente al uso de los medios de vigilancia digital; y el derecho a que los trabajadores y sus representantes se reúnan en asambleas

Es importante tener en cuenta que este convenio incluye en su ámbito de aplicación personal únicamente a las personas contratadas directamente por Just Eat, excluyendo a un gran número de personas empleadas por los subcontratistas de la empresa. Y aunque es pionero en España, es relativamente tardío frente a la experiencia en otros países de nuestro entorno.

Y por lo que se refiere a la constitución de órganos de representación, en alguna plataforma se han podido celebrar elecciones sindicales y conformar comités de empresa (así ha ocurrido con los dark supermarkets de Glovo en Barcelona). Aunque en general la representación del colectivo es desarrollada prioritariamente por organizaciones sindicales o asociaciones profesionales de trabajadores por cuenta propia.

²⁷ La forma de paralelepípedo y los colores llamativos ayudaban mucho a esta tarea.

3.4. Las plataformas cooperativas

En el contexto de la lucha de los riders hay una actuación que ha pasado bastante desapercibida, pero que a mi juicio tiene mucho interés, tanto por su originalidad (al menos en el contexto de las relaciones laborales en España) como por su potencial utilidad para otros colectivos en situaciones similares. Me refiero a la creación de empresas de plataforma por parte de las propias personas trabajadoras, adoptando la forma de empresas cooperativas.

El concepto de “plataformas cooperativas” fue desarrollado por Trebor Scholz en un estudio del año 2014, en un contexto muy diferente al nuestro, como una propuesta de utilizar la tecnología para apoyar iniciativas sociales. Hoy es una realidad bien conocida y desarrollada en España y mucho más en otros países, que ha captado el interés más en el propio sector de la economía social que en el de los laboristas. Se han puesto en marcha iniciativas para fomentarlas por parte de entidades del sector, y en las revistas especializadas se publican regularmente estudios al respecto.

El cooperativismo en las plataformas tiene varios orígenes en España. Uno, el que nos ocupa aquí, es la actuación de un grupo de trabajadores, generalmente empleados de una misma empresa de plataforma, que se unen para crear una entidad de economía social que les permita prestar los mismos servicios. Se trataría de una actividad económica mimética, basada en la experiencia previa en el sector, pero desarrollada en un marco contractual completamente distinto, que asegura mejores condiciones a estos trabajadores. Otro lo forman las cooperativas preexistentes, que han encontrado en la digitalización una forma de mejorar su funcionamiento, constituyéndose en plataformas. Finalmente, hay varias iniciativas sociales, en ocasiones vinculadas a la economía social y solidaria, las que han elegido este soporte tecnológico para ponerse en práctica.

En España han surgido varias experiencias de plataformas cooperativas en distintos sectores, cada una con sus propias particularidades. Las que más nos interesan son las que se han generado en el sector del delivery, con cooperativas como GIVIT, DELIDELI, Zámpate Zaragoza, BotxoRiders, Eraman Cooperativa, o La Pájara. Hay otras en el sector de la mensajería, como Mensaka, La Pájara Cycling, CLETA, KOIKI. Dentro del sector de servicios diversos encontramos SMART. En la venta on-line de productos opera la gallega Ben Mercado, in Galicia (que se califica como el “Amazon Cooperativo”). En el sector de la vivienda y habitaciones tenemos Fairbnb. Y así en otros sectores y actividades.

A pesar de lo numeroso de las iniciativas, lo cierto es que el volumen de operaciones es todavía reducido, ante las dificultades que encuentran a la hora de competir con las plataformas capitalistas, que disponen de mayor músculo financiero y volumen de actividad, esenciales ambos en la economía del contenedor. Hubo, eso sí, un cierto boom de estas cooperativas durante la pandemia de la COVID-19, cuando la demanda de servicios contratados on-line y servidos a domicilio se incrementó considerablemente.

Muchas de estas iniciativas no son locales, sino que suponen el establecimiento en nuestro país de entidades ya existentes en otros países, como SMART o La Ruche qui ditOui! En otros casos sí se han iniciado aquí, pero han contado con el apoyo de cooperativas de otros países, que les han ayudado cediéndoles su know-how o permitiéndoles usar su software.

No es común analizar la creación de cooperativas desde la perspectiva de las medidas de conflicto colectivo²⁸, olvidando quizás el origen común del movimiento cooperativo y de los sindicatos, en la Inglaterra industrial del XIX como respuestas alternativas a unas

²⁸ Sí lo hace F. FERNÁNDEZ-TRUJILLO MOARES en su trabajo “Conflicto y resistencias en las plataformas digitales: el caso de las cooperativas de reparto de comida y mensajería”, en AA.VV., “Acción colectiva, movilización y resistencias en el siglo XXI”, BETIKO, 2020.

mismas demandas sociales. Para nosotros las cooperativas son una forma de autoempleo colectivo, teniendo como principal objetivo la generación de puestos de trabajo y la autogestión de la organización productiva. En el sector del delivery, sin embargo, se generaron como una respuesta a la resistencia de las empresas a mejorar la condición de sus empleados. Creando éstos unas empresas similares, clonadas en su planteamiento y operatividad, podían prestar los mismos servicios pero garantizando un estatuto jurídico y un marco económico más favorable. El hecho de haber sido creadas por las mismas personas que protagonizaron las primeras iniciativas de resistencia apunta también a su calificación como una medida de presión colectiva. La capacidad de presión es doble: desvía potenciales trabajadores de las plataformas capitalistas a las de economía social; y compite con ellas en su mismo mercado. Su menor dimensión y visibilidad se ve compensada por su naturaleza social, que se convierte en un instrumento de mercadotecnia, generando el apoyo de clientes (especialmente restaurantes) que comparten una misma visión de la economía y de la sociedad.

3.5. El papel de la tecnología

La tecnología ha jugado también un papel de primer orden en la lucha sindical del colectivo. Al depender de una terminal móvil para poder trabajar, y tener que llevarla siempre consigo, ésta misma les sirvió para organizar puntos de encuentro virtuales, a través de las redes sociales. De esta manera, en paralelo a la aplicación de la plataforma los trabajadores descargaban otras utilidades que facilitaban su contacto y colaboración. Esto facilitó la organización y la creación de los primeros sujetos colectivos en el sector.

La aplicación modalizó la forma de adoptar las medidas de conflicto, y así las huelgas se articulaban mediante la falta de alta de los empleados en la plataforma de manera concertada, o el rechazo sistemático de los pedidos ofrecidos por la aplicación.

La tecnología sirvió igualmente para contactar con iniciativas similares de otros países, para obtener su apoyo en unos primeros momentos en los que acusaban una marcada debilidad como organizaciones. La posibilidad de celebrar conferencias remotas ayudó a esta colaboración, al abaratarla y facilitarla.

En el caso de las plataformas cooperativas el acceso a los programas de gestión ya utilizadas en empresas de otro tipo en otros países fue fundamental para que algunas de éstas pudieran comenzar a operar en España.

Otra utilidad de la tecnología se vio cuando algún sindicato creó un portal web para informar y dar soporte a los riders, prestándoles sus servicios de manera remota. Éste fue el caso de la confederación UGT, que creó en 2017 un instrumento denominado “Tu respuesta sindical ahora”, en una fase temprana de este conflicto, presentada como una *“plataforma de información, reivindicación, organización y denuncia. Una vía de participación para resolver rápidamente las dudas de las personas empleadas y asesorarlas en un plazo máximo de 24 horas”*. Sus promotores la calificaron como una herramienta que actuaba como una sección sindical a través de internet.

4. LA GRAN DIMISIÓN Y LA ACCIÓN COLECTIVA

La Gran Dimisión es un fenómeno surgido en Estados Unidos tras la pandemia COVID, que ha supuesto el abandono de sus empleos de numerosos trabajadores tras comprobar las ventajas de permanecer en sus domicilios durante los periodos de confinamiento. La constatación de que había alternativas a trabajos poco gratificantes o

demasiado exigentes ha llevado a decenas de miles de trabajadores norteamericanos a no volver al mercado de trabajo convencional, o a abandonarlo. El impacto en las empresas es demoledor, ya que éstas se encuentran sin posibilidad de cubrir un número creciente de vacantes, y con dificultades para retener al personal en plantilla.

Cuando se ha proyectado este fenómeno en nuestro país hay un consenso generalizado en afirmar que en España no hay Gran Dimisión. Esto no impide, sin embargo, que se reconozca que se están produciendo fenómenos en el mercado de trabajo que de alguna manera se vinculan con ésta. Así se habla, por ejemplo, de que existe una “Gran Rotación”, porque se ha percibido un incremento en el número de personas que dejan voluntariamente sus puestos de trabajo para buscar otros en el mismo u otros sectores; ésta sería la versión oficial (la del Ministerio de Trabajo). Y es cierto que nuestro mercado ha reaccionado de una manera diferente al de los Estados Unidos y al de otros países, aunque siguiendo una misma tendencia global, la del abandono del mercado de trabajo por parte de las personas, que intentan desvincularse de éste.

Es cierto que no se detecta un número elevado de personas que dejan de renuncian a trabajar. Pero según algunos estudios (The Adecco Institute) hay dos datos que apuntan a disfunciones en el mercado de trabajo español: los puestos que se quedan sin cubrir llegan al 9%; y el 80% de las empresas tiene problemas para cubrir sus vacantes. No es un fenómeno exclusivo de España, ya que EUROSTAT ha indicado que la tasa de vacantes está en máximos históricos en Europa; dentro de ésta, en nuestro país coinciden elevados niveles de personas desempleadas y de puestos sin cubrir.

Si ampliamos el foco y analizamos diversos fenómenos hoy presentes en España encontramos un elemento común, que es la voluntad de buscar alternativas a unos empleos cuya calidad no se corresponde ya con las expectativas de la mayoría de las personas. Entre otros, podemos identificar los siguientes:

- La dificultad de las empresas de cubrir las vacantes en algunos sectores, por falta de candidatos.
- La alta rotación del personal en determinadas industrias, que obliga a las empresas a adaptar sus políticas de recursos humanos.
- La falta de reemplazos en determinadas profesiones y oficios.
- El incremento del número de personas que quieren acceder al empleo público.
- La emigración de colectivos profesionales de alta cualificación, a pesar de tener oportunidades profesionales en nuestro país.
- La jubilación adelantada de personas como consecuencia del cansancio y del burn-out en sus trabajos.

En todos estos casos hay personas que se niegan a aceptar puestos de trabajo disponibles y adecuados a sus perfiles, pero insatisfactorios en cuanto a contenidos, retribución, posibilidades de conciliación, ubicación... El umbral de tolerancia, lo que las personas están dispuestas a aceptar por estar ocupados, se ha reducido. Esto ha provocado una huida del mercado de trabajo, si se quiere, un verdadero TRABREXIT. A ello han contribuido varios factores, como la llegada al mercado de trabajo de otras generaciones, la mejor situación del empleo, la demanda de trabajo cualificado en otros países... Puede decirse que en general se ha producido un empoderamiento de los trabajadores, cuya situación en el mercado se ha potenciado incrementando su capacidad de negociación con

las empresas. La consecuencia más visible es la incapacidad de las empresas de rellenar sus plantillas con personal adecuado, en cantidad y calidad.

Las dificultades para cubrir vacantes en ciertos sectores responden a multitud de factores; lo malo es que cada sector pone el foco en alguno concreto que resulta más coherente con sus posiciones e intereses. Así, los empleadores suelen centrarse en la falta de oferta de personal cualificado, como consecuencia de fallos en el sistema educativo; o en cambios generacionales que llevan a exigencias económicas y profesionales excesivas. Mientras que las organizaciones sindicales ponen el foco en las malas condiciones laborales, la precariedad y los bajos salarios. A estos factores se añaden otros desde los círculos académicos, como los cambios demográficos (especialmente el envejecimiento de la población) o los problemas para la movilidad geográfica.

¿Qué tiene que ver todo esto con el conflicto laboral? A primera vista, poco. Pero si lo analizamos desde una perspectiva más amplia estas conductas nos ponen de manifiesto una respuesta de los trabajadores a una determinada coyuntura del mercado de trabajo. Expresan una resistencia frente a prácticas empresariales, aprovechándose de una situación del mercado que les favorece y les da algo de lo que hasta hace poco carecían, la capacidad de elegir, de decir que no. El rechazo a los empleos, el abandono de sectores o empresas, o incluso la emigración lanzan un mensaje a las empresas, que deben mejorar lo que ofrecen para obtener una respuesta de los trabajadores.

Hay una reivindicación de mejores empleos, que encajen mejor en la vida de las personas. Y hay también una presión a los empleadores potenciales para que los ofrezcan. Éstos se resisten, y es la constatación de las dificultades para contratar y retener talento lo que les obliga a cambiar sus políticas de personal. Puede decirse que hay un conflicto a nivel macroeconómico, pues la oferta y la demanda de mano de obra no coinciden en lo que se considera un puesto de trabajo adecuado y aceptable. Éste es el nuevo conflicto capital-trabajo en el siglo XXI, en el que el Estado está llamado como siempre a jugar el papel determinante que le es propio en un Estado de Derecho.

No hay una acción concertada de las personas, aunque seguramente sí un cierto “efecto llamada” que se produce desde el momento en que se tiene constancia de que existen estos movimientos de trabajadores. El haberle puesto un nombre ha servido sin duda para facilitar este efecto.

Por todo ello pienso que el fenómeno del TRABEXIT puede analizarse también desde la perspectiva del conflicto colectivo, con todas las reservas y desde una visión muy amplia de éste.

5. CONCLUSIONES

Si se quieren analizar las nuevas manifestaciones del conflicto colectivo y de las medidas de presión en la economía digital del siglo XXI el sector de las plataformas es un buen objeto de atención, porque de alguna manera está en la vanguardia a este respecto en aspectos tales como las formas de organización y de acción sindical.

Los trabajadores están encontrando mecanismos de organización al margen de los sindicatos tradicionales de clase, muchas veces a un nivel local o mediante figuras asociativas no sindicales, aunque en un segundo momento aquéllos han asumido el liderazgo en las reivindicaciones de este colectivo. También acuden a una amplia panoplia de medidas de presión que se suman a las “clásicas”.

Los empleadores están demostrando una actitud más activa en las relaciones laborales, resistiendo de manera resuelta las presiones sindicales e incluso adoptando algunas medidas de presión por su propia iniciativa.

La tecnología está afectando también a la forma en que se desarrollan estos conflictos, siendo utilizada por ambas partes de diversas maneras.

Los cambios en el comportamiento de las personas en el mercado de trabajo ponen de manifiesto una nueva etapa en el conflicto capital-trabajo, en el que el principal instrumento de presión son las decisiones sobre el empleo, convirtiendo la dimisión o el rechazo a ofertas de empleo en mecanismos para exteriorizar el descontento y forzar una mejora de éstas.

Una última reflexión: durante años hemos tenido que escuchar que el conflicto laboral es algo pasado de moda, que el sindicalismo está superado, que debemos pasar de una era de relaciones laborales a otra de recursos humanos. La experiencia del sector de las plataformas en España pone de manifiesto que estas ideas o eran falsas, o han sido ya superadas. Han sido los trabajadores organizados los que han liderado los cambios, los que han promovido su regulación y los que han diseñado estrategias para vencer la resistencia de sus empleadores. El sindicalismo está muy vivo, y funciona. No es una mala conclusión, y seguramente es también una manera de celebrar el 40 aniversario de estas Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Estamos ante un libro que da cuenta de los resultados excelentes de las “XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2023.

Se trata de las Jornadas Universitarias de gran prestigio más antiguas desde la fundación de nuestro sistema democrático en virtud de nuestra Constitución de 1978, a cuyo desarrollo siguen de cerca no solo cronológicamente, sino también cualitativamente como instancia institucional situada en el proceso de democratización de las relaciones laborales individuales y colectivas/sindicales. En ellas se ha venido estudiando su evolución y desarrollo y, asimismo, han contribuido dinámicamente al necesario proceso permanente de reformas de nuestra legislación del trabajo.

De ahí la importante contribución que estas Jornadas Universitarias Andaluzas han tenido objetivamente en la formación doctrinal del Derecho del Trabajo en nuestro país y en la misma formación de generaciones de juristas del trabajo; aportación histórica, pues se trataba de un “momento fundacional” a partir del desarrollo de los mandatos constitucionales dirigidos a una refundación del sistema democrático de relaciones laborales en nuestro país. En todo periodo de realización de dichas Jornadas se ha avanzado cualitativamente y cuantitativamente en la ordenación jurídica e institucional de las relaciones de trabajo y en la garantía de los derechos fundamentales generales y específicos de los trabajadores.

Los trabajos de investigación, que recogen las ponencias generales y las ponencias “específicas” impartidas en estas “40 Jornadas”, miran hacia el horizonte del futuro del Derecho del Trabajo y del Sistema de Relaciones Laborales, con aportaciones de excelente calidad e innovación enmarcadas en tres grandes bloques temáticos: el Derecho del Empleo, la Negociación Colectiva y la Conflictividad Laboral.

ISBN 978-84-09-59984-4

