

147

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
147/2019 - Segundo Trimestre

ESTUDIOS

El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva
JESÚS CRUZ VILLALÓN

El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de defensa de la competencia
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

El nuevo estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social
JOSEP MORENO GENÉ

La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

La negociación colectiva en las reformas de 2018 y 2019
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: entre el humo y el cambio de ciclo
DANIEL PÉREZ DEL PRADO

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Almería
Limitaciones jurisprudenciales al convenio colectivo en la determinación de la política de contratación empresarial
CRISTINA ROLDÁN MALENO

NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Universidad de Cádiz
La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga
La responsabilidad de las empresas en las mejoras voluntarias por incapacidad permanente por contingencias profesionales en casos de sucesión de aseguradoras y pólizas con cláusulas de distinto alcance
NOELIA LOSADA MORENO

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

TEMAS LABORALES 2019

147

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



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO

TEMAS LABORALES

**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL**

147

**Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo**

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011).
Tf. 955 066 200

Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros.
Número suelto: 18 euros. Boletín de suscripción disponible en
<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO, FORMACIÓN Y TRABAJO AUTÓNOMO
JUNTA DE ANDALUCÍA
DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96

I.S.S.N.: 0213-0750

Imprime: Selección Gráfica del Sur, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 147/2019
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de defensa de la competencia JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET	47
El nuevo estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social JOSE MORENO GENÉ	77
La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019 MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	115
La negociación colectiva en las reformas de 2018 y 2019 RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	151
Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: entre el humo y el cambio de ciclo DANIEL PÉREZ DEL PRADO	175

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería Limitaciones jurisprudenciales al convenio colectivo en la determinación de la política de contratación empresarial CRISTINA ROLDÁN MALENO	201
--	-----

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA	219
---	-----

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

La responsabilidad de las empresas en las mejoras voluntarias por incapacidad permanente por contingencias profesionales en casos de sucesión de aseguradoras y pólizas con cláusulas de distinto alcance

NOELIA LOSADA MORENO 245

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 259

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodjalci-Eslovenia)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits-und Sozialrecht (Alemania)*. Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis. Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

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

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
N° 147/2019
Second Trimester

INDEX

1. STUDIOS

The law of free competition as limit of collective bargaining JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
Control of the collective agreement by the administrative authorities of the competition JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET	47
The new statute of trainee pre-doctoral research staff: legal-labour and social security aspects JOSE MORENO GENÉ	77
The obligation of registration of the working day after Royal Decree-law 8/2019 MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	115
Collective bargaining in the reforms of 2018 and 2019 RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	151
The social protection measures of Royal Decree-law 8/2019: between smoke and cycle change DANIEL PÉREZ DEL PRADO	175

2. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR LAW University of Almeria Jurisprudential limitations to the collective agreement in the determination of the policy of business hiring CRISTINA ROLDÁN MALENO	201
--	-----

COLLECTIVE BARGAINING

University of Cadiz

The employment clauses controversy over the external flexibility of the companies

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA 219

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

The responsibility of the companies in the voluntary improvements for permanent disability by professional contingencies in cases of succession of insurers and policies with clauses of different scope

NOELIA LOSADA MORENO 245

3. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 259

1 Estudios

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO LÍMITE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

EXTRACTO **Palabras Clave:** Negociación colectiva, libre competencia, control de legalidad

Libre competencia y negociación colectiva se han movido tradicionalmente en ámbitos separados, el uno en el territorio de lo mercantil en tanto que el segundo lo ha hecho en el espacio de lo laboral. Ello ha provocado que durante un dilatado período de tiempo se hayan desarrollado sin interferencias mutuas, pero también con una elevada dosis de incompreensión. En tiempos recientes, sin embargo, están aflorando algunas fricciones entre ambos derechos, reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico al máximo nivel en los textos constitucionales y en el propio ordenamiento europeo, lo que no ha dejado de provocar importantes tensiones, no siempre de fácil resolución. Aunque en términos cuantitativos los asuntos no son muy elevados, no dejan de presentar un carácter emblemático, que obligan a afrontar la cuestión desde principios generales que asientan las bases sobre las que se construyen ambas instituciones jurídicas: negociación colectiva y libre competencia. El presente estudio, a partir del análisis de la función que desempeña la negociación colectiva, propone una distribución competencial entre ambas perspectivas jurídicas, con la oportuna concreción a sus manifestaciones más significativas. Esta materia no se escapa a conflictos de carácter procedimental, que exigen algún tipo de reforma legislativa, que dé coherencia a la materia y evite resultados contradictorios, origen de inseguridad jurídica y escasamente comprensibles desde la perspectiva de justicia material.

ABSTRACT **Key Words:** Collective bargaining, antitrust, control of legality

Free competition and collective bargaining have traditionally moved in separate areas, one in the territory of commercial as the second has done in space labour. This has led to that without mutual interference, but also with a high dose of misunderstanding have developed over a long period of time. In recent times, however, are arising some friction between both rights, recognized in our law at the highest level in the constitutional texts and the own European order, which has continued to cause significant strains, not always easy resolution. Although in quantitative terms, the issues are not very high, do not cease to present an emblematic character, are forced to face the issue from general principles that settle the bases on which are built both legal institutions: negotiation collective and free competition. This study, based on an analysis of the role played by collective bargaining, proposes a competence distribution between both legal perspectives, with the timely realization to its most significant manifestations. This matter is no exception to procedural disputes, requiring some kind of legislative reform, which give coherence to the matter and avoid conflicting results, origin of insecure legal and barely understandable from the perspective of material justice.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía”, DER2017-83488-C4-1-R, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ÍNDICE

1. DE LA IRRECONCILIABLE OPOSICIÓN A LA NECESARIA CONVIVENCIA
2. EL REFERENTE EUROPEO
3. LOS CRITERIOS ORIENTADORES GENERALES DE CONVIVENCIA DE LA DUALIDAD DE DERECHOS
4. MANIFESTACIONES SIGNIFICATIVAS LESIVAS Y NO LESIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA
 - 4.1. Perjuicios a las oportunidades de negocios de terceras empresas
 - 4.2. Régimen retributivo *versus* fijación de tarifas comerciales
 - 4.3. Regulación del tiempo de trabajo *versus* fijación de horarios comerciales
 - 4.4. Compromisos convencionales de subrogación contractual
 - 4.5. Límites a la descentralización productiva
 - 4.6. Negociación colectiva de trabajadores autónomos
5. CONSIDERACIONES DE ARTICULACIÓN PROCEDIMENTAL

1. DE LA IRRECONCILIABLE OPOSICIÓN A LA NECESARIA CONVIVENCIA

En su arranque histórico se aprecian miradas muy distantes, casi opuestas, entre la perspectiva del alcance del derecho a la libre competencia mercantil, de un lado, y el espacio que le corresponde al derecho a la negociación colectiva, de otra parte. Se trata de visiones muy diversas que incluso perviven en parte hoy en día a pesar de los cambios producidos con el paso del tiempo. Ello desemboca en que a veces se detecta una plena incomprensión de partida entre ciertas lecturas del derecho de la competencia respecto de la institución de la negociación colectiva y viceversa. Simplificando el análisis inicial, puede detectarse que en cada visión el punto de partida es cualitativamente diferente y, ello, provoca una inicial contraposición en la valoración que se realiza del alcance e impacto que debe tener la garantía de la libre competencia mercantil sobre el desarrollo de la negociación colectiva.

Desde la perspectiva que podríamos calificar de expansiva del derecho de la competencia, el punto de partida no es otro que, rememorando viejas tipificaciones delictivas decimonónicas, entender que la negociación colectiva provoca un efecto de “alteración del precio de las cosas”, comenzando por una alteración del precio del trabajo, en el libre encuentro entre la oferta y la demanda de trabajo. Por ello, por propia naturaleza, desde esta perspectiva se considera que la negociación colectiva, al alterar el precio del trabajo en una concepción liberal del funcionamiento del mercado, produce una distorsión negativa de las reglas de la competencia; distorsión de la competencia que, al considerarse como perniciosa, ha de atajarse, declarando ilícita desde el punto de vista jurídico toda actuación de la negociación colectiva que directa o indirectamente altere las reglas de la competencia.

Como contrapunto a lo anterior, desde la perspectiva que podríamos calificar como expansiva de la del derecho de la negociación colectiva, rememorando la vieja premisa de la Organización Internacional del Trabajo, conforme a la Declaración de Filadelfia de 1944, se defiende que la premisa de partida debe ser la de considerar que el “trabajo no es una mercancía”. En esa medida, se vendría a propugnar que la regulación del trabajo debe situarse extramuros a todos los efectos de las reglas del mercado y, por ende, el desarrollo de la negociación colectiva debe ser ajeno por completo a las reglas de la competencia; por tanto, entender que la negociación colectiva resulta inmune frente a cualquier posible limitación derivable del derecho de la competencia.

Ciertamente con el paso del tiempo y el asentamiento de un modelo jurídico basado en un Estado Social de Derecho en el marco de una economía de mercado, las dos posiciones precedentes en su estado puro acaban siendo rechazadas por nuestro ordenamiento jurídico, cuando menos acaban siendo excluidas tanto la una como la otra en sus expresiones más extremas. En la medida en la que el ordenamiento jurídico efectúa un reconocimiento tanto del derecho a la negociación colectiva como del derecho a la libre competencia mercantil, uno y otro deben tutelarse legalmente, lo que obliga a la búsqueda de la convivencia entre ambos derechos¹.

Debe tenerse presente en particular que ambos derechos se encuentran reconocidos dentro del texto constitucional e incluso que forman parte de las reglas esenciales del Derecho de la Unión Europea.

En el ámbito constitucional, nos encontramos ante todo con un explícito y autónomo derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE). Con todo fundamento se ha afirmado que el derecho a la negociación colectiva por su propia naturaleza ya incorpora el equilibrio de intereses de los interlocutores sociales²; por tanto, se convierte por esencia en el instrumento de defensa colectiva tanto de los intereses de los trabajadores como igualmente de los correlativos intereses de los empresarios, entre los que se encuentra la tutela de la libre iniciativa económica empresarial. Dicho de otro modo, desde la perspectiva que estamos analizando en estos momentos, el propio mandato constitucional dirigido al poder legislativo de garantía del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva debe efectuarse desde la premisa no sólo de tutela de su promoción para reforzar la tutela de la posición de debilidad contractual del trabajador a nivel individual, sino igualmente desde el entendimiento de que a través de la negociación colectiva los representantes de

¹ Una perspectiva general de la materia en AA. VV. (Göerlich Peset), *Libertades económicas y derecho de la competencia. Un estudio entre el ordenamiento español y la disciplina de mercado*, Consejo Económico y Social, 2011.

² M. E. Casas Baamonde, *La negociación colectiva en la Carta Magna. Balance y retos de futuro*, en AA. VV., *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de Constitución*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, en prensa.

los empresarios puedan defender sus intereses propios, entre ellos, los derivados de la libertad de empresa, en concreto la libre competencia. Es más, el texto constitucional contempla un reconocimiento explícito e igualmente autónomo de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Ello comporta, pues, un cierto plus respecto del equilibrio de intereses ínsito a la propia negociación colectiva, por cuanto que con ello la libertad de empresa la protege más allá de la negociación colectiva y, sobre todo, le otorga un carácter de interés general a tutelar no exclusivamente por parte de las organizaciones empresariales sino también a garantizar por parte del poder público de manera directa y al margen de la actuación de éstas últimas; en particular, no es descartable que en un concreto ámbito de la negociación colectiva, las representaciones empresariales negociadoras estén más interesadas en la defensa de los intereses corporativos de un concreto grupo de empresarios y poco sensibles a los postulados propios de la libre competencia mercantil, de modo que ello debe ser asumido por el propio poder público en defensa del interés general.

Al propio tiempo, debe anticiparse que lo anterior no puede interpretarse como una doble tutela de los objetivos propios de la libre competencia frente a la negociación colectiva, de modo que esta última pueda sufrir una fuerte limitación derivada de la tutela de la primera. El derecho a la negociación colectiva recibe un fuerte impulso constitucional, se le garantiza en el texto constitucional como institución por antonomasia de la autonomía colectiva, no integrada como una simple manifestación de la libertad sindical, debiendo tenerse en cuenta que su pleno desarrollo sólo puede materializarse sobre la premisa de no poder desvirtuarla por la garantía de la libre competencia mercantil. Por ello, insistimos, el único medio de reconocer la dualidad de derechos constitucionalizados es el de buscar fórmulas legales que propicien la convivencia entre derecho a la negociación colectiva y derecho a la libertad de empresa, como intentaremos construir a lo largo del presente estudio.

2. EL REFERENTE EUROPEO

En la otra vertiente, el Derecho de la Unión Europea ha desempeñado un papel decisivo en esta materia, por las características propias del ordenamiento europeo y la orientación particular que presenta el mismo. En efecto, el Derecho de la Unión Europea encuentra sus raíces profundas en la conformación de un gran mercado a escala continental, basado no sólo en las grandes libertades de circulación –mercancías, capitales, servicios y trabajo–, sino, por añadidura, acometido todo ello sobre una centralidad de los principios básicos de la economía de mercado, por tanto, con una primacía de la libre competencia y, por ende, de la lucha contra las distorsiones al libre juego de la competencia mercantil. Encontrándose en sus orígenes el trabajo como uno de los elementos de la libre circulación, se le considera

en su condición de factor de producción en el mercado, se quiera o no tratando al trabajo como una “mercancía” desde el punto de vista económico. Más aún, la filosofía política de economía liberal, sobre la que se asienta la construcción del proyecto europeo, provoca una perspectiva de especial primacía de las libertades económicas en el juego sistemático de conjunto del ordenamiento europeo. Si no se tiene presente esta realidad, sería imposible llegar a captar cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea llega a dictar la saga de sentencias Viking, Laval y Rüffert³, por mucho que las mismas hayan recibido en su momento fuertes críticas desde las posiciones propias de los juristas del trabajo, en la medida en que las mismas no habían asimilado el alcance del posterior y paralelo desarrollo de la política social europea, con particular atención al reforzamiento del diálogo social. Así, se efectúa la comparación con la libre competencia, destacando que mientras que la negociación colectiva necesariamente produce una restricción de la misma y la única forma de salvaguardar la anterior es excluirla de los condicionantes derivados del derecho de la competencia, no sucede así respecto de la libre prestación de servicios transnacional que sí debe ser respetada por el desarrollo de la negociación colectiva, siendo posible una invocación directa por parte de la empresa perjudicada frente al sindicato. Eso sí, como contrapeso, las sentencias admiten que la protección de los derechos fundamentales (entre los que se encuentra el de negociación colectiva) constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión; eso sí, debiendo ello conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado y el principio de proporcionalidad⁴. Sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo⁵.

Precisamente, por esto último la centralidad de las libertades económicas dentro del proyecto europeo, con el paso del tiempo, tendrá que atemperarse o conciliarse con el paralelo interés de las instituciones comunitarias por marcar las señas de identidad del proyecto europeo, no basado exclusivamente en la Europa de los mercaderes y, por ende, otorgar un importante espacio de equilibrio a la armonización de la legislación laboral, como instrumento de reequilibrio. Será precisamente en ese marco en el que se producirá desde las propias instituciones eu-

³ SSTJCE 11 de diciembre de 2007, C-438/05, Viking Line; 18 de diciembre de 2007, C-341/05, Laval un Partneri; 3 de abril de 2008, C-346/06, Dirk Rüffert.

⁴ SSTJCE 11 de diciembre de 2007, C-438/05, Viking Line, apartados 45 y 46; 18 de diciembre de 2007, C-341/05, Laval un Partneri, apartado 93.

⁵ SSTJCE 11 de diciembre de 2007, C-438/05, Viking Line, apartado 75; 18 de diciembre de 2007, C-341/05, Laval un Partneri, apartado 101.

ropeas un decisivo reconocimiento y promoción de la función de los interlocutores sociales en el marco del diálogo social (art. 152 TFUE). Más aún, atribuyéndose a la UE competencias de armonización legislativa en lo relativo a la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores (art. 153.1 f TFUE).

En ese contexto, las instituciones económicas de la Unión han pasado a ser concebidas en el marco de las tradiciones propias de los sistemas democráticos de relaciones laborales asentados en los diferentes Estados miembros, como seña de identidad propia del proyecto europeo. Precisamente dentro de esas tradiciones nacionales de los sistemas de relaciones laborales se encuentra de forma generalizada un sólido desarrollo de la negociación colectiva en el conjunto de los Estados miembros. Por muy diversos que sean los diferentes modelos nacionales de negociación colectiva, su solidez y desarrollo es muy fuerte en el conjunto, siendo especialmente perceptible esta realidad cuando la misma se la compara con los sistemas de relaciones laborales presentes en países ajenos a la Unión Europea⁶.

Esta realidad ha pesado con fuerza en la evolución de la construcción del modelo europeo, especialmente por lo que refiere a la toma en consideración desde las instancias europeas del valor que presenta la negociación colectiva en el funcionamiento del sistema de relaciones laborales, incluso en el impacto que ello debe tener sobre la configuración general del juego de las libertades económicas y su impacto sobre el mercado de trabajo⁷.

Elemento decisivo a estos efectos vendrá representado por la doctrina asentada por la saga de sentencias dictadas en torno al caso Albany⁸. El punto de partida a estos efectos será el de constatar que, por su propia esencia, la negociación colectiva viene a establecer un equilibrio diferente entre oferta y demanda de trabajo, que sin la menor duda restringe el libre desarrollo del derecho de la competencia. Por ello, como dirá expresamente el Tribunal de Justicia, “determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores”. Estas sentencias son conscientes de que llevar hasta sus últimas consecuencias la anterior circunstancia debería conducir a prohibir lisa y llanamente la negociación

⁶ AA. VV. (Jesús Cruz Villalón dir.), *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.

⁷ Para una visión comparada del asunto en los principales países europeos, N. Bruun y J. Hellsten, *Collective Agreement and Competition Law in the EU. The Report of the COLCOM-project*, Iustus Förlag 2001. C. Vigneau, *De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 25.

⁸ SSTJCE 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Albany, apartado 59; 21 de septiembre de 1999, C-219/97, Bokken; 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a 117/97, Brentjens; 21 de septiembre de 2000, C-222/98, Van der Woude; 9 de julio de 2009, C-319/07, Dinamarca y Noruega, apartado 50; STJUE 3 de marzo de 2011, C-437/09, Prévoyance. Sobre las mismas, cfr. S. Evju, *Collective agreements and competition law. The Albany puzzle and Van der Woude*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 17 n.º 2 (2001).

colectiva. Por ello, partiendo de la generalizada implantación de la negociación colectiva como derecho básico de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros, a partir de la constatación de los objetivos sociales perseguidos también por el ordenamiento europeo en la búsqueda de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, así como el necesario equilibrio de estos objetivos sociales con los derechos económicos, acaba considerando que los objetivos de política social resultarían gravemente comprometidos si los convenios colectivos estuvieran sujetos al Derecho de la Unión sobre la libre competencia. Ello desemboca en la conclusión de que los convenios colectivos quedan fuera de la prohibición de los acuerdos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (art. 101.1 TFUE). Ello vendrá acompañado de algún matiz importante por esta jurisprudencia, en la medida en que se aclarará que en todo caso ello no excluye que en el análisis de la corrección de lo actuado en este terreno se deberá comprobar la “naturaleza y el objeto del acuerdo”, especialmente a los efectos de asegurar que no se ha producido una desnaturalización de la función propia de la negociación colectiva. Sin perjuicio de que deberemos analizar el concreto alcance de esta última precisión, el principio general que se instituye con esta jurisprudencia es que la negociación colectiva se desarrolla extramuros de las reglas prohibitivas de los acuerdos contrarios a la competencia, pues, insistimos, resulta consustancial a la propia negociación colectiva alterar las reglas de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo.

Esta contextualización general se va a afianzar y elevar de categoría a partir de la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente a partir del momento en el que a la misma se le reconoce el carácter de texto vinculante que forma parte del Derecho originario de la Unión. Por lo que afecta a la materia objeto de tratamiento aquí, han de traerse a colación los dos preceptos claves que reproducen la dualidad de derechos que venimos tomando en consideración. En efecto, de un lado nos encontramos dentro de esta relación de derechos con el reconocimiento de la libertad de empresa (art. 16), al propio tiempo que, en igual medida, se le otorga idéntico valor al reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (art. 28). Tiene un superior valor simbólico la recepción del segundo de ellos, en la medida en que la libertad de empresa ya tenía plena carta de naturaleza desde sus orígenes en los Tratados Constitutivos, mientras que la negociación colectiva se incorpora por primera vez como un derecho fundamental en la medida en que hasta ese momento no figuraba de manera expresa en el Derecho originario, incluso existían dudas de que se encontrase dentro del elenco de contenidos susceptibles de armonización legislativa⁹. Precisamente por

⁹ Sobre el particular, J. Cruz Villalón, *El derecho de negociación colectiva laboral en el marco del ordenamiento de la Unión Europea*, publicado en AA. VV., (Ana Carmona directora), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, ed. Aranzadi, Madrid, pgs. 167 ss.

ello, las sentencias de la saga Albany tienen que acudir como referente principal a las tradiciones nacionales de centralidad de la negociación colectiva para fundamentar su impacto en el ámbito europeo. A partir de la Carta de Derechos Fundamentales ya es posible apelar a un explícito reconocimiento en el Derecho originario de la Unión de la negociación colectiva. Es cierto que en la Carta, tanto la libertad de empresa como la negociación colectiva se contemplan en la misma “de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”, lo que ha de constituir un importante elemento condicionante del alcance material de tal reconocimiento como derecho fundamental; sin olvidar tampoco, que tal reconocimiento en la Carta se lleva a cabo sin que ello suponga atribuir nuevas competencias a las instituciones europeas. Pero, indiscutiblemente, esa recepción dentro de la Carta no puede tener un mero valor de declaración de intenciones políticas, por cuanto que la Carta tiene un estricto alcance jurídico y, por añadidura, de rigurosa eficacia vinculante. Por ello, una cosa es que no quepa una intervención regulativa directa de la materia por parte de las instituciones europeas fundada exclusivamente en el texto de la Carta y otra bien distinta que el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho de rango fundamental en dicho texto posea la virtualidad jurídica de impactar sobre la interpretación del ejercicio y efectos del conjunto del ordenamiento comunitario. Prueba elocuente de ello es que la propia Carta cuando reconoce la negociación colectiva como derecho fundamental precisa que el mismo se lleva a cabo «de conformidad con el Derecho de la Unión». De este modo, la negociación colectiva puede tener un decisivo impacto sobre otros derechos y principios de la Unión, para los que las instituciones europeas sí que ostentan facultades de intervención normativa, entre los que se encontrarían los relativos a las libertades económicas.

En definitiva, la recepción del derecho a la negociación colectiva dentro de la Carta, con independencia de que se efectúe en paralelo a la libertad de empresa, afianza y eleva de rango los criterios jurisprudenciales diseñados a partir de la saga de sentencias Albany, de modo que con mayor fundamento se puede entender que la negociación colectiva cuando desarrolla la función que por esencia le corresponde no puede entenderse como un acuerdo afectado por la prohibición de distorsión de las reglas de la competencia.

3. LOS CRITERIOS ORIENTADORES GENERALES DE CONVIVENCIA DE LA DUALIDAD DE DERECHOS

A partir de las consideraciones precedentes puede procederse a formular los criterios generales conforme a los cuales afrontar la necesaria convivencia entre el derecho a la negociación colectiva y el correlativo derecho a la libre competencia.

Cuando nos enfrentamos al reconocimiento al máximo nivel jurídico (constitucional o en los Tratados internacionales) de dos derechos la fórmula más generalizada es la de partir de la premisa de que ninguno de los dos derechos puede concebirse de manera absoluta. La necesaria convivencia de ambos derechos tiene como resultado la limitación mutua de ambos derechos, en el sobreentendido de que el ejercicio del uno requiere la limitación del otro y viceversa. A partir de ahí, se tiende a la búsqueda del equilibrio entre ambos preceptos, para lo que se acude al juego del principio de proporcionalidad como instrumento de la limitación mutua. Se aplica, así, el principio de proporcionalidad en su triple vertiente respecto del límite que se le impone: si con la imposición del límite se logra la finalidad buscada (juicio de idoneidad); si, además, es necesario, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si el límite que se establece resulta ponderado o equilibrado, por derivarse del mismo más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En el caso que estamos analizando, sin desmerecer del valor que puede tener el acudir a tales reglas comunes relativas a la aplicación del principio de proporcionalidad, ello resulta algo más complejo, cuando no requiere de correcciones importantes. La particularidad que se presenta en este caso exige una cierta reconducción del genérico principio de proporcionalidad. En efecto, en estos supuestos resulta imprescindible tener presente que la negociación colectiva como institución, por su propia naturaleza y finalidad, provoca de manera directa e inexorable una alteración de las reglas de la libre competencia. Su función es precisamente la de contrarrestar el libre juego de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo. Desde este punto de vista ha de admitirse que el trabajo sí tiene el carácter de una mercancía, inicialmente sometido a las reglas del mercado, pero que, por voluntad del legislador, se impone un modelo de relaciones laborales que pretende que el trabajo no se considere “sólo” como una mercancía. Así, el reconocimiento de la negociación colectiva, por propia esencia, pretende superar el libre juego de la oferta y la demanda a nivel individual, para fomentar la fijación de las condiciones de trabajo a nivel colectivo y, con ello, necesariamente alterar el precio del trabajo. En definitiva, el desarrollo de la negociación colectiva necesariamente distorsiona la competencia mercantil. Dicho con los términos de la sentencia Albany, los efectos restrictivos de la libre competencia son inherentes a los convenios colectivos y, por ello, los mismos no entran en el marco de las reglas dirigidas a prohibir los acuerdos que impiden, restringen o falsean la competencia. Hay, pues, un antagonismo directo entre negociación colectiva y libre competencia, por lo que en estos casos no resulta posible una automática y plena aplicación del principio de proporcionalidad. Al no tratarse de derechos compatibles entre sí, no resulta

posible acudir sin más al principio de proporcionalidad para resolver los posibles conflictos entre ambos derechos.

A tenor de ello, ha de acudirse a otro modo o método de resolver el conflicto, pues al propio tiempo lo que es indiscutible es que el ordenamiento reconoce ambos derechos y los mismos deben convivir en nuestra realidad social y económica. La forma de resolver el dilema es la de situar a cada derecho en espacios de actuación diversos, desplegando en cada territorio funciones diversas y, por tanto, jugando con un principio más de reparto competencial, que de proporcionalidad de juego en un mismo ámbito.

Dicho de manera más concreta, la negociación colectiva puede moverse con plena libertad de juego en el campo de la regulación del mercado de trabajo, sin tomar en consideración el impacto distorsionador que pueda provocar su desarrollo sobre la libre competencia. Por ello, cuando las partes procedan a negociar lo que es el contenido propio de los convenios colectivos, sus pactos no podrán verse impedidos por la afectación de los mismos a la regla de la libre competencia mercantil. Y este es el sentido que tiene la conclusión de que la negociación colectiva resulta inmune a la prohibición de acuerdos distorsionadores de la competencia. Quienes de manera más expresa han asumido esta lógica han sido los países de la Europa del norte, quienes de manera explícita han excluido la aplicación de las reglas relativas a la competencia mercantil respecto de la negociación colectiva¹⁰.

En paralelo, en correspondencia y contraste con lo anterior, la tutela de la libre competencia debe desplegarse en el campo de juego del resto de los mercados de producción de bienes y servicios, territorio este otro en el que no puede actuar la negociación colectiva. Ello supone que el convenio colectivo no podrá abordar contenidos que son propios del funcionamiento de los mercados de bienes producidos o de los servicios prestados por las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por ejemplo, tal como establece de manera expresa la legislación portuguesa, los convenios colectivos tienen expresamente prohibido negociar materias tales como son las que afectan a actividades económicas, como pueden ser las relativas a períodos de funcionamiento, régimen fiscal, formación de precios y ejercicio de actividad de las empresas de trabajo temporal incluido el contrato de puesta a disposición¹¹, si bien este último aspecto requeriría ser matizado por lo admitido expresamente por la Directiva de la Unión Europea.

Dicho con palabras de las conclusiones del Abogado General en el asunto Albany, “el convenio colectivo debe tratar sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, y no afectar a terceros o a otros mercados”.

¹⁰ N. Bruun y J. Hellsten, *Collective Agreement and Competition Law...*, op. cit., pg. 79.

¹¹ Artículo 478.1 b Código de Trabajo. Bernardo Xavier, *La negociación colectiva en Portugal*, en AA. VV. *La Negociación Colectiva en Europa*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 2004, pg. 191.

Así expresado, la línea de demarcación se puede presentar muy sencilla y aparentemente fácil de aplicar. Siendo el anterior, a nuestro juicio, el punto de partida inexcusable, la actuación de una y otra institución en espacios diferenciados, ello resulta algo más complejo en la práctica, porque los espacios no son mundos separados, no son espacios estancos. Existen posibles colisiones, cuando no interinfluencias, entre el mercado de trabajo y el resto de los mercados de bienes y servicios. Aun cuando el punto de partida sea el de que cada institución actúa en mercados diversos (el de trabajo la negociación colectiva, de un lado, y el de bienes y servicios la libre competencia, de otro lado), ha de atenderse a las influencias mutuas que puedan existir entre ambos.

Para resolver este dilema adicional ha de atenderse al objeto o función que desempeñan ambas instituciones para afinar una respuesta completa al conflicto en cuestión. Para ello, como también indica la sentencia Albany, ha de atenderse a la naturaleza y al objeto de la negociación colectiva. Este es el sentido que cabe otorgar precisamente al calificativo de “laboral” que se le atribuye en nuestro texto constitucional del derecho a la negociación colectiva: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral” (art. 37.1 CE).

Así, de un lado, no puede desconocerse que, aun cuando un convenio colectivo se limite a regular las condiciones de trabajo, de manera indirecta puede condicionar el desarrollo del resto de los mercados de bienes y servicios. Pero ese resultado, una vez más resulta inevitable, pues es la única forma como el convenio colectivo puede desplegar las funciones para las que surge. Por ello, resulta imprescindible aceptar que al fijarse las condiciones de trabajo por parte del convenio colectivo, como efecto colateral se afecte al juego del mercado de los bienes producidos o los servicios prestados por las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por ello, lo que le vendrá vedado al convenio colectivo es fijar de manera directa las reglas de esos otros mercados de bienes y servicios, pero no se le puede negar el posible impacto indirecto sobre esos otros mercados de bienes y servicios. Dicho de manera ejemplificativa, el convenio colectivo tendrá prohibido en todo caso pactar el precio de los productos o servicios de las empresas afectadas por el convenio, pero no podrá evitar que al pactar determinados incrementos retributivos ello de manera indirecta pueda producir un efecto derivado de incremento de los precios de los productos o servicios objeto de la actividad económica de las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo en cuestión.

De otro lado, no resulta descartable que un convenio colectivo, bajo la apariencia de proceder a la fijación de condiciones de trabajo, establezca condiciones que tengan como finalidad directa, aunque lo sea oculta, la de establecer condiciones de funcionamiento perjudiciales para unas empresas respecto de otras dentro del mercado de productos o servicios sobre el que actúan. Con ello no se pretende contradecir el principio de partida de que los negociadores de un convenio son libres

de pactar lo que estimen por conveniente en el ámbito de la regulación del mercado de trabajo, estableciendo cuantas diferencias de tratamiento consideren oportunas siempre y cuando no incurran en la prohibición de tratamiento discriminatorio.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que los convenios colectivos sólo están sujetos a la prohibición de discriminación, sin que se encuentren limitados por el principio de igualdad de trato, que es algo diferenciado de lo anterior y ello sólo vincula a los poderes públicos; por mucho que tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria resulte confusa al respecto, en las más de las ocasiones confundiendo prohibición de discriminación e igualdad de trato como anverso y reverso de una misma moneda, cuando se trata de mandatos constitucionales diferenciados, con la relevante consecuencia de que el principio de igualdad sólo afecta a los poderes públicos y el convenio colectivo es resultado de una negociación entre sujetos privados, por mucho que la misma sea objeto de promoción y tutela singular por parte de nuestro ordenamiento jurídico¹². Eso determina que, por principio, no puede considerarse que resulte contrario a derecho que un convenio colectivo proceda a establecer condiciones de trabajo diferenciadas entre unas y otras empresas en atención a determinadas características singulares que, como tales, pueden justificar esa diferencia de tratamiento. Por ejemplo, el propio Tribunal Supremo ha llegado a admitir la licitud de un convenio colectivo que preveía un régimen retributivo diferenciado según el tamaño de la empresa y el uso o no de un proceso industrial mecanizado más gravoso para el trabajador¹³.

Eso sí, lo anterior no excluye que las diferencias de tratamiento no traigan su causa en una diversidad de condiciones entre unas y otras empresas, sino de una finalidad espuria de tratar peyorativamente a unas empresa respecto de otras con la clara finalidad de colocarlas en una posición de desventaja en la competencia mercantil. Lo que no pueden hacer los convenios colectivos es, en una clara actuación en fraude de ley, hacer un uso de su función de regulación del mercado de trabajo para pretender perjudicar a unas empresas respecto de otras en el mercado de bienes y servicios, con el objetivo directo de provocar una distorsión en el desarrollo de la libre competencia. Así ocurriría, por ejemplo, con un convenio colectivo sectorial

¹² Con más detalle, J. Cruz Villalón, El contenido de la negociación colectiva desde la perspectiva constitucional, en AA. VV. (W. Sanguinetti Raymond y Enrique Cabero Morán), *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, editorial Comares, Granada 2017, pgs. 777 ss.

¹³ STS, social, 20 de febrero de 2012, rec. 189/2011, ECLI:ES:TS:2012:1826: “no se trata de una desigualdad injustificada, puesto que la diferencia de trato no se produce entre empresas que se encuentran en una misma situación de hecho, sino entre empresas que, aún perteneciendo a la misma actividad, la realizan en condiciones distintas y que, por ello, conforman supuestos de hechos diversos. No puede ignorarse que la diferencia de trato no tiene por objeto marginar o discriminar a quien, como la asociación demandante, se siente económicamente perjudicada, sino mas bien reconocer la singular carga para el trabajador que trabaja en condiciones ambientales distintas, propias de un proceso industrial mecanizado, que han sido valoradas especialmente por los firmantes del convenio como acreedoras de un plus retributivo, amén de que puedan resultar más incómodos en los términos que señala la parte impugnante del recurso”.

que proceda a pactar salarios distintos según características de la empresa, con el claro objetivo sesgado de perjudicar a unas empresas frente a otras en el juego de la libre competencia mercantil, estando todas las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo en situaciones idénticas que no justifican la diferencia de tratamiento. Se trataría desde esta perspectiva de acudir a una institución tan clásica como es el fraude de ley, para impedir usos de la negociación colectiva contrarios a sus fines o a las funciones que le son propias: “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” (art. 6.4 Código Civil). Sin desconocer que en nuestro ordenamiento jurídico el fraude de ley no se presume y, por tanto, corresponde a quien lo alega demostrarlo, es obvio que no puede blindarse por completo el convenio colectivo cuando está negociando condiciones de trabajo. La negociación de condiciones de trabajo no puede constituir título legitimador absoluto de inmunidad, cuando ello se constata se realiza desnaturalizando su finalidad, en la medida en que la fijación de condiciones se presente como un simple instrumento de ocultar el objetivo directo que se persigue de distorsionar la competencia mercantil entre las diversas empresas en juego.

Finalmente, desde una perspectiva inversa de más fácil compatibilidad, ha de tenerse en cuenta que no siempre las funciones propias de la negociación colectiva y las correspondientes de la libre competencia entran en colisión. Por el contrario, en ocasiones la fijación uniforme de condiciones de trabajo para todas las empresas, especialmente cuando se trata de convenios colectivos sectoriales, unifican desde el punto de vista laboral los costes a efectos de la competencia mercantil. Desde esta perspectiva, la regulación uniforme del mercado de trabajo por parte del convenio colectivo facilita el libre juego de la competencia mercantil en términos de transparencia y ausencia de competencia desleal. Más aún, en múltiples ocasiones la negociación colectiva puede favorecer un desarrollo correcto de la competencia. En tales supuestos, la negociación colectiva llega incluso a impedir un desarrollo desequilibrado de la misma por cuanto que las posiciones de partida entre las partes pueden resultar desequilibradas de no existir cierto tipo de estándares comunes de carácter laboral. Dicho de otro modo, la intervención de la negociación colectiva se convierte en obligada para evitar distorsiones en la competencia mercantil.

4. MANIFESTACIONES SIGNIFICATIVAS LESIVAS Y NO LESIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las premisas precedentes de carácter general nos permiten a partir de ahora descender al terreno de lo concreto, para describir supuestos específicos en los que,

en negativo, se detectan pactos en convenios colectivos que calificaríamos como ilegales por contrarios a la libre competencia, complementado con otros casos determinados que aunque discutidos finalmente en positivo se han de considerar como pactos lícitos que no pueden verse impedidos por las reglas de la competencia. A los efectos de realizar tales descripciones nos basaremos en pronunciamientos judiciales o bien resoluciones administrativas provenientes de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, así como de los órganos homólogos que le han precedido en el tiempo con identidad de competencias.

4.1. Perjuicios a las oportunidades de negocios de terceras empresas

En ese terreno, habría que comenzar refiriéndonos a aquellos convenios colectivos que limitan de manera directa la actividad económica de empresas que no se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo, pero que se ven afectadas negativamente de manera directa por lo pactado entre las partes. Se trata de pactos en perjuicio de terceros, que carecen de fundamento para provocar dicho daño desde la perspectiva jurídica.

El primero de los supuestos se produjo en el tiempo en el caso del convenio colectivo del personal laboral al servicio del Ministerio de Justicia, a través del cual se le reconocía a los trabajadores la posibilidad de comprar productos médicos en las farmacias militares a precios más reducidos que los estipulados oficialmente para las farmacias de atención al público en general¹⁴. Se trataba de una adquisición que se le posibilitaba a este personal por medio de la entrega al mismo de unos talonarios que le permitían adquirir estos productos a precios más reducidos en las farmacias militares. El caso es ciertamente singular, en la medida en la que nos enfrentamos a un régimen de oligopolio, donde la adquisición de medicamentos solo se permite legalmente en determinados establecimientos abiertos al público. Como excepción, por razones justificadas, se permite legalmente que los funcionarios de las fuerzas armadas puedan adquirir los medicamentos en las farmacias militares, pero ello la norma estatal no lo contempla para el personal laboral, cuyo acceso a las farmacias militares se produce por lo pactado en el convenio colectivo. Subyace a todo litigio que con esa previsión de manera directa se está perjudicando a las farmacias abiertas al público en general, que a resultas del convenio colectivo perderían la correspondiente clientela. Esto es lo que determina el fallo de la sentencia, que entiende la cláusula convencional lesiva para las farmacias abiertas al público en general, si bien en la sentencia se recoge un voto particular discrepante. No se dice expresamente en la sentencia, si bien puede deducirse implícitamente del conflicto en cuestión, que las farmacias abiertas al público en

¹⁴ STS 15 de marzo de 1993, rec. 1730/1991.

general, al mismo tiempo que constituyen un oligopolio, por las características del producto, no tienen libertad de precios, pues los mismos le vienen impuestos bien lo sea por la Administración sanitaria o bien lo sea por el laboratorio que suministra el producto. Por ello, se trata de un supuesto muy específico, en el que los precios más reducidos del producto a adquirir en la farmacia militar, ofrecido por intermediación del convenio colectivo, venía a colocar en una posición de competencia desleal al resto de las farmacias abiertas al público en general.

El supuesto se inserta, por lo demás, en una larga tradición de la legislación laboral, de prohibir los sistemas denominados de *truck system*, por medio de los cuales el empleador ofrece a sus empleados la posibilidad de adquirir sus productos de consumo en tiendas específicas gestionadas por la propia empresa, que a través de vías diversas impiden o desincentivan la libre voluntad del trabajador de comprar en otros establecimientos. Este tipo de sistemas han sido prohibidos desde los orígenes de la legislación laboral, en primera instancia por cuanto que limitan la libertad de compra del trabajador, pero igualmente porque ello restringe la oportunidad de negocio de otros comercios y, con ello, perjudica a la libre competencia. Por tanto, la contravención de la legalidad se producirá tanto si lo anterior deriva de simples prácticas empresariales como si es el resultado de compromisos asumidos a través de la negociación colectiva.

En todo caso, el asunto no es tan simple, por cuanto que también es sabido que nuestra legislación laboral admite la licitud de otro tipo de prácticas que pueden considerarse bastante próximas a las precedentes. Así, basta con tener presente que nuestra legislación vigente da por supuesto que es posible que el trabajador perciba su retribución tanto en efectivo como en especie, sin perjuicio de que establece un tope máximo al porcentaje de retribución a percibir en especie (art. 26.1 ET). Desde el instante en el que el trabajador percibe una parte de su retribución en especie, encuentre esta partida salarial el origen que sea, el trabajador verá reducida la parte correspondiente al salario en efectivo y, con ello, minorada su capacidad de adquirir esos mismos bienes o servicios en el mercado libre de los mismos. Se trata de una limitación de acudir a la adquisición de tales productos en el mercado de bienes y servicios, con evidente perjuicio indirecto de las empresas que los ofrecen en régimen de competencia mercantil. A la postre, se trata de un sistema de retribución que directamente limita, cuando no se opone directamente, la libre competencia. En definitiva, una comprensión estricta y rigurosa del derecho a la libre competencia conduciría a concluir que resulta contraria a la misma cualquier fórmula de abono del salario en especie. Sin embargo, ha de reconocerse también que existe una amplia tradición de abono del salario en especie a los trabajadores, en unos casos bajo fórmulas muy tradicionales, en otras ocasiones bajo sistemas muy novedosos; y, por añadidura, que la normativa vigente admite la licitud de tales formas de retribución en especie, con independencia de que ello pueda comportar una restricción a la libre competencia. Podríamos así llegar a la conclusión de que

siempre que tales formas de retribución en especie favorezcan a los intereses de los trabajadores, se admiten como correctas siempre que no superen el porcentaje legalmente establecido como tope (30 %), de modo que con ese límite cuantitativo el legislador viene a establecer el equilibrio entre las ventajas a disfrutar por los trabajadores por esta vía y los perjuicios que se admiten como soportables a la libre competencia. Más aún, cuando el legislador establece este tope porcentual como regla de derecho necesario, en lo demás está derivando a la negociación colectiva la posible fijación del régimen de retribución en especie y, con ello, no impide que el convenio colectivo entre a regular las condiciones de percepción del salario en especie.

Al mismo tiempo, sin tratarse de fórmulas estrictas de salario en especie, también se encuentra muy extendido en ciertos comercios, el ofrecimiento a sus empleados la posibilidad de adquirir con su retribución monetaria bienes o servicios de la empresa a precios más reducidos o bien de tener la posibilidad de adquirir los mismos en días previos a las rebajas ofrecidas al público en general. Tienen en común estas prácticas con el precedente sistema de salarios en especie, que se le ofrece al trabajador una opción de adquisición de bienes o servicios a precios más reducidos, que por efecto derivado hace menos atractiva la posibilidad de adquisición de esos mismos bienes en otros comercios, por tanto con perjuicio a la libre competencia externa. Similar resulta también la posibilidad de acceder a servicios de restauración dentro de la empresa en cafeterías o bares a precios más reducidos de los existentes en el exterior del centro de trabajo, con beneficios mutuos tanto para la empresa en términos de productividad del trabajador como para el trabajador en términos de costes del servicio. Una vez más, se trata de prácticas muy extendidas, que ciertamente constituyen restricciones indirectas a la libre competencia. Nada establece la normativa al efecto, sin previsión hoy en día de expresa prohibición al respecto. Más allá de la discusión que en términos generales se pueda desarrollar respecto de este tipo de prácticas, que no podemos resolver en toda su profundidad en estos momentos, de lo que no cabe la menor duda es de que de admitirse la licitud de tales prácticas empresariales, nada podría objetarse a que las mismas pudieran llegar a formalizarse o institucionalizarse a través de pactos expresos en la negociación colectiva. O bien, dicho en sentido inverso, en la medida en que este tipo de prácticas tuviesen que someterse al principio de proporcionalidad entre los lícitos objetivos perseguidos por las mismas y la lesión indebida a la libre competencia mercantil, el mismo límite tendría la negociación colectiva para pactar cláusulas al respecto, pero desde luego ni más ni menos límites.

Un supuesto de similares efectos a los talonarios de las farmacias militares se presenta en el caso de las actividades complementarias en la actividad de la estiba y la desestiba. A estos efectos, lo más relevante es que las empresas estibadoras respecto de la actividad de carga y descarga de mercancías de los buques en los

puertos de interés general desempeñan igualmente un servicio en régimen de oligopolio. Se trata de empresas que actúan en régimen de oligopolio por cuanto que sólo ellas pueden realizar tal actividad, salvo que el propio armador opte por realizar la estiba o desestiba con personal y medios propios sin acudir a terceras empresas; si el armador opta por acudir a terceras empresas para las labores de carga y descarga de mercancías, necesariamente deben hacerlo por vía de la contratación del servicio con las empresas estibadoras. La liberalización del sector impuesta por la reforma legislativa derivada de la sentencia de condena a España por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea afecta a la libertad de contratación laboral por parte de las empresas estibadoras, pero no a la libertad de contratación externa por parte del armador del buque que debe seguir acudiendo a los servicios de las empresas estibadoras. Es por ello, que las empresas estibadoras constituyen un oligopolio, dado que sólo aquellas que obtienen la pertinente autorización administrativa del puerto de interés general en cuestión pueden desarrollar esta actividad económica, con el añadido de que en cada puerto puede establecerse un número limitado de autorizaciones. Razones de interés general y especialmente de eficaz funcionamiento de los puertos de interés general justifican esta limitación en la libre competencia mercantil, sin que hasta el presente se hayan puesto objeciones a ello. Eso sí, existe un catálogo preciso de actividades que se integran dentro de la estiba y desestiba que se encuentran limitadas en su contratación externa a las empresas que se mueven en régimen de oligopolio: sólo ellas pueden prestar estos servicios por previsión legal, pero con una lista cerrada de las actividades que se consideran no abiertas al mercado en general. Como contrapunto otras actividades diversas a la estiba y desestiba, previas o posteriores a la misma, que se pueden considerar como complementarias a las mismas, no están sometidas a este régimen de oligopolio.

Pues bien, en ese escenario, lo que han acordado algunos convenios colectivos de puertos es que cierto tipo de actividades complementarias han de efectuarse también por parte de las empresas estibadoras. Ello tiene la finalidad aparente de favorecer el empleo de los estibadores, en la medida en que se le encomienda a ellos también la realización de estas tareas complementarias, pero no cabe la menor duda que también comportan de manera indirecta la ampliación del ámbito de desarrollo del oligopolio, más allá de lo contemplado por la normativa estatal. En definitiva, con ello se produce un uso fraudulento de la función de la negociación colectiva, en los términos establecidos en el apartado precedente, por cuanto que con ello se produce de manera inmediata el cierre a la posibilidad material de que tales actividades complementarias puedan efectuarse en el espacio abierto al mercado y, por ende, con perjuicio a la libre competencia de empresas distintas a las estibadoras. Tal es la razón por la que coincidimos en el fundamento de las resoluciones judiciales y administrativas que han fallado contra los convenios colectivos de la estiba que han pactado, más allá de lo previsto legalmente, una

atribución de la ejecución de las actividades complementarias a favor de las empresas estibadoras en exclusiva¹⁵.

4.2. Régimen retributivo *versus* fijación de tarifas comerciales

Ya lo hemos adelantado en las consideraciones de carácter general, ha de entenderse que excede de la función de la negociación colectiva pretender entrar de manera directa en el ámbito de la regulación del mercado de bienes y servicios, saliéndose del marco que le es propio de la regulación del mercado de trabajo. Por ello, en términos ejemplificativos, también hemos afirmado que los convenios colectivos no pueden fijar los precios de los productos y servicios ofrecidos al mercado por las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. Este tipo de cláusulas de los convenios colectivos han de estimarse contrarias de forma plena a la libre competencia y, por tanto, ilícitas. No pueden encontrar en ningún caso su fundamento en la tutela de los intereses de los trabajadores, sin que la representación de los trabajadores tenga legitimación alguna para negociar con las empresas los precios de sus productos, ni siquiera en aquellas actividades de fuerte peso del coste del factor trabajo dentro del volumen general de negocio de las empresas en cuestión.

De manera emblemática ello se produjo en un convenio colectivo relativo a empresas que prestaban servicios de ayuda familiar en el ámbito de la atención a la dependencia personal, donde el convenio colectivo establecía los precios de los servicios y ofertas comerciales que las empresas deben aplicar a sus clientes, así como que se considerará incumplimiento del mismo las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes establecidos en el mismo¹⁶. No cabe la menor duda de que en este tipo de actividades el incremento retributivo pactado necesariamente ha de tener una repercusión refleja sobre los precios del servicio, dado que en estos casos es la única forma por medio de la que las empresas podrán cumplir con sus deberes laborales; es natural que en estos casos pueda existir la fuerte tentación de que la representación sindical impulse a las empresas a subir los precios del servicio como garantía del cumplimiento de los compromisos salariales pactados, pero lo que en modo alguno podrán hacer los convenios colectivos es fijar los precios mínimos de tales servicios. El convenio

¹⁵ STS, sala social, 10 de noviembre de 2010, rec. 153/2009, ECLI:ES:TS:2010:6528; tiene su origen en la SAN 1 de junio de 2009, procedimiento 1/2009. Res. Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de septiembre de 2009; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de septiembre de 2018, expte. S/DC/0596/16, asunto estibadores Vigo.

¹⁶ Res. Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 29 de enero de 2007, expediente 607/06, asunto ayuda a domicilio. Aunque lo sea con terminación convencional, en la misma línea CNC 16 de marzo de 2009, expediente S/0076/08, caso Repsol; 16 de marzo de 2009, expediente S/0076/08, contact center; 17 de marzo de 2009, expediente S/0077/08, caso empresas de seguridad.

colectivo lícitamente podrá negociar los salarios, pues esta es su función natural; a nadie se le oculta que ello tendrá, de manera indirecta, la inmediata repercusión sobre los precios, pero la frontera insoslayable se encontrará en que el convenio no podrá en ningún caso adentrarse en la fijación directa de los precios; ello, de contrario, insistimos, supondrá desbordar el ámbito en el que se debe desenvolver, de regulación del mercado de trabajo pero no de los mercados de bienes y servicios en los que actúan las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Eso sí, como reverso de lo anterior, allí donde el convenio colectivo no vaya más allá de la fijación de las retribuciones, habrá de presumirse que su contenido es correcto desde el punto de vista legal. Por ello, ha de entenderse como correcto incluso que las empresas afectadas por un determinado convenio colectivo, reciban una comunicación informativa por parte de la asociación empresarial que ha negociado el convenio indicándoles que los salarios pactados podrían provocar un incremento de los precios, sin hacerle más orientación o recomendación a estos efectos. Así sucedió precisamente en un supuesto en el que se cerró sin sanción un determinado expediente administrativo, criterio con el que coincidimos, en un caso en el que, tras la negociación de un convenio, sin fijar nada el mismo en materia de precios, se produzca una subida simultánea de precios de varias empresas afectadas por los incrementos derivados del convenio colectivo, tras una circular de la organización empresarial que lo había firmado en la que se limitaba a informar sobre el contenido de lo pactado en materia salarial pero sin hacer indicación alguna sobre repercusión en precios¹⁷.

4.3. Regulación del tiempo de trabajo *versus* fijación de horarios comerciales

Los criterios expuestos para la precedente dualidad salario–precios resultan plenamente aplicables para la correlativa dualidad jornada de trabajo–horario de atención al público. Evitando resultar excesivamente reiterativo, resumiríamos diciendo que jornada y horario de trabajo constituyen una de las condiciones de trabajo más típicas, especialmente uno de los contenidos más habituales en la negociación colectiva. Incluso se identifica inmediatamente que la normativa estatal efectúa remisiones recurrentes a la negociación colectiva para que proceda a complementar, desarrollar e incluso corregir la regulación contenida en la misma. Por ello, se trataría de la típica materia para la que el convenio colectivo se encuentra legitimado para regular, con la orientación y grado de detalle que estime oportuno, obviamente dentro del respeto a las normas de derecho necesario previstas en la legislación laboral, pero sin que en modo alguno se pueda considerar que este

¹⁷ Res. CNC 23 de abril de 2010, expediente S/0161/09, caso empresas reponedoras de productos en grandes superficies.

tipo de cláusulas pueden ser contrarias a la libre competencia. Incluso aplicando el criterio de impacto indirecto, ni siquiera puede ponerse objeción a que el establecimiento en convenio colectivo de determinadas reglas en materia de jornada y sobre todo de horario como efecto reflejo condicione o limite la libertad de las empresas en la fijación de su horario de apertura al público. Eso sí, en los mismos términos respecto de lo dicho para la materia económica en cuanto a precios, lo que no puede hacer el convenio colectivo es de manera directa fijar los horarios de apertura al público de la empresa, pues eso ya se adentra de manera inmediata sobre la regulación del mercado de bienes y servicios. Así, lo ha venido a entender el Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁸.

No obstante, por contraste también podría traerse a colación que alguna sentencia concreta del Tribunal Supremo ha considerado lícito que el convenio colectivo acuerde cerrar en domingo, tanto fabricar como vender, en un caso en el que se le impuso una sanción administrativa a una empresa por la autoridad laboral en cuanto que incumplió la prohibición pactada en el convenio colectivo¹⁹. Bien es cierto que se trata de un pronunciamiento aislado, ya antiguo y sin reiteración posterior, que atiende exclusivamente a una regla limitativa de la jornada de trabajo y, sobre todo, que se trata de una sentencia en la que el debate procesal no propició analizar hasta qué punto este tipo de pactos eran contrarios a la libre competencia, pues se limitó a analizar la corrección o menos de la sanción impuesta por la autoridad laboral, casi dando por supuesta la licitud de la cláusula convencional.

Por lo demás, aplicando el criterio del fraude de ley en los términos generales expuesto, aquí lo que tampoco cabría es establecer un régimen diferenciado de jornada entre un tipo y otro de empresas, de modo que, internamente dentro de las incluidas dentro del ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo, a unas se les aplique un régimen de jornada y a otras otro diferente con vistas a colocarlas en una posición de competencia desleal. En algún caso, se ha hecho así, intentando burlar la preferencia aplicativa del convenio colectivo en lo que afecta al salario, utilizando para ello el dato de que tal preferencia no se extiende a la jornada de trabajo, con lo cual se establecían niveles salariales diversos según la jornada de trabajo existente en la empresa²⁰.

¹⁸ “Se trata de un acuerdo realizado entre distintos operadores económicos que limita la libertad comercial de los que lo suscriben, puesto que consagra, por una parte, la prohibición de que los industriales panaderos fabriquen pan los domingos y festivos y, por otra, impide que los industriales pasteleros fabriquen y comercialicen piezas de pan distintas de las pactadas” (Res. TDC 16 de diciembre 1997, caso pan de Barcelona).

¹⁹ STS, contencioso administrativo, 28 de noviembre de 1997, rec. 4888/1991.

²⁰ En sentido contrario, estimando la legalidad de la cláusula, STSJ, Navarra, de 30 de julio de 2014, AS 2277.

4.4. Compromisos convencionales de subrogación contractual

En este apartado, el asunto más recurrente en la discusión ha sido el relativo a los pactos en convenio colectivo que amplían el efecto subrogatorio más allá de los supuestos contemplados legalmente. Debe advertirse, ante todo, que se trata de asuntos muy específicos, que para empezar no ponen en cuestión la licitud de este tipo de pactos. Intencionadamente hemos venido eludiendo la referencia a las condiciones de trabajo como contenido propio y lícito de la negociación colectiva, por cuanto que estimamos que ello puede inducir a una lectura restrictiva del contenido de lo negociable. Precisamente por ello hemos afirmado que el convenio colectivo se encuentra facultado constitucional y legalmente para establecer en sentido amplio el régimen regulatorio del mercado de trabajo, siendo su límite por excelencia adentrarse directamente en el régimen de otros mercados. La expresión condiciones de trabajo puede resultar reductiva, pues puede orientarse sólo a la fijación de los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato de trabajo. Por contraste, la Constitución Española se refiere genéricamente a la negociación colectiva “laboral” y su desarrollo legal apela a la posibilidad de pactar cuanto afecte a materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones con el empresario y las asociaciones empresariales; naturalmente ello siempre dentro del respeto a las leyes (art. 85.1 ET).

A tenor de ello, no cabe la menor duda que el convenio colectivo se encuentra facultado para establecer reglas de subrogación empresarial, siempre naturalmente que dicho compromiso vaya dirigido a las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. La subrogación constituye un instrumento de garantía de la estabilidad en el empleo así como de viabilidad de continuidad laboral de las empresas que asumen determinadas actividades que hasta ese instante venían siendo gestionadas por otras empresas. Por ello, entran de lleno este tipo de cláusulas dentro de la función propia de la negociación colectiva, afectando precisamente al régimen de continuidad de los contratos de trabajo, estableciendo mecanismos de cambio de titularidad del empleador sin ruptura del vínculo contractual. Más aún, debe tenerse en cuenta que a estos efectos el convenio colectivo se encuentra amparado por la Directiva de la Unión Europea sobre transmisión de empresa, que habilita para que los convenios colectivos puedan constituirse en un instrumento de trasposición de la norma europea.

La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia avala tanto que una mera continuidad de trabajadores al servicios de la nueva empresa que asume la gestión pueda constituir aval de la aplicación de la Directiva, como que cuando el convenio colectivo, yendo más allá de la previsión legal, establece supuestos adicionales de subrogación contractual, los mismos deban someterse al régimen previsto en

la propia Directiva²¹. Igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo las ha considerado lícitas²², así como la propia Comisión Nacional de la Competencia como principio de partida²³.

Sin embargo, ésta última resolución administrativa abrió una discusión que comenzó a poner en cuestión que, en casos singulares, la cláusula convencional estuviese en el espacio de lo que le es permitido, pues ha llegado a considerar que, en algunas ocasiones, sí que puede provocar una indebida distorsión de la competencia. En dicha resolución administrativa se llegó a considerar que en un caso muy singular de transporte y manipulado de fondos por parte de empresas de seguridad, donde el trabajador no está adscrito a ningún centro en concreto, no afectando a una determinada empresa sino a todas en tanto en cuanto traten de captar nuevos clientes, la subrogación sí la ha considerado contraria al derecho de la competencia. Conviene advertir, sin embargo, que dicha resolución administrativa fue recurrida en sede judicial, dictándose sentencia que anuló la sanción administrativa, por entender que la cláusula del convenio se situaba dentro del objeto regular de condiciones laborales pactables por convenio colectivo²⁴.

Para concluir ha de señalarse que la CNMC abrió expediente sancionador en el asunto relativo al acuerdo de subrogación en el ámbito de la estiba y desestiba²⁵. Se trata de una medida que establece un mecanismo de subrogación contractual, como mecanismo de gestionar colectivamente el proceso de liberalización en la contratación laboral, a partir de unos esquemas previos restrictivos de la actuación de las empresas en este ámbito, que, como se sabe, fueron considerados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como contrarios a la libre prestación de servicios²⁶, lo que determinó la correspondiente reforma legislativa²⁷, aunque

²¹ Por todos, STJUE 11 de julio de 2018, C-60/17, Somoza Hermo, ECLI:EU:C:2018:559: la Directiva “debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas”.

²² SSTs, sala de lo social, 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/1999; 27 de enero de 2009, rec. 4585/2007; 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014; 3 de mayo de 2016, rec. 3165/2014.

²³ CNC resolución 27 de marzo de 2012, expediente S/0197/09, caso empresas de seguridad.

²⁴ SAN 29 de noviembre de 2013, rec. 240/2012.

²⁵ Clausula sexta del Acuerdo de 7 de julio de 2017, BOE 18 de julio de 2017. Expediente CNMC S/DC/619/17.

²⁶ STJUE 11 de diciembre de 2014, C-576/13, Comisión Europea versus Reino de España, ECLI:EU:C:2014:2430.

²⁷ Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (BOE 13 de mayo), por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. En general, sobre el papel de la negociación colectiva en este proceso de reforma, J. Cruz Villalón, Transformaciones

pendiente de implementación por vía reglamentaria. No cabe la menor duda de que se trata de un proceso de liberalización que viene rodeado de enormes dosis de conflictividad, en el marco de un sistema de tratamiento singular en casi todos los países, con tradiciones de funcionamiento como mercados cerrados, por lo que no puede ocultarse que ciertos procesos de negociación colectiva sean utilizados por las partes con cierta connivencia para dificultar el proceso de liberalización impuesto desde las instancias europeas. Eso sí, conviene hacer una lectura completa de la medida de subrogación y la función que la misma puede desempeñar en el conjunto del proceso, para detectar si efectivamente un mecanismo de subrogación pactado convencionalmente como lícito, pudiera en última instancia ser utilizado o no en fraude de ley.

En gran medida lo contemplado en dicho acuerdo en materia de subrogación forma parte de la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017, que se recoge como anexo a la reforma legal de 2007 de reforma de la estiba. Debe recordarse que la reforma de 2017 contempla la definitiva extinción de la SAGEP a la finalización del período transitorio de los tres años, o bien con anterioridad por separación de la misma de todos sus miembros. En ese proceso de transición, la norma concede a las empresas estibadoras accionistas de la SAGEP la posibilidad de separarse de la misma durante un período transitorio inicial. En ese contexto, lo que contempla el pacto celebrado por las partes a nivel estatal es que las empresas estibadoras que hagan uso de esa facultad de separación individualizada se subrogarán en el personal de estiba portuaria que a la fecha de entrada en vigor de la reforma de 2017 integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad, en las mismas condiciones que posee en ese momento, con aplicación por analogía de la precisión estatutaria en materia de subrogación legal por cambio de titularidad de la empresa (art. 44 ET). Igual previsión de subrogación contractual se contempla para la hipótesis en la que se proceda a la disolución de la SAGEP por acuerdo de separación de la misma de la totalidad de las empresas estibadoras accionistas de la misma.

A nuestro juicio, se trata de una fórmula de subrogación contractual, por vía de convenio colectivo, perfectamente lícita, conforme a otros supuestos admitidos por nuestra jurisprudencia ya referidos. El texto del acuerdo coloca en posición de igualdad a todas las empresas estibadoras que en ese momento vienen actuando en cada uno de los puertos de interés general, por lo que no puede aducirse afectación a la competencia entre ellas. Más aún, a nuestro juicio, la regla de subrogación deviene ineludible a los efectos de garantizar que no se producen distorsiones en la competencia entre estas empresas. En efecto, si se permitiese que las empresas estibadoras que abandonasen la SAGEP lo hiciesen libres de cargas laborales, ello las colocaría en una posición de manifiesta e injustificada posición de ventaja

de la negociación colectiva en la estiba y desestiba, en *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, J. Cabeza Pereiro y B. Fernández Docampo, editorial Bomarzo, 2018, pgs. 61 ss.

comercial, por cuanto que desarrollarían a partir de ese instante su actividad sin carga laboral de partida, en tanto que las que se mantuviesen lo haría con una carga de personal desproporcionada, dado que asumirían el empleo que hasta ese instante asumían las empresas que salen. Dicho en términos plásticos, la SAGEP vendrían a constituir un a modo de *pool* de empleo de gestión conjunta de trabajadores, con sus ventajas e inconvenientes; por tanto, es lógico que a quien desee salirse de ese *pool*, se le imponga llevarse consigo la parte proporcional de empleo para evitar agravios comparativos y, especialmente, competencia desleal con quienes permanecen. Es cierto, que ello pudiera provocar posiciones de desventaja en la competencia respecto de quienes desean incorporarse por primera vez a esa actividad económica, sin mochila de empleo a sus espaldas. No obstante, ello suele ser algo común a cualquier sector entre empresas asentadas y de nueva creación; pero incluso ello viene compensado legalmente, por cuanto que en el proceso de transición se contempla que si las empresas estibadoras ya asentadas constatan un excedente de empleo a resultas del proceso de transformación hacia el modelo liberalizado, no serán ellas quienes asumirán los costes indemnizatorios del despido, sino que su abono se imputa a la correspondiente autoridad portuaria.

El debate puede entenderse que ha quedado zanjado cuando, con posterioridad a todo lo anterior, el Gobierno ha aprobado un Real Decreto-Ley por medio del cual expresamente ha facultado a la negociación colectiva en el sector de la estiba para introducir este tipo de cláusulas subrogatorias durante el período transitorio de adaptación legislativa liberalización del sector y en el marco del proceso de desaparición de las SAGEP²⁸. En definitiva, el propio Gobierno valida como tal este tipo de cláusulas subrogatorias y como tales se consideran plenamente compatibles con el derecho de la competencia.

²⁸ “1. Con el fin de garantizar el principio de estabilidad en el empleo, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales podrán establecer, mediante un acuerdo o un convenio colectivo, las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo de los trabajadores que, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, estuvieran prestando servicios portuarios de manipulación de mercancías y sigan prestandolo a la entrada en vigor del presente, en los supuestos previstos en los siguientes apartados.

2. Cuando las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías opten por dejar de ser accionistas de la SAGEP, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, produciéndose el decrecimiento de la actividad de esta última, procederá la aplicación del mecanismo subrogatorio cuando así se acuerde conforme a lo dispuesto en el apartado 1. Igual facultad negociadora dispondrán las citadas organizaciones cuando los socios de las SAGEP opten por su disolución. El mecanismo subrogatorio que, en su caso, pueda acordarse deberá ser transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores” (Art. 4 Real Decreto-Ley 9/2019, de 29 de marzo (BOE 30 de marzo), por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías).

4.5. Límites a la descentralización productiva

La opción empresarial entre ejecutar su actividad directamente con empleados propios o bien hacerlo con mayor o menor intensidad a través de mecanismos de externalización productiva contratando parcelas de su ciclo productivo con otras empresas se sitúa plenamente en la esfera de la libertad de empresa. El propio Tribunal Supremo desde antiguo ha situado esa libertad de opción en el ámbito del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE)²⁹. Prueba elocuente de ello es que la legislación laboral parte de la premisa de la plena licitud del fenómeno de las contratas y subcontratas de obras y servicios, incluidas las de la propia actividad, sin perjuicio del establecimiento de reglas de garantía de derechos que tutelen la posible situación de debilidad de los trabajadores en la efectividad de los mismos (art. 42 ET). Sólo cuando se encuentren en juego razones conectadas con la tutela de intereses generales de la comunidad sería posible que legalmente se prohíban o impidan los procesos de descentralización productiva. Y ciertamente, existen casos bien conocidos en los que por razones de seguridad, incluidos los conectados con la prevención de riesgos laborales, el ordenamiento jurídico limita los procesos de descentralización productiva, especialmente cuando se realizan en cadena con dificultades de eficiencia en la aplicación de las normas jurídicas. Recuérdese como casos prototípicos las limitaciones establecidas legalmente a los procesos de subcontratación en el sector de la construcción³⁰. Eso sí, como contrapunto, al tratarse de intereses generales los que constituyen el fundamento de las limitaciones directas a la descentralización productiva, se presume que se encuentran en juego intereses públicos que, como tales, corresponde sólo al poder público establecer los supuestos de prohibición o limitación de las opciones de descentralización productiva. Como expresamente indica la propia ley del sector de la construcción antes mencionada, la subcontratación “no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley”. Por tanto, ello presupone que se establece una reserva normativa hacia el poder legislativo estatal, lo que, en sentido inverso, comporta que la negociación colectiva de principio no podrá prohibir la libertad empresarial de adoptar medidas de descentralización productiva.

Mejor dicho, tal impedimento será nítido para el caso del convenio colectivo sectorial, mientras que resulta mucho menos claro por lo que afecta al convenio colectivo empresarial, supuesto este otro donde es el propio empresario quien se autolimita. Por ello, a la inversa, no puede entenderse que afecte a su libre competencia un compromiso del propio empleador de ejecución directa de ciertos servicios con sus propios trabajadores, pues ello comporta una simple regla de garantía

²⁹ Por todas, STS 4 octubre 1993, RJ 5617.

³⁰ Art. 5 Ley 32/2006, de 18 de octubre (BOE 19 de octubre).

de empleo que se sitúa en el ámbito de la tutela de los intereses de los trabajadores en el ámbito de la empresa; es el mismo empleador quien decide libremente con los representantes de los trabajadores en el ámbito empresarial ejecutar en tales términos tales facultades.

Por lo demás, a semejanza de lo que hace el Estatuto de los Trabajadores con el régimen de tutela reforzada de los derechos de los trabajadores en las contrata y subcontratas (art. 42 ET), puede considerarse lícito que los convenios colectivos, sin llegar a prohibir o limitar la descentralización productiva, sí que lleguen a incorporar un plus de tutela a los trabajadores respecto de los supuestos legales de descentralización o en relación con la intensidad de la garantía de los derechos de los trabajadores. En ese caso, sí que nos moveríamos en el ámbito de la regulación de condiciones de trabajo y no invadiendo el terreno del régimen de funcionamiento del mercado de bienes y servicios diverso del de trabajo. Naturalmente ello sería viable 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 legalmente para representar a esas empresas.

Dos casos específicos se han presentado en sede judicial, que merece la pena traer a colación.

De un lado, se ha considerado lícito que un convenio colectivo sectorial estatal proceda a limitar la subcontratación con cooperativas en un determinado sector, donde habitualmente el mecanismo de acudir a las cooperativas se ha utilizado con fuertes dudas de corrección, por cuanto que hay fundadas sospechas de que ello se haya efectuado en fraude de ley, con vistas a provocar un deterioro directo de la calidad del empleo en este ámbito³¹. Para la sentencia se trata de una cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena a través de la «internalización» del trabajo, y que se explica en una realidad laboral en la que se ha empleado con profusión la externalización como técnica de flexibilidad productiva. En estos términos, la sentencia no considera ilegítima tal política laboral, del mismo modo que no lo es un programa de fomento de la contratación indefinida, pues en ambos casos se persigue garantizar un estatus de mayor estabilidad a los trabajadores. Se considera así que se trata de una política que no es ajena al ámbito de la potestad normativa de la negociación colectiva y “desde luego no supone práctica restrictiva de la competencia al tratarse de una norma «ad intra» de la empresa, esto es dirigida a distribuir sus elementos constitutivos, y sin proyectarse «ad extra», al mercado competitivo. De hecho las Cooperativas de Trabajo Asociado no son concurrentes mercantiles de las Empresas firmantes del convenio, sino competidores laborales de los trabajadores por cuenta ajena, actuando como alternativa productiva, y no

³¹ SAN, social, 7 de noviembre de 2001, procedimiento 2/2001.

mercantil, ubicada, en consecuencia, en un tráfico económico distinto al de los Mataderos de aves y conejos, al menos en los términos en que está planteado este litigio. Y la decisión de optar, en ciertas proporciones, entre la contratación de trabajadores o la subcontratación de autónomos, lejos de suponer infracción del derecho de libertad de empresa, es ejercicio genuino de la misma, que al utilizar dos itinerarios productivos, admitidos ambos por la Ley, y basados en diferentes regímenes jurídicos, no puede suponer discriminación alguna”.

De otro lado, se ha considerado igualmente correcto que un convenio colectivo sectorial estatal de la construcción exigiera que las entidades que pretendiesen ser homologadas por la Fundación Laboral de la Construcción para impartir la formación en materia de prevención de riesgos laborales, deberían estar constituidas como servicios de prevención ajenos acreditados por la autoridad laboral, o bien que si dicha formación se asume directamente por las propias empresas encuadrada en el ámbito de aplicación de este convenio colectivo deberían disponer de organización preventiva propia³². Por tanto, en esta ocasión no se trata de impedir un modo de externalización de servicios, por vía del encargo a empresas de formación de la organización e impartición de los cursos formativos de referencia, sino exigir que si gestionan directamente dicha formación deben gestionar también internamente las medidas de prevención de riesgos laborales y si, por el contrario, optan por la externalización, las empresas que impartan la formación deben también encontrarse homologadas como servicios de prevención ajeno. Se trata, pues, en ambos casos, de exigirle un plus de requisitos a tales empresas para ser homologadas para realizar tal actividad formativa en prevención, consistente en demostrar oficialmente una especialización en el campo de la prevención. Para la sentencia de referencia el convenio colectivo se ha movido dentro de la naturaleza y finalidad que le son propios, que en este caso consiste en la mejora de las condiciones de seguridad en el trabajo; por lo tanto, aunque pueda afectar a las expectativas de negocio de determinados empresarios, no se produce una lesión de la competencia. En concreto, se considera que los negociadores colectivos se encuentran en su derecho de regular de forma más restrictiva el acceso de las entidades que puedan impartir formación homologada a efectos de obtener la Tarjeta profesional de la construcción, si con ello estiman que se protege mejor los intereses de los trabajadores.

En definitiva, la sentencia entiende que en el caso enjuiciado no se ha logrado demostrar que se haya producido una conducta colusoria en el sentido de que el convenio colectivo tuviese el objetivo directo de expulsar del mercado a determinadas empresas a favor de otras. Podría incluirse también en este ámbito de las opciones de descentralización productiva, las decisiones empresariales de no ejecutar ciertas actividades con personal propio, sino hacerlo a través de trabajadores

³² SAN, social, 30 de septiembre de 2013, procedimiento 349/2013, ECLI:ES:AN:2013:3868.

contratados y puesto a disposición de las mismas por empresas de trabajo temporal. Podría considerarse ello como una manifestación más de externalización en la medida en que se les encarga a las empresas de trabajo temporal que le proporcionen los servicios correspondientes a la gestión del personal temporal: formalización de la contratación, formación, retribución de servicios, cotización a la Seguridad Social, etc. En los momentos iniciales de implantación de las ETT, la perceptible desconfianza sindical respecto de estas empresas, condujo a estrategias limitativas de su actividad, canalizadas en muchas ocasiones por la vía de incorporar cláusulas en los convenios colectivos prohibitivas o limitativas del uso de las empresas de trabajo temporal. Desde la perspectiva que estamos analizando, este tipo de prácticas prohibitivas pueden comportar límites a la actividad económica de las empresas de trabajo temporal que, si no encuentran el correspondiente fundamento jurídico en base en otros intereses jurídicos dignos de protección, habrán de considerarse como opuestas al derecho a la libre competencia.

Progresivamente este tipo de prácticas limitativas o prohibitivas han venido a menos, sin llegar a desaparecer por completo, y sobre todo los cambios legislativos han evolucionado en la línea de sólo aceptar la restricción de acudir a los servicios de las ETT en supuestos muy tasados y casi excepcionales. En todo caso, la Directiva sobre la materia admite que los Estados miembros puedan establecer restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión de trabajadores por parte de las ETT, si bien tales medidas deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos³³. En la medida en que la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros remitan a la negociación colectiva la transposición de la propia Directiva, es posible que la legislación nacional proceda a facultar al convenio colectivo para que sea éste quien introduzca tales restricciones o limitaciones, siempre justificadas estrictamente por las causas previstas en la misma. Eso sí, ni la legislación de transposición está obligada a introducir tales restricciones del recurso a las ETT, pues se trata de una posibilidad remitida a la discrecionalidad de política legislativa de cada Estado miembro, ni tampoco es obligado remitir la transposición de la Directiva a la negociación colectiva, que igualmente constituye una posibilidad que no una imposición³⁴.

En el contexto precedente se comprende el sentido de la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico. Según el mismo se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción

³³ Art. 4 Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre (DOUE 5 de noviembre), ECLI:EU:C:2015:173.

³⁴ Sobre el particular, STJUE 17 de marzo de 2015, C-533/3, Auto-ja Kuljetusalan.

de lo establecido en la presente Ley. De este modo, sólo se admiten las limitaciones o prohibiciones que se establezcan sólo resultan válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos³⁵. Por tanto, ha de entenderse que a partir de dicha norma en su versión reformada las restricciones en el recurso a las ETT en nuestro país sólo pueden efectuarse por medio de Ley, sin que se habilite a los convenios colectivos para que puedan hacerlo.

4.6. Negociación colectiva de trabajadores autónomos

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de la compatibilidad de las libertades económicas con prácticas de negociación colectiva entre los trabajadores autónomos. La sentencia clave al respecto se refiere a la celebración de un convenio colectivo sectorial en Holanda para los profesionales músicos sustitutos de orquestas, celebrado entre el correspondiente sindicato y asociación empresarial, conforme al cual se fijaban las remuneraciones mínimas a percibir por los músicos sustitutos, tanto si los mismos están sometidos a un contrato de trabajo o se rigen por un contrato de obra o servicio, por tanto, abarcando tanto a trabajadores subordinados como a trabajadores autónomos. En Holanda los trabajadores autónomos ostentan el derecho a afiliarse a cualquier sindicato o asociación patronal o profesional. Al propio tiempo para la Ley holandesa de convenios colectivos, los sindicatos y organizaciones patronales pueden celebrar convenios colectivos en nombre y por cuenta no sólo de los trabajadores subordinados sino también de los prestadores autónomos de servicios. La sentencia en cuestión partirá de dos premisas antagónicas a las precedentes: de un lado, que los profesionales autónomos, de principio, desarrollan una actividad económica ejerciendo una actividad como operadores económicos independientes y tienen la condición de empresa en el sentido del Tratado, por lo que, en sentido contrario, no tienen la condición de trabajadores en el sentido del Derecho de la Unión; de otro lado, que la negociación colectiva reconocida como derecho por el ordenamiento europeo es la que se desarrolla en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que el título del Tratado referido a la política social no incluye las negociaciones de los profesionales autónomos, de modo que una organización que actúa en nombre y representación de autónomos no está actuando en condición de sindicato sino que lo hace en realidad como asociación de empresas. La complejidad y dificultad del asunto se sitúa, de un lado, en la determinación del concepto preciso de trabajador a efectos de marcar la correspondiente frontera con

³⁵ Disp. adic. 4ª Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE 22 de junio), conforme a la redacción dada por el art. 17.7 de la Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio).

la de un profesional que asume la condición de empresa. A tal efecto la sentencia en cuestión declarará que “el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que únicamente quedará excluida del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la disposición de un convenio colectivo que, como la del litigio principal, establezca unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios que esté afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebran dicho convenio y que a través de un contrato por obra o servicio realice para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste en el supuesto de que este mismo prestador sea un «falso autónomo», es decir, un prestador que se encuentra en una situación comparable a la de esos trabajadores³⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico se contempla la posibilidad de que los trabajadores autónomos económicamente dependientes puedan negociar colectivamente, celebrando a tal efecto acuerdos de interés profesional. Hasta el momento presente ello no ha provocado especial conflictividad, con nula litigiosidad judicial, probablemente debido a que el número de acuerdos de estas características es marginal, pero, sobre todo, porque el régimen jurídico de tales acuerdos no puede considerarse lesivo de la libre competencia: se trata de acuerdos de ámbito empresarial sin contemplarse la posibilidad de celebración de acuerdos de ámbito sectorial, se precisa de manera limitada el contenido posible de lo que se pacte, a estos acuerdos se les atribuye eficacia limitada respecto de los trabajadores afiliados o asociados a la organización firmante, se contempla el expreso consentimiento individual de tales afiliados o asociados y, sobre todo, de forma explícita se establece que tales acuerdos observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia³⁷. En el caso concreto, la sentencia consideró que no se producía ilegalidad ni lesividad por cuanto que se trataba de una cláusula de fomento de la contratación por cuenta ajena, restrictiva en concreto del uso de las cooperativas.

5. CONSIDERACIONES DE ARTICULACIÓN PROCEDIMENTAL

Las vías de control de la compatibilidad entre derecho a la negociación colectiva y derecho de la competencia son diversas, lo que da lugar a un panorama de cierta complejidad. Se trata, por añadidura, de una complejidad que puede provocar un escenario de inseguridad jurídica y, en especial, un resultado contradictorio entre los pronunciamientos que puedan dictar estos diversos canales. Resulta, pues, obligado explicar dónde reside el funcionamiento insatisfactorio

³⁶ STJUE 4 diciembre 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media,

³⁷ Art. 13 Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE 12 de julio), del Estatuto del Trabajo Autónomo. Cfr. J. Cruz Villalón, Los acuerdos de interés profesional, en AA. VV., El Estatuto del trabajo autónomo”, (J. Cruz Villalón y F. Valdés Dal-Ré), editorial La Ley, Madrid 2008, pg. 374 ss.

de la regulación actual y las posibles medidas alternativas que podrían dar una respuesta más satisfactoria al asunto.

Así, en primer lugar, en el terreno general del control del respeto de lo pactado en convenio colectivo a la legalidad vigente, los procedimientos establecidos al efecto rigen perfectamente para estos supuestos. Por tanto, los procedimientos comunes de control de lo negociado son vías idóneas de contraste de la compatibilidad entre negociación colectiva y derecho de la competencia. En concreto, el conocimiento atribuido con carácter general al orden social de la jurisdicción, competente de manera expresa en materia de impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia³⁸, con específica previsión de una modalidad procesal al efecto (arts. 163 ss LJS). Desde la perspectiva que nos interesa, destacar ante todo que el control en relación con el derecho de la competencia se produce sobre todo por el hecho de que específicamente se contempla que el mismo abarca los supuestos de lesividad, es decir, lesión grave a intereses de terceros (art. 90.5 ET y art. 163 LJS), siendo indiscutible que constituyen manifestación de lesividad los pactos contrarios al derecho de la competencia y tienen a estos efectos la condición de terceros aquellas empresas que vean indebidamente lesionada su libertad a la libre competencia. La legitimación activa para intervenir en el proceso en calidad de tal a estas empresas ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia en aplicación de tales preceptos. Adicionalmente a la intervención directa como legitimada de tales empresas, puede iniciar el proceso de oficio la autoridad laboral, en los mismos términos previstos por la legislación procesal laboral (art. 90.5 ET y art. 163 LJS). Complementariamente a la acción por lesividad, también sería posible la genérica acción por ilegalidad del convenio colectivo, allí donde el mismo, no respetando el principio de correspondencia entre negociadores y ámbito de aplicación del convenio colectivo, impusiera un régimen de condiciones de trabajo a empresas respecto de las que el banco empresarial no ostenta legitimación negociadora y de representación legal, allí cuando tras la vulneración del principio de correspondencia subyaciera una contravención del derecho de la competencia. De estimarse la mencionada vulneración, el fallo de la sentencia que en su caso se dictase procedería a rescindir el concreto pacto y, con ello, la nulidad de la cláusula contraria al derecho de la competencia.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que las funciones generales de vigilancia, control y sanción administrativa atribuida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), así como de los órganos homólogos de las Comunidades Autónomas, da pie a que tales autoridades de la competencia estén facultadas para verificar y, en su caso, sancionar, a las conductas lesivas de la libre competencia por parte de los convenios colectivos. Prueba de ello es que a lo largo del presente estudio en el análisis de derecho material hemos hecho re-

³⁸ Art. 2.h Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre), reguladora de la jurisdicción social (LJS).

ferencia a diversas intervenciones por parte de la autoridad de la competencia en esta materia. Naturalmente, como manifestación propia de un Estado de Derecho, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva propicia que la última palabra en esta materia la tengan los Tribunales de Justicia, ahora el orden contencioso administrativo en revisión de las resoluciones de sanción que pueda dictar la autoridad de la competencia³⁹.

Finalmente, resulta también obligado indicar que igualmente es posible, y así se ha producido en algún caso concreto, que la autoridad laboral, en el ejercicio de su potestad sancionadora, controle y, en su caso, sancione administrativamente los posibles incumplimientos empresariales de lo pactado en convenio colectivo. Podría imaginarse que una empresa, interpretando que una determinada regulación convencional le limita en su derecho a la libre competencia, no aplique lo establecido en dicho convenio y ello pudiera derivar en la apertura de un expediente administrativo sancionador por un presunto incumplimiento del convenio colectivo. Baste recordar que la competencia a estos efectos de la autoridad laboral se extiende tanto a los incumplimientos de la normativa estatal como de las cláusulas normativas de los convenios colectivos⁴⁰. Al final las resoluciones administrativas sancionadoras resultan igualmente revisables en vía judicial, en esta ocasión por parte de la orden social de la jurisdicción (art. 2.º LJS).

Centrándonos en el que, a nuestro juicio, constituye la clave del problema principal en esta perspectiva de lo procedimental, la misma reside sobre todo en la dualidad de control que se produce, de un lado, por parte del orden social de la jurisdicción y, de otro lado, por parte de la autoridad de la competencia. Cada uno de ellos actúa en sus respectivos ámbitos competenciales, desplegando funciones diferentes y con alcance diverso en sus resoluciones. En concreto, el orden social se mueve en el terreno general del control de legalidad del convenio colectivo, del que puede derivar la anulación parcial del convenio colectivo; la autoridad de la competencia lo hace en el campo de la vigilancia de las conductas contrarias a la libre competencia, de la que puede derivar la imposición de una sanción administrativa a los representantes de los trabajadores y empresarios quienes en la condición de negociadores han pactado los correspondientes convenios colectivos. Dicho en sentido negativo, ni la autoridad de la competencia puede anular el texto del convenio colectivo ni imponer la renegociación del convenio a los interlocutores sociales, ni el orden social de la jurisdicción puede imponer sanciones pecuniarias por la lesividad que contempla el convenio.

Desde luego, no puede advertirse objeción alguna a la duplicidad de actuaciones en el mismo sentido: ante una cláusula convencional contraria al derecho de la competencia, es correcto que, de un lado, el orden judicial proceda a su anulación,

³⁹ Art. 48 Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE 4 de julio), de defensa de la competencia.

⁴⁰ Art. 5.1 Ley de infracciones y sanciones en el orden social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE 8 de agosto) (LISOS).

en tanto que, de otro lado, la autoridad de la competencia imponga una sanción administrativa por los daños y perjuicios ya ocasionados a resultas de la aplicación de la cláusula durante el tiempo que ha estado siendo aplicada. No puede apreciarse vulneración alguna del principio *non bis in idem*, por cuanto que el orden social no se mueve en el terreno sancionador y en ningún caso impondría una sanción pecuniaria complementaria a la declaración de nulidad de la cláusula.

Sin embargo, lo anterior no excluye la presencia de un posible escenario de conflicto en el sentido de que se dicten resoluciones contradictorias en uno y otro ámbito, no fácilmente comprensibles y justificables. Pueden existir circunstancias fácticas, conectadas con la presunción probatoria, con la imputabilidad de los sujetos intervinientes, con la legitimidad procedimental de los sujetos intervinientes, con la gravedad de la medida, con una incorrecta tramitación procesal o procedimental, etc., que deriven en pronunciamientos diversos. Sin embargo, en muchas otras situaciones no se producirían tales circunstancias justificativas, de modo que repugnaría al sentido jurídico un resultado en el que en una sede se sancionase administrativamente por entenderse que el convenio colectivo infringe la normativa en materia de libre competencia, mientras que en otra sede no se anulase la correspondiente cláusula convencional pues se estimase que lo pactado en el convenio colectivo no contiene ilegalidad o lesividad alguna; o bien a la inversa, que en una sede no se impusiese sanción administrativa mientras que en otra se anulase lo pactado en el convenio colectivo.

El déficit o insuficiencia en la vigente regulación, a nuestro juicio, se produce porque la misma no contempla los necesarios puentes de conexión entre el desarrollo de una y otra actuación, lo que requeriría construirlo, por medio de la introducción de las correspondientes reglas de complementariedad entre ambos sistemas.

En concreto, a nuestro juicio, sería imprescindible incorporar las siguientes previsiones legales.

En primer lugar, una regla que impidiese el solapamiento temporal de actuaciones, de modo que con ello, en cada ámbito se conozca el criterio del otro, antes de manifestarse. En concreto, con cierta semejanza a lo que se contempla en la LISOS en materia de conexión entre la infracción administrativa y la infracción penal (art. 3), el inicio del procedimiento en una sede debería paralizar la actuación en la otra sede hasta tanto se pronuncie definitivamente la primera. Ello puede hacerse bien en términos indiferenciados, sin otorgar preferencia a una u otra sede en su actuación, en el sentido de que el inicio de la actuación de la autoridad de la competencia debe suspender la tramitación procesal de la impugnación del convenio colectivo, como en el sentido de que el inicio de la actuación en el orden social debe suspender la continuidad del expediente administrativo ante la autoridad de la competencia. Aunque también cabría una regla más estricta de jerarquía en las autoridades que actúan, lo que en un modelo de división de poderes donde la actividad jurisdiccional corresponde en exclusiva a los Tribunales de Justicia,

derivaría en que siempre tendría preferencia la actuación de control judicial por parte de la jurisdicción social, de modo que la interposición de la demanda (sea de oficio o directa) debería provocar la suspensión de la actuación de la autoridad de la competencia hasta tener conocimiento del criterio definitivo de legalidad o lesividad de la cláusula convencional por parte del poder judicial.

En segundo lugar, sería oportuno establecer reglas procesales que impidiesen pronunciamientos contradictorios de una misma materia por parte de órdenes jurisdiccionales diversos. En efecto, en estos momentos los riesgos de contradicción están servidos cuando la revisión en esta materia de las sanciones impuestas por la autoridad de la competencia al final acaba siendo efectuada por el orden contencioso administrativo, cuando las acciones de nulidad o lesividad de los convenios colectivos corresponde conocerlas al orden social de la jurisdicción. En definitiva, un canal desemboca al final en la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, en tanto que el otro canal desemboca al final en la sala de lo social del Tribunal Supremo. Pues bien, la solución a esta posible contradicción jurisprudencial se encontraría en prever una solución análoga en parte a lo contemplado en la Ley Concursal respecto de los aspectos laborales del desarrollo del concurso o bien a lo contemplado respecto de la revisión judicial de la potestad sancionadora administrativa de la autoridad laboral. En definitiva, bastaría con establecer que corresponde al orden social de la jurisdicción la revisión de las resoluciones sancionadoras de la autoridad de la competencia en materia laboral, específicamente en materia de posible contradicción entre lo pactado en un convenio colectivo y el derecho a la libre competencia mercantil.

EL CONTROL DEL CONVENIO COLECTIVO POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (Estudi General)

EXTRACTO **Palabras Clave:** Convenio colectivo, defensa de la competencia, control

Aunque durante mucho tiempo la posible interferencia entre negociación colectiva y legislación de defensa de la competencia ha pasado inadvertida, recientemente viene planteándose con intensidad. Aparte otros casos suscitados en el pasado, el proceso de liberalización de la prestación de servicios portuarios impuesto por el TJUE ha supuesto una especial atención de la autoridad de la competencia respecto a los convenios y acuerdos que se desarrollan en el sector. Se han abierto expedientes, alguno de los cuales ha culminado ya con sanción.

La intervención de la autoridad administrativa de la competencia respecto de los convenios colectivos no deja, sin embargo, de plantear problemas, en la medida en que no parece compatible con la protección constitucional de la negociación. El trabajo que sigue parte de tal inquietud. Tras estudiar el modelo general de garantía de la legislación de defensa de la competencia, en el que se reconoce un importante papel a la actuación administrativa, señala los problemas que ello suscita. Para evitarlos, se intenta reconstruir un sistema de garantía alternativa, sobre la base de las reglas establecidas en la LRJS de 2011, y se verifica en qué medida el mismo puede ser compatible con las exigencias europeas.

ABSTRACT **Key words:** Collective agreement, defence of competition, control

Although the possible interference between collective bargaining and antitrust law has long gone unnoticed, it has recently been intensively raised. Apart from other cases that have arisen in the past, the process of liberalization of the provision of port services imposed by the ECJ has required special attention from the competition authority with regard to the conventions and agreements that are developed in the sector. Files have been opened, some of which have already culminated in sanctions.

The intervention of the administrative competition authority in respect of collective agreements does not, however, fail to raise problems, insofar as it does not seem compatible with the constitutional protection of negotiation. The work that follows starts from this concern. After examining the general model for the guarantee of competition law, which recognizes an important role for administrative action, it identifies the problems that this raises. In order to avoid them, an attempt is made to reconstruct an alternative guarantee system, on the basis of the rules laid down in the 2011 LRJS, and to verify to what extent it can be compatible with European requirements.

ÍNDICE

1. EL PROBLEMA
 2. LA GARANTÍA DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA
 3. CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS A LA LEGISLACIÓN ANTITRUST: LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA
 4. ¿ES ADMISIBLE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO?
 - 4.1. La intervención administrativa en la negociación colectiva en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT
 - 4.2. La jurisprudencia constitucional
 - 4.3. Sobre la intervención en la negociación colectiva de las autoridades administrativas de la competencia
 5. LA NECESARIA PREVALENCIA DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONTROL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS
 6. ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS Y SU POSIBLE SOLUCIÓN
- BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. EL PROBLEMA

Aunque, salvo en sistemas jurídicos como el norteamericano que se han mantenido fieles a los principios del liberalismo económico en mucha mayor medida, y durante mucho más tiempo¹, la posible interferencia entre el desarrollo de la negociación colectiva y la legislación de defensa de la competencia ha pasado inadvertida durante mucho tiempo, lo cierto es que en los últimos tiempos ha saltado a la palestra con intensidad. Como se ha señalado con más detalle en otro lugar², hemos asistido a la demostración de que el conflicto entre la negociación colectiva y las normas antitrust no estaba cerrado sino que se mantenía solo en estado latente. Desde finales del siglo pasado, los repertorios jurisprudenciales muestran la aparición de fenómenos de valoración de los convenios colectivos por las autoridades administrativas de la competencia así como la creciente utilización de la normativa antitrust ante los tribunales del orden social. El propio legislador ha vuelto su atención expresa a esta cuestión como demuestra el art. 13 del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007. Y, como lógica consecuencia de todo ello, se ha producido un sustancial incremento de la atención doctrinal hacia el tema.

La reciente apertura de un proceso de liberalización de la prestación de servicios portuarios a raíz de la STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-576/13, ha rea-

¹ Guamán, 2006, pp. 373 ss.

² Goerlich *et al.*, 2011, pp. 15 ss.

bierto con intensidad la cuestión de las relaciones entre ambos órdenes normativos. Desde que este pronunciamiento ha obligado a revisar el marco normativo de la estiba (RDL 8/2017, de 12 de mayo), la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia –en adelante, CNMC– ha abierto tres expedientes en relación con convenios y acuerdos colectivos vigentes en este sector. Además del desarrollado en el Puerto de Vigo (S/DC/0596/16) que ya ha culminado con Resolución de 26 de julio de 2018, en la que se imponen importantes multas a los negociadores de un acuerdo colectivo, incluyendo a las organizaciones sindicales, la página web de la CNMC nos informa de la existencia de otros dos en curso (S/DC/0619/17 y S/DC/0605/17), el primero de los cuales se refiere nada menos que a la cláusula subrogatoria incluida el año pasado en el IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

No es mi intención en las consideraciones que siguen abordar los aspectos sustantivos de las interferencias entre la normativa antitrust y la negociación colectiva, de los que me he ocupado en el pasado³. Tampoco pienso analizar los nuevos conflictos que se han abierto como consecuencia del mencionado proceso de liberalización de los servicios portuarios. Mi pretensión es más limitada, aunque no por ello menos importante: en línea con las reflexiones que he hecho en dos trabajos anteriores⁴, me propongo ahora analizar si existe un fundamento normativo suficiente que ampare la intervención de la CNMC –y de las restantes autoridades españolas de la competencia– en el desarrollo de la negociación colectiva; o si, por el contrario, es preciso entender que esta intervención no resulta posible y ha de afirmarse, en sentido diferente, que el control de los convenios colectivos es competencia exclusiva del orden jurisdiccional social.

A estos efectos, estudiaré, en primer lugar, el modelo de general de garantía de la legislación de defensa de la competencia, que descansa en la coexistencia de competencias administrativas y jurisdiccionales, con predominio de aquellas (2). Analizaré, en segundo término, su proyección sobre la negociación colectiva y como la misma ha producido un panorama de conjunto poco armónico (3), y, sobre todo, difícilmente justificable en la medida en que implica la aparición de facultades administrativas de control de los convenios colectivos que creíamos desterradas desde la promulgación de la Constitución (4). A continuación, intentaré demostrar que, a partir de la LRJS de 2011, se impone sostener que únicamente los órganos judiciales del orden social son competentes para valorar el contenido de los convenios colectivos desde la perspectiva de la legislación antitrust (5). Ello, sin embargo, impone una reflexión sobre el funcionamiento del proceso laboral que requiere la reinterpretación o acaso la modificación de alguna de sus reglas (6).

³ Cfr. Goerlich *et al.*, 2011 y Goerlich, 2015.

⁴ Goerlich, 2013, pp. 9 ss., y 2015, pp. 139 ss.

2. LA GARANTÍA DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA

Aunque existen otros modelos a nivel comparado en los que el papel de los órganos jurisdiccionales es más amplio, en nuestra tradición –como en la de otros países de nuestro entorno–, el sistema de aplicación de la normativa antitrust descansa en dos pilares distintos, el administrativo y el jurisdiccional, entre los que resulta preponderante el primero. La existencia de dos formas de aplicación de las normas no es, por supuesto, ajena a otros sectores del ordenamiento y se justifica fácilmente por la posible concurrencia de dos tipos de intereses diferentes en su efectividad. En este sentido, en el Derecho de la competencia, al igual que en el Derecho del trabajo, la aplicación de los mandatos legales no es solo un problema que interese a los competidores sino que afecta a la entera ciudadanía, puesto que, como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia –en adelante, LDC–, el correcto funcionamiento del mercado tiene efectos positivos de conjunto en forma de “eficiencia productiva” y de “menores precios”. Existen, en definitiva, intereses públicos y privados concurrentes en aquella. Ello abre la posibilidad de que exista una doble vía, administrativa y judicial, de aplicación de las normas antitrust: si la primera mira a la defensa del interés general en la existencia de mercados verdaderamente competitivos, la segunda protege los intereses particulares que pueden ser afectados por las conductas colusorias.

Este sistema viene impuesto por la normativa comunitaria. El Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, parte, de un lado, de la necesaria existencia de autoridades de competencia en los Estados miembros (art. 5), pero establece además que “los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado” –referencia que debe entenderse hecha ahora a los arts. 101 y 102 TFUE–. La normativa legal española abre, en consecuencia, dos posibles espacios de aplicación de las normas de defensa de la competencia: el ocupado por la CNMC y, en su caso, las autoridades autonómicas y el que corresponde a los órganos judiciales. El primer espacio viene delimitado por la LDC y, tras la constitución de la CNMC aglutinando la anterior Comisión Nacional de la Competencia y otros organismos administrativos reguladores de mercados, por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En cuanto a la aplicación judicial, aparte del papel que corresponde al orden contencioso-administrativo en punto a autorización de algunas actuaciones de las autoridades de competencia y, sobre todo, en su revisión (art. 48 LDC), la normativa procesal española la

encomienda a la jurisdicción civil a través de los especializados Juzgados de lo Mercantil (cfr. art. 86ter.2.f] LOPJ)⁵.

Los respectivos campos de actuación de las autoridades administrativas y jurisdiccionales resultan, por otro lado, complementarios. La LDC encomienda a la autoridad de la competencia una función de vigilancia de posibles acuerdos colusorios: por un lado, puede valorar la concurrencia de los mismos conforme a las previsiones de los arts. 1 y 2 LDC; por otro, ostenta facultades para valorar si se producen los elementos necesarios para exceptuar una determinada práctica restrictiva de la competencia de acuerdo con las previsiones de los arts. 5 y 6. Detectada la presencia de actuaciones contrarias a la competencia, la autoridad administrativa procede a su investigación y represión, mediante la imposición de sanciones administrativas (arts. 49 ss.). Por último, aunque ya en un plano diferente, la autoridad nacional es competente para la autorización de determinados acuerdos que afectan potencialmente a la competencia en el mercado –regulación de las concentraciones económicas (arts. 7 ss.)–.

Por su parte, las competencias jurisdiccionales, al margen las autorizadoras o revisoras de los actos administrativos que resultan de todo lo anterior, se centran en los efectos sobre los particulares de los acuerdos colusorios. Aunque la LDC establece su nulidad (art. 1.2), se entiende que su declaración no compete a la autoridad administrativa sino a los órganos de la jurisdicción civil. Asimismo, la eventual exigencia de responsabilidades indemnizatorias por los daños que aquellos hayan producido entra también en su ámbito de actuación como ahora establece expresamente el art. 72.1 LDC, añadido a este texto legal por el RDL 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

Por supuesto, la situación que se ha descrito conduce de inmediato a un interrogante: el de determinar a quién corresponde el papel preponderante en la aplicación de la legislación antitrust. Habida cuenta de que las competencias administrativas y judiciales se proyectan sobre un mismo objeto –la existencia o no de acuerdo colusorio– es necesario saber cuáles son las relaciones que se establecen entre las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales, a fin de determinar si es posible que aparezcan conflictos entre las facultades de cada una de estas entidades y, sobre todo, cuál de ellas ostenta, en su caso, la prioridad para decidir la cuestión.

En nuestra normativa, ni siquiera en la legislación anterior se ha reconocido expresamente la prevalencia de la actuación administrativa. Es verdad que las normas anteriores parecían apuntar en esa línea; y así lo admitió inicialmente la jurisprudencia civil y la doctrina⁶. En este sentido, la anterior Ley de Defensa de la

⁵ Para un análisis general de las diferentes competencias jurisdiccionales implicadas en la defensa de la competencia, véase, con detalle, Colomer, 2008.

⁶ Un análisis de la interpretación inicial de la jurisprudencia en ORTIZ, 2011, pp. 92 ss. En la doctrina, véase, por ejemplo, Baño, 1996, pp. 271 ss., excluyendo que fuera posible la acción civil para

Competencia (16/1989, de 17 de julio), parecía dar prioridad a la vía administrativa cuando regulaba la eventual reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos competenciales. En efecto, de acuerdo con su art. 13.2, los que se considerasen perjudicados por ellos podían ejercitar la correspondiente acción, conforme al “régimen sustantivo y procesal... previsto en las leyes civiles”, pero solo “una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional”. La jurisprudencia, sin embargo, había evolucionado en el sentido de excluir que esta regla impidiera que este tipo de reclamaciones se produjeran de forma autónoma, admitiéndolas, por tanto, sin necesidad de aguardar al agotamiento de la vía administrativa⁷.

Con la aprobación de la nueva LDC en 2007, en línea con la reforma de las reglas europeas al respecto, la independencia de la aplicación judicial y administrativa de las normas antitrust es todavía más clara. Aquella norma ha desaparecido, estableciéndose, en su lugar, un conjunto de reglas que posibilitan la coordinación entre las actuaciones desarrolladas por las autoridades de la competencia y las jurisdiccionales. Estas reglas obligan, de entrada, a la notificación por los órganos jurisdiccionales a los de carácter administrativo de los procedimientos que se sigan ante ellos en materia de defensa de la competencia así como la de las sentencias eventualmente recaídas (art. 16.3 LDC; arts. 212.3, 404.3 y 461.5 LEC). Reconocen, por otro lado, la posibilidad de que las autoridades administrativas competentes comparezcan en tales procedimientos para “aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales” en relación con la aplicación de las normas antitrust (art. 16.1 y 2 LDC; art. 15bis LEC). Finalmente, prevén la facultad de los órganos jurisdiccionales de suspender los procedimientos en tanto se sustancian ante las autoridades de defensa de la competencia los expedientes que versen sobre los mismos hechos (arts. 434.3 y 465.6 LEC). La vía administrativa no aparece pues como prioritaria. No se establece un monopolio a favor de las autoridades de la competencia que impida las actuaciones judiciales. Estas coexisten con las desarrolladas por aquellas, aunque se establecen una serie de instrumentos procesales cuya finalidad es concederles la “oportunidad” de convencer al juez respecto a la existencia o no de ilícitos competenciales⁸. De este modo, las actuaciones judiciales puestas en marcha por los interesados podrían discurrir en paralelo a las desarrolladas por las autoridades de defensa de la competencia, siendo relativamente imperfectos los mecanismos de coordinación entre unas y otras.

Existen, sin embargo, datos que permiten pensar que, en realidad, el instrumento principal de aplicación de las normas de defensa de la competencia es el

obtener la nulidad de un acuerdo colusorio sin existencia de una previa declaración firme del Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁷ La evolución interpretativa en Ortiz, 2011, pp. 96 ss. Referencias jurisprudenciales en auto AP Barcelona civil 4 abril 2008, rec. 371/2007.

⁸ Colomer, 2008, p. 463.

administrativo. Por un lado, merece la pena señalar el carácter unidireccional que presentan las reglas de coordinación que han sido analizadas. El flujo de información se mueve desde la jurisdicción hacia la administración. Se busca posibilitar, en definitiva, que la autoridad administrativa centralice toda la información en relación con las posibles conductas contrarias a la competencia. Asimismo, y en contra de lo que sería previsible habida cuenta el diferente papel que ocupan en el entramado del Estado de Derecho, el efecto suspensivo derivado de la concurrencia de diferentes procedimientos sobre los mismos hechos, aunque sea estrictamente potestativo y quede, por tanto, a discreción del órgano judicial, se postula de las actuaciones judiciales y no de las administrativas. En otro orden de consideraciones, aunque en la redacción original de la LDC no se ha previsto la vinculación de los órganos de la jurisdicción civil a los criterios establecidos en vía administrativa, esta ha terminado por triunfar en la práctica. Desde luego, del marco normativo establecido en 2007 no era posible deducir el carácter vinculante para los tribunales civiles de las resoluciones de las autoridades de la competencia, sin perjuicio de que, desde el primer momento, fueran consideradas elementos “de gran valor” en la aplicación por aquellos de las normas antitrust⁹. Pero la evolución interpretativa ha conducido a la jurisprudencia civil a reconocer que los litigios privados quedan condicionados por la solución del previo proceso administrativo, cuando ésta viene confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁰. Esta evolución ha sido recientemente sancionada en vía normativa, al menos por lo que se refiere a las reclamaciones de resarcimiento de daños derivados de conductas contrarias a la competencia, como consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho de las prescripciones de la Directiva 2014/104/CE¹¹.

Se parte, pues, en definitiva, de la primacía de la aplicación de las normas antitrust por las autoridades administrativas de la competencia y del carácter complementario de las actuaciones judiciales. El Reglamento 1/2003 es bien claro a

⁹ SJM Barcelona-2 20 enero 2011, proc. 45/2010.

¹⁰ Cfr. STS civil 7 de noviembre de 2013, rec. 2472/2011, o 3 noviembre 2017, rec. 2670/2014. La primera de ellas contiene teoría general sobre el alcance de la cosa juzgada en estos casos, que inicialmente había sido rechazada por la jurisprudencia del TS.

¹¹ La Directiva 2014/104/CE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, prevé en este sentido que la constatación de una conducta anticompetitiva en un procedimiento administrativo o judicial condiciona desde su firmeza las reclamaciones de daños. En esta línea, su art. 9.1 establece que “los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia”. Esta regla ha sido incorporada al art. 75 LDC como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. De este modo, en el proceso de resarcimiento de daños no es posible discutir la existencia del ilícito, sin perjuicio de que sea posible debatir sobre la cuantía de los daños (cfr. art. 76 LDC).

este respecto: aunque “los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias”, su función “es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de la competencia” (Exposición de Motivos, § 7). La lectura de la doctrina especializada muestra, por lo demás, que, detrás de esta configuración, está la firme convicción de que son las autoridades administrativas las entidades más idóneas para garantizar la efectiva aplicación de las normas antitrust. Aunque se es consciente de la existencia de otros modelos de base fundamentalmente judicial, se parte de que en el ámbito europeo aquella descansa en la intervención administrativa, a través de organizaciones administrativas mejor dotadas para el combate contra los acuerdos colusorios que los órganos judiciales; la acción privada a través de estos queda confinada a un papel estrictamente complementario. Aparte de que actúan en defensa de intereses que no son fácilmente judicializables, las autoridades de la competencia muestran niveles de especialización superiores y cuentan con medios mejores. Ello les permite desarrollar sus procedimientos de forma más rápida, así como acceder a pruebas que no son fáciles de conseguir por los particulares. Todo ello lo hacen de oficio o a iniciativa de parte, pero, en cualquier caso, sin coste alguno para los interesados¹². De este modo, la aplicación administrativa resulta ser bien superior a la judicial.

3. CONTROL DE LA ADECUACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS A LA LEGISLACIÓN ANTITRUST: LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

El hecho de que, a raíz de la conocida doctrina Albany¹³, se haya admitido solo una inmunidad relativa de los convenios frente a su escrutinio a la luz de la normativa antitrust, abre de inmediato la cuestión de en qué medida resulta de aplicación a la negociación colectiva el esquema general de garantía que ha sido descrito en el apartado anterior. El punto de partida de la reflexión en este terreno es el absoluto silencio de la vigente normativa en materia de defensa de la competencia respecto a la específica problemática que plantea el control de los convenios colectivos, así como de las facultades que corresponden a los tribunales del orden social en este terreno. El análisis de las normas sustantivas y procesales que se refieren a la aplicación de las normas sobre competencia dan cuenta de su aplicación por las autoridades administrativas estatal o autonómicas y varios órdenes jurisdiccionales, entre los que no se encuentra considerado de forma explícita el social. Del mismo modo, la doctrina que se ha ocupado de las diferentes formas de aplicación de las

¹² Laguna, 2014, pp. 269 ss. Estas afirmaciones son un lugar común: véanse también Pascual, 2014, y Ortiz, 2011, pp. 38 ss.

¹³ Referencias detalladas en Goerlich *et al.*, 2011, pp. 199 ss.

normas sobre competencia ha considerado, aparte el papel de aquellas autoridades, únicamente la actuación de las jurisdicciones contencioso-administrativa y civil –a través de sus órganos especializados en materia mercantil–¹⁴.

La idea es predicable, por supuesto, de la legislación española –a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior–; pero también se advierte en el ámbito comunitario. Es verdad que el Reglamento 1/2003 no hace distinciones puesto que se refiere con carácter general “a los órganos jurisdiccionales nacionales” para encomendarles la función de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (art. 6). Pero la inmediata Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (2004/C101/04; DOUE de 27 abril 2004) deja bien claro que las cuestiones de orden social no han sido específicamente contempladas. En su apartado 4 se afirma en este sentido que, “dependiendo de las funciones que tengan atribuidas con arreglo al derecho nacional, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que aplicar los artículos 81 y 82 CE en procedimientos administrativos, civiles o penales”.

Este aparente silencio normativo ha conducido a la aplicación a los convenios colectivos del sistema de control establecido en el terreno del derecho privado, sobre la base de su aspecto contractual y de la noción amplia de empresario utilizada por la jurisprudencia comunitaria –y actualmente recogida en la disp. adic. 4ª.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)–. Con ello, se abre la posibilidad de que la CNMC u otras autoridades administrativas los valoren directamente desde la perspectiva de la legislación antitrust. En este sentido, en los últimos años, hemos asistido a una creciente intervención de las autoridades de la competencia en la fiscalización de su contenido. Aunque los episodios en los que se ha concretado la misma son relativamente escasos, no deja de advertirse una tendencia al alza. Considerando únicamente los protagonizados por la autoridad estatal, cabe traer a colación las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 enero 2007 (S/607/06, *Ayuda domiciliaria*) sobre la fijación de precios de los servicios por el convenio colectivo –así como dos resoluciones posteriores de la CNC que supusieron la terminación convencional de asuntos similares (16 y 17 marzo 2009, S/0076/08 y S/0077/08, *Contact Center y Convenio de Seguridad*)–, y de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 septiembre 2009 (S/2805/07, *empresas estibadoras*) y 27 de abril de 2012 (S/0197/09, de nuevo sobre el *Convenio de seguridad*, pero analizando ahora sus previsiones en punto a subrogación convencional)¹⁵. Si a ellos les añadimos los tres expedientes que se han abierto como consecuencia de la vigilancia específica que la CNMC está desarrollando del proceso de liberalización del sector de la estiba portuaria y

¹⁴ Cfr., por ejemplo, Concepción, Gimeno-Bayón y Rodríguez, 2004, pp. 197 ss. o Colomer, 2008.

¹⁵ Para mayores detalles, con descripción de otras actuaciones administrativas, véase Goerlich, 2015, pp. 119 ss.

que han sido citados al inicio de estas páginas, se advierte la tendencia al alza a la que se ha aludido. Debe tenerse en cuenta, además, que, aunque en algún caso la jurisdicción contencioso-administrativa ha anulado la resolución administrativa, la mayor parte de estos expedientes ha acabado con la imposición de sanciones a los negociadores del convenio, incluyendo las organizaciones sindicales participantes –o por terminación convencional, con aceptación por los negociadores de la existencia de infracción y la asunción de compromisos para el futuro–.

En paralelo, los tribunales del orden social han tenido que enfrentarse con el control de los convenios desde la perspectiva antitrust, en supuestos coincidentes, similares o diversos de los que han motivado las actuaciones administrativas. Es verdad que no existe una específica atribución competencial a los tribunales del orden social en este terreno. Sin embargo, no puede ponerse en duda la posibilidad de que la LDC se utilice en la Jurisdicción social al valorar la legalidad de los convenios colectivos. A estos les corresponde, entre otras competencias, el conocimiento de la “impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia” (art. 2.h] LRJS), impugnación que puede basarse en ilegalidad o lesividad (arts. 90.5 ET y 163.1 LRJS), sin que la referencia a la legalidad pueda entenderse limitada únicamente a la de carácter laboral. De hecho, viene interpretándose que la sujeción del convenio a la ley, nítidamente establecida en el art. 85.1 ET, incluye cualquier norma con rango de ley, con independencia de la materia sobre la que verse. Por lo demás, la existencia de los Juzgados de lo Mercantil no cambia esta solución: aunque se les confía el conocimiento “de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su Derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia”, esta atribución se produce respecto “de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil” (art. 86 ter LOPJ) entre las que no es posible encajar el análisis de la legalidad de los convenios colectivos, que inequívocamente pertenece a la “rama social del Derecho” (art. 9.5 LOPJ). Habida cuenta de todo ello, no cabe dudar que el contenido de un convenio colectivo pueda ser combatido ante la Jurisdicción social sobre la base de la vulneración de los arts. 1 y 2 LDC. De hecho, han sido varios los pronunciamientos de los órganos del orden social que han presupuesto o se han pronunciado afirmativamente de forma expresa respecto de su valoración desde la perspectiva del derecho de la competencia. Por citar solo los precedentes más significativos, desde la lejana STS de 15 marzo 1993 (rec. 1730/1991), cabe traer a colación las SSAN 95/2001, de 7 noviembre, 86/2012, de 13 julio, y 174/2013, de 30 septiembre¹⁶.

Aparentemente, esta situación de doble intervención de las autoridades de la competencia y de los órganos judiciales del orden social no es extraña. Parece

¹⁶ Para una ampliación, vale de nuevo la remisión a Goerlich, 2015, pp. 119 ss.

responder a la filosofía que inspira el modelo general, en el que las actuaciones de unas y otros son complementarias. Sin embargo, más allá de esta simetría inicial, el modelo resultante no deja de plantear algunos problemas de envergadura. En primer lugar, los mecanismos de coordinación entre los diversos garantes de la legislación de competencia no resultan directamente aplicables y no han venido funcionando. Por supuesto, la autoridad de la competencia, acostumbrada al papel preponderante que ocupa en la aplicación de las normas antitrust, parece despreciar las aproximaciones que a los temas controvertidos puedan hacer los tribunales del orden social. En este sentido, la RCNC de 27 de marzo de 2012, *Convenio de seguridad*, contiene la drástica afirmación de que, al igual que “la CNC no es competente para aplicar derecho laboral, tampoco la Jurisdicción Social puede efectuar un análisis del convenio desde la perspectiva del Derecho de la Competencia”. Pretende, pues, tener una competencia exclusiva en este terreno. Pero los órganos de la jurisdicción social, por su parte, se desentienden igualmente de las aportaciones que en este terreno puedan hacer las autoridades administrativas de la competencia. Lo hemos visto en la casi coetánea SAN 86/2012, de 13 julio: aunque la empresa que impugnaba el convenio de *handling* había dedicado una “extensa parte de la demanda” a exponer la doctrina de la Comisión Nacional de Competencia sobre el particular y solicitaba asimismo que compareciese al procedimiento, la sala sentenciadora fue insensible a tales argumentaciones. Antes bien, se mostró contraria de forma extremadamente contundente, afirmando que su “intervención en estos procesos no está prevista, y (sus) decisiones no constituyen jurisprudencia ni doctrina judicial aplicable por los Tribunales de Justicia”. De este modo, aunque el art. 15bis LEC prevé su participación en los procesos en los que se ventilen materias de su competencia, se refiere “obviamente” a los civiles.

En este contexto de mutuo desconocimiento, es clara la posibilidad de que aparezcan soluciones discrepantes en la valoración de una misma norma convencional. Es cierto que esta posibilidad no ha llegado a verificarse todavía. Ello puede explicarse en el hecho de que sean relativamente pocos los conflictos de adecuación entre convenios y normas antitrust que se han abierto hasta ahora. En alguno, además, existen dificultades prácticas para su judicialización ante los tribunales del orden social: no es fácil, por ejemplo, que acceda ante ellos la discusión de una regla en materia de precios mínimos de los servicios como la que dio lugar a la RTDC de 29 enero 2007 (S/607/06). Asimismo, en otro de los supuestos planteados, las soluciones que se derivan de la legislación de competencia resultaron coincidentes con las que emanaban de las normas laborales en materia de negociación colectiva. En efecto, en el primer conflicto suscitado en el ámbito de la estiba portuaria, el convenio no solo resultó ser un acuerdo colusorio a efectos de la LDC según la autoridad administrativa (RCNC de 24 septiembre 2009 [S/2805/07]) sino que, en la impugnación jurisdiccional instada por la autoridad

laboral, fue declarado nulo por considerarse que los negociadores habían excedido el ámbito al que se extendía su representación¹⁷.

En otros casos, sin embargo, se detecta, cuando menos, un conflicto latente entre los planteamientos de la autoridad de la competencia y los del orden jurisdiccional. Me pregunto qué hubiera dicho aquella de plantearse el supuesto resuelto por SAN social 86/2012, de 13 julio, en el que la discusión versaba sobre el ámbito subjetivo de aplicación del convenio y la posibilidad de extenderlo a una aerolínea que asumía de forma directa la actividad de *handling*, que aparentemente no quedaba representada por la organización patronal que integraba las empresas dedicadas a desarrollarla por cuenta de las empresas de transporte aéreo. Salta a la vista que el supuesto guarda cierta analogía con el resuelto por la citada RCNC de 24 septiembre 2009; y, sin embargo, el pronunciamiento de la Audiencia Nacional no sólo descarta la existencia de ilegalidad alguna, sino que, como se ha visto más arriba, marca un momento álgido en las turbulentas relaciones entre los tribunales del orden social y la autoridad estatal de la competencia. Sabemos, por otro lado, que aquellos habían venido aplicando con total normalidad la cláusula subrogatoria del convenio estatal de empresas de seguridad¹⁸, sin suscitar ninguna duda respecto a su posible ilegalidad, cuando la autoridad de la competencia consideró que aquella contravenía la normativa antitrust (RCNC de 27 abril 2012 [S/0197/09]).

En otro orden de consideraciones, y dado que en algún caso autoridad de la competencia y tribunales del orden social han podido funcionar en paralelo a través de la impugnación de oficio por la administración laboral del convenio colectivo, cabría pensar que la solución a posibles conflictos podría pasar por la colaboración interadministrativa. En esta línea apunta la proximidad entre la RCNC dictada en el asunto *Empresas Estibadoras* (24 septiembre 2009) y la suscripción el 25 enero 2010 del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia (BOE de 26 febrero). En la exposición de las motivaciones de ambas partes, se alude a “la posibilidad de que las partes firmantes de un convenio colectivo de ámbito superior a la Comunidad Autónoma incluyan cláusulas y compromisos que contravengan las disposiciones de la LDC”. Por ello, se hace “preciso instrumentar una colaboración adecuada entre la DGT y la CNC que permita a ambas cumplir con las funciones que la legislación les encomienda”. Esta colaboración se concreta en la previsión de que la autoridad laboral estatal remita a la CNC copia de los convenios en los casos en los que estime que alguna de sus cláusulas contraviene la legislación de defensa de la competencia. Si la CNC entiende que no existe infracción, el procedimiento de

¹⁷ En este sentido, RCNC de 24 septiembre 2009 [S/2805/07], confirmada por varios pronunciamientos de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia, uno de los cuales fue a su vez confirmado por STS cont. de 19 julio 2012, rec. 4234/2010. Por lo que se refiere a los pronunciamientos del orden social, véase SAN 50/2009, de 1 junio, confirmada por STS de 11 noviembre 2010, rec. 153/2009.

¹⁸ Referencias al respecto en Goerlich, 2013, §4.

registro y depósito sigue con normalidad. En caso contrario, se da a las partes la oportunidad a las partes de subsanar la anomalía detectada; y si optaran por mantener la cláusula cuestionada, cada una de las autoridades actúa según su criterio: “la DGT y la CNC realizarán, en el ámbito de sus competencias, las actuaciones que procedieren, informándose mutuamente, de forma que se cumpla el procedimiento de depósito, registro y publicación de los convenios colectivos de trabajo y las normas en materia de defensa de la competencia”.

Aunque no puede negarse que el protocolo de actuación establecido en este convenio puede contribuir a solucionar los conflictos entre las actuaciones de la autoridad de la competencia y las que se desarrollan en el ámbito de la jurisdicción social, a través de las facultades de la autoridad laboral, es obvio que no lo hace de forma decisiva. Son muchos, en efecto, los flancos que deja abiertos. Dado que una de las entidades firmantes, la Dirección General de Trabajo, únicamente tiene competencias en relación con los convenios que, por su ámbito geográfico, se publican en el Boletín Oficial del Estado, un volumen importante de convenios colectivos, los que son objeto de competencias autonómicas y publicación en el ámbito regional o provincial, quedan al margen. Al respecto, únicamente se prevé la comunicación del protocolo a las correspondientes autoridades laborales y de la competencia, con la que probablemente se persigue la reiteración en los respectivos ámbitos de procedimientos de actuación similares. Asimismo, las actuaciones descritas en el protocolo solo se inician en caso de que la autoridad laboral tenga dudas sobre la adecuación del convenio a las normas antitrust: el convenio establece expresamente en este sentido que “la DGT remitirá a la CNC únicamente los convenios colectivos que contengan a su juicio cláusulas que pudieran contravenir la LDC”. No posibilita, en definitiva, un tratamiento seriado del conjunto de los convenios lo que, a la postre, hace que su contribución a la seguridad jurídica sea reducida. Es perfectamente posible, en otras palabras, que la autoridad laboral no advierta nada extraño en el convenio de modo que este se registre y publique con normalidad y que, con posterioridad, sobrevengan actuaciones por parte de la de la competencia. Finalmente, abre únicamente una “colaboración” limitada puesto que, en los casos en los que se detecten problemas, si las partes no aceptan la subsanación, cada autoridad conserva como hemos visto sus facultades íntegras lo que posibilita la aparición de discrepancias entre ambas. A la postre, pues, aporta poco a la seguridad jurídica de los negociadores, puesto que, con independencia de lo que haya ocurrido en esta fase de colaboración interadministrativa, continúan expuestas a la actuación de la autoridad administrativa después de registro y publicación del convenio colectivo; y, sobre todo, no aporta absolutamente nada a la resolución del principal problema que plantea la proyección a la negociación colectiva del modelo general de aplicación de la normativa antitrust: la existencia de competencias administrativas directas sobre ella.

4. ¿ES ADMISIBLE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DEL CONTENIDO DEL CONVENIO?

En efecto, la «exportación» al ámbito de la negociación colectiva del sistema de garantías de la normativa de defensa de la competencia es la aparición de un control administrativo directo sobre los convenios colectivos. Y ello parece poco adecuado atendiendo a su naturaleza y protección constitucional. En nuestro sistema jurídico, los convenios colectivos no son únicamente un acuerdo de voluntades entre privados al que puedan aplicarse sin más todas las reglas establecidas para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia. Como consecuencia de su fundamento constitucional (art. 37.1 CE), la regulación legal de los convenios colectivos presenta importantes singularidades, una de las cuales es la exclusión de la intervención administrativa en relación con sus contenidos: si bien se prevé que la autoridad laboral ejerza determinadas funciones en la tramitación de los convenios, éstas no incluyen su posible modificación, sin perjuicio de que, en caso de advertirse ilegalidad o lesividad, pueda ponerse en marcha la impugnación ante la jurisdicción social (art. 90 ET). Obsérvese que esta idea ha estado profundamente arraigada en nuestro sistema desde la entrada en vigor de la Constitución como muestra ya la Exposición de Motivos del proyecto de Estatuto de los Trabajadores¹⁹, así como la doctrina de la época²⁰. Y no se ha proyectado solo sobre los convenios colectivos en sentido estricto sino sobre todo tipo de acuerdos de carácter colectivo, hasta el extremo de haber alcanzado a los que se producen en terrenos que, durante mucho tiempo, se han considerado administrativos: recuérdese que, en los desaparecidos expedientes de regulación de empleo, la autoridad laboral no podía rechazar ni modificar el acuerdo alcanzado en el período de consultas sino únicamente impugnarlo.

Por lo demás, y por supuesto esto no es lo menos importante, la proscripción de la intervención administrativa en la negociación colectiva no es el resultado de una decisión legislativa contingente que se haya adoptado en un momento dado, sino que viene impuesta por el propio reconocimiento de la libertad sindical cuyo contenido esencial incluye, como es sabido, el derecho a la negociación colectiva. En este terreno, cabe traer a colación tanto la doctrina elaborada por las instancias internacionales competentes en materia de libertad sindical (4.1) como la de nuestra

¹⁹ Esta Exposición de Motivos, desaparecida del texto finalmente aprobado, insistía en que “el título III, “De la negociación y de los Convenios Colectivos de Trabajo”, sustituye un régimen de intervencionismo y correlativo bloqueo en las relaciones laborales por un sistema de libertad y consiguiente responsabilidad de los interlocutores naturales de esas mismas relaciones”. Este objetivo general requería “que el protagonismo de la Administración Pública en esta materia, propio de una concepción política hoy superada, dé paso a la libre determinación por las partes de las condiciones de trabajo, de la productividad y de la paz laboral”. Es interesante señalar, por lo que se vera en el texto de inmediato, que “la ratificación por España de los Convenios 87 y 98 de la OIT, ya incorporados a nuestro Derecho interno, (...) determinan y justifican la necesidad del cambio normativo indicado”.

²⁰ Por todos, Martínez Emperador, 1981, pp. 1 ss.

propia jurisdicción constitucional (4.2). La comparación entre estas y el modo en que se viene produciendo la intervención de las autoridades de la competencia en el control de los convenios colectivos permite afirmar que esta tiene un difícil ajuste constitucional (4.3).

4.1. La intervención administrativa en la negociación colectiva en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT

Por lo que se refiere a las primeras, es muy ilustrativa la del Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT –que, desde los primeros pronunciamientos del TC, ha sido considerada relevante a efectos de la interpretación del art. 28.1 CE²¹–, recopilada periódicamente por la indicada organización internacional. En la última recopilación de 2018, el apartado correspondiente a “la intervención de las autoridades en la negociación colectiva” parte de la afirmación general de que “los órganos del Estado no deberían intervenir en la negociación colectiva libre entre organizaciones de trabajadores y de empleadores” (§ 1425). Ello impide que las autoridades puedan vetar la entrada en vigor de los convenios colectivos: “subordinar la entrada en vigor de los convenios colectivos suscritos por las partes a su homologación por las autoridades es contrario a los principios de la negociación colectiva y del Convenio núm. 98” (§ 1438; véase también § 1444). Y, por supuesto, tampoco pueden inmiscuirse en su contenido: “los órganos del Estado no deberían intervenir para modificar el contenido de los convenios colectivos libremente concertados” (§ 1424).

Estas conclusiones no quedan afectadas por el hecho de que las decisiones gubernativas sobre negociación o convenios puedan ser objeto de recurso judicial. Así lo ha indicado el Comité para el veto administrativo previo: “aun cuando la negativa de aprobación administrativa pueda ser objeto de un recurso judicial, el sistema mismo de la aprobación administrativa previa es contrario a todo el sistema de negociaciones voluntarias” (§ 1442). Y parece razonable entender que esta solución ha de extenderse también a otros casos de intervención. Es verdad que la doctrina del CLS es muy matizada de modo que no toda intervención gubernativa en la negociación contraría los convenios en materia de libertad sindical. Pero también es muy matizada la forma en que se produce tal admisión en la medida en que, entre otras cosas, se exige una determinada causalidad –se llega a hablar de “crisis nacional aguda” (§ 1430)–, la “naturaleza temporal” de las restricciones al principio de libertad negocial (§ 1434; cfr. también §§ 1456 y 1461) y, en fin, el carácter subsidiario que, entre otras cosas, implica que “cualquier limitación a la negociación colectiva por parte de las autoridades debería estar precedida de

²¹ Cfr., por ejemplo, SSTC 38/1981, de 23 noviembre, o 75/1992, de 14 mayo.

consultas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, intentando buscar el acuerdo de ambas” (§ 1421).

4.2. La jurisprudencia constitucional

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el rechazo a la intervención administrativa en el desarrollo de la negociación colectiva arranca de sus primeros pronunciamientos. La STC 11/1981, de 8 abril, declaró la inconstitucionalidad de los llamados laudos de obligado cumplimiento. Creados en la normativa sindical franquista, habían sido incorporados durante la Transición al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo, cuyos arts. 25.b) y 26 asignaban funciones arbitrales a la autoridad laboral en caso de conflicto de intereses en relación con la renovación del convenio colectivo. La citada sentencia consideró que esos preceptos eran contrarios al art. 37.1 CE al no concurrir “los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido constitucional definido en el artículo 37 de la Constitución”.

La posterior STC 92/1992, de 11 junio, se ocupó de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en relación con el art. 41 ET que, en la versión vigente entonces, supeditaba la introducción por el empresario de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo al acuerdo con los representantes de los trabajadores y, en su defecto, a la autorización de la autoridad laboral. En el supuesto planteado, la modificación pretendida por la empresa afectaba a una condición contenida en el convenio aplicable lo que permitió que se planteara directamente si, y en qué condiciones, era admisible que la autoridad laboral incidiera sobre el contenido de los convenios. La sentencia, aunque partió de que la libertad de empresa y la defensa de la productividad a los que se refiere el art. 38 CE podía actuar como cobertura constitucional de las actuaciones administrativas en materia de relaciones laborales, descartó de forma rotunda que la misma pudiera extenderse a justificar la intervención de la autoridad laboral en la negociación colectiva. Tras recordar que “el art. 37.1 CE reconoce el derecho a la negociación colectiva y garantiza la eficacia vinculante del convenio colectivo, encomendando al legislador de manera imperativa garantizarla, de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución (STC 58/1985, fundamento jurídico 3.º)”, el TC distingue la subordinación del convenio a la Ley y a las restantes fuentes del derecho, que no puede ponerse en cuestión “dada la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación (art. 3.1 LET)”, de la admisión de “decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos” que resulta constitucionalmente inadmisibles pues implicaría no solo “desconocer la

eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 CE”.

Con posterioridad, el problema de la inaplicación convencional por decisiones de carácter administrativo ha vuelto a ser objeto de consideración como consecuencia del establecimiento por la reforma laboral de 2012 de un arbitraje obligatorio ante un ente administrativo (art. 82.3.VIII ET). Aunque la doctrina establecida por la STC 119/2014, de 16 julio –confirmada por la inmediata STC 8/2015, de 22 enero– no es tan taxativa como la recogida en el pronunciamiento de 1992 y la intervención arbitral de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) es declarada constitucional, tal conclusión solo se alcanza de una forma muy matizada, tras establecer un importante número de condicionantes. El punto de partida es que el derecho a la negociación colectiva, “como cualquier otro derecho constitucional, ... no tiene carácter absoluto, sino que puede quedar sujeto a limitaciones”. De este modo, se hace preciso analizar “si la restricción a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo derivada de la cuestionada previsión del art. 82.3 LET responde a una finalidad legítima en aras de salvaguardar otros derechos y bienes constitucionales, y si además de encontrar justificación objetiva, supera los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad”. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la existencia de una finalidad legítima, el TC la encuentra, entre otros preceptos constitucionales que aquí no interesan, en los intereses protegidos por el art. 38 CE. No basta, sin embargo, hallar esta conexión entre la intervención administrativa y otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos: es necesario además que aquella “resulte razonable y proporcionada”, lo que obliga a hacer un análisis detallado de “los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada su aplicación”.

No es este momento para exponer detalladamente las consideraciones que en este terreno hace la STC 119/2014, de 16 julio. Creo que basta enumerar los seis elementos que el TC valora para alcanzar la conclusión de que la regla del art. 82.3 ET que posibilita la intervención arbitral de la CCNCC –las exigencias de causalidad de la intervención, su limitación *ratione materiae*, el necesario alcance temporal de la inaplicación, su “carácter subsidiario”, las características del órgano administrativo interviniente y, finalmente, el control judicial al que quedan sujetas las decisiones adoptadas en el procedimiento–. Y reparar en tres que son particularmente interesantes desde la perspectiva que nos interesa porque resultan esenciales para comprender por qué el TC considera proporcionada la regla del art. 82.3 ET, al imponer un sacrificio muy limitado del derecho a la negociación colectiva que no la pone en cuestión como método de ordenación de las relaciones laborales. Uno de ellos es el carácter temporal: “la decisión arbitral de inaplicación tiene, pues, una eficacia temporal limitada, cediendo en todo caso ante un nuevo fruto de la autonomía colectiva aplicable en la empresa”. De este modo, no se condiciona la futura actividad negocial de las partes. En cuanto al carácter subsidiario, el TC

señala en que la intervención solo se produce si fracasan “los sucesivos cauces que con carácter previo y preceptivo deben seguir el empresario y los representantes de los trabajadores para resolver la discrepancia por ellos mismos o por los medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva”. Los interlocutores sociales tienen, pues, a su alcance la posibilidad de eludirla si alcanzan previamente un acuerdo directo o hallan un procedimiento alternativo de solución de la controversia. Finalmente, en cuanto a las características del órgano administrativo interviniente, la CCNCC, se destaca su “composición tripartita y paritaria, estando formado por representantes de la Administración General del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”, cuyos acuerdos se alcanzan “«preferentemente por consenso» y subsidiariamente, de no ser posible, por mayoría absoluta de los miembros de la Comisión Permanente o, en su caso, del Pleno (arts. 8.3 y 16 del Real Decreto 1362/2012)”. De este modo, “por más que el voto de los representantes de la Administración pública pueda resultar determinante en los supuestos en que las posiciones de los representantes de los empresarios y los trabajadores estén enfrentadas, la posición de la Administración pública nunca tendrá alcance decisorio por sí sola”; y, en definitiva, “la negociación sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio no cesa, sino que continúa en el seno de la propia Comisión Consultiva Nacional que debe buscar el consenso entre sus miembros”.

4.3. Sobre la intervención en la negociación colectiva de las autoridades administrativas de la competencia

Por lo que se refiere a la intervención de las autoridades de la competencia, es claro que podemos hallar en ella algunos de los elementos que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, posibilitarían la injerencia administrativa en la negociación colectiva. Resulta, en efecto, difícil refutar que se encuentre suficientemente justificada en una finalidad constitucionalmente legítima: no cabe desconocer, de un lado, la conexión existente entre defensa de la competencia y los derechos e intereses constitucionales contemplados en el art. 38 CE; de otro, desde las célebres sentencias Albany, sabemos que los convenios colectivos solo quedan protegidos de forma relativa frente a las exigencias en materia de competencia de los tratados europeos. Lo que no parece tan fácil es aceptar que la intervención de las autoridades administrativas de la competencia en relación con los convenios colectivos se adecúe a las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que han sido expuestas.

Por lo que se refiere al órgano que interviene, quizá pueda hacerse hincapié en el carácter de administración independiente que tiene la CNMC. De acuerdo con la Ley 3/2013, “está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad

pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado”, aunque queda “sometida al control parlamentario y judicial” (art. 2.1). Existen además específicas garantías de esta independencia (arts. 22 ss.). Con todo, su composición no está, ni mucho menos, pensada para satisfacer los requisitos en los que se han detenido tanto el Comité de Libertad Sindical como la jurisprudencia constitucional: su composición no da cuenta para nada de los intereses de naturaleza laboral de empresarios y organizaciones sindicales de manera que pueda aceptarse que su intervención sea, en cierto modo, una continuación de la negociación colectiva o que ha implicado haber apurado sus posibilidades de éxito. Es verdad que cabría pensar que esta exigencia no es aplicable en relación con una intervención que no busca que los convenios se adecúen a las exigencias de la política económica del gobierno sino garantizar que no se extralimitan en su contenido, saliendo del ámbito de inmunidad que les corresponde en relación con las normas de la competencia. La autoridad de la competencia jugaría, en definitiva, un papel de mera declaración del derecho; y ello permitiría entender que, desde la perspectiva orgánica, su configuración actual garantiza suficientemente la independencia y evita injerencias políticas indebidas en el desarrollo de la negociación colectiva.

En todo caso, mucho menos fácil resulta encontrar los restantes factores que han permitido salvar la intervención administrativa en nuestra jurisprudencia constitucional. Por supuesto, la actuación de la CNMC no parece una actuación subsidiaria. Es cierto que los procedimientos admiten la llamada terminación convencional (art. 52 LDC); pero la misma se desarrolla bajo la tutela de la autoridad administrativa lo que hace difícil asignarle tal valencia. Pero, sobre todo, se trata de una intervención que desborda los mínimos criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Aparte de que tiene carácter definitivo, el hecho de que se base en una actuación sancionadora permite cuestionarla seriamente desde la perspectiva de la mínima comprensión de los derechos constitucionales implicados, el de negociación colectiva y, en último término, el fundamental de libertad sindical, hasta el punto de que, a mi juicio, resulta imposible aceptarla.

El recurso a medidas sancionadoras tiene, en este sentido, un efecto disuasorio del ejercicio de los derechos que se extiende más allá del concreto problema que se plantea; y, con ello, implica lesión del derecho fundamental en juego, en este caso la libertad sindical, incluso aunque estuviera acreditado que la conducta quedará objetivamente fuera de su ámbito. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional, en relación con la aplicación de tipos penales que afectan a los derechos fundamentales. El TC, sobre la base de la doctrina del TEDH, ha indicado en este sentido que “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que (para la imposición de una sanción penal) no basta con la constatación de que la

conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la protección constitucional del derecho, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada²². Pues bien, este efecto desalentador parece estar produciéndose: vale como ejemplo el inicio de actuaciones sobre la modificación del IV Acuerdo Marco de la Estiba, que, a juzgar por las informaciones de prensa, parece estar en la base de la parálisis del proceso de negociación del V Acuerdo Marco de la Estiba.

Obsérvese que la intervención de las autoridades de la competencia implica tanto un “sacrificio innecesario” como “desproporcionado”. En este último sentido, la configuración del aparato sancionador, pensado para un mundo bien diferente –en el que operan empresarios, que se mueven en persecución del beneficio y esconden sus actuaciones colusorias para aprovecharlas al máximo–, hace que su proyección indiscriminada al de la negociación colectiva genere consecuencias devastadoras desde la perspectiva de la integridad de los derechos constitucionales que se ejercitan y, muy señaladamente, a la libertad sindical. Quizá por ello, las pasadas intervenciones de las autoridades de la competencia en la negociación colectiva han sido bastante cautelosas, valorando las facetas del problema que se viene comentando²³. Sin embargo, las más recientes han abandonado toda prudencia al respecto. La reciente RCNMC de 26 de julio de 2018 (exp. S/DC/0296/16, Estibadores Vigo) proyecta sin más los criterios de imputación y determinación de la responsabilidad tal y como habitualmente se aplican y con ello produce un choque frontal con aspectos sólidamente enraizados en el contenido esencial de este derecho de libertad sindical.

Por lo que se refiere a los criterios de imputación, la resolución desconoce la diferenciación entre la representación unitaria y la organización sindical de modo que procede a extender la responsabilidad de un acuerdo firmado por aquella a esta última. Con ello desconoce los límites legalmente establecidos para poder imputar las actuaciones de los afiliados a las organizaciones de las que forman parte (art. 5.2 LOLS). Respecto de los criterios de valoración, la inadecuación de los establecidos en los arts. 63 y 64 LDC a las exigencias de un principio de mínima compresión de los derechos fundamentales en juego es manifiesta. En concreto, la utilización de criterios relacionados con el volumen de negocio (art. 63.1 LDC) para la determinación de las sanciones a los sindicatos hace que no sea tan deci-

²² STC 88/2003, de 19 mayo, con cita de precedentes del TEDH y del propio TC. Véanse también, con posterioridad, SSTC 110/2000, de 5 de mayo o 104/2011, de 20 junio.

²³ En este sentido, cabe traer a colación la RCNC de 27 de marzo de 2012 (S/0197/09, *Convenio de seguridad*), que parte de la idea de la diferente responsabilidad de organizaciones empresariales y sindicales. Estas últimas contribuyen “a la creación y funcionamiento de este mecanismo que distorsiona la competencia en el mercado del transporte y manipulado de fondos” pero “son ajenas al alcance y repercusiones de esta restricción”, lo que permitió en el caso no imponerles sanción alguna.

siva la real contribución al acuerdo como la consistencia financiera, y por tanto afiliativa, de la organización. Este *modus operandi* produce una clara distorsión en relación con la libertad sindical pues penaliza a las organizaciones sindicales a medida en que su representatividad aumenta. Como la jurisprudencia constitucional ha indicado desde el principio (STS 53/1982, de 22 de julio), el reconocimiento de las organizaciones más representativas se conecta con la eficacia de la acción sindical y, a su través, con la relevancia constitucional que la CE atribuye a las organizaciones sindicales y empresariales (art. 7 CE). Desde este punto de vista, resulta irrazonable constitucionalmente la concentración de las consecuencias de las infracciones en las organizaciones más representativas.

Por lo demás, todas estas anomalías se producen en un contexto en el que la intervención sancionadora es de todo punto innecesaria por cuanto que, a diferencia de lo que probablemente ocurre en el mundo de los acuerdos colusorios, la negociación colectiva se mueve en un marco de transparencia que permite a cualquier interesado la valoración directa e inmediata de eventuales cláusulas anticompetitivas. De este modo, el recurso al derecho administrativo sancionador deviene completamente innecesario. Aunque no existiera la específica obligación legal de publicidad establecida por el art. 90.2 ET, los negociadores no están interesados en ocultar su existencia precisamente porque, en función de la vocación normativa del convenio colectivo, pretenden que alcance hasta los últimos rincones de la unidad de negociación. Ello posibilita que no sea en modo alguno necesario un método tan cruento de garantía de la normativa antitrust. Precisamente porque la negociación colectiva es transparente, los eventuales defectos en los que pueda incurrir por extralimitación de sus contenidos son fácilmente eliminables sin necesidad de extensas averiguaciones por parte de las autoridades administrativas y, sobre todo, sin recurrir a sancionar a los agentes sociales: basta con impugnar la cláusula en discusión para que un órgano judicial la elimine de forma definitiva del ordenamiento si es que lo contraviene.

5. LA NECESARIA PREVALENCIA DEL ORDEN SOCIAL DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONTROL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Por supuesto, todo lo anterior no implica que los convenios colectivos no puedan ser controlados desde la perspectiva de la normativa antitrust. Pero sí obliga a repensar la aplicación de los instrumentos establecidos con carácter general en garantía de la competencia cuando esté en juego la negociación colectiva. No puede ser irrelevante, en este sentido que esta se encuentre garantizada al máximo nivel en nuestra Constitución (art. 37.1 CE); y también ahora en el ámbito europeo (art. 28 CDFUE); como tampoco puede serlo que este derecho esté indisolublemente

conectado con la libertad sindical, cuya garantía en nuestro sistema constitucional es todavía más intensa.

En un extenso trabajo anterior, se formularon propuestas *de lege ferenda* al respecto, pero se concluía que, “desde la perspectiva técnico-jurídica, la sujeción de los convenios colectivos al control antitrust es difícilmente discutible” sin que pueda “evitarse que las autoridades administrativas a las que se encomienda velar por su integridad examinen las cláusulas convencionales”²⁴. A mi juicio, sin embargo, las cosas han cambiado con posterioridad: lo he anunciado en aportaciones más recientes²⁵ y lo desarrollaré a continuación. Creo, en este sentido, que, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 11 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, el sistema de control de los convenios colectivos se ha decantado con claridad a favor de la existencia de un monopolio judicial del orden social. Como consecuencia de ello el modelo general de garantía de la normativa antitrust que ha sido descrito más arriba no resulta admisible en el ámbito de la negociación colectiva, en la medida en que pone en riesgo la exclusividad y preferencia de jueces y tribunales de este orden jurisdiccional. No se trata sólo de que las cuestiones relacionadas con la negociación colectiva sean competencia de los tribunales del orden social (art. 2.h] LRJS) sino, sobre todo, de que los pronunciamientos del orden social emitidos al respecto tienen una eficacia privilegiada. De acuerdo con el último inciso del art. 166.2 LRJS, la sentencia que se dicte en la modalidad procesal de impugnación de convenios, “una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso”.

Los efectos *erga omnes* de la cosa juzgada positiva establecidos en esta regla habían sido anticipados por la jurisprudencia del TS durante la vigencia del anterior texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, sobre la base del paralelismo existente entre la impugnación de los convenios colectivos y el procedimiento judicial de conflicto colectivo. Téngase en cuenta que, aparte de su análoga significación, ambos tienen incluso una tramitación común en ciertas condiciones (cfr. art. 163.3 LRJS). Por ello, el TS había entendido que la sentencia dictada en la impugnación de convenios producía efectos sobre los procedimientos individuales en los que se ventilara la misma cuestión, con base en las previsiones del art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995²⁶. Sin embargo, la LRJS-2011 refuerza

²⁴ Goerlich *et al.*, 2011, p. 395.

²⁵ Goerlich, 2013, pp. 9 ss., y 2015, pp. 139 ss.

²⁶ El efecto *erga omnes* se ha derivado de la propia naturaleza del procedimiento, que culmina, en caso de éxito, con la expulsión de una norma del ordenamiento (STS 18 mayo 1998, rec. 2623/1997). En cuanto a la extensión de las reglas del conflicto colectivo a la impugnación de convenios, puede verse en los pronunciamientos sobre el efecto interruptivo de la prescripción de esta última modalidad procesal (cfr. STS 18 octubre 2006, seguida por otras muchas).

considerablemente el criterio ya que no solo procede a consagrarlo expresamente sino que lo proyecta sobre los restantes órdenes jurisdiccionales; y ello tanto si la impugnación se sustancia por la modalidad procesal específica de los arts. 163 ss. LRJS como si, por haberse ya registrado el convenio, resulta aplicable el procedimiento judicial de conflicto colectivo (art. 163.3 LRJS). En efecto, la regla del art. 166.3 *in fine* LRJS, referida a la primera, tiene un claro trasunto en el art. 160.5, referido al segundo.

Podrá objetarse la proyección de estas reglas sobre la base de que el legislador de 2011 no está pensando en la cuestión que nos ocupa. Podrían ponerse en relación, en efecto, con una preocupación diferente: el problema de la afectación del pronunciamiento dictado en las modalidades colectivas más allá del ámbito tradicional del proceso social, como consecuencia de la extensión de la competencia de éste a temas en los que, desde la perspectiva individual, pueden plantearse procesos tanto en el ámbito social como en el contencioso-administrativo (por ejemplo, letras e] o i] art. 2 LRJS). Es seguro, sin embargo, que el legislador de 2011 tenía algo más en la cabeza. Obsérvese en este sentido la diferencia literal existente entre los arts. 160.5 y 166.2 LRJS. El primero piensa efectivamente en ello y por eso proyecta la eficacia de la sentencia colectiva “tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo”. Sin embargo, el art. 166.2 –que es el aplicable tanto si la impugnación del convenio sigue su cauce especial como si se sustancia a través del procedimiento de conflicto colectivo²⁷– se refiere a “todos los ámbitos de la jurisdicción”. Utiliza una redacción “más genérica, probablemente como consecuencia de las posibles impugnaciones por lesividad a terceros”²⁸. Y no hay que olvidar que existe tradicionalmente una clara conexión entre la impugnación por lesividad y la tutela ante el orden social de las pretensiones relacionadas con la competencia²⁹. De este modo, el art. 166.2 LRJS resulta inequívoco en el sentido de atribuir preferencia del orden social sobre cualquier otro cuando esté en juego la validez de un convenio colectivo. Y, habida cuenta de ella, se alcanza fácilmente la conclusión de que el esquema tradicional de control antitrust no respeta esta previsión legal.

Por supuesto, sobre la base del último inciso del art. 166.3 LRJS, habrá que llegar a la conclusión que, si se suscita la impugnación del convenio colectivo y se ventila en ella su adecuación o la de una determinada cláusula a la legislación de defensa de la competencia, la sentencia firme que se pronuncie resultará vinculante para “todos los ámbitos de la jurisdicción”; y ello con independencia del tipo de decisión que se adopte por los órganos del orden social, puesto que la cosa

²⁷ Gorelli, 2017, p. 24. En jurisprudencia, STS 22 marzo 2017, rec. 127/2016, con cita de otras muchas.

²⁸ Gorelli, 2017, p. 48.

²⁹ Véanse STS 15 marzo 1993, rec. 1730/1991, y SAN 95/2001, de 7 noviembre.

juzgada positiva se extiende a “los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso”. Si el convenio o la cláusula son declarados conforme a derecho, desaparecerá la posibilidad de cualquier actuación represiva por parte de las autoridades de la competencia: carecen de todo sentido en la medida en que, por acción de los preceptos que nos ocupan, necesariamente habrán de ser revisadas en vía contenciosa a la luz del pronunciamiento social. Cabría pensar, al límite, que estas se abrieran en caso de que la jurisdicción social declarara la ilegalidad o lesividad del convenio sobre la base de las reglas de la LDC. A mi juicio, sin embargo, esta posibilidad habría de quedar igualmente cerrada en la medida en que la anulación de la cláusula en cuestión permite alcanzar los efectos competitivos buscados, sin necesidad de recurrir a las sanciones dado el impacto negativo que estas tienen sobre libertad sindical y negociación colectiva según hemos visto en el apartado anterior. Ello sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de obtener en su caso reparación de los daños que puedan haberse producido con base de la infracción constatada por parte de los órganos de la jurisdicción social, en los términos de los arts. 71 ss. LDC.

Creo, por otro lado, que la preferencia del orden social no puede funcionar únicamente en caso de que el orden social «gane la posición» por haberse pronunciado primero. La lógica indica que la preferencia de su criterio no puede depender solo de la existencia de un pronunciamiento firme previo. El sistema que diseña la regla del art. 166.2 LRJS quedaría en peligro si así fuera. Por eso, la doctrina que se ha ocupado del tema con carácter general ha entendido que resulta necesario extender al proceso de impugnación de los convenios la previsión del art. 160.5 LRJS que implica la suspensión de las reclamaciones conexas tras la iniciación de un procedimiento de conflicto³⁰.

En caso contrario, de establecerse un criterio meramente temporal, se posibilitaría de hecho la alteración de la finalidad perseguida por las normas de la LRJS que nos ocupan al abrirse un juego «inverso» de los efectos de los pronunciamientos de las restantes jurisdicciones sobre los del orden social. Resultaría admisible que la autoridad de la competencia se pronunciara antes con intervención inmediata de la jurisdicción contenciosa por no abrirse actuación alguna del orden social en la medida en que en este ámbito concurra la pacífica convicción de la plena legalidad de la cláusula cuestionada, como ocurre en relación con las cláusulas subrogatorias de los convenios recientemente cuestionadas por segunda vez por la CNMC. Al límite, cabría que, a continuación, algún interesado iniciara un procedimiento civil basado en los daños -en los que aquellos pronunciamientos no podrían ser discutidos-. Como se ve, el convenio colectivo resultaría rechazado sin que se produjera un análisis de fondo por parte de los tribunales laborales. Es más, en función de la jurisprudencia constitucional, si el asunto se planteara ante

³⁰ Gorelli, 2017, pp. 48 ss.

estos últimos con posterioridad, ¿serían ellos los que estarían obligados a motivar la diferente valoración que hicieran respecto de la cuestión planteada! Es una lectura que resulta imposible, creo, a la vista de la literalidad del art. 166.3 *in fine* LRJS.

Aparte de estos efectos poco claros, hacer que la competencia para valorar la infracción de la normativa antitrust dependa de una circunstancia contingente, como es el órgano que inicie las actuaciones con base en ella y/o la velocidad en la sustanciación del procedimiento, desconoce la fisonomía que, de acuerdo con nuestra legislación, tienen los convenios colectivos y el procedimiento de verificación de su ilegalidad o lesividad. De entrada, no puede ponerse en cuestión que los convenios negociados en el ámbito del Título III son verdaderas normas jurídicas que vienen protegidas, precisamente en atención el examen administrativo previo impuesto por el art. 90 ET, por una presunción de legalidad desde el momento de su publicación³¹. Por otro lado, la forma en garantizar su adecuación al resto del ordenamiento jurídico se basa precisamente en la forma en que esta se produce respecto de otras normas, igualmente sujetas al principio de jerarquía. En este sentido, tras la aprobación en 2011 de la LRJS, el procedimiento para garantizarlo es basa, aunque con diferencias, en el modelo establecido en la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de las normas reglamentarias³². Los convenios colectivos son actos entre privados, es cierto; pero también lo es que, en atención a su reconocimiento constitucional y, sobre todo, en función de su tratamiento legal, adquieren las características propias de las normas jurídicas.

Desde este punto de vista, creo que una razonable conclusión pasa por entender que, después de la LRJS, las competencias de la CNMC respecto de los convenios colectivos se limitan a la posibilidad de instar su impugnación en los términos del art. 5.4 Ley 3/2013: después de todo esta disposición, aunque originalmente haya sido pensada para la impugnación por la autoridad de la competencia de reglamentos administrativos, se refiere literalmente a la impugnación de “disposiciones generales de rango inferior a la ley”, entre las que pueden encajar los convenios colectivos. Esta propuesta interpretativa ha sido acogida por la SAN 174/2013, de 30 septiembre, que afirma que “la actual Comisión Nacional de la Competencia es administración y no puede anular normas de un Convenio Colectivo, existiendo al efecto una reserva de jurisdicción a favor del orden social -art 90.5 ET y 163 y ss. LRJS-. Quizás por ello el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia concede legitimación la

³¹ Véanse, recientemente, SSTS 19 julio 2018, recs. 156/2017 y 169/2017.

³² Tal similitud ha existido históricamente, a través de las previsiones de la comunicación de la sentencia a la autoridad laboral y de su publicación (cfr. art. 164.4 LPL-1995). Se ha incrementado ahora, mediante el especial efecto previsto en el art. 163.4 LRJS, en cuya virtud cuando un órgano judicial valore la ilegalidad de un convenio colectivo en otro procedimiento “lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”. Se trata de una previsión que remeda la cuestión de ilegalidad prevista en la LRJCA en relación con el control de los reglamentos (arts. 27 y 123 ss.).

Comisión para impugnar ante la “jurisdicción competente... las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”³³.

6. ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS Y SU POSIBLE SOLUCIÓN

La idea es, pues, que la LRJS implica la privación de las competencias de verificación directa de los convenios colectivos por la CNMC y las restantes autoridades autonómicas. Tras el reconocimiento del papel preferente de la jurisdicción social en la valoración de su validez y adecuación al ordenamiento jurídico, únicamente les competiría su impugnación ante los órganos de aquella por inadecuación de su contenido a las normas de defensa de la competencia. Alcanzar esta conclusión, sin embargo, obliga a despejar algunas objeciones. Dejando al margen las que plantea la propia determinación del alcance del art. 5.4 Ley 3/2013³³, la principal hace referencia a su admisión a la luz de las normas comunitarias que condicionan los sistemas de garantía de las normas de defensa de la competencia.

En una primera aproximación, esta podría ser solventada sobre la base de la libertad que parecen tener los Estados miembros para configurar sus autoridades nacionales de la competencia. El art. 35 Reglamento 1/2003 admite, en este sentido, que “las autoridades designadas podrán incluir órganos jurisdiccionales” (apartado 1). De hecho, cuando se opte por confiar en “autoridades administrativas y judiciales...”, los Estados miembros podrán atribuir diferentes poderes y funciones a esas distintas autoridades nacionales, ya sean administrativas o judiciales”. Cabría pues pensar que, dentro de este marco de referencia, el control de un cierto tipo de actos, los convenios colectivos, en atención a los intereses sociales que justifican su existencia y a su superior protección, es encomendado a un órgano jurisdiccional, dentro de la libertad concedida a los Estados miembros para configurar sus autoridades nacionales de competencia. La propia Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03; DOUE de 27 abril 2004) avalaría esta conclusión. Tras reconocer que “la estructura

³³ La norma nos sitúa ante el problema del control de las actuaciones administrativas por las autoridades de la competencia. Existen en la doctrina diferentes interpretaciones al respecto. Hay quien opta por entender que la LDC legitima la acción directa contra las Administraciones siendo la legitimación algo complementario de carácter mucho más genérico, puesto que mira a posibilitar la impugnación de las medidas que impliquen “obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados” (BAÑO, 2011). Esta posición no es la más generalizada, como reconocen sus propios defensores. La mayor parte de la doctrina opina, en sentido contrario, que en relación con actos administrativos y normas reglamentarias, las facultades de la autoridad de la competencia se limitan a la posibilidad de impugnarlos ante los tribunales competentes (cfr. Colomer, 2008, pp. 470 y 598; Marcos, 2010, pp. 270 ss. y Guillén, 2011, pp. 441 ss.).

Las actuaciones de las autoridades de defensa de la competencia han empezado a moverse en la primera línea, con refrendo reciente de la jurisprudencia. Para referencias, véase MARCOS, 2018, quien en todo caso se manifiesta crítico al respecto.

de las autoridades nacionales de competencia varía según los Estados miembros”, admite la existencia de tres modelos en ellos: en el primero, “una sola autoridad investiga los asuntos y toma todos los tipos de decisiones”; el segundo supone la división de las funciones “entre dos autoridades, una responsable de investigar los casos y otra, a menudo de tipo colegial, responsable de decidir”; el último reserva “las decisiones de prohibición e imposición de multas” a un órgano jurisdiccional “mientras que otra autoridad de competencia actúa como fiscal ante ese órgano jurisdiccional”. En este último modelo, encajaría a mi juicio con cierta facilidad el que deriva de las previsiones de la LRJS.

Por otro lado, aunque no sea seguro que la asunción de la competencia decisoria por los órganos judiciales esté rodeada de todas las facultades que corresponden a las autoridades nacionales, lo cierto es que reúne las esenciales y, sobre todo, desarrolla el proceso de verificación con un nivel de eficiencia igual o superior al estrictamente administrativo. Por lo que se refiere a la primera idea, el art. 5 Reglamento 1/2003 establece que las autoridades de competencia de los Estados miembros “ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,
- adopción de medidas cautelares,
- aceptación de compromisos,
- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional”.

No es fácil aceptar que todas estas posibilidades de actuación tengan cabida en las facultades que puede desplegar la Jurisdicción social en relación con la impugnación de los convenios colectivos. Desde luego las dos primeras no plantean problemas desde este punto de vista: la “cesación de la infracción” va, por supuesto, ínsita en la eventual ineficacia del precepto contrario a la legislación de defensa de la competencia; en cuanto a la adopción de medidas cautelares, el genérico reenvío del art. 79.1 LRJS a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita la aplicación de la medida cautelar del art. 727.7ª LEC y proceder, en su caso, a suspender la cláusula que pudiera tener efectos anticompetitivos durante la sustanciación. Con todo, es muy probable que el recurso a este tipo de medidas resulte innecesario en atención a la celeridad propia del proceso social, particularmente visible en las modalidades que posibilitan la impugnación de convenios. En cuanto a las otras dos, no es sencillo encontrarlas, si bien existen espacios para su funcionamiento. La “aceptación de compromisos” podría encontrarse en las facultades de disposición del propio objeto del proceso, tanto con carácter previo a su puesta en marcha –posible subsanación de deficiencias en el trámite de registro (art. 8 RD 713/2010, de 28 mayo– como durante su sustanciación (arg. *ex arts.*

156 y 162 LRJS), aunque es cierto que no es fácil reconocer el protagonismo del órgano judicial en los posibles acuerdos que se alcancen. Todavía más complejo es encontrar la facultad de imponer “multas sancionadoras, de multas coercitivas o... cualquier otra sanción” a la que se refiere la normativa europea.

En todo caso, y esta es la segunda idea relevante para resolver la cuestión, no debe perderse de vista que los resultados que persiguen se alcanzan de manera más rápida a través de la impugnación. En efecto, el nivel de eficiencia de la intervención judicial es igual o superior a la intervención administrativa tradicional. De entrada, si las autoridades administrativas implicadas han actuado de forma diligente en el control de legalidad de los convenios, tienen a su alcance la posibilidad de evitar que se actualice la conducta anticompetitiva. Téngase en cuenta al respecto que si la impugnación del convenio se suscita antes de que el mismo haya sido publicado (arts. 163 ss. LRJS), se paraliza el “registro definitivo” y, por tanto, la publicación, trámites para los que “se estará a la sentencia del órgano judicial” (art. 11 RD 713/2010, de 28 mayo). Por otro lado, incluso si el convenio ya fue objeto de publicación la posibilidad de recurrir a medidas cautelares sobre su eficacia y, sobre todo, la rapidez característica del proceso social permite una solución alternativa suficiente, evitando los efectos traumáticos de la intervención sancionadora.

Por lo demás, y para terminar, es preciso realizar una lectura de las reglas del proceso social que posibilite que el mismo funcione, efectivamente, en la clave que aquí se sostiene, respetando las facultades de impulso que corresponden necesariamente a las autoridades administrativas de la competencia. La ordenación procesal vigente no deja de plantear interrogantes puesto que no está pensada específicamente para este tipo de casos. De entrada, parece necesario aceptar la legitimación de las autoridades de la competencia para la impugnación directa del convenio. Es verdad que el art. 5.4 Ley 3/2013 fue pensado fundamentalmente para la impugnación de reglamentos administrativos, pero su literalidad deja espacio suficiente para considerar que permite también la de convenios colectivos. Aparte de que separa la impugnación de los actos “sujetos al Derecho administrativo” de la de “las disposiciones generales de rango inferior a la Ley” entre las que caben los convenios colectivos, se refiere de forma genérica a la impugnación “ante la jurisdicción competente”, sin constreñir literalmente, por tanto, su ámbito de aplicación al del orden contencioso-administrativo. La superación por la aplicación de este precepto de la estricta legitimación establecida para la impugnación directa de los convenios colectivos (art. 165.1 LRJS) permitiría, por otro lado, solventar el problema de la tutela individual –que resulta necesaria a la vista de la normativa europea–. Aunque seguiría sin reconocerse la posibilidad de que empresarios y trabajadores individuales afectados por el convenio pusieran en cuestión de forma directa la legalidad o lesividad del convenio (art. 165.1.b] LRJS), podrían dirigirse a la autoridad de la competencia a la que se sí que se le reconocería esta facultad.

Sería necesario, en fin, «importar», con base en la cláusula general de la disp. final 4ª LRJS, los diferentes mecanismos de colaboración entre la autoridad de la competencia y los órganos jurisdiccionales civiles establecidos en LEC –en concreto, las obligaciones informativas que se establecen los arts. 212.3, 404 y 461.5 LEC así como la posible participación de aquella en el proceso de acuerdo con los arts. 16.1 y 2 LDC y 15bis LEC–. La restrictiva postura al respecto sostenida por la SAN 86/2012, de 13 de julio, habría pues de ser superada, con la única salvedad de la suspensión del proceso a la espera de la terminación del expediente en trámite (arts. 434.3 y 465.5 LEC) que pierde todo sentido si, como pienso, la competencia del orden social prevalece sobre la administrativa.

Bibliografía citada

- BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantía de las empresas en el Derecho español de la competencia*, Madrid (McGraw Hill), 1996.
- BAÑO LEÓN, J.M., “La aplicación del derecho «antitrust» a la administración”, en GUILLÉN, J. (dir.), *Derecho de la competencia y regulación de la actividad de las Administraciones públicas*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2011.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “La tutela judicial de la defensa de la competencia”, en PAREJO, L., y PALOMAR, A. (dirs.), *Derecho de la competencia. Estudio sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, Madrid (La Ley), 2008.
- CONCEPCIÓN, J.L., GIMENO-BAYÓN, R. y RODRÍGUEZ, L., “Coordinación entre los tribunales, la comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE”, en *La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE 1/2003. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, pp. 191 ss.
- GOERLICH PESET, J. M. (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia*, Madrid (CES), 2011.
- GOERLICH PESET, J.M., “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (social) de 13 de julio de 2012”, *Aranzadi doctrinal* 1(2013) –citada por la versión *on line*–.
- GOERLICH PESET, J.M., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama”, en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J.R. (dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid (Lex Nova), 2015, pp. 115 ss.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La impugnación de convenios colectivos: efectos de la sentencia”, *nREDT* 202(2017), pp. 23 ss.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La interacción entre el derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión”, *Relaciones laborales*, 2006-II.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., “La impugnación por la autoridad de la competencia de las actuaciones de las administraciones públicas restrictivas del derecho de la competencia”, en GUILLÉN, J. (dir.), *Derecho de la competencia y regulación de la actividad de las Administraciones públicas*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2011.

- LAGUNA DE PAZ, J.C., “La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia como autoridad de defensa de la competencia”, en CARLÓN, M. (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, Madrid (Civitas/Thomson Reuters), 2014, pp. 267 ss.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., “¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?”, *Indret* 1(2018)
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., *La intervención de la autoridad laboral en materia de convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Instituto de Estudios Sociales), 1981.
- OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 6ª ed. Ginebra, 2018.
- ORTIZ BAQUERO, I.S., *La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid (La Ley), 2011.
- PASCUAL Y VICENTE, J., “Mercado, competencia y Unión Europea”, en PEDRAZ, M. Y ORDÓÑEZ, D. (coor.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España*, Madrid (Wolters Kluwer), 2014.

EL NUEVO ESTATUTO DEL PERSONAL INVESTIGADOR PREDOCTORAL EN FORMACIÓN: ASPECTOS JURÍDICO-LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

JOSEP MORENO GENÉ*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

EXTRACTO **Palabras clave:** contrato predoctoral, investigador predoctoral en formación, doctorado, investigación, extinción del contrato

El retraso en el desarrollo reglamentario del contrato predoctoral previsto en la Ley de la Ciencia ha suscitado importantes dudas respecto a algunos aspectos básicos de su régimen jurídico, entre los que cabe destacar la propia naturaleza jurídica del contrato, su objeto, la posibilidad o no de efectuar colaboraciones docentes u otro tipo de actividades, la retribución a percibir y sus posibles revalorizaciones, el derecho al percibo de alguna indemnización a la finalización del contrato por su cumplimiento, el cálculo de las cotizaciones a la Seguridad Social, etcétera. En este contexto, aunque sea con un retraso injustificado, finalmente se ha procedido a la aprobación del Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, cumpliéndose de este modo con el mandato contenido en la Ley de la Ciencia de elaborar un estatuto de este colectivo en el que se contengan y desarrollen las prescripciones recogidas en la Ley de la Ciencia relativas al contrato predoctoral. La aprobación de esta norma constituye una ocasión propicia para poder reflexionar sobre la propia figura del personal investigador predoctoral en formación y, muy especialmente, sobre la modalidad contractual mediante la cual, con carácter general, se vincula a este colectivo de investigadores con las universidades y otros centros de investigación en los que se adscriben, es decir, el contrato predoctoral. Con esta finalidad, en este trabajo se analizan la naturaleza jurídica, el objeto, los sujetos y el contenido –jornada, duración, retribución, extinción, etcétera– del contrato predoctoral, así como la protección social dispensada al colectivo de investigadores predoctorales en formación.

ABSTRACT **Key words:** pre-doctoral contract, trainee pre-doctoral researcher, doctorate, research, termination of the contract

The delay in the regulatory development of the pre-doctoral contract foreseen in the Science Act has given rise to various queries concerning some basic aspects of the legal regime, including especially the very legal nature of the contract, its purpose, whether or not it is possible to undertake teaching collaborations or another kind of activity, the remuneration to be received and its possible revaluations, the right to receive any compensation on completion of the contract due to its fulfilment, the calculation of Social Security contributions, etc. In this context, although with an unjustified delay, the Statute of trainee pre-doctoral research staff has finally been approved, thus complying with the mandate contained in the Science Act to draft for this group a statute which contains and develops the requirements included in this rule concerning the pre-doctoral contract. The approval of this rule provides an opportunity to reflect on the figure of trainee pre-doctoral research staff and, most especially, on the contractual arrangement through which, in general, this group of researchers is linked to the universities and other research centres to which they are attached, that is to say the pre-doctoral contract. To this end, this study analyzes the legal nature, the purpose, the subjects and the content – working hours, duration, remuneration, termination, etc. - of the pre-doctoral contract, in addition to the social protection provided to the group of trainee pre-doctoral researchers.

* El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ÍNDICE

1. EL CONTRATO PREDOCTORAL COMO CULMINACIÓN DEL PROCESO DE LABORALIZACIÓN DEL PERSONAL INVESTIGADOR PREDOCTORAL EN FORMACIÓN
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PREDOCTORAL
 - 2.1. Naturaleza jurídica del contrato predoctoral: una modalidad contractual específica y diferenciada, con fines formativos
 - 2.2. La delimitación subjetiva del contrato predoctoral: La limitación de los posibles empresarios
 - 2.3. El personal investigador predoctoral en formación: la admisión en el programa de doctorado
 - 2.4. El objeto del contrato predoctoral: la elaboración de la tesis doctoral y la colaboración en tareas docentes
 - 2.5. Forma del contrato predoctoral
 - 2.6. La duración del contrato predoctoral
 - 2.7. La retribución del contrato predoctoral
 - 2.8. Tiempo de trabajo y otras condiciones laborales
 - 2.9. Extinción del contrato predoctoral
 - 2.10. La Seguridad Social en el contrato predoctoral
3. CLAROSCUROS DEL ESTATUTO DEL PERSONAL INVESTIGADOR PREDOCTORAL EN FORMACIÓN

1. EL CONTRATO PREDOCTORAL COMO CULMINACIÓN DEL PROCESO DE LABORALIZACIÓN DEL PERSONAL INVESTIGADOR PREDOCTORAL EN FORMACIÓN

La aprobación de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante Ley de la Ciencia) contempla diferentes instrumentos jurídicos dirigidos a satisfacer las necesidades que plantea la contratación de los investigadores. Entre las diferentes modalidades contractuales dirigidas a los investigadores que se recogen en dicha norma, el art. 21 de la misma introduce lo que viene a denominar como “contrato predoctoral”. Como novedad más importante de esta modalidad contractual destaca, sin lugar a dudas, la duración de la misma. A tal efecto se establece que la duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cuatro años.

La irrupción del contrato predoctoral como vía de vinculación contractual del personal investigador en formación que lleva a cabo la Ley de la Ciencia no implicó un mero cambio de modalidad contractual, sino que, por el contrario, supuso un cambio radical y de amplio calado en la concepción que tradicionalmente había recibido el colectivo del personal investigador en formación, en la medida en que al preverse una modalidad contractual específica con una duración máxima de cuatro años, se abandona el modelo de financiación de la formación investigadora introducido por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el

que se establece el Estatuto del Personal Investigador en Formación (en adelante, EPIF), conocido como modelo 2+2, que se caracteriza por combinar dos años de beca de investigación y dos años de contratación en prácticas del investigador, y se adopta por primera vez en una norma estatal con rango de ley el modelo de financiación de la formación investigadora conocido como modelo 0+4, en el que se elimina cualquier fase de beca, procediéndose a la contratación laboral de los investigadores en formación desde el inicio de su carrera investigadora, es decir, desde el inicio de su participación en los trabajos o proyectos de investigación conducentes a la elaboración y defensa de su tesis doctoral¹. A tal efecto, como ya se indicó en su momento de forma muy expresiva, la Ley de la Ciencia “levanta acta de defunción” del histórico “modelo de becas de investigación” como forma más noble de acceso a este trabajo².

El cambio radical que supuso la Ley de la Ciencia en la configuración del personal investigador en formación, sin embargo, no vino acompañado de una regulación exhaustiva del régimen jurídico del nuevo contrato predoctoral, ni de los derechos y obligaciones que se derivaban del mismo, sino que, por el contrario, la Ley de la Ciencia se limitó a establecer una regulación muy parca del mismo, remitiendo aspectos esenciales de la misma al futuro desarrollo reglamentario de dicha modalidad contractual. A tal efecto, en la DA 2ª de dicha norma se preveía que “En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno elaborará un estatuto del personal investigador en formación (...) Dicho estatuto sustituirá al actual Estatuto del personal investigador en formación, e incluirá las prescripciones recogidas en la presente ley para el contrato predoctoral”.

De conformidad con este mandato, el nuevo Estatuto del personal investigador en formación debía proceder a sustituir en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley de la Ciencia el modelo de financiación de la formación investigadora vigente hasta el momento que combinaba la beca de investigación con el contrato de trabajo en prácticas y que se recogía en el EPIF, por un nuevo modelo que abogara exclusivamente por la contratación laboral del personal investigador en formación durante todo el proceso formativo mediante el recurso al contrato predoctoral. Sin embargo y pese a lo contundente de esta previsión, transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la Ley de la Ciencia no se había aprobado el

¹ Vid. Moreno Gené, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 340, 2011, págs. 91 y 92. Vid. también, González Díaz, F. y Cristóbal Roncero, R., “El personal investigador en formación”, en AAVV., *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 1078 y Luján Alcaraz, J., “La contratación laboral del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia”, en AAVV., *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012, p. 202.

² Vid. Molina Navarrete, C., “Las perspectivas de cambio en los regímenes del personal investigador y del personal de apoyo: modelo productivo, reforma laboral y el trabajo de investigación en las universidades”, en VVAA., *Conclusiones del XI Curso sobre régimen jurídico de Universidades*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 358.

desarrollo reglamentario de dicha modalidad contractual, lo cual dio lugar a importantes controversias, no en vano, la parca regulación de esta modalidad contractual que se contiene en la Ley de la Ciencia plantea serias dudas interpretativas sobre algunos aspectos básicos de su régimen jurídico, entre las que cabe destacar: la propia naturaleza jurídica del contrato predoctoral, su objeto, la retribución a percibir, la posibilidad de efectuar o no colaboraciones docentes, el derecho a percibir o no indemnización a la finalización del contrato por su cumplimiento, etcétera. A todo ello cabe añadir las dificultades prácticas que ha comportado la convivencia durante todo este tiempo de la Ley de la Ciencia con el EPIF³.

En este contexto de inseguridad jurídica, se ha aprobado el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (en adelante, EPIPF), con el que se cumple, aunque sea con un retraso totalmente inaceptable, con el mandato contenido en la DA 2ª de la Ley de la Ciencia de elaborar un “Estatuto del personal investigador en formación” en el que se contengan y desarrollen las prescripciones recogidas en dicha ley relativas al contrato predoctoral, que ha pasado a sustituir al hasta ahora vigente EPIF, que ha sido consecuentemente derogado (disposición derogatoria única del EPIPF). A tal efecto, el objeto del EPIPF no es otro que el de “desarrollar el régimen jurídico de la relación laboral establecida mediante el contrato predoctoral previsto en el art. 21 de la Ley 14/2011 (...) cuando se suscribe entre el personal investigador predoctoral en formación y las entidades públicas recogidas en el art. 20.2 de dicha ley, o las privadas a que se refiere la disposición adicional primera de la misma”.

En consecuencia, lo previsto en el EPIPF será de aplicación a toda contratación de personal investigador predoctoral en formación por parte de las entidades previstas en la Ley de la Ciencia, con independencia de su naturaleza pública o privada, que se formalice a través de un contrato predoctoral, resultando de aplicación a dichas contrataciones, por tanto, el íntegro régimen jurídico de dicha modalidad contractual previsto inicialmente en la Ley de la Ciencia y ahora desarrollado por el EPIPF. Por el contrario, no se regulará por el EPIPF la actividad de las personas en posesión del título de licenciado, ingeniero, arquitecto o grado universitario beneficiarias de ayudas dirigidas al desarrollo y especialización científica y técnica no vinculadas a estudios oficiales de doctorado, o que hayan sido contratadas bajo cualquier otra modalidad diferente al contrato predoctoral (arts. 2.1 y 2.3 EPIPF)-.

Sin lugar a dudas, la aprobación del EPIPF constituye una ocasión propicia para poder reflexionar sobre la propia figura del personal investigador predoctoral en formación y, en particular, sobre la modalidad contractual mediante la cual, con

³ Para un estudio de estas dificultades vid. Moreno Gené, J., “Recursos humanos dedicados a la investigación: ¿carrera investigadora laboral o simple sucesión de figuras precarias?”, en AAVV., *XI y XII Seminarios sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 1367-1438.

carácter general, se vincula a este colectivo de investigadores con las universidades y otros centros de investigación en los que los mismos se adscriben, es decir, el contrato predoctoral.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PREDOCTORAL

2.1. Naturaleza jurídica del contrato predoctoral: una modalidad contractual específica y diferenciada, con fines formativos

Desde que la Ley de la Ciencia introdujera el contrato predoctoral como modalidad contractual dirigida a la contratación de los investigadores predoctorales en formación se ha suscitado un interesante debate sobre su naturaleza jurídica, que ha basculado, básicamente, entre quienes mantienen que se trata de una modalidad contractual formativa, próxima al contrato en prácticas, y los que consideran que se trata de una modalidad de contrato para obra o servicio determinados, cuyo objeto sería la elaboración y defensa de la tesis doctoral.

Por ello, resulta extraordinariamente sorprendente que el EPIPF, pese a contener un precepto, el art. 3, cuya rúbrica es precisamente la de “naturaleza jurídica” del contrato predoctoral, no se haya pronunciado sobre esta cuestión y, por tanto, no efectúe ninguna aclaración al respecto, habiéndose limitado a establecer que “el contrato predoctoral es una modalidad de contrato de trabajo del personal investigador en formación”. Esta indeterminación del EPIPF respecto a la naturaleza jurídica del contrato predoctoral resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que el debate sobre la naturaleza jurídica de dicho contrato no tiene un carácter meramente teórico, sino que del mismo se derivan consecuencias jurídicas trascendentales, entre las cuales cabe destacar la determinación de si el investigador tiene o no derecho a una indemnización a la finalización del contrato.

Este de por sí trascendental debate en torno a la naturaleza jurídica del contrato predoctoral se ha visto, además, especialmente reactivado en los últimos años por un cúmulo de desafortunadas actuaciones de la Administración de la Seguridad Social a la hora de fijar el código de contrato aplicable a dicha modalidad contractual. El primer desatino consistió en no establecer un código específico para la misma, fijándose al respecto el código 401, correspondiente al contrato para obra o servicio determinados. Con la voluntad de enmendar este primer desatino, se cometió otro, procediendo la Administración de la Seguridad Social a alterar de una manera unilateral y con carácter retroactivo dicho código de contrato, pasando a asignar a partir de este momento el código de contrato 420, propio del contrato en prácticas. Finalmente, ante las airadas quejas de los afectados, se optó por volver a la situación inicial, asignando nuevamente al contrato predoctoral el código de contrato 401, correspondiente al contrato por obra o servicio determinados.

Aunque como señala la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 (rec. núm. 787/2018) el código de contrato que asigne la Administración de la Seguridad Social al contrato predoctoral no altera en modo alguno su naturaleza jurídica, los vaivenes sufridos al respecto han contribuido a generar grandes dudas sobre la naturaleza jurídica que cabe atribuir a esta modalidad contractual.

El origen de este debate en torno a la naturaleza jurídica del contrato predoctoral se encuentra en las dos almas que tradicionalmente ha mostrado la contratación de los investigadores en formación desde que los mismos dejaron de ser concebidos como meros becarios para pasar a ser considerados como auténticos trabajadores. A tal efecto, las primeras convocatorias de ayudas a la investigación que sustituyeron las becas por contratos acudieron, no siempre de forma suficientemente razonada, al contrato en prácticas, o bien, al contrato para obra o servicio determinados. En particular, como ya se ha indicado, el EPIF había acudido de manera expresa y aparentemente exclusiva y excluyente a la utilización del contrato en prácticas para contratar a los investigadores en formación que se encontraran en fase de contrato.

En este contexto irrumpe la Ley de la Ciencia, que introduce diferentes instrumentos jurídicos dirigidos a satisfacer las diversas necesidades de contratación que plantea el personal investigador en los diferentes estadios de la carrera investigadora, ya sea mediante la previsión de modalidades contractuales específicas del ámbito de la investigación –contrato predoctoral, contrato de acceso al sistema español de ciencia, tecnología e innovación y contrato de investigador distinguido–, o mediante la referencia genérica que se contiene en la propia Ley de la Ciencia de que se pueda contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), especialmente, mediante el contrato de trabajo para obra o servicio determinados previsto en el art. 15.1.a) ET, respecto al cual también se introducen algunas reglas específicas. Como puede observarse, de conformidad con este esquema, el contrato predoctoral se configura como una nueva modalidad contractual dirigida a satisfacer una necesidad muy concreta y específica consistente en la contratación de aquellos investigadores que se encuentran elaborando la tesis doctoral.

A partir de esta previsión, la Ley de la Ciencia procede a sustituir la contratación en prácticas del personal investigador en formación prevista hasta el momento por el EPIF, por el contrato predoctoral, el cual, aunque indudablemente comparte diversos de los elementos básicos y esenciales que definen al contrato en prácticas, formalmente se configura como una modalidad contractual específica y diferenciada de dicho contrato formativo, que responde a unos objetivos distintos y sigue una dinámica propia.

Este es precisamente el criterio adoptado por la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 que aborda por primera vez en sede judicial la naturaleza jurídica que cabe atribuir al contrato predoctoral, concluyendo al respecto que nos encon-

tramos ante una relación laboral/contrato especial para tareas de investigación en un proyecto específico, pero con una finalidad evidentemente formativa. En otras palabras, se considera que no nos encontramos propiamente ni ante un contrato para obra o servicio determinados ni ante un contrato en prácticas, sino ante una modalidad contractual especial del ámbito de la investigación, pero que, por su finalidad, consistente en la formación predoctoral hasta la obtención del título de doctor, tiene un carácter formativo. Esta apreciación permite afirmar al tribunal que el contrato predoctoral debe quedar asimilado más a un contrato formativo que a un contrato para obra o servicio determinados.

A tal efecto, puede concluirse con el TSJ del País Vasco que el contrato predoctoral se configura como una modalidad contractual específica del ámbito de la investigación, distinta a cualquiera de las contempladas en el ET y que dicha modalidad contractual persigue una finalidad esencialmente formativa, consistente en la formación del investigador predoctoral, fundamentalmente, mediante la elaboración de la tesis doctoral y la obtención del correspondiente título de doctor. En definitiva, nos encontramos ante un contrato formativo específico, también calificado como especial o atípico⁴, para el ámbito de la investigación que convive con los contratos formativos ya previstos en el ET –contrato en prácticas y contrato para la formación y el aprendizaje-⁵.

Esta configuración del contrato predoctoral no impide, sin embargo, que en todo aquello no previsto por la Ley de la Ciencia y sus normas de desarrollo, resulte de aplicación al contrato predoctoral lo dispuesto en el ET y en sus normas de desarrollo. A tal efecto, el apartado final del art. 20 de la Ley de la Ciencia, tras enumerar las diferentes modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador, indica que “el régimen jurídico aplicable a estas modalidades de contrato de trabajo será el que se establece en esta ley y en sus normas de desarrollo, y en su defecto será de aplicación lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en sus normas de desarrollo”. Este sistema de fuentes reguladoras del contrato predoctoral se ha visto desarrollado por el EPIPF, cuyo art. 3 establece que dicha modalidad contractual “se rige por lo establecido en los artículos 20 y 21 y en la disposición adicional primera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, en este real decreto y, con carácter supletorio, por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (...), por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso se puedan establecer en ellos condiciones menos favorables al trabajador o

⁴ Vid. Serrano Argüello, N., “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al *desideratum* de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, p. 99.

⁵ Un análisis de esta modalidad contractual desde la óptica de contrato formativo en Moreno Gené, J., “El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2012.

trabajadora o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos”.

Frente a la posición mantenida por la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018, sin embargo, encontramos la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 que, aunque con una argumentación más que sucinta, concluye que los investigadores predoctorales en formación han de calificarse como temporales de obra o servicio, de los previstos en el art. 15.1.a) ET. Ante esta disparidad de criterios, corresponderá al Tribunal Supremo determinar de un modo definitivo cual es la naturaleza jurídica del contrato predoctoral.

2.2. La delimitación subjetiva del contrato predoctoral: La limitación de los posibles empresarios

La finalidad formativa del contrato predoctoral, que se concreta fundamentalmente en la elaboración y defensa de la tesis doctoral, conlleva necesariamente la restricción de aquellos empleadores que pueden acudir a esta modalidad contractual específica del personal investigador predoctoral en formación; restricción que el art. 1.1. del EPIPF lleva a cabo mediante remisión expresa a la Ley de la Ciencia. A tal efecto, los empleadores que pueden formalizar el contrato predoctoral quedan circunscritos inicialmente a las siguientes entidades: a) los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado y los organismos de investigación de otras administraciones públicas; y b) las universidades públicas, sin bien en este caso, únicamente cuando las mismas son receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación del personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i (art. 20.2 de la Ley de la Ciencia). Esta limitación inicial de posibles empleadores tiene su lógica si se toma en consideración que estas entidades son los entornos habituales en que los investigadores en formación elaboran sus tesis doctorales y, en consecuencia, inician su actividad investigadora.

Pese a esta delimitación inicial de los posibles empleadores que pueden acudir al contrato predoctoral, la misma resulta inmediatamente matizada por la propia Ley de Ciencia que amplía notablemente las entidades susceptibles de acudir a la misma. A tal efecto, su DA 1ª establece que también podrán acudir al contrato predoctoral las universidades privadas y las universidades de la Iglesia Católica, si bien, únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador; las entidades privadas sin ánimo de lucro que realicen actividades de investigación y desarrollo tecnológico, generen conocimiento científico, faciliten su aplicación y transferencia o proporcionen servicios de apoyo a la innovación a las entidades empresariales, si bien, sólo cuando sean beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas que tengan por objeto la contratación de personal investigador mediante esta modalidad contractual; los consorcios

públicos y fundaciones del sector público en los que la participación estatal sea igual o superior a la de cada uno de las restantes administraciones públicas, cuyo fin u objeto social comprenda la ejecución directa de actividades de investigación científica y técnica o de prestación de servicios tecnológicos, o aquellas otras de carácter complementario necesarias para el adecuado progreso científico y tecnológico de la sociedad, siempre que estas actividades formen parte de los programas de desarrollo del plan estatal de investigación científica y técnica o del plan estatal de innovación; los consorcios públicos y fundaciones del sector público en los que la participación estatal sea inferior a la de cada una de las restantes administraciones públicas, cuyo fin u objeto social comprenda la ejecución directa de actividades de investigación científica y técnica o de prestación de servicios tecnológicos, o aquellas otras de carácter complementario necesarias para el adecuado progreso científico y tecnológico de la sociedad, siempre que estas actividades formen parte de los programas de desarrollo del plan estatal de investigación científica y técnica o del plan estatal de innovación; y, finalmente, otros organismos de investigación de la Administración General del Estado diferentes a los organismos públicos de investigación que se regulan en la Ley de la Ciencia, cuando realicen actividad investigadora entendida como se indica en el art. 13 de esta norma, si bien, sólo cuando sean beneficiarios de ayudas o subvenciones públicas que incluyan en su objeto la contratación de personal investigador.

Esta ampliación de los posibles empleadores que pueden formalizar el contrato predoctoral permite que en la práctica puedan acudir a esta modalidad contractual la práctica totalidad de los receptores habituales de los investigadores predoctorales en formación, si bien, quedan al margen otros posibles empleadores como es el caso de las entidades privadas con ánimo de lucro y, en particular, las empresas, que no podrán acudir a esta modalidad contractual, debiendo acudir necesariamente para la contratación de estos investigadores a las posibilidades que ofrece el ET en materia de contratación.

2.3. El personal investigador predoctoral en formación: la admisión en el programa de doctorado

La finalidad formativa perseguida por el contrato predoctoral determina también los requisitos subjetivos que deben satisfacerse por parte del investigador predoctoral para poder ser contratado mediante esta modalidad contractual, en concreto, estar en posesión de una determinada titulación, haber sido admitido en un programa de doctorado y estar adscrito a determinadas entidades mediante un contrato predoctoral (art. 1.2 EPIPF). Respecto a las titulaciones admitidas para formalizar este contrato se incluye el título de licenciado, ingeniero, arquitecto, graduado universitario con grado de al menos 300 créditos ECTS o master universi-

tario, o equivalente. A diferencia de lo que sucede con el contrato en prácticas, para la formalización del contrato predoctoral no se exige que estas titulaciones tengan una antigüedad máxima, lo cual, unido a la ausencia de una edad máxima para su formalización, comporta que esta modalidad contractual se pueda formalizar no únicamente con jóvenes investigadores recientemente titulados, sino también con investigadores de mayor edad que ya hace algún tiempo que finalizaron sus estudios y que ahora deciden iniciarse en la actividad investigadora.

Respecto al requisito de haber sido admitido en un programa de doctorado, dicha admisión deberá llevarse a cabo de conformidad con lo previsto en los arts. 6 y 7 del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado (en adelante, Real Decreto 99/2011), que se remiten en este punto a lo que prevean las diferentes universidades. El cumplimiento de este segundo requisito deberá acreditarse además en el momento de la formalización del contrato predoctoral, ya que deberá acompañarse al contrato un “escrito de admisión al programa de doctorado expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado en su caso” (art. 21 b) de la Ley de la Ciencia y art. 5.1 EPIPF).

Esta admisión en un programa de doctorado, cuyo objeto no es otro que el desarrollo de los distintos aspectos formativos del doctorado y el establecimiento de los procedimientos y líneas de investigación para el desarrollo de la tesis doctoral, se configura, por tanto, como el elemento eminentemente formativo que justifica el tratamiento jurídico diferenciado que recibe el personal investigador en formación.

La opción adoptada por la Ley de la Ciencia consistente en limitar su ámbito subjetivo de aplicación a quienes hayan sido admitidos en un programa de doctorado, supone *de facto* excluir la posibilidad de recurrir a esta modalidad contractual a dos colectivos de investigadores: en primer lugar, a los investigadores beneficiarios de programas de ayuda dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica, que no se encuentren realizando el doctorado (art. 2.3. EPIPF); y, en segundo lugar, a los investigadores postdoctorales, es decir, aquellos que ya han finalizado con éxito su formación predoctoral. En cualquier caso, los investigadores que quedan excluidos del contrato predoctoral podrán ser contratados, según las circunstancias concurrentes en cada supuesto, mediante las otras modalidades contractuales específicas previstas en la Ley de la Ciencia, o bien, a través de las modalidades contractuales contempladas genéricamente en el ET.

Finalmente, respecto al requisito de estar adscrito a determinadas entidades mediante un contrato predoctoral, el mismo comporta que únicamente ostentarán la condición de personal investigador predoctoral en formación quienes hayan formalizado un contrato predoctoral con las entidades indicadas en el apartado anterior que, por lo demás, como ya se ha indicado, constituyen las principales receptoras de quienes pretenden elaborar una tesis doctoral.

2.4. El objeto del contrato predoctoral: la elaboración de la tesis doctoral y la colaboración en tareas docentes

La finalidad del contrato predoctoral se manifiesta en su propio objeto, consistente en “la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso” (art. 21 a) de la Ley de la Ciencia). Esta delimitación del objeto del contrato predoctoral ha sido complementada por el art. 4 del EPIPF. En concreto, por lo que respecta a las tareas investigadoras a desarrollar por el investigador contratado mediante esta modalidad contractual se indica que consistirán en la realización simultánea de “tareas de investigación en un proyecto específico y novedoso” y del “conjunto de actividades, integrantes del programa de doctorado, conducentes a la adquisición de las competencias y habilidades necesarias para la obtención del título universitario oficial de Doctorado”.

A pesar de que la delimitación inicial del objeto del contrato podría plantear alguna duda al referirse genéricamente a “la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso”, la posterior exigencia de que estas actividades se desarrollen por quienes “hayan sido admitidos a un programa de doctorado” y que incluyan el “conjunto de actividades, integrantes del programa de doctorado, conducentes a la adquisición de las competencias y habilidades necesarias para la obtención del título universitario oficial de Doctorado”, pone de manifiesto que el proyecto específico y novedoso que constituye el objeto de este contrato resulta equivalente a la realización de la tesis doctoral. A tal efecto, el art. 2.2 del Real Decreto 99/2011 define el programa de doctorado como “un conjunto de actividades conducentes a la adquisición de las competencias y habilidades necesarias para la obtención del título de Doctor. Dicho programa tendrá por objeto el desarrollo de los distintos aspectos formativos del doctorando y establecerá los procedimientos y líneas de investigación para el desarrollo de tesis doctorales”. Siendo el objeto de esta modalidad contractual la elaboración de la tesis doctoral que debe desembocar en la obtención del título de doctor, la misma se define en el art. 13 de la citada norma como “un trabajo original de investigación elaborado por el candidato en cualquier campo de conocimiento”. Pues bien, este trabajo original de investigación constituye en lo esencial el objeto propio y específico del contrato predoctoral.

No faltan opiniones, sin embargo, que consideran al respecto que “dada la laxitud con la que se expresa la norma, puede entenderse que el objeto del contrato no tiene por qué ser en todos los casos la elaboración de la tesis doctoral, pudiendo venir constituido también el mismo por la realización de trabajos de investigación en el seno de un proyecto concreto y novedoso, quedando obligado, en cualquier caso, el destinatario del contrato a participar en el programa de doctorado corres-

pondiente”⁶. En defensa de esta postura se invoca el tenor literal del art. 21 de la Ley de la Ciencia, al que ahora se sumaría el art. 4 del EPIPF, que como ya se ha indicado, al fijar el objeto del contrato señala que consistirá en la “realización de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso”, sin exigir la consecución de la tesis doctoral. A tal efecto, la exigencia de que el investigador haya sido admitido en un programa de doctorado, encontraría su explicación en que la finalidad del contrato predoctoral no es otra que la de formar investigadores en distintos ámbitos de especialización científica y técnica, de modo que, siendo los estudios de doctorado los dirigidos a procurar las competencias y habilidades necesarias relacionadas con la investigación científica de calidad, parece lógico que dicha formación se articule a través de los programas de doctorado. En definitiva, se mantiene que el legislador ha querido que la formación de investigadores se lleve a cabo a través de los estudios de doctorado al resultar estos los más apropiados para alcanzar la singular formación que requiere el desarrollo del trabajo en investigación⁷.

En este debate ha irrumpido el EPIPF, que parece vincular de un modo más concreto el objeto del contrato predoctoral con la elaboración y defensa de la tesis doctoral, al prever en su art. 9.2 que “la obtención del título de Doctorado extinguirá el contrato predoctoral, aunque no se hubiera agotado la duración máxima del mismo”. Esta previsión, pone de manifiesto la vinculación directa que existe entre el objeto del contrato predoctoral y la elaboración y defensa de la tesis doctoral, puesto que en el supuesto de darse cumplimiento al objeto del contrato con anterioridad a la duración prevista del contrato predoctoral, el mismo se extinguirá igualmente al haber quedado sin objeto.

Más allá de las tareas estrictamente investigadoras, tradicionalmente los investigadores en formación han colaborado en la realización de tareas docentes. Por ello, sorprendía que la regulación del contrato predoctoral prevista en la Ley de la Ciencia no contemplara de un modo expreso la posibilidad de que el personal investigador contratado mediante esta modalidad contractual pudiera desarrollar, junto a las actividades investigadoras que constituyen el objeto principal de este contrato, actividades docentes complementarias, como, por el contrario, sí preveía el EPIF. A tal efecto, dicha norma establecía que los investigadores en formación podían colaborar en tareas docentes, si bien, sin exceder de 60 horas anuales. Llamaba especialmente la atención esta omisión si se tiene en cuenta que en relación con otras modalidades específicas del personal investigador previstas en la Ley de la Ciencia, en particular, el contrato de acceso al sistema español de ciencia, tec-

⁶ Vid. Sirvent Hernández, N., “Trabajo en investigación: luces y sombras de su progresiva laboralización en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 4, 2015, pp. 13 y 14.

⁷ Vid. Sirvent Hernández, M., “Las modalidades de contratación laboral previstas en la LCTI específicamente para el personal investigador”, en AAVV., *El estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Innap Investiga, Madrid, 2016, p. 90.

nología e innovación, sí se había previsto la posibilidad de que los investigadores contratados pudieran prestar colaboraciones complementarias en tareas docentes hasta un máximo de 80 horas anuales.

Pese a esta llamativa falta de previsión de que el personal investigador vinculado mediante un contrato predoctoral pudiera colaborar en tareas docentes complementarias, las diferentes convocatorias de ayudas predoctorales seguían previendo la posibilidad de que este colectivo colaborara en dichas tareas docentes. Esta colaboración docente, sin embargo, se admitía con especiales cautelas, al considerarse que en estos supuestos debía velarse muy especialmente para que las tareas docentes del investigador no desvirtuaran la finalidad formativa del contrato predoctoral, al prevalecer la actividad docente del investigador en formación sobre su actividad investigadora y muy especialmente sobre su dedicación a la elaboración de la tesis doctoral.

Pues bien, en esta materia también interviene el EPIPF, cuyo art. 4.2 establece que “los contratados predoctorales podrán colaborar en tareas docentes”. En consecuencia, tras la entrada en vigor de dicha norma las colaboraciones docentes del personal investigador en formación también forman parte de forma expresa del objeto del contrato predoctoral. Sin lugar a dudas, esta posibilidad, además de permitir la formación docente del investigador predoctoral, también debe contribuir a que el mismo pueda obtener las correspondientes acreditaciones de profesor universitario.

La incorporación de la posibilidad de colaborar en tareas docentes de los investigadores en formación se lleva a cabo, además, incorporando algunas de las cautelas exigidas por la doctrina para evitar que las mismas puedan contribuir a desvirtuar la finalidad formativa del contrato predoctoral, al prevalecer la actividad docente del investigador en formación sobre su actividad investigadora y muy especialmente sobre su dedicación a la elaboración de la tesis doctoral. A tal efecto, pueden identificarse distintas previsiones. Por una parte, en el apartado primero del art. 4 del EPIPF, tras establecerse que las actividades investigadoras constituyen el objeto central del contrato predoctoral, se indica de un modo expreso que no se podrá exigir al investigador en formación la realización de “cualquier otra actividad que desvirtúe la finalidad investigadora y formativa del contrato”. En consecuencia, las colaboraciones docentes que pueda realizar el investigador en formación no podrán desvirtuar en ningún caso la consabida “finalidad investigadora y formativa del contrato”.

Por otra parte, se establece un máximo de colaboraciones docentes que se pueden asignar al investigador en formación, estableciéndose al efecto que dicha colaboración será “hasta un máximo de 180 horas durante la extensión total del contrato predoctoral, y sin que en ningún caso se puedan superar las 60 horas anuales”. En consecuencia, se establece una doble limitación a las colaboraciones docentes del investigador en formación: una anual, fijada en 60 horas y una para

el conjunto de la duración del contrato predoctoral, que se fija en 180 horas. Con buen criterio, la versión definitiva del EPIPF ha rebajado el límite máximo de colaboraciones docentes previstas para toda la extensión del contrato predoctoral en el proyecto, que se fijaban en 240 horas, puesto que con esta reducción se posibilita una mayor dedicación del investigador predoctoral al desarrollo de su actividad investigadora y, muy especialmente, a la elaboración de la tesis doctoral. La distinción entre las colaboraciones docentes máximas anuales y del conjunto de la contratación predoctoral deben permitir, además, alcanzar un cierto equilibrio entre la flexibilidad en la asignación docente por parte de las universidades y la garantía de que el investigador pueda dedicarse a la actividad investigadora propia de su contrato.

Por el contrario, la regulación de las colaboraciones docentes de los investigadores en formación no ha incorporado otras previsiones también dirigidas a garantizar que las mismas no desvirtúen la finalidad investigadora y formativa del contrato predoctoral como serían, por ejemplo, el retraso del momento a partir del cual los investigadores pueden empezar a colaborar en tareas docentes, la imposibilidad de que se les asigne la responsabilidad docente de una asignatura, la preferencia para que se les encomienden tareas docentes prácticas o auxiliares, el establecimiento de mecanismos de control –autorizaciones y documentación de la docencia impartida– que garanticen el cumplimiento de los límites de docencia, etcétera. Alguna de estas ausencias llama especialmente la atención si se tiene en cuenta que las mismas sí se contemplan respecto a los ayudantes de universidad a los que se asemeja en gran medida el contrato predoctoral, que sí ven limitada su colaboración docente a tareas de índole práctico.

Una vez fijado en estos términos el alcance de las colaboraciones docentes de los investigadores contratados mediante el contrato predoctoral, cualquier asignación a los mismos de tareas docentes que vayan más allá de las permitidas constituye un incumplimiento laboral que debe ser pertinentemente corregido y sancionado. A tal efecto, de producirse incumplimientos en esta materia, los efectos que se derivan de los mismos no pueden ser otros que la aplicación de las reglas sobre fraude de ley del art. 15.3 ET, al haberse pervertido la finalidad formativa del contrato y, en consecuencia, la conversión del contrato predoctoral en un contrato indefinido, si bien, tratándose normalmente de administraciones públicas, en su versión de indefinidos no fijos⁸.

Más allá de las previsiones orientadas a garantizar que las colaboraciones docentes de los investigadores en formación no desvirtúen la finalidad investigadora y formativa del contrato predoctoral, el art. 4.2 del EPIPF contiene otras previsiones que parecen más orientadas a garantizar que dichos investigadores puedan llevar a cabo estas colaboraciones docentes, en la medida en que con las mismas se preten-

⁸ Vid. Moreno Gené, J., “El personal investigador en formación: el difícil equilibrio entre la finalidad formativa y la finalidad productiva de esta figura”, *Iuslabor*, núm. 3, 2017, pp. 191 a 222.

den vencer las posibles reticencias de los departamentos universitarios al respecto. A tal efecto, se prevé que las colaboraciones docentes de estos investigadores no deben suponer “una merma de la carga docente del departamento que asigne la colaboración” y que “los departamentos universitarios de la universidad en la que el personal investigador predoctoral en formación se encuentre matriculado en un Programa de doctorado oficial facilitarán a dicho personal investigador que lo solicite, en igualdad de oportunidades, y en la medida en que sea posible dentro de los límites anteriormente establecidos, la realización de estas tareas docentes”.

2.5. Forma del contrato predoctoral

Muy parca se mostraba la Ley de la Ciencia respecto a los requisitos formales del contrato predoctoral, lo cual había planteado diversos interrogantes al respecto, que se habían intentado sortear aplicando de forma supletoria lo previsto al respecto en el ET. A tal efecto, el art. 21 de dicha norma se limitaba a prever que el contrato debía celebrarse por escrito entre el personal investigador predoctoral en formación, en su condición de trabajador, y la universidad pública u organismo de investigación titular de la unidad investigadora, en su condición de empleador, debiéndose acompañar al mismo escrito de admisión al programa de doctorado expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado en su caso.

El EPIPF ha venido a paliar de un modo sustancial esta falta de concreción respecto a los requisitos formales que deben satisfacerse a la hora de formalizar un contrato predoctoral. En primer lugar, el art. 5.1 de dicha norma matiza lo ya previsto en la Ley de la Ciencia al prever que “el contrato se celebrará por escrito entre el personal investigador predoctoral en formación, en su condición de trabajador o trabajadora, y la entidad pública de las previstas en el art. 20.2 de la Ley 14/2011, de 11 de junio, o entidad privada a que se refiere la disposición adicional primera de la misma, en su condición de empleadora”. Como puede observarse, el EPIPF se muestra mucho más preciso al respecto, puesto que no se refiere únicamente como posibles empleadoras a las universidades públicas y organismos de investigación como hiciera la Ley de la Ciencia, sino que, de conformidad con la delimitación de los posibles empleadores que lleva a cabo dicha norma, se mencionan de forma genérica a las entidades públicas o privadas que se encuentren habilitadas para formalizar esta modalidad contractual.

En segundo lugar, también reitera, en este caso de forma literal, la previsión ya contenida en la Ley de la Ciencia de que al contrato predoctoral deberá acompañarse el escrito de admisión al programa de doctorado expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado en su caso. Como puede observarse, se trata de una previsión esencialmente coincidente

con la referida al contrato en prácticas en el cual se atribuye al empresario el papel de controlar la validez del título habilitante de dicha contratación. Sin lugar dudas, con esta exigencia se quiere garantizar que el investigador contratado reúna los requisitos exigidos para formalizar el contrato.

En tercer lugar, el art. 5.1 del EPIPF contiene una previsión no recogida en la Ley de la Ciencia, consistente en que en el contrato que se formalice, “se identificará (...) un proyecto o línea de investigación específica y novedosa que constituya el marco en el que se realizará la formación del investigador predoctoral en formación, así como la duración pactada”. Ahora nos encontramos ante una previsión que se asimila a la recogida en el contrato para obra o servicio determinados según la cual “el contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto”. Pues bien, también con la voluntad de garantizar que el contrato predoctoral que se formaliza se ajuste al objeto previsto por la normativa, debe identificarse el “proyecto o línea de investigación específica y novedosa”, en la cual deberá desarrollarse la formación del investigador. Pese a la bondad de esta previsión, llama la atención que únicamente se contemple una referencia tan genérica al objeto del contrato. A tal efecto, sería preferible que en el contrato predoctoral se concretara mucho más su objeto e, incluso, que de conformidad con su finalidad última se indicaran las concretas actividades investigadoras que deben desembocar en la elaboración de la tesis doctoral. Con ello se evitaría que se pudieran encomendar al investigador otras actividades investigadoras que pudieran ir detrimento de su dedicación a la elaboración de la tesis doctoral.

En cuarto lugar, el art. 5.1. del EPIPF prevé que en el momento de formalización del contrato predoctoral se fije la duración del contrato que, obviamente, deberá respetar en todo caso las duraciones máximas y mínimas previstas para esta modalidad contractual. En todo caso, se trata de una mera previsión, no en vano, este contrato se extingue por su cumplimiento, ya sea por la expiración del tiempo convenido o por la realización del objeto del contrato, a saber, la obtención del título de doctor, aunque no se hubiera agotado la duración máxima del mismo (art. 9.2 EPIPF).

En quinto lugar, el art. 5.2 del EPIPF también exige que en el contrato predoctoral se identifique “el lugar de realización efectiva de las actividades del personal investigador predoctoral en formación”. Esta previsión supone que en el contrato predoctoral se identifique el departamento o la unidad a la que deberá quedar adscrito el investigador predoctoral en formación y en el que deberá desarrollar su actividad investigadora.

En sexto lugar, más allá de los elementos que se acaban de indicar que deberán figurar de forma expresa en el contrato predoctoral que se formalice, el art. 5.2 del EPIPF introduce una garantía informativa para los investigadores contratados en virtud de la cual “la entidad empleadora deberá informar por escrito al personal

investigador predoctoral en formación, en los términos y plazos establecidos por el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, sobre dichos elementos esenciales y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, si tales elementos y condiciones no figuran en el contrato de trabajo formalizado por escrito”. Se trata de una previsión que tiene un indudable valor pedagógico, no en vano, una de las críticas que habitualmente despiertan estas contrataciones entre el personal investigador predoctoral en formación es la falta de conocimiento de los derechos y obligaciones que les corresponden.

En séptimo lugar, el art. 5.3. del EIPF, también con un valor esencialmente pedagógico, reproduce las obligaciones informativas que acompañan a cualquier contratación laboral, consistentes, en primer lugar, en que “la entidad empleadora está obligada a comunicar a la oficina pública de empleo, en el plazo de los diez días siguientes a su concertación, el contenido de los contratos de trabajo que celebre o las prórrogas de los mismos, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” y, en segundo lugar, que “en el mismo plazo de diez días a contar desde la celebración del contrato, y con anterioridad a su remisión a la oficina pública de empleo, la entidad empleadora entregará a la representación legal del personal investigador predoctoral en formación una copia básica del mismo. Posteriormente, dicha copia básica se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de los trabajadores también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo”.

2.6. La duración del contrato predoctoral

La finalidad formativa del contrato predoctoral justifica que el mismo se defina como un contrato de evidente naturaleza temporal, no en vano, la elaboración y defensa de la tesis doctoral requieren de una delimitación temporal. En esta dirección, el art. 21 c) de la Ley de la Ciencia tras indicar que “el contrato será de duración determinada” establece que “la duración del contrato no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cuatro años”. Como no podía ser de otro modo, el art. 6 del EIPF se limita a reproducir literalmente estas previsiones. En consecuencia, tanto la Ley de la Ciencia como el EIPF fijan con carácter general la duración del contrato predoctoral en un mínimo de un año y un máximo de cuatro, sin atribuir ningún protagonismo al respecto al convenio colectivo.

En todo caso, tanto la Ley de la Ciencia como el EIPF prevén que la duración máxima de cuatro años del contrato predoctoral se vea ampliada cuando dicho contrato se suscriba con una persona con discapacidad. A tal efecto, el art. 6.1 del

EPIPF establece que “se considerarán personas con discapacidad las previstas en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre”. En estos supuestos, la duración del contrato predoctoral podrá ampliarse hasta una duración máxima de seis años, prorrogas incluidas. Esta ampliación de la duración máxima del contrato predoctoral, sin embargo, no opera de manera automática, sino en función de las características de la actividad investigadora y del impacto del grado de las limitaciones en el desarrollo de la actividad (arts. 21 c) Ley de la Ciencia y 6.1 EPIPF). A efectos de poder constatar estas circunstancias, la ampliación de la duración máxima del contrato predoctoral requerirá informe previo favorable del servicio público de empleo competente, que, a estos efectos, podrá recabar informe de los equipos técnicos de valoración y orientación de la discapacidad competentes.

Para el cómputo de la duración máxima del contrato predoctoral, ya sea la general de cuatro años o la de seis años prevista para las personas con discapacidad, se tendrán en cuenta todas las contrataciones efectuadas con el mismo investigador predoctoral en formación con la misma o distinta entidad, de modo que si un investigador ya ha sido contratado con anterioridad mediante esta modalidad contractual por otra entidad, la duración máxima del nuevo contrato predoctoral que vaya a formalizar con la misma únicamente podrá tener una duración máxima equivalente a la diferencia existente entre la anterior contratación y la duración máxima de cuatro años o, en su caso, de hasta seis años para los discapacitados, prevista para esta modalidad contractual (art. 21 c) Ley de la Ciencia y art. 6.1 EPIPF). Por el contrario, no parece que deban tenerse en cuenta los períodos de tiempo en que el investigador predoctoral en formación ha podido permanecer como becario de investigación o estar contratado a través de cualquier otra modalidad contractual, incluido el contrato en prácticas, por tratarse de modalidades contractuales distintas, aunque la finalidad de estas contrataciones haya sido también la elaboración y defensa de la tesis doctoral. Asimismo, llama la atención en este punto que no se haya contemplado una previsión similar en relación con un posible encadenamiento con el contrato de ayudante de universidad que se prevé con una función prácticamente idéntica a la del contrato predoctoral, con lo cual se evitaría la práctica habitual de encadenamiento de ambas modalidades contractuales, alargándose de este modo en exceso la etapa predoctoral⁹.

Esta duración máxima de cuatro años del contrato predoctoral prevista con carácter general en la Ley de la Ciencia viene a consagrar la duración que tradicionalmente han tenido los programas de ayuda a la investigación dirigidos a financiar la elaboración y defensa de la tesis doctoral por parte de los investigadores en formación, así como la duración de la formación predoctoral que ya con anterioridad

⁹ Vid. González del Rey Rodríguez, I., “La contratación de investigadores por universidades públicas en la Ley de la Ciencia de 2011”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 44, 2016, p. 50.

preveía el EPIF. Ahora bien, esta duración máxima de cuatro años debe ponerse en relación con la regulación de la duración del doctorado que actualmente se contempla en el art. 3 del Real Decreto 99/2011, según la cual “la duración de los estudios de doctorado será de un máximo de tres años, a tiempo completo, a contar desde la admisión del doctorando en el programa hasta la presentación de la tesis doctoral. No obstante lo anterior, y previa autorización de la comisión académica responsable del programa, podrán realizarse estudios de doctorado a tiempo parcial. En este caso tales estudios podrán tener una duración máxima de cinco años desde la admisión al programa hasta la presentación de la tesis doctoral. Si transcurrido el citado plazo de tres años no se hubiera presentado la solicitud de depósito de la tesis, la comisión responsable del programa podrá autorizar la prórroga de este plazo por un año más, que excepcionalmente podrá ampliarse por otro adicional, en las condiciones que se hayan establecido en el correspondiente programa de doctorado. En el caso de estudios a tiempo parcial la prórroga podrá autorizarse por dos años más que, asimismo, excepcionalmente, podría ampliarse por otro año adicional”. La falta de adecuación entre la duración del contrato predoctoral y la duración de los estudios de doctorado podría llegar a provocar algunos desajustes.

La redacción inicial del art. 21 c) de la Ley de la Ciencia, además de prever la duración máxima del contrato predoctoral, establecía que su duración inicial se fijaba en un año, prorrogable por períodos anuales previo informe favorable de la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que durara la permanencia en el programa. En consecuencia, con carácter general eran posibles hasta tres prórrogas del contrato de trabajo, que sumadas a la duración inicial del mismo de un año permitían alcanzar la duración máxima de esta modalidad contractual de cuatro años. En el supuesto de personas con discapacidad la suma de la contratación inicial más las prórrogas podía llegar a alcanzar la duración máxima de seis años.

Tras la reforma introducida por 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, ya no se establece la obligatoriedad de que la duración inicial del contrato sea de un año prorrogable por períodos anuales, sino que únicamente se fijan los límites máximos y mínimos de duración del contrato, al establecerse que la duración del mismo no podrá ser inferior a un año, ni exceder de cuatro años o de seis si se trata de personas discapacitadas. A partir de esta premisa, se indica que “cuando el contrato se hubiese concertado por una duración inferior a cuatro años podrá prorrogarse sucesivamente sin que, en ningún caso, las prórrogas puedan tener duración inferior a un año”. En consecuencia, tras la reforma, dentro de los límites máximos y mínimos de duración del contrato, las partes fijarán la duración del contrato que consideren conveniente, pudiendo llegarse a establecer, incluso, una duración inicial de cuatro años. Únicamente para el supuesto en que se fijen duraciones inferiores a la máxima de cuatro años se contempla la posibilidad de

que el contrato pueda prorrogarse hasta la misma, siempre que las prórrogas tengan una duración mínima de un año (art. 21 c) Ley de la Ciencia y art. 6.1 EPIPF).

Con toda seguridad, con esta alteración del régimen jurídico de la duración inicial y las prórrogas del contrato predoctoral se persigue adaptar esta modalidad contractual a los distintos programas de ayuda a la investigación con que se financian estos contratos. Ahora bien, como contrapartida a la admisibilidad de contrataciones más extensas en el tiempo, superiores a la duración anual prevista anteriormente, se establece que “la actividad desarrollada por el personal investigador predoctoral en formación será evaluada anualmente por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación” (art. 21 Ley de la Ciencia). En consecuencia, se pasa de contrataciones anuales cuya prórroga por períodos anuales se supedita al informe favorable de la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso, de la escuela de doctorado, a contrataciones que pueden ser superiores a una anualidad, incluso por el plazo máximo de cuatro años, pero supeditadas a que la actividad desarrollada por el investigador contratado sea evaluada anualmente por la comisión académica del programa de doctorado o, en su caso, de la escuela de doctorado, pudiendo, si la misma no resulta favorable, comportar la resolución del contrato.

Con la finalidad de eliminar la carga burocrática que habitualmente conllevan las prórrogas del contrato predoctoral, el art. 6 EPIPF ha introducido la admisibilidad de prórrogas tácitas de esta modalidad contractual, al prever que “cuando el contrato resulte prorrogable, y el trabajador continúe desarrollando las actividades objeto del mismo, se entenderá prorrogado automáticamente, salvo informe desfavorable de evaluación motivado emitido por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, hasta completar su duración máxima”.

Aunque con carácter general se establece que tanto la duración inicial como las prórrogas del contrato predoctoral no pueden ser inferiores a un año, la propia norma establece una excepción para aquellos supuestos en que por haber estado ya contratado el trabajador bajo esta modalidad, el tiempo que reste hasta el máximo de cuatro años, o de seis en el caso de personas con discapacidad, sea inferior a un año; para estos supuestos se prevé que pueda concertarse el contrato, o su prórroga, por el tiempo que reste hasta el máximo establecido en cada caso (art. 21 c) Ley de la Ciencia y art. 6.1 EPIPF).

También en relación con la duración del contrato predoctoral, el artículo 21 c) de la Ley de la Ciencia establecía que “las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, suspenderán el cómputo de la duración del contrato”. Esta previsión se ha intentado actualizar mediante el art. 6.2 del EPIPF que prevé

que “las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento y paternidad, suspenderán el cómputo de la duración del contrato. Igualmente lo suspenderán las situaciones previstas en el art. 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como medida de protección de las mujeres víctimas de violencia de género”. Este elenco de situaciones, sin embargo, ya se encuentra nuevamente desactualizado tras las reformas introducidas en esta materia por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre las mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, debiendo estarse, por tanto, a lo previsto por esta norma.

Con estas previsiones se intenta conseguir que las diferentes situaciones contempladas resulten inocuas en la carrera profesional de los investigadores y, muy especialmente, de las investigadoras¹⁰ y resultan parcialmente coincidentes, además, con la regulación de la duración de los estudios de doctorado, que a los efectos del cómputo de la duración máxima de dichos estudios establece que no se tendrán en cuenta las bajas por enfermedad, embarazo o cualquier otra causa prevista por la normativa vigente (art. 3 del Real Decreto 99/2011). Durante estas situaciones, el personal investigador en formación verá suspendido su contrato, pudiendo acudir, en su caso, a la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social, alargándose, a su vez, la duración del contrato predoctoral durante un período de tiempo equivalente a dicha suspensión.

También con la finalidad de que determinadas circunstancias que acompañan al devenir de la formación del investigador predoctoral y, en particular, al desarrollo de la tesis doctoral, resulten inocuas, el EPIPF introduce una previsión dirigida a proteger a este colectivo frente a los hipotéticos incumplimientos de sus obligaciones por parte del director de la tesis doctoral. A tal efecto, se prevé que en estos supuestos el investigador pueda formular reclamación por incumplimiento de las tareas propias de la dirección de la tesis doctoral ante el órgano competente para resolver dicha reclamación. Pues bien, si dicho órgano emite un dictamen favorable al reclamante, se prevé que se suspenda el cómputo de la duración del contrato predoctoral, durante el período que transcurra desde la presentación de dicho dictamen favorable hasta que se produzca el cambio en la dirección de la tesis doctoral, si bien, con un límite de cuatro meses, transcurridos los cuales se reanuda el referido cómputo. Para garantizar que este proceso se lleve a cabo con la mayor celeridad posible y que, por tanto, resulte verdaderamente eficaz, se prevé que “el dictamen deberá emitirse a la mayor brevedad posible” y que

¹⁰ A tal efecto, Luján Alcaraz, J., “La contratación laboral del personal investigador...” cit. p. 203, indica que esta previsión pone de manifiesto la conexión entre el objeto del contrato y su régimen jurídico, de modo que “importa el desarrollo de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico durante un periodo de tiempo acotado, no el transcurso mecánico de los años”.

“la entidad competente deberá resolver, previo informe positivo de dicha entidad respecto de la nueva dirección, el cambio en la dirección de la tesis en el plazo máximo de un mes”.

Pese a lo positivo de esta medida, se echa de menos una mayor regulación de este período de suspensión del cómputo de la duración del contrato predoctoral y, en particular, de los derechos y obligaciones de las partes durante el mismo. En todo caso, téngase en cuenta que no se trata de una suspensión del contrato predoctoral, sino de una mera suspensión del cómputo de la duración del mismo, de modo que el contrato seguirá produciendo todos sus efectos, incluidos los económicos, con la única salvedad de que este período no computará a efectos de la duración del contrato, ampliándose de este modo la duración máxima del mismo. Esta previsión exige, en cualquier caso, una cierta coordinación con los programas de ayudas a la investigación con los que se financian estos contratos, que también deben contemplar esta contingencia, así como los costes que de la misma se derivan.

2.7. La retribución del contrato predoctoral

La finalidad formativa del contrato predoctoral también determina la retribución que corresponde a los investigadores predoctorales en formación. En este sentido, el art. 21 d) de la Ley de la Ciencia y el art. 7 del EPIPF establecen que “la retribución de este contrato no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60 por 100 durante el tercer año, y al 75 por 100 durante el cuarto año. Tampoco podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año, según el art. 27 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

Esta manera de fijar el salario del investigador predoctoral en formación se asemeja a la prevista para el contrato en prácticas, para el cual el art. 11.1.e) ET prevé que “la retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75% durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio colectivo para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo”. Sin embargo, entre ambas previsiones existe una diferencia sustancial, puesto que mientras que en el contrato en prácticas el salario de los trabajadores contratados será en primer lugar el establecido en convenio colectivo para esta categoría de trabajadores y únicamente en defecto de éste se prevé que el mismo se fijará respetando los mínimos previstos en el precepto, en el contrato predoctoral no se efectúa ninguna remisión expresa a la retribución fijada para el personal investigador predoctoral en formación en el convenio colectivo, sino que directamente se prevé que la retribución prevista para el contrato

predoctoral no podrá ser inferior a determinados mínimos previstos en la norma. Una vez más, la Ley de la Ciencia y ahora también el EIPF eliminan cualquier protagonismo del convenio colectivo.

La fijación para los trabajadores que se encuentran en formación de un salario inferior al del resto de los trabajadores ordinarios se configura como una nota común de los contratos formativos, a los que el contrato predoctoral se asemeja, en tanto que se entiende que estos trabajadores se encuentran en un período laboral en el que contrastan la teoría con la práctica profesional, por lo que su productividad no es la misma, de modo que los beneficios que recibe el trabajador –obtener una experiencia profesional adecuada– son compensados con un menor nivel de salario. Esta circunstancia justifica, asimismo, que el salario previsto se vaya incrementando a lo largo del tiempo, puesto que cada vez más el trabajador acumula mayor formación y experiencia profesional.

A pesar de que pueda admitirse esta premisa, la desigualdad retributiva prevista en el contrato predoctoral resulta del todo excesiva, puesto que unas retribuciones mínimas del 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en el convenio colectivo durante los dos primeros años y del 60 y del 75 por 100 durante el tercer y el cuarto año no parecen estar justificadas, puesto que los investigadores predoctorales, tras un breve lapso de tiempo, suelen llevar a cabo una actividad investigadora cuanto menos similar a la desarrollada por otros investigadores del centro de investigación en el que se adscriben¹¹. Con toda probabilidad, el régimen retributivo fijado para esta modalidad contractual únicamente se explica por la voluntad existente en el momento de aprobar la Ley de la Ciencia de no incrementar en exceso los costes laborales de la contratación de estos investigadores predoctorales en formación, no en vano, el propio preámbulo de la ley establece que “la implantación de estas nuevas modalidades contractuales no supondrá incremento presupuestario”¹². Sorprendentemente, la versión definitiva del EIPF ha introducido en el último momento una previsión similar en su DF 4ª, en virtud de la cual “la aplicación de este real decreto no supondrá incremento de gasto público”.

Este sistema de fijación del salario correspondiente al personal predoctoral en formación ha planteado, además, una dificultad añadida, que no es otra que la determinación de las categorías equivalentes al colectivo de los investigadores predoctorales.

¹¹ De forma expresiva Nogueira Ferreiro, L., “La eficacia en el fomento de la investigación del contrato predoctoral y las ayudas a la formación de doctores y profesorado universitario”, en AAVV., *XXXIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2015, p. 276, afirma que “este contrato es el peor remunerado de todos los existentes, al menos en sus dos primeros años, es decir, cualquier otro modelo contractual genera más beneficios al trabajador que el aquí estudiado”. Sirvent Hernández, N.: “Trabajo en investigación...” cit. p. 16, también se muestra muy crítica al respecto, considerando que ello puede suponer un lastre a la hora de reclutar potenciales investigadores. También críticos con esta retribución tan reducida se muestran González Díaz, F. y Cristóbal Roncero, R., “El personal investigador...” cit. p. 1079.

¹² Serrano Argüello, N., “Modalidades específicas de contratación...” cit. p. 105, indica al respecto que “se aprecia rápidamente como se regulan “a la baja” las retribuciones de los investigadores en su etapa formativa”.

rales en formación en el respectivo convenio colectivo de su ámbito de aplicación. Todo ello ha supuesto que en la mayoría de casos la retribución correspondiente a este colectivo de investigadores haya sido la prevista en la convocatoria de ayudas a la investigación, sin efectuar ninguna referencia a la “categoría equivalente”.

La única garantía de unos ingresos mínimos del colectivo de los investigadores predoctorales en formación contemplada inicialmente en la Ley de la Ciencia se encontraba en la previsión de que la retribución del contrato predoctoral no podía ser inferior al salario mínimo interprofesional que se establezca cada año, según el art. 27 ET. Esta previsión, coincidente por lo demás con la fijada para el contrato en prácticas, resultaba, sin embargo, totalmente insuficiente cuando nos encontramos ante la contratación de titulados universitarios que se encuentran elaborando una tesis doctoral.

La mísera retribución de los investigadores predoctorales en formación prevista en la Ley de la Ciencia comportó que desde el mismo momento de la aprobación de dicha norma se hubiera demandado que los porcentajes aplicables para el cálculo de la misma fueran superiores y se vieran incrementados de un modo más significativo en cada una de las anualidades. En otras palabras, se consideraba que debían revisarse e incrementarse las retribuciones de este colectivo en orden a fomentar el atractivo de la carrera investigadora y dar cumplimiento a uno de los objetivos reflejados en la Exposición de Motivos de la Ley de la Ciencia, es decir, establecer una carrera científica socialmente reconocida¹³.

Ante este aluvión de críticas, el EPIPF reacciona previendo en su 7.2 que “para el establecimiento de las retribuciones anteriores se tomará como referencia mínima la categoría correspondiente al Grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado”. En otras palabras, la previsión de que la retribución del contrato predoctoral no podrá ser inferior al 56 por 100 del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60 por 100 durante el tercer año, y al 75 por 100 durante el cuarto año, debe garantizar en todo caso que la retribución que se obtenga no podrá ser inferior a la resultante de aplicar dichos porcentajes a la categoría correspondiente al Grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial prevista en el convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado. Esta equiparación con el Grupo 1 de personal laboral de la Administración General del Estado parece del todo razonable si tenemos en cuenta el nivel de titulación y de formación que acredita el personal investigador predoctoral en formación.

Con la voluntad de garantizar aún más una garantía de ingresos mínimos del personal investigador predoctoral en formación, en el proyecto de EPIPF se intro-

¹³ Vid. Hernando Espada, D., “El sector de la investigación: ¿precariedad en el contrato predoctoral?”, en AAVV., *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social*, Ed. Laborum, Murcia, 2015, pp. 790 y 791.

ducía una DT única según la cual, “siempre que el resultado de la aplicación de los porcentajes establecidos por el artículo 21 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, para el cálculo del salario tomando como referencia mínima la categoría correspondiente al Grupo profesional 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado sea inferior a 16.422 € anuales, esta cantidad se establecerá como salario mínimo a percibir en la aplicación del contrato predoctoral”. Ello suponía, en la práctica, que se fijara un salario mínimo para los contratos predoctorales de 16.422 € anuales (14 mensualidades de 1.173 €). Esta cuantía, por lo demás, venía a coincidir con la cuantía fijada por las principales convocatorias estatales mediante las que se financia la contratación de estos investigadores. La versión definitiva del EPIPF, sin embargo, ha procedido a eliminar esta previsión, lo que con toda seguridad comportará que los investigadores predoctorales en formación acaben percibiendo una cantidad inferior¹⁴.

En todo caso, a pesar de la desagradable sorpresa que ha supuesto la eliminación en la versión definitiva del EPIPF de la previsión de un salario mínimo para el personal investigador predoctoral en formación de 16.422€ anuales, no cabe duda de la mejora que va a suponer en materia retributiva la previsión que incorpora esta norma según la cual para el establecimiento de las retribuciones del personal investigador predoctoral en formación debe tomarse como referencia mínima la categoría correspondiente al Grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado. Sin duda, esta previsión obligará a muchos programas de ayuda a la investigación a incrementar en futuras convocatorias la cuantía de las mismas, si bien, tampoco sería de extrañar que se extiendan cláusulas de salvaguarda, en virtud de las cuales, se prevea que la entidad contratante deba asumir cualquier coste de contratación que exceda de la ayuda concedida por aplicación de lo previsto en el art. 21.d) de la Ley de la Ciencia y, muy especialmente, en el art. 7.2 del EPIPF.

También ha sido sorpresiva la incorporación en la versión definitiva del EPIPF de un tercer apartado en su art. 7 según el cual, “la aplicación de la cantidad anual resultante se podrá también computar al periodo total del contrato predoctoral de cuatro años”. Esta previsión resulta cuanto menos enigmática, siendo posibles diferentes interpretaciones, todas ellas en perjuicio de los investigadores predoctorales en formación. A tal efecto, podría pensarse que con la misma lo que se pretende es permitir que no sea estrictamente necesario que se cumplan los porcentajes para el cálculo del salario en cada año de contratación, siempre que se cumplan en el cómputo global de la contratación de los cuatro años. De ser esta la finalidad de la norma, no cabe duda que nos encontraríamos ante una

¹⁴ Molina Navarrete, C.: “¿”Espíritu social”, “técnica maquiavélica”? el “derecho” que queda de las “leyes de viernes social” al desvanecerse su “humo político”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 433, 2019, pág. 25, constata que con este olvido los investigadores pierden unos 300€.

extralimitación reglamentaria por ser contraria a lo previsto en la Ley de la Ciencia. Tampoco parecería de recibo que con dicha previsión lo que se pretendiera fuera que el salario del investigador predoctoral en formación para todo el periodo de contratación de cuatro años se pudiera fijar en el momento de formalizar el contrato, sin que el mismo pudiera beneficiarse de posteriores revalorizaciones salariales. Tal vez, con esta previsión se pretende facilitar el diseño y funcionamiento de las diferentes convocatorias de formación de investigadores, pero lo que no es aceptable es que ello se haga a costa de menoscabar los derechos de este colectivo de investigadores.

Finalmente, llama especialmente la atención que el EPIPF no haya abordado algunas cuestiones que también han resultado especialmente problemáticas en materia retributiva del personal investigador predoctoral en formación. La primera de estas controversias se refiere a las desigualdades retributivas que se han producido en los últimos años entre beneficiarios de diferentes convocatorias, de modo que investigadores predoctorales en formación que realizaban unas mismas tareas, percibían retribuciones distintas según cuál había sido la convocatoria de ayudas a la investigación mediante la que se había financiado su contratación. Esta circunstancia provocó múltiples reclamaciones judiciales en las que se solicitaba que se declarara la equiparación retributiva entre los diferentes investigadores contratados. Con carácter general, estas reclamaciones fueron desestimadas. A título de ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de la Coruña de 20 de febrero de 2017 estableció al respecto que “nos movemos exclusivamente en el plano del derecho genérico a la igualdad, por cuanto que esa diferencia en las retribuciones, respecto de la que reclama el demandante, no viene dada por la concurrencia de razones discriminatorias (...) ese principio general de igualdad tampoco se ve vulnerado en el caso que nos ocupa por la circunstancia de que, en virtud de convocatorias posteriores, puestos de trabajo similares al del demandante se vean retribuidos en mayores emolumentos que los que este percibe, por cuanto que sí sería contrario a este principio el que personas contratadas en virtud de la misma convocatoria de ayudas percibiesen, para el mismo puesto, salarios diferentes, pero no lo es si esa diferencia deriva de convocatorias de ayudas para la formación diferentes, puesto que cada una de ellas se articula en torno a sus propias y específicas normas y disponibilidades presupuestarias”. Al respecto, también se planteó un conflicto colectivo, al considerarse que las diferencias retributivas existentes entre investigadores beneficiarios de diferentes convocatorias podían constituir una discriminación salarial ilícita, vulneradora del principio de igualdad. A pesar de que la resolución de este conflicto colectivo hubiera podido aportar luz a la cuestión, la SAN de 22 de junio de 2017 no se consideró competente para conocer del fondo del asunto, posición que fue posteriormente avalada por la STS de 6 de noviembre de 2018 (rec. 222/2017).

La segunda de las controversias suscitadas en materia retributiva de los investigadores predoctorales en formación se refiere a la exclusión de los mismos de las revalorizaciones salariales que con posterioridad a su contratación se puedan acordar, si aplicables, por el contrario, a otros colectivos de investigadores. Pues bien, estas pretensiones no han corrido mejor fortuna, al ser desestimadas por considerarse que en esta materia debe estarse a lo previsto en los programas, convocatorias o ayudas de las que trae causa la contratación del investigador predoctoral en formación -STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2018 (rec. 36/2017)-. A falta de previsión normativa al respecto, resulta del todo necesario que las diferentes convocatorias de ayudas a la contratación de investigadores predoctorales establezcan de un modo expreso el régimen de revalorización de las retribuciones correspondientes a los mismos.

2.8. Tiempo de trabajo y otras condiciones laborales

De conformidad con el objeto fundamental del contrato predoctoral -elaboración y defensa de la tesis doctoral para la obtención del título de doctor- el mismo se configura con dedicación a tiempo o a jornada completa, no siendo posible celebrar contratos a tiempo parcial bajo esta modalidad contractual, sin perjuicio, claro está, de los supuestos en que se proceda a reducir la jornada de trabajo en los supuestos legalmente admitidos. Esta previsión, que se recoge expresamente en los arts. 21 c) de la Ley de la Ciencia y 6 del EPIPF, encuentra su fundamento en que la práctica totalidad de los programas de ayudas a la investigación con los que se van a financiar estos contratos predoctorales exigen la dedicación a tiempo completo del investigador en formación. Sin embargo, la misma no acaba de encajar con la previsión recogida en el art. 3 del Real Decreto 99/2011 que prevé la posibilidad de que, previa autorización de la comisión académica responsable del programa de doctorado, se puedan realizar los estudios de doctorado a tiempo parcial. En estos supuestos, a pesar de tratarse de investigadores que se encuentran desarrollando su tesis doctoral, no podrán suscribir un contrato predoctoral a tiempo parcial.

Mucho más parco se muestra el EPIPF a la hora de abordar otras condiciones laborales aplicables al personal investigador predoctoral en formación. A tal efecto, el art. 8 de dicha norma se limita a establecer que “La jornada laboral, descansos, vacaciones y permisos, así como las restantes condiciones de trabajo aplicables al personal investigador predoctoral en formación serán las que se establezcan en el convenio colectivo aplicable a la entidad contratante respecto al personal con titulación de licenciado, ingeniero, arquitecto o graduado universitario y acceso a los Programas de Doctorado”. Para el supuesto de ausencia de convenio colectivo se prevé, a su vez, que resultará aplicable a este personal lo dispuesto en el ET.

No parece razonable que una norma que tiene la pretensión de ser un auténtico “Estatuto del personal investigador predoctoral en formación” omita la regulación de aspectos tan básicos de este colectivo de investigadores, remitiéndolos a lo que se prevea en el convenio colectivo y, en defecto de este, a lo previsto por el ET. A tal efecto, cabe recordar que los convenios colectivos de universidades y de otros centros de investigación acostumbran a ser muy parcos en la regulación de las condiciones de trabajo del personal investigador predoctoral en formación.

Más allá de la regulación de las condiciones estrictamente laborales, el Capítulo II del EPIPF contiene una regulación más extensa de los derechos y deberes específicos en materia de investigación de los investigadores predoctorales en formación, cuyo análisis excedería el ámbito de este trabajo. En todo caso, no cabe duda que, a pesar de que se definan como derechos y deberes específicos del ámbito de la investigación, algunos de ellos inciden claramente en los derechos y obligaciones laborales de las partes contratantes. A título de ejemplo, entre los derechos de este colectivo recogidos en el art. 12 del EPIPF se incluyen los siguientes: “disponer de libertad de pensamiento y expresión (...)”; “obtener de los organismos, centros o instituciones a los que se adscriban la colaboración y el apoyo necesarios para el desarrollo de actividades de formación y especialización científica y técnica correspondientes a su formación”; “el cumplimiento, por parte de los organismos, centros o instituciones de la observancia de las normativas (...) en materia de salud y seguridad laboral (...)”; “a unas condiciones de trabajo que permitan al personal investigador predoctoral en formación conciliar la vida familiar, el trabajo y el desarrollo de las actividades profesionales”; “ejercer los derechos de propiedad intelectual y derechos de autor derivados de los resultados de sus actividades formativas y de especialización y de acuerdo con su contribución (...)”; etcétera.

En este punto, llama especialmente la atención que la versión definitiva del EPIPF haya eliminado derechos específicos del personal investigador en formación sí contenidos en borradores anteriores, como es el “respeto al equilibrio representativo entre los sexos partiendo de una política de igualdad de oportunidades” o a “no ser discriminados, directa o indirectamente, en modo alguno por motivos de sexo, edad, origen étnico, nacional o social, religión o creencias, orientación sexual, lengua, discapacidad, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal, social o económica”. Aunque estos derechos se deducen igualmente de otras normas laborales, hubiera sido deseable que estas previsiones se hubieran mantenido, aunque fuera con un valor meramente pedagógico.

Aunque con menor intensidad, el art. 13 del EPIPF también recoge diferentes deberes específicos en materia de investigación de este colectivo de investigadores que tienen una evidente repercusión laboral, entre los que cabe destacar: “cumplir las condiciones y obligaciones establecidas en la convocatoria, realizar las actividades previstas en sus programas de formación y especialización en la

investigación, así como cumplir los objetivos del programa de formación y especialización con aprovechamiento”; “mantener una relación estructurada y regular con las personas que supervisen su trabajo y que representen a la unidad en la que trabajan”; “actualizar y ampliar regularmente sus cualificaciones y competencias”; “seguir en todo momento prácticas de trabajo seguras conforme a la legislación nacional, incluida la adopción de las precauciones necesarias en materia de salud y seguridad; así como cumplir con la normativa en materia de prevención de riesgos laborales (...)”; “entregar los resultados requeridos (tesis, publicaciones, datos, patentes, informes, desarrollo de nuevos productos, etc.), de acuerdo con las condiciones del contrato predoctoral”, etcétera.

2.9. Extinción del contrato predoctoral

Una de las mayores deficiencias de la regulación del contrato predoctoral contenida en la Ley de la Ciencia era la ausencia de previsión alguna relativa al régimen extintivo de dicha modalidad contractual, lo cual ha dado lugar a una gran inseguridad jurídica y a la proliferación de múltiples conflictos. A tal efecto, se planteaban dudas sobre las propias causas de extinción del contrato predoctoral, los requisitos formales que debían satisfacerse para proceder a la extinción del contrato, la existencia o no de derechos indemnizatorios, etcétera. Ante esta falta de previsión normativa y de conformidad con el sistema de fuentes previsto en el art. 20 de la Ley de la Ciencia, para resolver estas y otras cuestiones relativas al régimen extintivo del contrato predoctoral se ha acudido a lo dispuesto en el ET y en sus normas de desarrollo y, en particular, a los arts. 49 y ss. ET.

Una de las principales controversias que ha planteado el contrato predoctoral ha sido la del régimen jurídico de la extinción del contrato por su cumplimiento. A tal efecto, recuérdese que el art. 49.1.c) ET establece que el contrato de trabajo se extinguirá (...) por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”. A partir de estas premisas se planteaba la cuestión de si el contrato predoctoral únicamente debía considerarse extinguido por su cumplimiento cuando se cumpliera el tiempo convenido en el propio contrato o si, por el contrario, la elaboración y defensa de la tesis doctoral y la obtención del correspondiente título de doctor que se derivan de las mismas, también comportaban la extinción del contrato predoctoral al considerarse realizada la obra o servicio objeto del contrato.

Pues bien, el EPIPF ha procedido a aclarar definitivamente esta cuestión, no en vano, a la vez que establece en su art. 9 que el contrato predoctoral se extinguirá por las causas previstas en el art. 49 ET, prevé, en el apartado primero de dicho precepto, de forma específica que dicho contrato “se extinguirá por la llegada a término (...) y en el apartado 2 que “la obtención del título de Doctorado extin-

guirá el contrato predoctoral, aunque no se hubiera agotado la duración máxima del mismo”. A tal efecto, se indica que “se considera que se ha obtenido el título de Doctorado en la fecha del acto de defensa y aprobación de la tesis doctoral”. En consecuencia, tras esta previsión introducida en el EPIPF no cabe duda que la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento se producirá tanto por haberse alcanzado el término final fijado en el mismo como por haberse cumplido su objeto, a saber, la obtención del título de Doctorado, poniéndose fin de este modo a la etapa predoctoral e iniciándose la postdoctoral.

Siendo jurídicamente válida esta opción, la misma provoca un importante daño colateral consistente en el parón que dicha medida puede suponer en la carrera investigadora del doctor reciente, no en vano, verá automáticamente extinguido su contrato predoctoral, sin que, con toda probabilidad, pueda acceder de forma inmediata a otro contrato, ya sea de investigador posdoctoral o de profesor ayudante doctor, lo que le obligará a acudir a la prestación de desempleo, que lamentablemente se está convirtiendo *de facto* en una fase más de la ya de por sí precaria carrera investigadora. Ante esta situación, la obtención del título de doctor no debería suponer automáticamente la extinción del contrato predoctoral, sino que este contrato debería transformarse en un contrato postdoctoral, al menos hasta que se agotaran las ayudas a la investigación con las que se había financiado el contrato predoctoral. A tal efecto, sería conveniente que los programas de ayuda a la investigación previeran de forma expresa esta posibilidad.

Aunque nada se establecía al respecto en la Ley de la Ciencia, había un cierto consenso en considerar que la extinción del contrato de trabajo por su cumplimiento debía llevarse a cabo de conformidad con lo establecido en el art. 49.1.c) ET, de modo que si el contrato predoctoral se extinguía por esta causa era preceptiva la denuncia del mismo. Pues bien, este criterio ha sido avalado por el art. 9 del EPIPF, que prevé que esta causa de extinción del contrato requiere denuncia previa de cualquiera de las partes.

También planteaba dudas en los supuestos de extinción del contrato predoctoral la exigencia del cumplimiento de un plazo de preaviso cuando la duración del contrato tuviera una duración superior a un año, si bien, todo hacía presagiar que cuando el contrato predoctoral se extinguiera por su cumplimiento debía exigirse que la denuncia se hiciera con un preaviso. Pese a ello, la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 negaba esta exigencia de preavisar, al considerar que en estos supuestos la extinción del contrato se produce de forma automática.

El EPIPF, sin embargo, corrigiendo el criterio adoptado por el TSJ del País Vasco, aclara esta cuestión, y en su art. 9 establece de forma expresa que “para los contratos de duración superior a un año, la parte que formule la denuncia estará obligada a notificar a la otra la terminación del contrato con una antelación mínima de quince días”. En consecuencia, cuando el contrato predoctoral tenga una duración superior a un año, que será lo habitual, la extinción del contrato exigirá

que la denuncia del mismo se notifique a la otra parte con una antelación mínima de quince días y el incumplimiento de esta obligación por parte del empresario dará lugar a una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido.

Pero sin lugar a dudas, la principal cuestión litigiosa que ha suscitado la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento ha sido la de determinar si en estos supuestos el personal investigador predoctoral en formación tiene o no derecho a percibir alguna indemnización. Ante la ausencia de previsión legal al respecto, la respuesta a la cuestión planteada se hacía depender de la naturaleza jurídica que se asignaba al contrato predoctoral, de modo que aquellos que asimilaban esta modalidad contractual a un contrato para obra o servicio determinados mantenían que a su finalización el investigador tendría derecho a la indemnización prevista para esta modalidad contractual -12 días de salario por año de servicios-, mientras que quienes la asimilaban a un contrato formativo, consideraban que esta modalidad la indemnización no está contemplada¹⁵.

En este contexto de incertidumbre se ha dictado la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018 que por primera vez aborda esta cuestión¹⁶. A tal efecto, como ya se ha avanzado, esta resolución judicial mantiene que nos encontramos ante una relación laboral/contrato especial para tareas de investigación en un proyecto específico, pero con una finalidad evidentemente formativa. En otras palabras, se considera que no nos encontramos propiamente ni ante un contrato para obra o servicio determinados ni ante un contrato en prácticas, sino ante una modalidad contractual especial del ámbito de la investigación, pero que por su finalidad, consistente en la formación predoctoral hasta la obtención del título de doctor, tiene un carácter formativo. Esta apreciación permite afirmar al TSJ del País Vasco que el contrato predoctoral debe quedar asimilado más a un contrato formativo que a un contrato para obra o servicio determinados.

Esta configuración de la naturaleza jurídica del contrato predoctoral, como no podía ser de otro modo, predetermina la decisión del tribunal. A tal efecto, no se reconoce al investigador en formación derecho a percibir indemnización alguna tras la finalización del contrato predoctoral, puesto que la misma no se prevé de un modo expreso en la Ley de la Ciencia, ni tampoco puede extenderse a esta mo-

¹⁵ En esta segunda opción encontramos, entre otros, a González Ortega, S., “El régimen jurídico del personal del SUE y del SECTI a estudio: modalidades contractuales y categorías profesionales en el ámbito del SUE y del SECTI”, en AAVV., *Disquisiciones jurídicas sobre el ámbito universitario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, p. 150, González del Rey Rodríguez, I., “La contratación de investigadores...” cit. p. 54 o Molina Navarrete, C., “Empleo público temporal y estabilidad obligacional: la indemnización por fin de contrato o de nombramiento”, en AAVV., *La articulación de la gestión universitaria a debate*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 120.

¹⁶ Un comentario de esta sentencia en Moreno Gené, J., “La ambigua naturaleza jurídica del contrato predoctoral y su incidencia a efectos indemnizatorios”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 431, 2019, pp. 160 a 168.

alidad contractual la prevista para el contrato para obra o servicio determinados puesto que no se trata de un contrato asimilable. Además, por si fuera poco, el contrato en prácticas, al que según el TSJ del País Vasco el contrato predoctoral se podría asimilar en mayor medida, tampoco prevé indemnización alguna tras la finalización del contrato.

Puede compartirse con esta resolución judicial que el contrato predoctoral se configura como una modalidad contractual específica del ámbito de la investigación, distinta a cualquiera de las contempladas en el ET. Es cierto, también, que dicho contrato persigue una finalidad formativa, consistente en la formación del investigador predoctoral, que normalmente debe concluir con la elaboración de la tesis doctoral y la obtención del título de doctor. La suma de ambas consideraciones permite llegar, a su vez, a la conclusión de que los investigadores en formación contratados mediante esta modalidad contractual no tienen derecho a indemnización alguna a la finalización de su vínculo contractual.

A pesar de lo razonable de la solución dispensada por la STSJ del País Vasco de 15 de mayo de 2018, consistente en negar el derecho a percibir una indemnización a la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento, no cabe duda que nos encontramos ante una cuestión muy controvertida que hace del todo necesaria una intervención del legislador que fije de un modo expreso si la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento debe dar derecho o no a indemnización. A tal efecto, razones de política científica y de equidad justificarían por si mismas la incorporación de esta indemnización.

Prueba del carácter extremadamente controvertido de esta cuestión es la STSJ de Galicia de 11 de abril de 2019 que considera que “el art. 49.1.c) ET incluye dentro de su ámbito a toda contratación temporal, de las reguladas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, únicas posibles en la legislación laboral, es decir, obra o servicio, eventual, e interinidad, excluyendo de tal efecto a éste último y además al formativo del art. 11, contrato que en modo alguno puede equipararse al suscrito por los trabajadores afectados por el conflicto aun cuando se denomine predoctoral en formación”. A lo que añade que el contrato formativo “únicamente cabe a través de la normativa regulada en el artículo 11, que en modo alguno se cumple con el que ahora se discute”. En base a estas consideraciones, la referida sentencia concluye que los contratos predoctorales formalizados por los investigadores predoctorales en formación han de calificarse como temporales de obra o servicio y, por tanto, a su finalización dar lugar al derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET para esta tipología de contrato.

A la espera de una futura solución legislativa, cabe analizar si el EIPPF ha incidido en esta controvertida materia. Pues bien, pese a lo que cabría esperar, esta norma no contiene ninguna previsión al respecto, de modo que sigue sin establecerse de forma expresa si la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento genera o no el derecho a percibir indemnización alguna. A tal efecto,

puede entenderse que el desarrollo reglamentario no haya incorporado el derecho a la indemnización, no en vano, probablemente ello supondría extralimitarse en sus funciones al incorporar una indemnización no prevista en la Ley de la Ciencia, pero lo que no es de recibo es que no se pronuncie sobre esta cuestión. Sin lugar a dudas, este silencio va a comportar que se siga manteniendo la actual inseguridad jurídica sobre esta materia, con los perjuicios que de la misma se derivan tanto para los investigadores en formación contratados como para las universidades y otros centros de investigación que los acogen.

En todo caso, en la línea de negar en estos supuestos un derecho a indemnización también se encuentra el Auto del TJUE de 19 de marzo de 2019, asunto C-293/18, que al conocer de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia que consideraba que esta ausencia de indemnización podría ser contraria a la normativa comunitaria, aplicando su doctrina más actual concluye que la normativa comunitaria “no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos predoctorales al vencimiento del término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por causa objetiva”.

Como ya se ha indicado, más allá de la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento, ya sea por cumplimiento de su término final o por la obtención del título de Doctorado, el EPIPF también contempla como causas de extinción de esta modalidad contractual, “las restantes causas previstas en el artículo 49 ET”, de modo que podrá extinguirse el contrato por las mismas sin que se prevea ninguna especialidad al respecto.

Pese a esta declaración general, el art. 10.2 del EPIPF sí contempla una referencia específica a la extinción del contrato por incumplimiento por parte del investigador predoctoral en formación de sus obligaciones, en los términos ya previstos por la Ley de la Ciencia. A tal efecto, se establece que “en el caso de incumplimiento de las tareas propias del contrato por parte del personal investigador predoctoral en formación, y dado que la actividad desarrollada por el mismo será validada anualmente a la vista del preceptivo informe emitido por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, el contrato podrá ser resuelto en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación”. Se establece de este modo una especie de condición resolutoria fijada legalmente, consistente en una evaluación anual de la actividad desarrollada por el investigador por parte de la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, que de no ser superada favorablemente podrá dar lugar a la resolución del contrato predoctoral.

Menos taxativo se muestra, por el contrario, el EPIPF cuando los hipotéticos incumplimientos de las obligaciones derivadas del contrato predoctoral sean imputables al responsable de la dirección de la tesis doctoral. Para estos supues-

tos, el art. 10.1 del EPIPF únicamente prevé que “en el caso de circunstancias sobrevenidas que impidan el cumplimiento de las obligaciones o en las tareas de desarrollo de actividades de formación científica y técnica por parte de la persona responsable de la dirección de la tesis doctoral, la entidad empleadora, con la autorización expresa de la entidad financiadora del contrato predoctoral, si la hubiera, adoptará, junto con la designación de nueva persona responsable, las medidas necesarias que garanticen la continuidad de las tareas de investigación del personal contratado predoctoral en formación en un proyecto específico y novedoso, cuando las convocatorias así lo exijan, que permita la culminación de su tesis doctoral así como el resto de las actividades necesarias para la obtención del título”.

2.10. La Seguridad Social en el contrato predoctoral

La protección social dispensada a los investigadores en formación por el anterior EPIF había sido una de las cuestiones que había suscitado más críticas. A tal efecto, en relación con la primera fase de la formación investigadora –dos primeros años de beca-, el art. 5.2 EPIF incluía entre los derechos específicos del personal investigador en formación de beca, “su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social en los términos establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional primera” del propio EPIF. A tal efecto, esta DA 1ª preveía que “de conformidad con lo establecido en el art. 97.2 1) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el personal investigador en formación de beca beneficiario de las ayudas otorgadas con cargo a los programas incluidos en el ámbito de aplicación de este real decreto queda asimilado a trabajador por cuenta ajena, a los efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social”. En relación con la segunda fase de la formación investigadora, es decir, con el personal investigador en formación de contrato –tercer y cuarto año-, los mismos ya se encontraban incluidos directamente en el RGSS como trabajadores por cuenta ajena sin necesidad de ninguna otra actuación (art. 136 TRLGSS).

Pese al indudable avance que supuso en su momento el EPIF en materia de protección social del colectivo de los investigadores en formación, aún resultaba criticable que no fuera la consideración como trabajadores por cuenta ajena de todos ellos la opción elegida para dotarlos de la necesaria protección social, habiéndose optado, por el contrario, por diferenciar de forma un tanto artificiosa, entre los investigadores en formación de contrato, que eran considerados a todos los efectos como trabajadores por cuenta ajena y como tales quedaban incluidos en el RGSS y los investigadores en formación de beca, que únicamente eran asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el RGSS. Precisamente esta distinción comportaba que, pese a la mejora que supuso el EPIF,

todavía pudiera afirmarse que el mismo llevaba a cabo una inclusión debilitada del personal investigador en formación de beca en el RGSS, frente a la plena y total incorporación en el mismo del resto de investigadores.

Esta afirmación era posible si se tiene en cuenta que una vez prevista la incorporación de los investigadores en formación de beca en el RGSS como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, de conformidad con lo previsto por el art. 155 TRLGSS, es la propia norma que dispone la asimilación, en este caso, el EPIF, la que debe proceder a determinar el alcance de la protección otorgada, lo cual dio lugar a que los investigadores en formación de beca aún mantuvieran algunas particularidades respecto a otros sujetos con los que cohabitaban en dicho régimen, que normalmente tenían como consecuencia una protección, tanto cuantitativa como cualitativamente, peor. Estas peculiaridades comprendían, fundamentalmente, la limitada cuantía de las bases de cotización correspondientes a este colectivo, que sin lugar a dudas repercutían después en la cuantía más baja de las prestaciones a que los mismos tenían derecho, y la exclusión de la protección por desempleo de la acción protectora que les correspondía.

La aparición del contrato predoctoral y la consiguiente contratación del personal investigador predoctoral en formación desde el inicio de su carrera investigadora ha puesto fin a esta situación, en la medida en que como consecuencia de la previsión de contratar al personal predoctoral en formación a través del contrato predoctoral, estos investigadores se encuentran obligatoriamente incluidos en el RGSS como trabajadores por cuenta ajena, en los mismos términos que cualquier trabajador por cuenta ajena (art. 136 TRLGSS), como así se desprende de la DA 18 de la Ley de Ciencia¹⁷.

En este punto, además, la citada DA 18 de la Ley de la Ciencia y ahora también la DA única del EPIPF prevén una reducción del 30 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador contratado bajo la modalidad de contrato predoctoral. Con esta bonificación se pretende limitar el incremento de los costes de seguridad social y, en consecuencia, de los costes laborales que comporta la contratación laboral desde el inicio y durante cuatro años del personal investigador predoctoral en formación.

Más allá de esta previsión, sin embargo, no se abordan otros aspectos relativos a la cotización a la Seguridad Social del colectivo de los investigadores predoctorales en formación. Esta ausencia de previsión ha comportado que se hayan planteado dudas sobre cómo debe cotizar este colectivo a la Seguridad Social, no olvidemos al respecto que actualmente, tras el restablecimiento del código de contrato 401 para esta modalidad contractual, se está obligando a las entidades contratantes a cotizar como si se tratara de trabajadores contratados mediante un contrato para

¹⁷ González Díaz, F y Cristóbal Roncero, R., “El personal investigador...” cit. p. 1078, indican que el contrato predoctoral introducido por la Ley de la Ciencia supone que “desde el primer año de vinculación, el investigador adquiere los derechos (...) de Seguridad Social equiparables a cualquier trabajador que formalice un contrato de duración determinada”.

obra o servicio determinados, con la correspondiente penalización económica en cuanto a la cotización por desempleo que de ello se deriva por tratarse de un contrato temporal, frente al tratamiento más favorable que se dispensa en este punto a los contratos formativos, a los que, como ya se ha indicado a lo largo de este trabajo, se asimila mejor el contrato predoctoral. Sin lugar a dudas, la previsión de una clave específica de contrato que se prevé en el EPIPF para el contrato predoctoral debe contribuir a aclarar estas y otras cuestiones que se puedan plantear.

3. CLAROSCUROS DEL ESTATUTO DEL PERSONAL INVESTIGADOR PREDOCTORAL EN FORMACIÓN

El establecimiento del contrato predoctoral como vía de vinculación contractual del personal investigador predoctoral en formación que llevó a cabo la Ley de la Ciencia debe merecer una valoración muy positiva, por cuanto comportó un cambio radical y de amplio calado en la concepción que tradicionalmente había recibido este colectivo, en la medida en que al preverse una modalidad contractual específica con una duración máxima de cuatro años, se abandonaba el modelo de financiación de la formación investigadora introducido con carácter general por el EPIF conocido como modelo 2+2, que se caracterizaba por combinar dos años de beca y dos años de contratación en prácticas del investigador, y se adoptaba por primera vez en una norma estatal con rango de ley el modelo de financiación de la formación investigadora conocido como modelo 0+4, en el que se elimina cualquier fase de beca, procediéndose a la contratación laboral de los investigadores que se encuentran en formación desde el inicio de su carrera investigadora, es decir, desde el inicio de su participación en los trabajos o proyectos de investigación conducentes a la elaboración y defensa de su tesis doctoral. De este modo, la Ley de la Ciencia pasó a reconocer *de facto* que la actividad investigadora de este colectivo de investigadores tiene desde su inicio la suficiente entidad para ser considerada como una actividad productiva más allá de la formación que se recibe y, por tanto, debe ser merecedora de una cobertura jurídica y social superior a la dispensada por el sistema de becas.

Sin embargo, resulta criticable que esta apuesta por la contratación laboral de los investigadores predoctorales en formación descansa sobre la creación de un contrato laboral específico dirigido exclusivamente a este colectivo, es decir, el contrato predoctoral, que se define por las importantes dosis de precariedad laboral que introduce. Esta precarización de las condiciones de trabajo del personal investigador en formación se manifiesta, fundamentalmente, en relación con la excesiva temporalidad prevista para esta modalidad contractual, en particular, sus cuatro años de duración, respecto a las previsiones salariales previstas para el mismo, a todas luces injustificadamente reducidas y, finalmente, respecto a la

falta de previsión de indemnización alguna a la finalización del contrato. Nada justifica que este colectivo deba sufrir unas condiciones de trabajo tan precarias.

También merece una valoración negativa que el cambio radical que supuso la Ley de la Ciencia en la contratación de los investigadores predoctorales en formación no viniera acompañado de una regulación más completa del régimen jurídico del nuevo contrato predoctoral, ni de los derechos y obligaciones que se derivaban del mismo, sino que, por el contrario, dicha norma se limitara a establecer una regulación muy parca de esta modalidad contractual, remitiendo aspectos esenciales de la misma a un futuro desarrollo reglamentario que, a pesar de que tenía que haberse llevado a cabo en los dos años siguientes a la entrada en vigor de dicha norma, de un modo totalmente injustificado, se fue demorando en el tiempo hasta la reciente aprobación del EPIPF. Como no podía ser de otro modo, esta falta de desarrollo reglamentario del contrato predoctoral ha generado una importante conflictividad respecto a algunos aspectos básicos de su régimen jurídico, entre los que cabe destacar, la propia naturaleza jurídica del contrato, su objeto, la posibilidad de efectuar colaboraciones docentes u otro tipo de actividades, la cuantificación de la retribución a percibir y sus posibles revalorizaciones, el derecho al percibo de una indemnización a la finalización del contrato por su cumplimiento, el cálculo de las cotizaciones a la Seguridad Social, etcétera.

Aunque con varios años de retraso se haya producido al desarrollo reglamentario del contrato predoctoral previsto en la Ley de la Ciencia, la regulación contenida en el EPIPF tampoco puede merecer una valoración muy positiva por diferentes motivos. A tal efecto, resulta extraordinariamente sorprendente que esta norma no se haya pronunciado sobre la naturaleza jurídica del contrato predoctoral y, por tanto, no efectúe ninguna aclaración al respecto. Pese a ello, debe valorarse positivamente que en dicha norma se prevea que dicho contrato dispondrá de una clave específica de contrato, diferenciada, por tanto, de la prevista para los contratos en prácticas y para obra o servicio determinados, lo cual debe contribuir a aclarar la naturaleza jurídica del contrato predoctoral.

También llama la atención que el EPIPF no precise un poco más el objeto del contrato predoctoral y, en particular, si el mismo debe ser en todo caso la elaboración de la tesis doctoral o si, por el contrario, puede consistir también en la realización de otros trabajos de investigación en el seno de un proyecto concreto y novedoso. Por el contrario, debe valorarse positivamente que se haya previsto la posibilidad que estos investigadores colaboren en tareas docentes, hasta un máximo de 180 horas durante la extensión total del contrato predoctoral, y sin superar las 60 horas anuales. Esta posibilidad, debe contribuir a la formación docente del investigador predoctoral en formación y debe facilitar la obtención de las correspondientes acreditaciones de profesor universitario, sin que ello vaya a suponer una merma en el desarrollo de su actividad investigadora.

A pesar del loable esfuerzo que lleva a cabo el EPIPF por dignificar las retribuciones correspondientes a los investigadores contratados mediante el contrato predoctoral, al preverse que para el establecimiento de las mismas debe tomarse como referencia mínima la categoría correspondiente al Grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado, resulta también sorprendente que en la versión definitiva de esta noma se haya eliminado la previsión expresa de un salario mínimo a percibir por el investigador contratado, que se fijaba en 16.422 € anuales. Al mismo tiempo, resulta inquietante la previsión incorporada en el último momento en el EPIPF de que “la aplicación de la cantidad anual resultante se podrá también computar al periodo total del contrato predoctoral de cuatro años”, no en vano, aunque no está claro el sentido de la misma, todo hace pensar que acabará jugando en detrimento del investigador predoctoral en formación. Finalmente, también resulta criticable que no se hayan abordado otras cuestiones también problemáticas en materia retributiva de este colectivo, como son las posibles desigualdades salariales existentes entre beneficiarios de diferentes convocatorias y la exclusión de los investigadores predoctorales en formación de las posteriores revalorizaciones salariales sí aplicables a otros colectivos de investigadores.

También resulta criticable que el EPIPF no contenga ninguna previsión dirigida a aclarar si la extinción del contrato predoctoral por su cumplimiento genera o no el derecho del investigador a percibir alguna indemnización, aunque debe aplaudirse que ahora sí se prevea de forma expresa para estos supuestos la exigencia de denuncia del contrato con un preaviso mínimo de quince días. Sin lugar a dudas, este silencio sobre el derecho o no a percibir una indemnización a la finalización del contrato predoctoral va a comportar que se siga manteniendo la actual conflictividad sobre esta materia, especialmente en aquellos supuestos en que dicha posibilidad se encuentra prevista de forma expresa en el contrato.

Finalmente, también sorprende que el EPIPF no aborde las reglas de cotización a la Seguridad Social del colectivo de los investigadores predoctorales en formación, más allá de la reiteración de la reducción a del 30 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes ya prevista en la Ley de la Ciencia. Esta ausencia de previsión comporta que siga sin resolverse la manera en que debe cotizar este colectivo a la Seguridad Social, planteándose al respecto ciertos interrogantes que cabría resolver.

En definitiva, a pesar de las esperanzas que los propios investigadores predoctorales en formación y las universidades y otros centros de investigación que los acogen habían depositado en el EPIPF a la hora de resolver las diferentes problemáticas que acucian a este colectivo, todo parece indicar que la aprobación de esta norma va a suponer una nueva oportunidad perdida en el objetivo de garantizar a este colectivo de investigadores un estatuto digno que se encuentre a la altura de su importante contribución al panorama científico español.

LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LA JORNADA DE TRABAJO TRAS EL RDL 8/2019

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras clave:** registro, jornada, flexibilidad horaria, conservación, seguridad y salud

Tras una aceraada polémica judicial y doctrinal acerca de la obligación de registro de la jornada de trabajo, el Gobierno, por la vía de urgencia, ha decidido imponerla con carácter general para todas las empresas, trabajadores y tipos de jornada u horario. La disposición legal da lugar a algunas reflexiones, por lo que establece y por lo que omite, y da pie también para plantear, de forma más general, una apuesta por la reforma de determinados aspectos del tiempo de trabajo, para acompañarlo a las nuevas realidades laborales y al uso universal de las tecnologías, así como por limitar y cohesitar algunas de las reglas flexibilizadoras que llevan a excesos de jornada que, además de por los abusos y las pérdidas económicas, deben ser cauterizados por sus graves repercusiones en la garantía del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Defectos de regulación que no se palian con la mera obligación de registro.

ABSTRACT **Keywords:** registration, working day, flexible hours, conservation, safety and health

After a bitter judicial and doctrinal controversy about the obligation to register the working day, the Government, by means of urgency, has decided to impose it generally for all companies, workers and types of working day or schedule. The legal provision leads to some reflections, for what it establishes and for what it omits, and also gives rise to a more general proposal for the reform of certain aspects of working time, in order to bring it into line with new labour realities and the universal use of technologies, as well as for limiting and harmonizing some of the flexibilizing rules that lead to overtime which, in addition to abuses and economic losses, must be cauterized by their serious repercussions on the guarantee of the right to safety and health at work. Regulatory defects that cannot be mitigated by the mere obligation to register.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. ANTECEDENTES
 - 2.1. Respeto a la duración de la jornada y derechos básicos del trabajador
 - 2.2. Actuaciones de la inspección de trabajo y pronunciamientos de la audiencia nacional
 - 2.3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - 2.4. Planteamiento del conflicto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea
3. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA JORNADA EN EL RDL 8/2019
 - 3.1. Apreciaciones de corte general
 - 3.2. Cambio de enfoque: de la facultad de control a la obligación de registro
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN
5. REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA Y EL HORARIO
 - 5.1. Jornada y jornada de trabajo: descansos y pausas
 - 5.2. Jornada y horario
6. REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD HORARIA
7. FINALIZACIÓN DE LA JORNADA Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN
8. REMISIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
 - 8.1. Sistemas de registro, protección de datos y derecho a la intimidad
 - 8.2. Veracidad y fiabilidad del registro
9. DEBER DE CONSERVACIÓN Y PAPEL DE LOS REPRESENTANTES
10. EFECTOS DE LA FALTA DE REGISTRO
11. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Nadie duda de la trascendencia del tiempo dedicado a la prestación de servicios en el devenir del contrato de trabajo y, por ende, en la disciplina laboral. Sin dudas, constituye un buen banco de pruebas para el análisis de la evolución del Derecho del Trabajo. En los últimos tiempos son varios los frentes abiertos en el debate doctrinal y judicial en este terreno, siendo uno de los más recurrentes y destacables el relativo al control y registro de la jornada de trabajo. Es verdad que antes de alcanzar este punto, el objetivo se ha centrado particularmente en los cambios sociales y legislativos operados hacia una flexibilización del uso del tiempo de trabajo y, como consecuencia inexorable, una contrastable reducción de límites legales y una puesta en valor de los aspectos cualitativos de la jornada, frente a la tradicional preocupación por el “quantum”. Centrados en la ordenación flexible de la jornada, parecía quedar a un lado la relevancia de su duración, para pasar a abrir el portillo a mecanismos legales de flexibilización que, a la postre, garantizaran

al empresario un uso más adaptado a sus necesidades de la fuerza trabajo. En esta dinámica pareció caer en el olvido la necesidad de controlar el cumplimiento del respeto a la duración de la jornada y al derecho al descanso de los trabajadores. O, lo que es tanto como decir que, aunque hubo algunos pronunciamientos concretos sobre la necesidad o no de registrar la jornada, era más o menos pacífico que ésta surgía en relación a las horas extraordinarias y, posteriormente, a partir de 2013, debido a su previsión expresa, para el trabajo a tiempo parcial¹. Sin embargo, poco tiempo después, tras detectarse situaciones patentes de excesos de jornada y de abuso en la realización de horas extraordinarias, la situación lleva a una acerada discusión, con un papel relevante de la Inspección de trabajo, sobre el alcance de la obligación de registro. El tema nos tuvo en vilo desde el primer pronunciamiento de la Audiencia Nacional de diciembre de 2015 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de marzo de 2017, enseguida confirmada en abril del mismo año. Pero lejos de darse por cerrada la polémica, se pidió dictamen al TJUE. En estas estábamos cuando el legislador de urgencia decide mediar en el conflicto por medio del Real Decreto-ley (RDL) de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo² y establecer sin ambages la obligación legal de registro de la jornada. El análisis de la disposición legal parecería no arrojar dificultad alguna, no obstante, es quizás más lo que calla que lo que expresa y da pie para plantear algunas cuestiones relevantes en relación con la propia delimitación de los conceptos empleados, la generalización de la obligación, su encaje o menos en la digitalización de la economía y su repercusión en el mundo del trabajo, así como la necesidad de acometer una reforma íntegra, coherente y modernizadora de las reglas relativas a la jornada de trabajo presentes en nuestro ET³. En definitiva, lo que se trata de poner de manifiesto es si hemos de cambiar el modo de afrontar el control o la limitación de la jornada de trabajo, pues el registro, aunque con miras aperturistas, se centra en una jornada en su aspecto tradicional. El problema real es el desbordamiento de esta última, por obra de la flexibilidad, el uso de las tecnologías e, inclusive, nuevas formas de empleo.

¹ El RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE 21 de diciembre), dio nueva redacción al art. 12 ET, incluyendo, en lo que ahora nos interesa, la obligación de registro de la jornada ordinaria de trabajo y la entrega de un recibo mensual de horas al trabajador en los mismos términos que el previsto para las horas extraordinarias así como la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, caso de ausencia del mencionado registro.

² RDL 8/2019, de 8 de marzo (BOE 12 de marzo).

³ Pueden verse algunas propuestas en Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. Crítica a un modelo ineficiente”, *La Ley 11210/2018*, pp. 1 ss (versión digital), quien parte de su carácter desactualizado y descontextualizado y termina apostando por abordar la cuestión desde un punto de vista holístico y no parcial, con unidad de criterio, coherencia normativa y respeto a los principios básicos derivados de la Constitución.

2. ANTECEDENTES

2.1. Respeto a la duración de la jornada y derechos básicos del trabajador

No es unánime la consideración acerca de la necesidad de imponer la obligación de registro de la jornada de trabajo, pues si bien existe una corriente doctrinal que lo ve inadecuado a los tiempos actuales y una cuestión superada en pleno siglo XXI, otro conjunto de autores estima que, con más motivo, a medida que se flexibiliza la jornada, las exigencias de control se vuelven más acuciantes. Parece fuera de toda duda que la ampliación de la flexibilidad empresarial por vías “ordinarias” concurrentes (distribución irregular de la jornada, horas extraordinarias compensadas con descansos y bolsas y cuentas de horas surgidas de prácticas negociales, entre las más significativas), unida a determinadas exigencias e imposiciones de las empresas generalizadas en un buen número de sectores durante la crisis y el uso intensivo de las nuevas tecnologías, ocasionan dificultades en orden al cómputo de la jornada que no se planteaban de forma tan virulenta en épocas precedentes, ante jornadas homogéneas y uniformes. Pues bien, con anterioridad a la modificación legal, que no supone un ajuste de la norma a las nuevas realidades, se venía reclamando desde distintos sectores exigir un cumplimiento estricto de los mínimos legales y de las jornadas pactadas en convenio, a fin de evitar excesos y abusos. Aunque el debate se centró en demasía en la literalidad de las normas y en el control de los excesos de jornadas desde una perspectiva sobre todo económica, en los últimos episodios se pone de manifiesto la necesidad de proteger al trabajador y, de manera especial, el valor de la salud y seguridad y su indiscutible conexión con el respeto del tiempo de trabajo y de los descansos. En este terreno, otras justificaciones para el cómputo fehaciente y contrastable del cumplimiento exacto de la jornada radican en el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar y, si bien se mira, como parte necesaria de las medidas para hacer desaparecer definitivamente la brecha de género, en tanto la propia OIT pone de manifiesto la mayor facilidad de los hombres, menos empeñados en el cuidado, para afrontar distribuciones irregulares de jornada, excesos en el tiempo de trabajo u horas extraordinarias, de forma que son factores que pueden acabar expulsando a las mujeres del mercado de trabajo.

Sentida la necesidad de obligar al empresario a registrar la jornada, partiendo de su consideración como derecho del trabajador, cambiando su tradicional concepción, la atención se focalizó en el art. 35.5 ET que a efectos del cómputo de horas extraordinarias, obliga al empresario a registrar diariamente⁴ la jornada del trabajador y a totalizar la misma como máximo en el período previsto para

⁴ Basterra Hernández, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 170. Igualmente, Trillo Párraga, F.J., *Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 68.

el percibo de las retribuciones, entregando al trabajador copia del resumen en el recibo correspondiente. Si bien se venía admitiendo sin excesivas dificultades que estas obligaciones regían exclusivamente en el caso de que se llevasen a cabo horas extraordinarias o estuviera prevista su realización⁵, la cuestión deviene polémica y se plantea la extensión al control de la jornada ordinaria, al margen de estas últimas. Y ello en la medida en que la identificación de las horas extraordinarias se torna más difícil tras la ampliación del módulo de cómputo de la jornada, la “universalización” de la jornada irregular y la posible aparición de horas en exceso derivadas de ésta que habrían de ser tratadas como extraordinarias, pero que, al no considerarlas “previstas” no generarían deber alguno.

2.2. Actuaciones de la Inspección de Trabajo y pronunciamientos de la Audiencia Nacional

La ITSS, consciente de esta problemática, al intervenir en algunos sonados conflictos adopta pronto una postura favorable a la obligación de registro, que tras ser confirmada por la AN se plasmó en la Instrucción 3/2016 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias⁶, en la que se recogía como uno de sus criterios de actuación la exigencia a las empresas objeto de inspección del registro de la jornada diaria de trabajo y ello con independencia de la existencia de horas extraordinarias⁷ y de que se tratase de trabajadores a tiempo parcial o a jornada completa. El registro debía ser diario, incluyendo el horario concreto de entrada y salida, y quedando a la empresa la elección del tipo de registro a utilizar, siempre que se garantizase la fiabilidad e invariabilidad de los datos. Su incumplimiento sería constitutivo de una infracción grave de conformidad con lo previsto en el art. 7.5 LISOS. Además, se contemplaba la obligación de la empresa de elaborar resúmenes de la jornada realizada por cada trabajador, totalizada para el período fijado para el abono de las retribuciones y su entrega al trabajador en los términos contemplados en el art. 35.5 ET. Para la mencionada instrucción “... La adecuada llevanza del registro de jornada y la entrega a los trabajadores de los correspondientes resúmenes constituyen el medio habilitado por el Estatuto de

⁵ Alfonso Mellado, C.L., “Las horas extraordinarias”, en Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J., *Tiempo de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 85. Para las distintas posturas mantenidas con anterioridad por la sala de lo social y lo contencioso, entre otros, Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada de trabajo: sus riesgos y sus dudas”, *Trabajo y Derecho* nº 25, 2017, pp. 2-3 (versión digital).

⁶ Precedida de la Instrucción 3/2014 en materia de control de la contratación temporal y la Instrucción 1/2015, sobre control de la contratación a tiempo parcial.

⁷ Posición que también mantenían ya algunos autores, De La Fuente Lavín, *El régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Comares, Granada, 2002, p. 197.

los Trabajadores para la oportuna comprobación y prueba de la jornada efectiva realizada por aquéllos, así como el medio de poder verificar la adecuación a la legalidad de la actuación de la empresa, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De este modo, el registro tiene un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornada de trabajo”.

Ahora bien, a pesar de pretender solucionar el problema, se aprecian algunas dificultades de fácil cotejo. Por un lado, el escollo de ligar este registro y su totalización al módulo de cómputo mensual (el de la retribución) es que con frecuencia habrá horas que no se hayan compensado y que se piense hacerlo en descanso⁸. Por otro, se operaba una clara extensión de una obligación que legalmente parecía referida a las horas extraordinarias a todos los trabajadores de la plantilla, con amparo en las dificultades para el control habida cuenta la progresiva introducción de la jornada flexible de trabajo.

La posición adoptada por la Inspección no surgía sin argumento alguno, sino del seguimiento a pies juntillas, quizás con demasiada premura, con los consiguientes efectos para las empresas a las que se les aplicaron estas medidas en el ínterin, de la posición defendida por la Audiencia Nacional⁹ que acogió una interpretación extensiva del precepto legal, para alcanzar la conclusión de que el control de las horas extraordinarias sólo podía producirse a partir de un registro de la jornada diaria de cada trabajador, postura revocada en poco tiempo por el Tribunal Supremo.

2.3. La doctrina del Tribunal Supremo

En brevísimas síntesis, pues la postura es bien conocida, el TS (caso Bankia)¹⁰ aboga por una interpretación literal del art. 35.5 ET, para alcanzar la conclusión

⁸ Entre otros, Alfonso Mellado, C.L., “Las horas extraordinarias”, op. cit., p. 84.

⁹ En los asuntos Bankia, Abanca y Sabadell, resueltos por SAN 4 de diciembre de 2015 (proced. n° 301/2015) y SSAN 19 de febrero de 2016 (proced. n° 383/2015) y 6 de mayo de 2016 (proced. n° 59/2016). Sobre el tema, Arias Domínguez, A., “Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de la jornada? Comentario a la SAN 207/2015, de 4 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 44, 2016, pp. 257 ss; Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro de la jornada diaria a la espera del criterio del Tribunal Supremo (SSAN 207/2015, de 4 de diciembre, 25/2016, de 19 de febrero, y 77/2018, de 6 de mayo)”, *La Ley* 1763/2017, pp. 1 ss; Trillo Párraga, F., “Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre)”, *Diario La Ley* n° 8875, 2016, Ref. D-419, pp. 1 ss (versión digital).

¹⁰ STS 23 de marzo de 2017 (n° rec. 81/2016). Reiterada en STS 20 de abril de 2017 (n° rec. 116/2016) (caso Abanca). vid. asimismo, STS 20 de diciembre de 2017 (n° rec. 206/2016). El tema ha suscitado un enorme interés en la doctrina iuslaboralista, por todos, Moll Noguera, R., “El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de la jornada. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2017”, en AA.VV., *Claves para el estudio de la jornada laboral*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 219 ss; Preciado Domenech, C.H., “El registro

de que el precepto no impone el registro para toda la plantilla a fin de controlar el cumplimiento de los horarios pactados, obligación que tampoco se encuentra tipificada en el art. 7.5 LISOS. Lo polémico de esta decisión se refleja en la inclusión en el pronunciamiento de tres votos particulares, bien argumentados, firmados por nada menos que cinco magistrados discrepantes. A juicio del Tribunal, del tenor literal del precepto citado, se deriva que va dirigido única y exclusivamente a la realización de las horas extraordinarias y a ella se refiere la expresión “se registrará día a día”, considerando que esta es la interpretación que mejor se acompasa con los antecedentes históricos y legislativos que nunca impusieron una obligación del tipo que nos ocupa. Además, se deriva la misma conclusión de la interpretación sistemática de la norma, pues la obligación aparece impuesta en el precepto dedicado a las horas extraordinarias y no en el que recoge la jornada ordinaria (art. 34 ET). Exégesis que también viene respaldada por previsiones específicas en esta materia, así el art. 12.4 c) ET¹¹ impone expresamente un control de la jornada de trabajo para el contrato a tiempo parcial, que carecería de sentido si del art. 35.5 ET derivara una obligación de registro en todo caso de la jornada de trabajo. Junto a lo anterior, una interpretación finalista o teleológica de la norma, encaminada a “evitar los excesos con los que se sobrepasan los límites que establece” lleva a entender que solo se refiere al control de las horas extraordinarias y no a la jornada ordinaria de trabajo en todo caso. Quizás estamos ante la parte más débil y más fácilmente rebatible del pronunciamiento, pues la dificultad para controlar los límites e identificar las horas, en especial en supuestos de distribución irregular u otra organización flexible (con notorios abusos), hacen indispensables medidas capaces de permitir al trabajador demostrar el cumplimiento estricto de la jornada sin excesos. No es este el parecer del Tribunal, para quien el trabajador dispone de otros medios para registrar las horas de entrada y salida, así como el exceso de jornada, lo que le permitiría conocer las horas que trabaja, sin necesidad de que

de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS”, *Revista de Información Laboral* nº 7/2017, pp. 1 ss (versión digital); Rodríguez Pastor, G.E., “El registro diario de la jornada a debate”, *Revista de Derecho Social* nº 81, 2018, pp. 39 ss; Sempere Navarro, A.V., “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6, 2017, pp. 1 ss (versión digital); Tolosa Triviño, C., “La reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre registro de jornada y sus efectos sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº 31, 2017, pp. 1 ss (versión digital); Velázquez Fernández, M., “Problemas del (no) registro de la jornada ordinaria: reflexiones a propósito del polémico criterio jurisprudencial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 410/2017, pp. 109 ss. Asimismo, De Santos López, V., “Control del tiempo de trabajo. Tratamiento en la negociación colectiva. Jurisprudencia de los tribunales españoles y de la UE. Aplicación en la empresa”, *Ponencia presentada a las XXIX Jornadas de Estudio Sobre Negociación Colectiva de la CCNCC* (Madrid, 10 de noviembre de 2016), en especial pp. 14 ss.

¹¹ También específicamente para los trabajadores desplazados en art. 6 c) de la Ley 45/1999, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (trasposición de la Directiva 2014/67/UE) obliga a tener disponibles registros horarios con indicación del comienzo, el final y la duración de la jornada de trabajo diaria de los trabajadores desplazados; redactando también en concordancia el art. 10 LISOS, que tipifica como infracción grave el incumplimiento documental en relación a dicha obligación de registro.

la empresa lleve un complicado registro general de la jornada diaria realizada por cada uno de sus empleados.

Nos parece que el lector puede formarse un mejor juicio sobre la necesidad de controlar y registrar la jornada a partir de algunos de los argumentos contenidos en los votos particulares de la Sentencia. Es aceptable afirmar que los efectos de no llevar a cabo el registro van más allá de los medios de prueba a disposición del trabajador para acreditar la realización de horas extras, pudiendo afectar también a las arcas del sistema en la medida que incide en las obligaciones de cotización a la Seguridad Social. Por su parte, también parece bastante certero sostener que el registro de las horas extraordinarias solo es posible si se registra la jornada ordinaria, en la medida que solo tras su llevanza, cabrá determinar si se ha superado o no la jornada pactada, en particular en casos de distribución irregular o empleo de bolsas de horas. Convencidos de este punto de partida, en plena coincidencia con la Sentencia de la mayoría¹², resultaba conveniente una reforma legislativa a fin de clarificar la obligación de llevar un registro horario, sin que deban los tribunales suplir la función del legislador. Como veremos a lo largo del trabajo, la modificación puntual soluciona alguno de los problemas, pero debería acometerse una mutación del régimen jurídico de la jornada de trabajo, más allá de los parches incluidos en las normas de urgencia, hacia un enfoque integral y modernizador en su tratamiento, acorde con el signo de los tiempos, y que tienda a equilibrar los intereses de ambas partes de la relación laboral.

Un aspecto de especial interés es el papel que podría asumir la negociación colectiva en este ámbito y al que hace referencia la propia Sentencia (FJ 5º), que considera esencial negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución de la jornada a lo largo del año.

La postura del TS tuvo su reflejo en una nueva Instrucción de la ITSS, la 1/2017, de 18 de mayo, complementaria de la anterior que, aunque se adapta al criterio judicial, sigue una marcada línea de intensificación del control del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo en general y, en particular, en relación a las horas extraordinarias, en especial en determinados sectores, donde los datos avalan la realización de horas en exceso sin abono ni compensación en descanso. La ausencia de obligación de registro diario de la jornada no impide a la inspección llevar sus actuaciones, aunque lógicamente las dificulta. La propia instrucción en su Anexo II recoge los medios de prueba a emplear por los inspectores a la hora de comprobar el cumplimiento de los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

¹² *In extenso*, Moll Noguera, R., “El Tribunal Supremo zanja la polémica...”, op. cit., pp. 219 ss.

2.4. Planteamiento del conflicto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Aunque el asunto parecía quedar cerrado tras los pronunciamientos del TS, la AN no estaba satisfecha con el resultado y decidió plantear una cuestión ante el TJUE¹³, en la que se interpelaba por la compatibilidad de la legislación aplicada en España, en su interpretación por el TS que no considera exigible la obligación de registrar día a día la jornada de trabajo ordinaria, con el Derecho de la Unión (en especial, con determinados artículos de la Directiva 2003/88/CE y de la Directiva 1989/391/CE -marco de seguridad y salud-). Aunque, como se sabe, el Abogado General se mostró a favor de la postura de la Audiencia, afirmando la obligación de registro en sus conclusiones –no vinculantes-¹⁴, la publicación de una norma legal que obliga al registro de jornada, deja sin sentido el pronunciamiento. Una ocasión perdida, sin duda, puesto que abordaba el asunto desde un punto de vista que había sido completamente ignorado por la Sentencia de la mayoría, esto es, el engarce entre el registro de la jornada y el derecho a la salud, de conformidad con los cánones comunitarios, que se pondría en peligro de no controlarse las horas de trabajo. Si bien podía planear la sombra de la duda si, como en otras ocasiones, no se acude en auxilio de la Directiva Marco como mera estrategia jurídica que pudiera abrir la puerta a una respuesta positiva por parte del TJUE, el interés por este enfoque resulta creciente. Y ello en tanto las notables dosis de flexibilidad en relación a la jornada, el incremento de los tiempos de trabajo y de mera disponibilidad, el desajuste entre la carga de trabajo y la jornada o el uso intensivo de las tecnologías y la exigencia de estar permanentemente conectados (e informados), están en el origen de un número importante de riesgos psicosociales que alcanzan cifras enormemente preocupantes en nuestro país, en especial la ansiedad, el estrés y la depresión. Además, los intereses de los trabajadores quedan bastante de lado frente a la preeminencia de los poderes de disposición del empresario. No obstante, hay que reconocer que en los últimos tiempos, aun sin afrontar el problema de manera global y coherente, hemos asistido a dos importantes cambios legales que pretenden reequilibrar la balanza. Por un lado, la nueva regulación del derecho de adaptación de la jornada por razones de conciliación en el art. 34.8 ET¹⁵ y, por otro,

¹³ AAN 19 de enero de 2018 (caso Deutsche Bank) (nº 3/2018). *In extenso*, Lillo Pérez, E., “Nota sobre la realidad de la jornada laboral en España y el Derecho a la limitación de jornada de los trabajadores como consecuencia ineludible de la protección de la salud laboral de los mismos. La exigencia imprescindible del registro o anotación de la jornada ordinaria”, *Ciudad del Trabajo* nº 7, 2018, pp. 40 ss.

¹⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella en el Asunto C-55/18, presentadas el 31 de enero de 2019. Pueden consultarse en curia.europa.eu/juris/document/document.jslf?text=&docid.

¹⁵ Operada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trabajo y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la formación (BOE 7 de marzo).

la plasmación legal del derecho a la desconexión¹⁶, cuya efectividad dependerá de la actuación colectiva y del cumplimiento eficiente por parte del empresario de su obligación de implantar una política empresarial al efecto. Pese a la favorable acogida que en general merecen todas estas disposiciones, resulta precisa una transformación más profunda del régimen de jornada, ajustada al momento social en que ha de ser aplicado, las nuevas tecnologías, la dilución de las fronteras espacio-temporales en la prestación de trabajo o la polémica sobre el empresario “virtual”, entre otras. Como hemos dicho, la protección de la salud fue ignorada en la argumentación de la mayoría, pero no en el voto particular del magistrado Sempere Navarro, que abogaba por buscar la obligación de registro extramuros del art. 35.5 ET y, entre otras normas, en los deberes de seguridad dimanantes del texto de la LPRL¹⁷.

3. LA OBLIGACIÓN DE REGISTRAR LA JORNADA EN EL RDL 8/2019

3.1. Apreciaciones de corte general

Sentados estos antecedentes, el Gobierno ha decidido mediar en esta polémica, como es habitual en estos tiempos convulsos, recurriendo a la vía de urgencia, a través del RDL 8/2019. Quizás ya sería reiterativo volver sobre el tema de si existe, en puridad, una urgente y extraordinaria necesidad de acometer la reforma, sabidas las consideraciones flexibles mantenidas por el TC en esta materia y la afirmación sobre la existencia de cierto margen para la valoración “política” de la misma¹⁸. Algunos autores ya se han pronunciado en sentido negativo¹⁹, aunque a nuestro juicio quizás aquí se dan mayores razones que en otras disposiciones recientes para justificar la intervención que, incluso, le había sugerido el TS. Así, por ejemplo, para el TC no obsta la urgencia de la situación el que venga prolon-

¹⁶ En el art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD) (BOE 6 de diciembre).

¹⁷ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. Destaca también que la mayoría ignora la finalidad protectora que debe orientar toda la normativa reguladora del tiempo de trabajo, Preciado Domenech, C.H., “El registro de jornada...”, op. cit., pp. 5-6, para quien difícilmente puede cumplirse la exigencia de evitar, evaluar y prevenir los riesgos derivados del exceso de jornada cuando el empleador está autorizado a la opacidad en materia de jornada, impidiendo el control por la ITSS y la prueba por los trabajadores de los excesos de jornada, p. 8; Discrepa de este planteamiento González González, C., “Registro de la jornada diaria en la jurisdicción actual”, *Aranzadi digital* nº 1, 2017, *BIB 2017/2238*, p. 10 (versión digital).

¹⁸ Como señala en STC 137/2011, 14 de septiembre, su control debe “verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario”.

¹⁹ Así, Marín Alonso, I., “El registro de la jornada laboral ordinaria ante el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 53, 2019, p. 9 (pendiente de publicación), para quien las razones adolecen de entidad suficiente.

gándose durante un largo período de tiempo o que sea un problema estructural y no meramente coyuntural²⁰. No duda tampoco la norma en justificarse trayendo a colación las conclusiones del Abogado General en el asunto C-55/18 ya aludidas, de forma que con el RDL pretende asegurarse la conformidad de nuestra normativa con el ordenamiento europeo.

No obstante lo anterior, la solución a los actuales problemas derivados de la obsolescencia e inadecuación de las normas sobre jornada a las nuevas realidades del mundo del trabajo, no deberían buscarse a golpe de decretazo y parcheando la norma legal, sin afrontar una reforma coherente y global que diera respuesta a las nuevas formas de trabajar y a la pérdida de relevancia de conceptos como el de centro o puesto de trabajo y la necesidad de dar cabida a una nueva concepción del tiempo de trabajo, más allá de la tradicional fórmula binaria. La solución a las dificultades para el cómputo y control de la jornada y, de modo especial, del disfrute del descanso necesario, no van a venir de la mano de la simple exigencia de la llevanza de un registro. De todas formas, seguramente por motivos algo electoralistas (puesto que el PSOE no ha podido cumplir su promesa de derogar la reforma laboral) el punto VI de la EM habla de los problemas estructurales de nuestro mercado de trabajo, como la elevada tasa de desempleo y la alta temporalidad, la necesidad de restablecer el equilibrio en las relaciones laborales entre empresas y personas trabajadoras y las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia de la digitalización, la globalización, los cambios demográficos y la transición ecológica hacen necesario iniciar de manera inmediata los trabajos y estudios que sirvan de base para la elaboración de un nuevo Estatuto de los Trabajadores que adapte su contenido a los retos y desafíos del siglo XXI²¹.

La disposición legal justifica la exigencia del control horario en el elevado número de denuncias ante la Inspección de Trabajo por incumplimientos laborales en relación al tiempo de trabajo, así como en algunos de los datos extraíbles de la EPA 2018. Entre los más relevantes, que casi la mitad de los trabajadores que declaran realizar horas extraordinarias, afirman que no le son abonadas (por tanto, tampoco cotizadas). Que como media cada semana se realizaron 6,4 millones de horas extraordinarias en España, con un crecimiento significativo respecto al año precedente. Y, por último, que más del 50% de los asalariados declararon realizar jornadas semanales superiores a las 40 horas, confirmándose también que un enorme volumen de trabajadores a tiempo parcial indicó que la jornada realizada no se correspondía con la declarada. Las cifras²², sin duda, son preocupantes y

²⁰ STC 139/2016, entre otras.

²¹ Vid. DA Primera sobre nombramiento de un grupo de expertos y expertas para la propuesta de un nuevo Estatuto de los Trabajadores.

²² Es interesante la consulta del informe de Zarapuz, I., “Las horas extras no pagadas, explotación laboral más allá de la precariedad”, CCOO, *Cuadernos de acción sindical*, Madrid, 2016. Asimismo,

no solamente desde la perspectiva económica y de pérdida de ingresos de la Seguridad Social, la esencial para la Exposición de Motivos, sino también desde la propia “precarización” (incluida en la rúbrica de la norma) de la relación laboral en orden a la garantía de otros derechos con anclaje constitucional como la salud e integridad o el equilibrio casa-trabajo. Pero, en puridad, el problema del exceso de trabajo en la actualidad va más allá del cómputo y registro de las horas, porque aún cumpliendo éstas estrictamente, el trabajador puede verse superado por una excesiva carga de trabajo, origen de afectaciones de salud de notoria relevancia, aspecto mucho más difícil de combatir. Asimismo, el registro horario, que deberá implantarse en un plazo de dos meses desde la publicación del RDL²³, no evitará que se den situaciones discutibles cuando menos desde el plano estricto del derecho al descanso y la salud y seguridad en el trabajo como, a título meramente ejemplificativo, los turnos, en especial cuando se prolongan hasta las doce horas²⁴, la semana “extendida”²⁵, o la acumulación del descanso semanal en períodos de hasta catorce días (art. 37.1 ET), todos ellos con perfecto encaje legal y poco valorados desde la perspectiva estricta de los posibles efectos para la salud del trabajador, incluidas las dificultades para reparar la fatiga, falta de descanso, ansiedad, compatibilidad con el ocio o la familia y otros análogos que estos regímenes pueden desplegar.

En cuanto a la ubicación sistemática, siguiendo quizás las orientaciones del propio TS, el art. 10 RDL introduce un nuevo apartado, el noveno, en el art. 34 ET, remitiendo a un posible desarrollo reglamentario (nueva redacción del art. 34.7 ET) la posibilidad de prever especialidades en las obligaciones de registro de la jornada para aquellos trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran. A pesar de su parquedad –y quizás por ello mismo– y su aparente simplicidad, la norma suscita algunas cuestiones problemáticas que abordaremos en otros epígrafes del trabajo, en especial si tenemos en cuenta que se “incrusta” en un sistema de jornada con bastantes carencias y desajustes, con una concepción tradicional del tiempo y el espacio de trabajo, donde siguen primando los intereses de la empresa²⁶.

De las Heras García, A., “Control de la jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF nº 412, 2017, pp. 51 y ss.

²³ DF Sexta.4 RDL 8/2019.

²⁴ *In extenso* sobre esta cuestión en la que no hemos de entrar, Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo...”, op. cit., p. 5.

²⁵ De la posibilidad de una jornada semanal extrema, que podría acarrear la extenuación o el agotamiento físico del trabajador, habla Basterra Hernández, M., *Tiempo de trabajo...*, op. cit., pp. 86-7.

²⁶ No obstante, para algunos autores el ET alcanza en este punto un aceptable compromiso entre las exigencias de la producción (flexibilidad en la distribución y disposición del tiempo de trabajo) y las personales del trabajo (seguridad, tiempo libre) pero su éxito depende de la acción desarrollada por los propios interlocutores al concretar en sus respectivos ámbitos lo que la Ley esboza, Sempere Navarro, A.V., “El registro empresarial...”, op. cit., p. 2.

Nos ceñiremos a señalar la distancia que media entre lo aprobado por el Gobierno y la proposición de Ley que presentara en su día el propio Partido socialista sobre esta cuestión, aprobada por mayoría (con la abstención de Ciudadanos y la negativa del Partido Popular)²⁷ en el Pleno del Congreso de los diputados el 17 de octubre de 2017. En aquel momento se proponía incluir la obligación de registro diario de la jornada de trabajo (hora concreta de entrada y salida), el reconocimiento del derecho a la distribución regular de la jornada (art. 4.2 ET) y el retoque de los tipos infractores, justificando las modificaciones (EM) en que la realización de un tiempo de trabajo superando la jornada laboral legal o convencionalmente establecida es una realidad cotidiana y generalizada en nuestro mercado laboral, precarizando el empleo al afectar a dos elementos esenciales de la relación laboral: el tiempo de trabajo y el salario. Si ya entonces el cambio se mostraba extremadamente restringido, resultaba bastante perturbador al reconocer el derecho a la distribución “regular” pero manteniendo la redacción del apartado 2 del art. 34 ET. La nueva disposición opta por no adentrarse en ese terreno, dejando el régimen inalterado y aludiendo expresamente a la “flexibilidad horaria”. Esto es, se asume como punto de partida la ordenación flexible de la jornada que no es combatida y que, en buena medida, es la que intensifica la necesidad de su control.

Sí cabe apreciar cierto avance, al menos vislumbrando los nuevos escenarios ligados a la extensión de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y la consiguiente dilución de la relevancia del concepto de centro de trabajo, al sustituir las menciones que hacía la proposición de Ley al registro de las horas de “entrada” y “salida”, conceptos escasamente compatibles con prestaciones como el teletrabajo u otras actividades en lugar de trabajo no fijo²⁸, por las más neutras y flexibles de “inicio” y “finalización”. Ahora bien, como la norma se limita a introducir la obligación de registro, sin alterar otros aspectos, pueden surgir obstáculos derivados de la referencia en otros apartados del art. 34 ET a términos como el tiempo de trabajo efectivo, el puesto de trabajo y otros análogos.

3.2. Cambio de enfoque: de la facultad de control a la obligación de registro

Como hemos señalado con anterioridad, el cambio del centro de atención en el tiempo de trabajo desde los aspectos cuantitativos (topes de jornada) hacia los aspectos cualitativos (su distribución), marcado por la evolución del módulo de cómputo desde el diario al anual, pasando por el semanal, y la introducción de mecanismos ordinarios y extraordinarios de flexibilización de la jornada, parecía poner en un segundo plano el control de las horas trabajadas. No obstante lo an-

²⁷ BOCG 23 junio 2017.

²⁸ Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo”, *IUSLabor* 2/2017, p. 16.

terior, a medida que se flexibiliza la prestación laboral, con el empuje brindado también por las nuevas tecnologías y fórmulas de trabajo más centradas en el rendimiento y la relevancia de la conectividad constante, se enfatiza la necesidad de respetar los tiempos de descanso, de impedir el desbordamiento del propio concepto de jornada de trabajo y la plena disponibilidad del trabajador, al que se ha llegado a considerar un nuevo esclavo en el siglo XXI.

De ahí la fuerza inusitada de la polémica descrita, así como el cuestionamiento de quién sería el principal beneficiado por el control. En puridad, podríamos entender que no existe un interés claro y definido y que, mientras en algunas ocasiones (las menos, y en relación con los descansos intrajornada seguramente) la falta de control puede beneficiar al trabajador en un uso más flexible de su tiempo, en la práctica se ha constatado que conlleva más abusos empresariales que otra cosa y conduce a claros excesos en las horas trabajadas sin contraprestación²⁹ y a situaciones donde la excesiva dependencia tecnológica, la necesidad de atender comunicaciones de la empresa o los clientes o análogas, lleva a una creciente disponibilidad, que tampoco se compensa.

Estas situaciones han propiciado un claro viraje desde la consideración de que nos hallamos ante una facultad del empresario, encuadrable en sus poderes organizativos³⁰, hacia la faceta obligatoria de control y cumplimentación de un registro que, al parecer, tendría más ventajas que inconvenientes para los trabajadores. No hay que olvidar que son los propios sindicatos los que decidieron llevar los conflictos acerca de los excesos de jornada ante los tribunales de justicia, en particular en el sector financiero.

Un sector de la doctrina se posicionó a favor de la obligación del empresario considerando que, en puridad, con la misma lo que se venía era a establecer una garantía para los trabajadores en relación al cumplimiento de las normas laborales sobre tiempo de trabajo efectivo³¹. Esta era la idea que latía también en la Instrucción 3/2016 que rechazaba que “con la invocación de la flexibilidad horaria... puedan perjudicarse los derechos de los trabajadores y se altere el equilibrio con-

²⁹ La doctrina también considera que una futura modificación legal imponiendo el registro beneficiaría a ambas partes del contrato, al trabajador porque se evitarán los excesos de jornadas y a las empresas para controlar el absentismo y el presentismo e incluso organizar mejor los tiempos de trabajo efectivos en aras de una organización más eficiente. De las Heras García, A., “Control de la jornada...”, op. cit., p. 69. También Lousada Arochena, J.F., “Registro y control de la jornada de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 192, 2016, p. 2 (versión digital).

³⁰ Refuerza esta idea el TS cuando estima que no estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino ante las potestades ordinarias (*ius variandi*) del empresario, cuando se establece un nuevo programa informático de uso común para la gestión de tiempos modernización del ya existente, STS 19 de julio de 2016 (nº rec. 162/2015).

³¹ Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 1, aunque también considera sorprendente el problema, por el cambio de perspectiva operado. En la misma línea, Marín Alonso, I., “El registro de la jornada laboral...”, op. cit., p. 24. También favorable a este control, considerando que lo contrario tiende a la flexi-inseguridad, Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., p. 19. Asimismo, Calvo Morales, D., “La regulación...”, op. cit., p. 15.

tractual mediante la prolongación indebida de la jornada laboral”. Ahora bien, el tema no es pacífico, pues mientras algunos autores lo consideran un instrumento de modernización de las relaciones laborales³², como indicara la Audiencia Nacional, otros lo ven más bien una herramienta propia de otra época³³. En puridad, el desplazar el centro de atención hacia la flexibilidad hace necesario el registro de la jornada³⁴, pero también dar otros pasos hacia una regulación más equilibrada de la ordenación flexible del tiempo de trabajo, en línea con los ya señalados para la adaptación de jornada o la desconexión, si bien algo deslavazados. Falta aún una mejor coordinación y racionalización de los mecanismos de flexibilidad pro empresa, en especial, la distribución irregular, las horas extraordinarias compensadas en descansos y otros instrumentos fruto de la negociación colectiva.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

No es una cuestión sencilla, obviamente, la de llevar el registro de la jornada de trabajo y puede ocasionar algunas dificultades a las empresas con una mayor carga burocrática y de gestión. Planteamiento del que partía el TS que aconsejaba una reforma legislativa, para implantar el sistema más ajustado al desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular. Frente a la posible conveniencia de obligar al registro horario sólo para sectores productivos problemáticos o reenviar su establecimiento a la propia negociación colectiva³⁵, el RDL ha optado por dar un alcance universal a la obligación de forma que todas las empresas, con independencia del tamaño, sector productivo, tipo de actividad desarrollada o modelo de jornada, deben cumplimentar el registro. Queda únicamente un resquicio a establecer condiciones especiales para determinados sectores específicos por la vía reglamentaria³⁶.

³² Arias Domínguez, A., “Registro diario e individual...”, op. cit., p. 262. Para Trillo, F., “Registro de jornada...”, op. cit., p. 1, satisface los intereses de ambos y es una herramienta fundamental en la convivencia dentro de las empresas.

³³ Algún autor, incluso, plantea que podría vulnerar la libertad de empresa la imposición del sistema de registro, Moll Noguera, “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *Revista de Información Laboral* nº 3, 2016, pp. 2 y 4.

³⁴ Así, Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 7. También Rodríguez Pastor, G.E., “Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº 12, 2014, p. 9. Para algún autor resultaba equilibrado y justo que la ley reconociese tanto a las empresas su facultad de registrar o controlar las horas trabajadas mediante los sistemas o medios que en cada caso se consideren apropiados como el derecho de los trabajadores a exigírselo a la empresa para así poder garantizar el ejercicio de sus derechos, Velázquez Fernández, M., “Problemas del (no) registro...”, op. cit., p. 118.

³⁵ Marín Alonso, I., “El registro de la jornada laboral...”, op. cit., p. 21.

³⁶ Sobre las regulaciones específicas ya existentes en el RD 1561/1995 para determinados sectores como los trabajadores móviles en los trabajos por carretera (art. 10 bis 5), la marina mercante (art. 18

Esta extensión del registro a todos los trabajadores sujetos al ET, un clásico en la Administración Pública³⁷, puede plantear alguna reserva en relación al trabajo a distancia. El precepto no se pronuncia sobre esta cuestión, mientras se refiere a ellos expresamente al reconocer el derecho a la desconexión en el art. 88 LOPD, pero cabe extraer la obligación, como regla de principio, de dos argumentos. Por un lado, como sostuvo la AN, resulta “irrelevante también, que algunos de los trabajadores no realicen su jornada total o parcialmente en los locales de la empresa, puesto que dicha circunstancia obliga, con mayor razón, a que la empresa contribuya a la transparencia de su prestación, evitando desbordamientos de la jornada pactada, que nunca podrían acreditarse”. Por otro, de las referencias del precepto a la persona trabajadora (en sustitución del tradicional “trabajador”) y a la flexibilidad horaria, que concurren en el trabajo a distancia y el teletrabajo. Algunas de las ventajas que suelen atribuirse a estas formas de prestación de servicios radican en la flexibilidad y capacidad de autoorganización que otorgan al trabajador³⁸, el cambio del centro de atención desde la mera puesta a disposición a los objetivos o los resultados, o el logro de un mejor equilibrio familia trabajo. Partiendo de estas características, no existe un criterio unánime relativo al alcance de la mencionada flexibilidad o, lo que es lo mismo, no resulta diáfana la aplicación de los preceptos dedicados al tiempo de trabajo (arts. 34-38 ET). Hallándonos bajo el paraguas del contrato de trabajo, en su modalidad a distancia, la doctrina mayoritariamente tiende a sostener que la prestación viene sujeta a los límites indisponibles del ET en relación con la jornada³⁹, sin perjuicio de las crecientes cotas de flexibilidad y, por ende, de que sea casi inherente la existencia de un horario flexible, o inclusive, libre⁴⁰ o una distribución irregular de la jornada (sea referida

bis.2), los trabajos con interoperabilidad transfronteriza en empresas ferroviarias (DA 7ª), entre otros, De Santos López, V., “Control del tiempo...”, op. cit., pp. 22-23.

³⁷ Puede verse el art. 11 de la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE 6 diciembre 2019).

³⁸ Una constatación empírica de cómo los trabajadores ven una gran ventaja en su capacidad de organizar los tiempos y los espacios como mejor le convenga, pero también que la posibilidad de no desconectar nunca se convierte en su principal riesgo en Pérez Sánchez, C., “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, nº 11, 2010, pp. 24 ss.

³⁹ Un sector de la doctrina extrae la aplicación de los límites de jornada y descansos de la propia Directiva 2003/88/CEE, de 4 de noviembre, que reconoce los derechos de todo trabajador a la limitación de jornada y a los correspondientes descansos como medidas necesarias para proteger debidamente su seguridad y salud en el trabajo, aunque se preste en el domicilio, correspondiendo al empresario la garantía del cumplimiento... De las Heras García, A., “Control de la jornada...”, op. cit., p. 66. Sierra Benítez, E.M., “Trabajo a distancia y relación individual: aspectos críticos”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*, Wolters kluwer, Madrid, 2017, p. 92.

⁴⁰ Por definición, para la doctrina, aquel que no incluye un tronco común que sería lo definitorio del horario flexible, Tudela Cambronero, G., “Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación”, AA.VV. (De la Villa Gil, L.E.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, p. 569.

al día o a la semana), sin desconocer que los problemas vienen de su aplicación práctica y de las formas de control a emplear⁴¹. La flexibilidad no puede suponer la falta de sujeción a norma alguna o la admisibilidad de un contrato sin jornada, puesto que la prestación, en el marco de una relación laboral debe satisfacer al menos el requisito de ser “determinable”. La falta de una regulación específica obliga a acudir al art. 13 ET que recoge el principio de igualdad de derechos (con los trabajadores del centro de trabajo) y el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud. Ello llevaría a considerar aplicable la obligación de registro⁴², factible técnicamente pero que puede provocar alguna fricción con la libertad de horario o el volumen de la jornada, siempre que se satisfagan los resultados pactados. Aunque la doctrina judicial en esta materia es escasa, podemos traer a colación alguna Sentencia ya bien conocida⁴³, que permitiría extraer alguna conclusión adicional. El pronunciamiento parece dar un cierto margen de maniobra a la empresa para establecer o no unas pautas claras sobre el tiempo de trabajo, pero siempre respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y horario. En esta línea, si consideramos que son aplicables los mínimos estatutarios debemos inclinarnos por la necesidad de establecer también el registro de la jornada, si bien adaptado a las condiciones específicas en que la prestación se desarrolla, a fin de evitar abusos o situaciones de excesiva dependencia que obliguen a jornadas excesivas. Así, el propio Tribunal señala que no cabe admitir, en ausencia de esas pautas y criterios y de unos mínimos instrumentos de control, tal excepción, que sería equivalente a crear un espacio de total impunidad y alegalidad en el trabajo a distancia y en el domicilio.

5. REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA Y EL HORARIO

5.1. Jornada y jornada de trabajo: descansos y pausas

En escasas líneas el legislador para fijar la obligación de registrar diariamente la jornada emplea tres términos distintos (jornada, jornada de trabajo y horario), a cuya delimitación conviene dedicar cierta atención, partiendo de una mínima distinción entre el tiempo de trabajo y la jornada que, aunque en ocasiones se intercambian, presentan algunos matices. El primero de ellos tiene unas connota-

⁴¹ Por todos, Sierra Benítez, E.M., “Trabajo a distancia y relación...”, op. cit., p. 94.

⁴² Tajante sobre la obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo también en este supuesto, Del Rey Guanter, S., “La empresa hiperconectada y el futuro del trabajo”. *Conclusiones y recomendaciones del Informe “El impacto de la empresa hiperconectada y de las redes sociales en la organización del trabajo, en la gestión de los recursos humanos y en las relaciones laborales”*, Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en RRHH, Marzo 2017, p. 13.

⁴³ STSJ Castilla y León (Valladolid) 3 de febrero de 2016 (nº rec. 2229/2015).

ciones más amplias y tiende a englobar todo el conjunto de instituciones reguladas dentro de la sección 5ª del capítulo II (que lo lleva por rúbrica): jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajos, descansos, festivos, permisos y vacaciones anuales. Pero en una acepción algo más estricta, tiende a aproximarse la idea de tiempo de trabajo a la de tiempo de trabajo “efectivo”, contrapuesto al de descanso⁴⁴. Aspecto que ha dado no pocos quebraderos de cabeza a la jurisprudencia comunitaria. Como se sabe, para el TJUE⁴⁵ resulta determinante que el trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad. Enlazando este tema con la salud del trabajador estima que “calificar de período de descanso los desplazamientos cotidianos que los trabajadores deben realizar para desplazarse hasta los clientes y que no controlan ni conocen hasta la víspera de su jornada laboral, les impondría una carga desproporcionada y sería contrario al objeto de protección de la seguridad y salud que persigue la directiva”. La referencia a estar físicamente en un lugar determinado (por el empresario) no se adapta bien a los nuevos tiempos, a prestaciones cambiantes, a aquellas donde el lugar puede ser libremente elegido por el trabajador o puedan incluir actividades fuera del centro de trabajo y otras análogas que restan relevancia a aquel factor.

Entrando en la delimitación conceptual, ninguno de los preceptos citados aborda ni el concepto de jornada propiamente dicho, aunque sí incluyen referencias concretas a su duración y distribución, ni menos aún el de horario. Por tanto, son definiciones que se han ido construyendo a fuerza de pronunciamientos judiciales y tesis doctrinales y que, en puridad, lo mismo se usan en su más estricto sentido técnico-jurídico, como por aproximación. Parece de recibo hacer algunas consideraciones.

El recurso al término jornada surge como una concreción de la noción de tiempo de trabajo, primero con un enfoque cuantitativo, para medir la duración de la prestación y, a medida que se van ampliando los módulos temporales de cómputo, centrando la atención en los aspectos cualitativos (distribución). No sólo resulta relevante conocer el número de horas que se prestan en cada módulo temporal (día/semana, año) sino especialmente su colocación. Ambas vertientes, por tanto, están comprendidas en el concepto de jornada de trabajo. Y, por tanto, quedarán reflejadas en el registro.

⁴⁴ Sobre la insuficiencia de esta concepción binaria del tiempo de trabajo en pleno siglo XXI, vid. Rodríguez Sanz de Galdeano, B., *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 120.

⁴⁵ STJUE 9 de julio de 2015 (asunto C-87/14). También STJUE 10 de septiembre de 2015 (asunto C-216/2014). *In extenso* sobre esta cuestión, De Santos López, V., “Control del tiempo de trabajo...”, op. cit., pp. 5 ss.

El nuevo art. 34.9 ET parece intercambiar los conceptos de jornada y jornada de trabajo, aunque el TS⁴⁶ ha trazado una línea de demarcación entre ambos, afirmando que el primero resulta más extenso que el segundo, al incluir el tiempo de “presencia física” en la empresa o centro de trabajo, comprendiendo los descansos, al margen de su carácter retribuido. Esto es, que la jornada diaria, que no la jornada de trabajo, viene a ser la suma del tiempo de trabajo efectivo más el tiempo de descanso. Y esto es lo que el ET obliga a registrar, sin perjuicio de que probablemente quepan fórmulas convencionales que incluyan el registro de las pausas o descansos que se producen dentro de la jornada. Sin duda, pueden existir divergencias entre el tiempo de trabajo efectivo y las horas en que el trabajador permanece en el centro de trabajo, si es éste el tipo de prestación, aunque ambos deberían tender a aproximarse, en beneficio de las dos partes de la relación⁴⁷.

Apuntado lo anterior, también parece lógico pensar que el “inicio” de la jornada habrá de situarse en el momento en que comienza el desplazamiento, en aquellos casos en que se entiende incluido, o cuando empiezan aquellas tareas que tienen la consideración de tiempo de trabajo efectivo⁴⁸, pese a la “desfasada” alusión que sigue haciendo el ET (art. 34.5) a que a efectos de cómputo, el trabajador debe encontrarse tanto al comienzo como al final de la jornada en su puesto de trabajo⁴⁹. Se torna difícil conservar un concepto inamovible de puesto de trabajo en un contexto donde la ubicación física del trabajador ha dejado de ocupar una posición preeminente. Debería apostarse por otros aspectos relevantes capaces de englobar nuevas prestaciones laborales que, gracias a los avances tecnológicos, pueden desarrollarse en cualquier lugar (y momento) e, incluso, en sitios diversos según las tareas o actividades. En definitiva, el criterio espacial va perdiendo fuelle como delimitador de la estimación como tiempo de trabajo a la vista de la generalización del uso de dispositivos móviles y, de modo especial, de la conexión a internet en cualquier lugar, incluida la calle, los transportes públicos, bares, restaurantes, domicilio y una larga lista⁵⁰. Pero también es verdad que seguimos manejando una consideración binaria del tiempo de trabajo: tiempo trabajo (efectivo) o descanso. Y algunas de

⁴⁶ STS 6 de marzo de 2000 (nº rec. 121/1999).

⁴⁷ Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo...”, op. cit., p. 6.

⁴⁸ A modo meramente ejemplificativo, la transmisión de la información sanitaria por parte de los enfermeros en los relevos de turno, antes del inicio y conclusión del turno de trabajo, STS de 20 de junio de 2017 (nº rec. 170/2016).

⁴⁹ La STS 19 de diciembre de 2012 (nº rec. 209/2011) reconoce la existencia de una condición más beneficiosa en el cómputo de la jornada laboral al ficharse al entrar y salir de la planta y no en el puesto de trabajo.

⁵⁰ También apunta a la idea de que este tipo de conceptos, centrados en la presencia y menos en la productividad, son ajenos al uso de las nuevas tecnologías, Falguera Baró, M.A., “Nuevas tecnologías y trabajo (I): perspectiva contractual”, *Trabajo y Derecho* nº 19, 2016, La Ley 4778/2016, p. 6 (versión digital).

las actividades realizadas a través de las mentadas tecnologías o determinados desplazamientos o tiempos de disponibilidad, de descanso seguro que no lo son.

Incidiremos algo más en el asunto de las pausas incluidas en el tiempo comprendido entre el inicio y la finalización de la jornada de trabajo. La norma aprobada, a diferencia de lo que ocurre en el país vecino, ha dejado fuera la referencia a los descansos. Según dispone el art. 202 del Código Portugués de Trabajo (aprobado por la Ley nº 7/2009, de 12 de febrero) (“registro del tiempo de trabajo”) el empresario debe mantener en un local accesible, de forma que se permita su consulta inmediata, el registro del tiempo de trabajo prestado por los trabajadores, incluidos aquellos que están exentos de ajustarse a horario. Este registro debe contener la indicación de las horas en que se inicia y finaliza la jornada, así como de las pausas o períodos no incluidos en ésta, al objeto de permitir el cálculo del número de horas de trabajo prestadas por el trabajador por día o por semana. En nuestro caso, como línea de principio, el registro afecta a hora de inicio y finalización, sin controlar específicamente los posibles descansos intrajornada. La doctrina tendía a sostener que había de ser el legislador quien determinara si resulta necesario o no registrar el inicio y finalización de las pausas de trabajo⁵¹, opción que ha sido descartada. Quizás no es más que una especie de fórmula de compromiso, dados los costes-beneficios para el trabajador comentados, en la medida en que el más beneficiado por la flexibilidad y la ausencia de controles suele ser el trabajador, que con frecuencia no se ciñe a las duraciones exactamente fijadas para los tiempos destinados a pausas como la tradicional del bocadillo o, en su caso, la pausa para el almuerzo que empieza a imponerse en determinadas empresas, en especial en el sector financiero, por la apertura o atención a clientes al menos algunas tardes de la semana⁵².

⁵¹ De las Heras García, A., “Control de la jornada...”, op. cit., p. 50. Parecía favorable a esta idea, siempre que se tratara de descansos no computables como tiempo de trabajo, Lousada Arochena, J.F., “Registro y control...”, op. cit., p. 9. En la misma dirección, vid. Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 5.

⁵² A modo ejemplificativo, en Ikea se fija para jornadas superiores a 5 horas un descanso obligatorio mínimo de 30 minutos y máximo (en aquellos supuestos que coincida con los horarios de comida y/o cena) de 1 hora (art. 6), a lo que añade (art. 8) que estos descansos serán los menores posibles a fin de evitar la presencia de mayor número de horas del trabajador. Acuerdo suscrito el 27 de junio de 2018 sobre algunos aspectos del tiempo de trabajo (en <https://www.ccoo-servicios.es/html/42867.html>). En CaixaBank existen distintos acuerdos sobre horarios singulares (con la correspondiente compensación económica) (p.e. para centros In Touch) donde se fija un horario para dos días a la semana de 8.15 h a 18.30 h con 1 hora y 15 minutos de pausa para el almuerzo; así como un sistema de flexibilidad horaria (en <https://www.ccoocaixabank.net/www/aspnet/document.aspx?id=8327&sec=17535>). Nos parece interesante la propuesta de Sierra Benítez, E.M., “La incidencia de la MIFID II en la formación y en las competencias de los trabajadores de la banca”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº 1, 2019, p. 139, acerca de la necesidad de una nueva regulación laboral en el sector bancario, siendo el tiempo de trabajo y su interrelación con los instrumentos digitales, la cuestión central y principal.

5.2. Jornada y horario

El precepto obliga a registrar la jornada y el horario concreto, conceptos que guardan estrecha relación. Aunque existen referencias al horario en el ET (arts. 41 y 82 ET) no encontramos una definición legal, y la distinción normalmente se ha centrado en estos preceptos y los procedimientos modificatorios que incluyen, donde ha perdido relevancia. Mientras la jornada comprende el número de horas de trabajo en un determinado período de cómputo, el horario señala los momentos precisos dedicados a la prestación laboral en los mismos períodos. Ahora bien, si nos detenemos en la distribución, en especial si es irregular, ya no está tan clara la demarcación⁵³ y se aproximan bastante, sobre todo si referidos al módulo diario. En definitiva, la distribución sería la colocación del número de horas y el horario fijaría las horas exactas de entrada y salida y los descansos. De esta forma, como señala el TS, la distribución irregular de la jornada repercute inevitablemente sobre el horario de entrada y salida del trabajo, pues será distinto, a su inicio o a su final, según el número de horas o jornada trabajada⁵⁴. Por tanto, solamente cuando se conozca la distribución, aparecerá el horario. En la actualidad, más que la delimitación conceptual entre ambos, lo esencial es entender que el término horario no solamente se refiere a la jornada diaria, sino que ha de aludir también a los días concretos en que se debe trabajar⁵⁵. Por ello mismo, el registro se aplicará también a aquellos días en que se acuda a trabajar como fruto de la distribución irregular y deberá reflejar las horas exactas de comienzo y terminación, de forma que salga a la luz el quantum exacto de la jornada. Para el Alto Tribunal ostenta mayor relevancia la jornada al determinar nítidamente el número de horas que se han de trabajar dentro del lapso temporal de que se trate, siendo el horario una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que en cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida⁵⁶.

6. REGISTRO DE JORNADA Y FLEXIBILIDAD HORARIA

La utilización en el art. 34.9 ET de la fórmula “flexibilidad horaria” no casa excesivamente bien con los conceptos estatutarios. Por un lado, como es sabido, aunque extendido en la negociación colectiva y plenamente admitido en la jurisprudencia, no se contienen referencias en el ET al horario flexible, más aún tras

⁵³ Así también De la Fuente Lavín, *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 61.

⁵⁴ STS 21 de abril de 2005 (nº rec. 34/2004).

⁵⁵ SAN 28 de julio de 2014 (nº rec. 173/2014).

⁵⁶ STS 22 de julio de 1995 (nº rec. 443/1995) y 19 de febrero de 2001 (nº rec. 493/2015).

el RDL 6/2019 que ha eliminado la única mención expresa que se contenía en relación con la conciliación (el derogado párrafo 2º del art. 34.8 ET). Podríamos plantearnos a qué se refiere la norma que, en términos generales, parece querer comprender tanto la distribución irregular de la jornada como diversas fórmulas horarias existentes, para imponer la obligación de registro con independencia de su mayor o menor dificultad, más acuciante si existen múltiples horarios y se ejecutan de modo flexible, como sostuvo la AN.

El punto fuerte de la obligación de registro, sin duda, es el de eliminar ciertas barreras en el cómputo de la jornada total efectuada por el trabajador (ordinaria y extraordinaria), en tanto la actual regulación legal, con sus amplias dosis de flexibilidad laboral, ocasiona que no pueda constatarse la realización de horas extraordinarias mientras no concluya el período de cómputo y compensación de las horas fruto de una posible distribución irregular. Asimismo, facilitará el cómputo de las posibles horas de exceso cuando la compensación deviene imposible por extinción de los contratos temporales y contribuirá a disminuir las cotas de abuso en orden a los excesos de jornada habitual entre estos trabajadores. Pero el registro en sí es insuficiente, debiendo acometerse la remodelación del régimen de jornada irregular, sobre todo imponiendo plazos menores para la compensación.

Cabe pensar en que se ha empleado el término flexibilidad horaria como sinónimo de distribución irregular (el único previamente usado en el precepto legal), no tanto en su acepción de distribución irregular en sentido estricto (prevista), como de distribución flexible⁵⁷ (dinámica o sobrevenida), la más relevante en la práctica y la que quiso normalizar la reforma 2012. Desde el momento en que se estatuye una distribución unilateral del 10% de la jornada, sin sujeción a causa, el horario “padecerá” de forma evidente cada vez que el empresario acuda a tal facultad o se opere una distribución flexible por la vía pactada. Porque esta imprevisión o flexibilidad “sobrevenida” es la que mayores problemas arroja sobre el cómputo de la jornada y de la fijación de los posibles descansos compensatorios, y resulta esencial su registro.

Sin entrar en mayores detalles, distribuir irregularmente la jornada significa alterar el quantum para un módulo de tiempo determinado, de forma que para la misma unidad temporal (típicamente la semana), en unos períodos se trabaja más y en otros menos. Operación que tiene implicaciones sobre el horario, conllevando consigo una distribución irregular del horario o una regulación no fija del mismo, de forma que varía el momento de comienzo y finalización. Por el contrario, la relación inversa no siempre concurre. Así, puede existir una distribución horaria irregular porque unos días se empieza y termina a una hora determinada y otros a otra diferente, pero en conjunto se trabaja el mismo número de horas todos los

⁵⁷ Entre otros, Rodríguez Pastor, G.E., “El registro diario...”, op. cit., p. 65. Vid. SSTs 11 de mayo de 2016 (nº rec. 76/2015) y STS 10 de enero de 2017 (nº rec. 98/2016).

días. Por ello se ha considerado que toda la labor de distribución de la jornada en un módulo semanal o anual es un tema de horario y no de jornada⁵⁸.

Por otra parte, en la práctica la delimitación entre distribución irregular y horario flexible no es sencilla, fijándose tradicionalmente la distinción en el interés tutelado⁵⁹: el del empresario en la primera y el del trabajador en el segundo, que una vez establecido, permite optar libremente, normalmente dentro de unos topes u horquillas, por el momento de inicio y finalización de la jornada cada día. En puridad, si solamente se altera la hora de entrada que se refleja en el mismo porcentaje a la salida, se afecta exclusivamente al horario. En otro caso, entraríamos de lleno en una alteración de la distribución de la jornada, con independencia de a quién favorezca. A los efectos que tratamos podrían considerarse intercambiables y se da cabida también con el término flexibilidad horaria a las diversas fórmulas procedentes de la negociación colectiva o derivadas de la adaptación de la jornada a las necesidades de los trabajadores, que deberían tender a normalizarse al amparo del nuevo art. 34.8 ET.

A una concepción amplia apunta también la EM del RDL cuando afirma que “a pesar de que nuestro ordenamiento laboral, en línea con los ordenamientos europeos, se ha dotado de ciertas normas que permiten cierta flexibilidad horaria para adaptar las necesidades de la empresa a las de producción y el mercado (distribución irregular de la jornada, jornada a turnos u horas extraordinarias), esta flexibilidad no se puede confundir con el incumplimiento de las normas sobre jornada máxima y horas extraordinarias. Al contrario, la flexibilidad horaria justifica el esfuerzo en el cumplimiento de estas normas, muy particularmente, aquellas sobre cumplimiento de límites de jornada y registro de la jornada diaria”. Lo que conviene destacar es que la norma es consciente de que la flexibilidad (por razones empresariales) facilita la transgresión de los límites y puede propiciar abusos, pero se deja para mejor ocasión combatir el problema de fondo. El registro será insuficiente mientras no se resuelvan determinados escollos derivados de la existencia de vías no perfectamente coherentes de ordenación flexible del tiempo de trabajo, en especial, distribución irregular, horas extras compensadas con descanso y bolsas o cuentas de horas que, en la práctica, funcionan como institutos separados, solapándose y otorgando unos poderes casi exorbitantes al empresario⁶⁰.

⁵⁸ Esquerri Escudero, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 101.

⁵⁹ Por todos, Rodríguez Pastor, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 117 o Rodríguez González, S., *Tiempo de trabajo y vida privada*, Comares, Granada, 2016, p. 199.

⁶⁰ Permitimos remitir al lector para una visión más extensa y rigurosa del problema a Igartua Miró, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

7. FINALIZACIÓN DE LA JORNADA Y DERECHO A LA DESCONEXIÓN

Llegados a este punto, vemos cómo se parte de una jornada que se inicia y finaliza (en el centro de trabajo o fuera del mismo) para dar comienzo al tiempo de no trabajo (o de descanso). De esta forma, aparecen claramente imbricados la obligación de registro de jornada ahora impuesta legalmente y el derecho a la desconexión también reconocido recientemente de manera expresa. Se apunta a la idea de trazar una separación nítida, cada vez menos evidente, entre los tiempos de trabajo y los de descanso y los espacios de trabajo y la vida privada. La cuestión, sin embargo, resulta harto compleja en tanto las TIC han “invadido” la sociedad, también nuestra vida extra-laboral y los tiempos de ocio y descanso. La negociación colectiva tendrá que hacer amplios esfuerzos a la hora de abordar los efectos de la digitalización de la economía y su reflejo en el mundo del trabajo y en las necesarias pautas y limitaciones para evitar el desbordamiento de lo laboral.

El registro de jornada insiste en esta idea y refuerza la necesidad de que una vez concluidos los tiempos pactados –que son objeto de control- el trabajador entra en su tiempo de descanso⁶¹, apuntalado a partir de tal momento con el derecho a la desconexión. En otros supuestos, motivados por la necesidad de dar respuesta inmediata a requerimientos o exigencias empresariales, deberán pactarse reglas especiales, siempre respetando los tiempos de descanso. En su caso, estos posibles tiempos de disponibilidad, alerta o conexión, más allá de la jornada establecida, deberían ser objeto de un tratamiento legal o convencional que supere la clasificación binaria tiempo de trabajo-tiempo de descanso. Además, han de recibir la pertinente compensación económica (o en descanso), limitarse y permitir la garantía del derecho al descanso y la desconexión digital.

Es más preciso el art. 88 LOPD al aludir expresamente a la garantía del derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas. Por tanto, exigirán soluciones *ad hoc*, seguramente más flexibles, tanto para el registro como para la desconexión, partiendo de que en ocasiones el horario será prácticamente libre y posiblemente se habrá contratado en atención a objetivos.

⁶¹ Como ya sostuviera el TC (STC 192/2003, 27 de octubre) “toda concepción que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado, de una u otra manera, al interés productivo del empleador, es inconstitucional, porque reduce a simple factor de producción la persona del trabajador”.

8. REMISIÓN A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

8.1. Sistemas de registro, protección de datos y derecho a la intimidad

Es a la negociación colectiva o al acuerdo de empresa a quien se encomienda la organización y documentación del registro que, sin duda, son los instrumentos más idóneos tanto por la relevancia que los temas de jornada y horario revisten para los convenios como por la necesidad de ajustar el registro a las concretas características de la empresa, la actividad y las propias especialidades de la jornada. En el mismo sentido se manifestaba el TS habida cuenta la necesidad de “reflejar lo acontecido en el seno de las empresas, con el desarrollo de la jornada efectiva, con sus múltiples variantes que vendrán representadas por la existencia de diferentes turnos, el trabajo fuera del centro habitual de trabajo y sobre todo atendiendo a un hecho que se impone cada día, consistente en los supuestos de distribución irregular de la jornada de trabajo”⁶². Un sector de la doctrina considera que son los convenios de ámbito empresarial⁶³ los más adecuados para regular esta cuestión; sin embargo, el legislador no ha establecido prioridad ni preferencia alguna, y nada obsta que en determinados sectores con predominio de lo tecnológico o elevada presencia de empresas de escasas dimensiones y microempresas, sean los de ámbito supraempresarial los encargados de fijar, al menos, unas reglas que diseñen el marco regulador en esta cuestión. No obstante, a las notorias dificultades de la negociación en este terreno, se suma el plazo perentorio de dos meses impuesto por la norma para la implementación del registro, algo que propiciará, por el momento, la vía unilateral, aunque previa consulta con los representantes.

⁶² El voto particular del magistrado Sempere también hace hincapié en la variedad de los supuestos a enfrentar, pues “poco tiene que ver la empresa minúscula donde su titular (persona física) está al frente con la gran corporación multicéntrica; distinta es la actividad agrícola y la industrial, la muy tecnificada y la arcaica, etc. De igual modo, nada tiene que ver el centro de trabajo donde existe un horario rígido y uniforme a lo largo de cinco días con la empresa que permite el horario libre y la realización de jornadas según demanda, etc.”. Para la doctrina es esencial que la norma legal abra este terreno a la negociación colectiva y apoyar su efectiva intervención en la regulación, Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., p. 119; Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 8.

⁶³ Rodríguez Pastor, G.E., “El registro diario...”, op. cit., p. 69; Marín Alonso, I., “El registro de la jornada...”, op. cit., p. 8. En sentido contrario, estimando que debería darse una prioridad aplicativa del de sector, Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., p. 17; De Santos López, V., “Control del tiempo de trabajo...”, op. cit., p. 26, afirma, si bien con anterioridad a la reforma legal, que en líneas generales son los convenios colectivos de sector los que hacen mención a las obligaciones de registro de jornada y derechos de información de los representantes de los trabajadores, tomando como referencia lo establecido por la normativa legal o reglamentaria aunque no esté vigente, mientras que los convenios colectivos de empresa se dedican a regular el control horario y la concreción de cómo ha de informarse a los representantes de los trabajadores de tal control horario, si bien la mayoría de los convenios colectivos de empresa que regulan esta materia son pertenecientes al sector servicios y mayoritariamente a la Administración Local.

No se explaya la norma en relación al sistema de registro a utilizar, que queda a la libre decisión de las partes, pudiendo adoptar múltiples formas. Más sorprendente resulta que no se haya impuesto siquiera el respeto a alguna garantía, al menos la objetividad (pedida por la AN) y que parece dar por sentada. Del precepto legal únicamente se deriva, por un lado, que ha de ser “diario”, debiendo contener el horario concreto de inicio y finalización y, por otro, que debe “organizarse” y “documentarse”. Evidentemente en la era digital ha de ser suficiente cualquier tipo de documento, incluidos aquellos que se hallen en soportes informáticos.

Por su parte, tampoco se condiciona la organización del registro, posible a través de cualesquiera instrumentos que permitan la constatación de las horas de inicio y finalización y su posterior registro y documentación. No cabe descartar que en una misma empresa se utilicen sistemas de registro distintos para determinados grupos de trabajadores, en la medida en que tengan horarios distintos, desempeñen mandos directivos o cargos de confianza, flexibilidad horaria –por distintos motivos– o puedan trabajar parcialmente a distancia, entre las situaciones más frecuentes, siempre que los criterios utilizados no resulten discriminatorios⁶⁴.

Dado que el uso de este tipo de medios y el manejo de los datos puede entrar en conflicto con los derechos de los trabajadores a su intimidad o a la protección de datos personales, no hubiera estado de más una mención del legislador en este sentido. Recuérdese que en la conocida Sentencia Worten⁶⁵ el TJUE da a este tipo de datos la condición de datos personales protegidos por la Legislación de Protección de datos y, por tanto, sujetos a los principios dimanantes de la misma, aunque desestima la vulneración de derechos alegada.

Desde el momento en que la norma española permite el acceso al registro a los representantes de los trabajadores y la Inspección de trabajo, habría que ser cuidadoso en el tratamiento de datos, sin que ello obste la posibilidad de llevar el registro (ahora obligatorio) ni restrinja las opciones en cuanto a los medios a emplear. En este sentido, quizás hasta la fecha nuestros tribunales se han mostrado demasiado exigentes en la materia. A modo de ejemplo, algún pronunciamiento judicial⁶⁶ ha estimado que “la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máximo en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y la libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales que tutela nuestra Constitución, especialmente en su artículo 18.4, máxime cuando la pretensión ejercitada, y el fallo que la estima, van más allá del simple control de entrada

⁶⁴ Así lo admitía en su día la STSJ Cataluña de 10 de octubre de 2006 (nº rec. 632/2005).

⁶⁵ STJUE 30 de mayo de 2013, C-342/12 (ECLI:EU:C:2013:355). Vid también la STJUE 19 de junio de 2014. Asunto C-683/13. *Pharmacontingente vs. Salud e Higiene* y otros.

⁶⁶ STSJ Comunidad Valenciana 3 de mayo de 2018 (nº rec. 910/2018).

y salida, por cuanto requiere almacenar datos que permitan comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, objetivo cuyo logro requiere, incluso, un tratamiento anual de los datos recogidos para determinar el cumplimiento de la jornada anual”.

Cabe imaginar mecanismos de diversa índole, que seguirán sorprendiéndonos conforme avance el desarrollo tecnológico, así controles biométricos (a través de la huella digital, verificación de voz o patrones oculares, entre los más extendidos)⁶⁷ o de proximidad (tarjetas de radiofrecuencia) u otros sistemas con ayuda de ordenadores, tablets o teléfonos inteligentes, incluso geolocalizadores en prestaciones fuera del centro de trabajo o de tiempos de desplazamientos incluidos en la jornada⁶⁸. Sin lugar a dudas, moviéndonos en un terreno relativamente nuevo, el control empresarial puede dar lugar a excesos e, incluso, se ha estimado que puede suponer una peligrosa regresión que incide con especial intensidad en los sectores de actividad tecnológicamente avanzados⁶⁹. Si bien como línea de tendencia los Tribunales han avalado estos sistemas y el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y su libre circulación, ha exceptuado la prohibición de tratamiento, entre otros, de los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, cuando resulte necesario para cumplir obligaciones o ejercer derechos en el ámbito del Derecho laboral, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión, de los Estados Miembros o un convenio colectivo, deben establecerse garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales. Por tanto, no sobraría una referencia a esta cuestión, sobre todo para despejar posibles dudas que sobrevuelan estos delicados aspectos, pues el propio TS ha afirmado que la creación de un registro “puede suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador”.

⁶⁷ Sobre la cuestión, García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., “El control biométrico de los trabajadores”, *Revista de Información Laboral* nº 3, 2017, pp. 1 ss (versión digital). Asimismo, Blázquez Agudo, E.M., “Otros controles emergentes”, en *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS, La Ley 2595/2018, pp. 1 ss (versión digital).

⁶⁸ Sin que ello legitime la instalación de un GPS en un vehículo particular para controlar la actividad durante una baja médica (STSJ País Vasco 10 de mayo de 2011, nº rec. 644/2011) o un control continuo y permanente de todos los movimientos del trabajador mediante un acelerómetro (STSJ Cataluña 23 de mayo de 2013, nº rec. 6212/2012). Por tanto, de nuevo aquí constituirá un elemento esencial la delimitación del uso laboral del instrumento (incluidas tabletas y teléfonos móviles) y del tiempo de trabajo, aspecto harto complejo. Así, para la STSJ Asturias 27 de diciembre de 2017 (nº rec. 2241/2017), cuando finaliza la jornada laboral las facultades empresariales desaparecen y el contrato de trabajo deja de constituir el vínculo entre las partes que ampara el poder de la demandada para imponer las medidas implantadas de captación y tratamiento de datos. A partir de ese momento, es imprescindible el consentimiento de los trabajadores para mantener en funcionamiento los dispositivos GPS y para el análisis automatizado de los datos personales conseguidos por ese medio.

⁶⁹ Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., p. 9. Vid. también, Tolosa Triñiño, C., “La reciente doctrina...”, op. cit., p. 1 (versión digital).

De todas formas, puede traerse a colación el nuevo art. 20 bis ET⁷⁰ que reconoce el derecho de los trabajadores a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización⁷¹ en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos y garantía de los derechos digitales, por tanto, remitiendo a la plena aplicación del propio Título X de la LOPD (arts. 87-90). De la misma forma, el art. 91, aunque resulta innecesario, señala la posibilidad de 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, a través de la negociación colectiva. Sin entrar en el análisis detallado de cada uno de estos preceptos legales, resulta patente, de un lado, que el legislador fija un enlace claro entre el ET y la LOPD, quizás no muy convencido de la adecuación de ubicar derechos “laborales” en el seno de esta última y, de otro, que sirve para reforzar la idea de que la obligación de registro y los poderes de control y vigilancia aparecen fuertemente imbricados, algo a lo que ya hemos hecho alusión.

8.2. Veracidad y fiabilidad del registro

Como hemos señalado, la norma parece pretender que la regulación del registro corresponda a la negociación colectiva o los acuerdos colectivos, pero abre la puerta a que “en su defecto” se haga por decisión del empresario, previa consulta con los representantes. En principio, la facultad empresarial operará siempre que no se haya pactado, sin entrar a valorar otros factores, en línea con la definición contenida en el Diccionario de la RAE, según la cual “en defecto de” constituye una locución preposicional que se define como “a falta de algo, especialmente de algún requisito”⁷². De entrada, a falta de tiempo suficiente para la negociación, dado el escaso margen temporal otorgado para la implantación de la medida. Aunque no se impone un deber de negociar, exigiría a los negociadores el impulso de sistemas de registro con las garantías pertinentes para tutelar los derechos de los trabajadores. En las empresas de reducidas dimensiones que no cuentan con delegados

⁷⁰ Introducido por la DF 13ª de la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 diciembre) (en adelante, LOPD).

⁷¹ En concreto, en relación a los mismos, el art. 90 LOPD establece el deber de información expresa, clara e inequívoca, a los trabajadores y a sus representantes, acerca de la existencia y características de los dispositivos de geolocalización que pueden ser empleados por el empresario como instrumento de la actividad laboral. Por tanto, parece excluir el uso extralaboral o fuera de la jornada de trabajo de los mencionados dispositivos.

⁷² Vid., sin embargo, la STSJ de Castilla y León (Burgos) 17 de julio de 2013 (nº rec. 351/2013) que en relación al art. 34.2 ET extraer un deber de negociar esta cuestión previo a la adopción de la decisión unilateral del empresario.

de personal, no habrá intervención de los trabajadores a la hora de organizar el registro, lo que unido a la ausencia de mínimos legales, podrá conllevar abusos y el uso de sistemas poco fiables y veraces. En tales casos y, en ausencia de previsión específica, no parece existir obligación de consulta directa con los trabajadores, algo que podría haber sido conveniente. A menos que la consideremos como una medida estrictamente relacionada con la prevención de riesgos laborales, donde una interpretación sistemática de lo previsto en el apartado 2 del art. 33 LPRL y el apartado 1 del art. 34 del mismo texto legal, permite extraer que los derechos de participación se ejercerán a través de los representantes (con funciones específicas o generales), caso de existir, y de manera directa con los trabajadores en los demás.

Por tanto, al ser el propio empresario quien con frecuencia se va a encargar de organizar y documentar el registro, en algunas de sus formas fácilmente manipulable, seguramente el legislador habría hecho lo correcto si le hubiera exigido el cumplimiento de algunas cautelas. Así, pese a las críticas a la Inspección de Trabajo⁷³, en especial por proceder de forma inmediata a acoger el criterio de la Audiencia Nacional e iniciar actuaciones sancionadoras *ipso facto*, con las consecuencias e incertidumbres generadas antes de la modificación legal, era acertada su postura en orden a los requisitos que habría de cumplir el registro (Instrucción 3/2016). En primer lugar, la posibilidad de que la comprobación de la existencia del registro se realizase en el centro de trabajo, evitando la posibilidad de creación posterior, manipulación o alteración de los registros. Algo que parece quedar garantizado con la exigencia de conservación. En segundo lugar, los modelos o tipos de registro que utilice la empresa, serán los elegidos libremente, siempre que garantice la fiabilidad y la invariabilidad de los datos. Estas garantías resultan obvias, son defendidas por la doctrina⁷⁴ y son plenamente exigibles, aunque no hubiera estado de más la previsión expresa de unos mínimos en relación a la veracidad e imposibilidad de alteración del registro. Únicamente un sistema de estas características va a permitir la garantía de los derechos de los trabajadores y, de modo especial, junto al derecho al salario –pues se desvelarán las posibles horas de exceso (ordinarias u extraordinarias) no compensadas o pagadas (ni cotizadas)-, el derecho a la seguridad y salud⁷⁵, que puede verse afectado por los excesos de jornada o la conciliación. A nuestro juicio, la prueba de la manipulación de los registros o el falseamiento de las horas de inicio y finalización puede encajar en el

⁷³ Así, Tolosa Tribiño, C., “La reciente doctrina...”, op.cit., p. 3; Sobre las dudas que arroja esta forma de actuación Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., pp. 7 ss.

⁷⁴ Mercader Uguina, J.R., “Planes de Inspección de Trabajo...”, op. cit., p. 9. Algún autor apostaba por un modelo concreto a emplear en los casos en que la negociación colectiva no lo elabore, Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., p. 17.

⁷⁵ Como había puesto de manifiesto la doctrina, las soluciones judiciales al uso solamente daban solución a los aspectos económicos (pago de las horas de exceso), existiendo una desconexión entre las mismas y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, la conciliación o, en última instancia, el empleo, Trillo, F., “Registro de jornada...”, op. cit., p. 4.

tipo infractor de la LISOS que acoge en su seno los incumplimientos en relación al registro, aunque quizás se podría haber apuntalado mejor este aspecto⁷⁶.

9. DEBER DE CONSERVACIÓN Y PAPEL DE LOS REPRESENTANTES

El único deber adicional al de organización y documentación del registro lo encontramos en el de conservación de los datos durante cuatro años, permaneciendo a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo. La norma se presenta bastante más genérica de lo que pretendía la Instrucción 3/2016 que, con la finalidad de evitar la posibilidad de creación posterior, manipulación o alteración de los registros, exigía que la comprobación de la existencia del registro debiera poder realizarse en el centro de trabajo; idea que subyace en el precepto legal, pese a su falta de precisión al respecto. También suscita dudas el alcance de la locución empleada. En principio, la tibia fórmula legal “permanecer a disposición” impone una interpretación que permita, más allá de la mera consulta, llegado el caso, realizar copia de los datos del registro, en especial si son muy prolijos, en tanto la locución estar en/a disposición de alguien se entiende, según el diccionario de la RAE, como hallarse apto o listo para algún fin. Y en determinados supuestos solamente se podrá cumplir la finalidad perseguida de comprobar el cumplimiento exacto de la jornada, si se pueden reproducir los datos para su examen, más allá de una mera consulta. Todo ello, lógicamente, con la precisa salvaguarda del derecho de protección de datos, en especial si quien pretende el acceso al registro es un trabajador. Sería conveniente que las cuestiones concretas sobre la forma, el contenido y el momento de acceso a los datos, incluida, en su caso, la entrega de copias por escrito, se pactara colectivamente.

No se ha estimado pertinente obligar al empresario a totalizar la jornada mensualmente o realizar resúmenes de la jornada y entregar copia al trabajador ni a los representantes. Por tanto, sigue existiendo una línea de separación, quizás injustificada, con las horas extraordinarias (art. 35.5 ET) y el trabajo a tiempo parcial (art. 12.4 c) ET), cuando parecería conveniente un régimen unificado, dadas las dificultades expuestas en relación a la consideración de las horas como extraordinarias, como consecuencia de la anualización de la jornada y de su posible distribución irregular. De conformidad con la DA 3ª RD 1561/1995, de 21 de septiembre, los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo copia de los resúmenes

⁷⁶ Así, a modo meramente ejemplificativo, en la propia LISOS (art. 13. 13. Infracciones muy graves) se tipifica “la alteración o falseamiento, por las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, del contenido del informe de la empresa auditada”.

a que hace referencia el apartado 5 del artículo 35 ET. Se perpetúan así algunas de las diferencias entre las horas extraordinarias compensadas en descanso y las horas fruto de la distribución irregular, cuando, en puridad, satisfacen idéntica finalidad.

Dada esta predisposición legal a mantener el régimen jurídico diferenciado, los representantes deberían procurar ejercer de forma efectiva sus facultades de vigilancia y control en relación a los posibles abusos de jornada, no sólo a efectos de compensación económica sino también de respeto de los derechos esenciales del trabajador y, en especial, en el terreno de la seguridad y salud en el trabajo.

10. EFECTOS DE LA FALTA DE REGISTRO

En primer lugar, baste ahora con dejar constancia de que a fin de evitar cualquier duda al respecto, como las que suscitaron las actuaciones desarrolladas por la Inspección de Trabajo⁷⁷ y llevaron al TS a negar tajantemente que la no (o incorrecta) llevanza del registro apareciera tipificada en la LISOS de forma evidente y terminante, obligando a una interpretación restrictiva y no extensiva de la misma, el legislador ha decidido reformar el tipo sancionador (art. 11 RDL), dando nueva redacción al art. 7.5 LISOS, para incluir directamente como infracción grave la transgresión de las normas y límites legales o pactados... en relación al “registro de jornada”. Se le da así un valor superior al que planteaba la doctrina que, ante la falta de tipificación expresa, optaba también por una interpretación estricta, considerando la no llevanza de registro o la no información a los trabajadores como meras infracciones formales o documentales y, por tanto, que debían ser consideradas leves de conformidad con los apartados 5 y 6 del art. 6 LISOS⁷⁸. La norma se alinea ahora con algunas de las afirmaciones contenidas en la Instrucción 3/2016, que consideraba que “el registro tiene un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornada de trabajo”. Como señalamos, también podrían encajar en el tipo legal las conductas de fraude o falseamiento del registro, habida cuenta que las garantías de invariabilidad y fiabilidad deben considerarse inherentes a sus propósitos.

Ignoramos si la deriva del legislador a dar al incumplimiento de la organización y documentación del registro el mismo valor que a la propia transgresión de los límites de jornada, tendrá una especial incidencia en los tribunales en aquellos casos en que, inexistente el registro, el trabajador pretenda hacer valer un exceso de horas no compensadas en los términos legales. A nuestro juicio, y ante la dificultad de la prueba para el trabajador, la obligación legal inequívoca y sus efectos

⁷⁷ Por todos, Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 5.

⁷⁸ Tolosa Tribiño, C., “La reciente doctrina...”, op. cit., p. 7. Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 6, quien se muestra sorprendido por la postura de la ITSS.

sancionadores, no debía descartarse una interpretación de este tipo. De esta forma, la falta de registro podría considerarse como un elemento al menos “indiciario” de una posible falta de respeto de las normas legales y, por ende, sería el empresario el que habría que demostrar el cumplimiento exacto de la jornada legal o pactada. Aunque en aras de la seguridad jurídica podría la norma haber avanzado por estos derroteros.

Como se sabe, en relación con el contrato a tiempo parcial, la letra c) del apartado 4 del art. 12 ET prevé expresamente que “en caso de incumplimiento de las mencionadas obligaciones de registro, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios”. Pese a la aparente claridad del precepto legal, cabe encontrar algún pronunciamiento que rechaza las pretensiones de los trabajadores respecto a su consideración como a tiempo completo⁷⁹ y algún autor que afirma que la presunción no se activa automáticamente por la sola falta de registro, sino que actúa únicamente, en función de los elementos de hecho, cuando resulta acreditado que se han realizado más horas de las exigibles y no resulta posible acreditar cuántas por el incumplimiento empresarial de sus obligaciones⁸⁰. Nos parece más acorde con el tenor literal del precepto la doctrina sentada en algunas sentencias⁸¹ que estiman suficiente para aplicar la presunción legal la no aportación por la empresa de la copia de los registros ni la prueba en contrario al respecto que acredite que el contrato es efectivamente a tiempo parcial.

En el caso de las horas extraordinarias, donde el legislador no se ha pronunciado explícitamente, cabe encontrar una doctrina fragmentada en este punto, de forma que mientras algunos pronunciamientos desplazan la carga de la prueba al

⁷⁹ Así en STSJ Galicia 24 de octubre de 2016 (nº rec. 1070/2016). En puridad, no aplica la presunción legal en la medida en que restringe la obligación de registro al supuesto de realización de horas complementarias, puesto que en otro caso la jornada realizada coincide con la inicialmente pactada.

⁸⁰ Goerlich Peset, J.M., “La obligatoriedad del registro...”, op. cit., p. 6-7. Mucho más estricto en su interpretación sobre el juego de la presunción, no solamente en ausencia de registro sino también ante su inexactitud, Lousada Arochena, J.F., “El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 162, 2014, p. 6 (versión digital).

⁸¹ STSJ Canarias (Las Palmas), 4 de abril de 2017 (nº rec. 121/2017). En la dirección acertada a nuestro juicio, aplica la presunción al haberse incumplido la obligación de registro la STSJ País Vasco 18 de diciembre de 2018 (nº rec. 2203/2018), que afirma que esta presunción legal de contrato a tiempo completo en el supuesto de incumplimiento de dichas obligaciones trae causa en la relevancia de la facilidad que tiene la empresa para determinar la jornada de trabajo que realmente se ha realizado, mediante el registro exigido de la jornada ordinaria en el caso del contrato a tiempo parcial, siendo así que las dificultades para la trabajadora para acreditar una jornada distinta de la pactada son bien evidentes. Entre otras, SSTSJ Comunidad Valenciana 21 de diciembre de 2017 (nº rec. 3202/2017), Cataluña 17 de mayo de 2018 (nº rec. 367/2018), Madrid 14 de mayo de 2018 (nº rec. 1464/2017) y Andalucía (Granada) 22 de febrero de 2018 (nº rec. 1893/2017). Sobre la prueba en contrario dada por la empresa que muestra la naturaleza a tiempo parcial de los servicios, SSTSJ Madrid de 19 y 31 de octubre de 2018 (nº rec. 510 y 751/2018, respectivamente). Para la STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 8 de febrero de 2018 (nº rec. 792/2017) que el documento de registro de horas adolezca de algún defecto no implica que no sirva para destruir la presunción legal de que el contrato se ha celebrado a jornada completa.

empresario que no puede beneficiarse de sus incumplimientos⁸², en otros se sostiene la postura contraria⁸³. El TS⁸⁴ vino a señalar que el trabajador siempre tendrá a su favor el art. 217.6 LEC “norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que sí las realizó”. En relación a la falta de registro de la jornada ordinaria, ante la ausencia de previsión legal, quizás los tribunales no puedan presumir la realización de las horas de exceso sobre la jornada –y no compensadas-, pero sí dispensar al trabajador de una prueba plena de este aspecto, concretando las horas, aceptando la conducta general de la empresa o la realización habitual de este tipo de horas como elemento de prueba suficiente. Podemos encontrar algún ejemplo reciente⁸⁵ donde combinando la facilidad probatoria, el incumplimiento de la obligación de registro y los indicios de que el trabajador hubiera realizado el horario que afirma, invierte la carga de la prueba, tras la presentación de un panorama indiciario suficiente de la realización de excesos de jornada que permitan una mínima cuantificación (en el caso, horas extraordinarias).

11. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Si en términos generales, y al margen de la utilización de la vía de urgencia, acogemos favorablemente la expresa inclusión de la obligación de registro de la jornada, la reforma se muestra insuficiente si no se acomete una nueva regulación del tiempo de trabajo más adaptada a las nuevas formas de trabajo y al uso intensivo de las tecnologías. La obligación de registro sigue muy ligada al quantum de la jornada, que obviamente es preciso limitar, y al horario, mientras las nuevas exigencias de las empresas y de los propios trabajadores viran más hacia las necesidades de adaptación y, por tanto, a la organización flexible. La legislación en algunos pasajes sigue centrada en conceptos en parte superados por los nuevos escenarios laborales, como el de “puesto de trabajo”. Por otro lado, no cabe ignorar el problema de la posibilidad de falsear los registros, en especial los manuales con la firma del trabajador (a no ser que se usen libros u hojas no manipulables), que además puede verse compelido a ratificar situaciones que no coinciden exactamente con la realidad de su jornada, sobre todo en las pequeñas empresas. Ello exige a los convenios buscar fórmulas de control y registro que otorguen el mayor grado de fiabilidad posible.

⁸² SSTSJ Castilla y León Valladolid 3 de febrero de 2016 (nº rec. 2229/2015) y 13 de octubre de 2016 (nº rec. 1242/2016).

⁸³ Por todas, STSJ Galicia 22 de noviembre de 2016 (nº rec. 1822/2016).

⁸⁴ STS 23 de marzo de 2017.

⁸⁵ STSJ Castilla-León –Valladolid- 9 de junio de 2017 (nº rec. 765/2017)

La conexión, en la que incide poco el TS, entre el tiempo de trabajo y derechos básicos del trabajador como la conciliación, exigiría también un tratamiento más cohesionado entre estos ámbitos. Así, pese a los avances en la adaptación de la jornada para la conciliación (el nuevo art. 34.8 ET), son precisas mayores garantías para los trabajadores en el uso de la flexibilidad empresarial, a modo de ejemplo excepciones por razones de salud o conciliación a las horas extraordinarias o a la distribución irregular, que tendríamos que extraer, en su caso, de aquel precepto legal. Recuperación de cierto equilibrio y garantías que no derivan automáticamente del registro, sino que precisan medidas específicas de cohesión y racionalización de los mecanismos de ordenación flexible. Por su parte, en algunos ámbitos con amplias dosis de flexibilidad para el trabajador va a cobrar mayor relevancia la garantía efectiva del derecho a la desconexión que la propia obligación de registro, si en última instancia buscamos reforzar el derecho al descanso y el equilibrio trabajo y familia. Tampoco soluciona algunos desfases de la regulación como la ausencia de un límite claro de jornada semanal, la acumulación de los descansos o la concurrencia de mecanismos de flexibilidad que otorgan al empresario amplias cotas de disponibilidad sobre el tiempo de trabajo.

En otro orden de consideraciones, los problemas de salud (en particular en relación con los riesgos psicosociales) que pueden derivar del incremento desmedido de la flexibilidad-disponibilidad⁸⁶, con cambios “improvisados” en las horas de trabajo, el exceso de carga de trabajo y la hiperconectividad⁸⁷, entre otros, reclaman una reforma también en el plano de la LPRL, ajena a la digitalización, aunque su amplio espectro de cabida a estos y otros factores entre los que se deben evaluar, planificar y prevenir. La desconexión se ha regulado al margen de la prevención, cuando las políticas empresariales obligatorias legalmente podrían (y deberían) venir incluidas dentro de los sistemas preventivos de las empresas, sirviéndose de algunos de sus instrumentos. Habría de propiciarse también una revalorización de lo colectivo en el ámbito preventivo, de forma que la negociación colectiva, llamada a ocupar un papel relevante en el registro y la desconexión, amplíe sus miras en relación a la seguridad y salud, aspectos en la práctica bastante descuidados y concebidos desde un plano básicamente unilateral, dentro de la esfera de organización del empresario.

En definitiva, de *lege ferenda*, debía abordarse una reforma integral, equilibradora y unificadora del tiempo de trabajo, más allá de los sucesivos parches de las

⁸⁶ Algunas de estas cuestiones son abordadas en el estudio de Ahlers, “El trabajo flexible y a distancia en el contexto de la digitalización y de la salud en el trabajo”, *Boletín Internacional de Investigación Sindical* vol.8, núm.1-2, 2016, pp. 95 ss. Esta perspectiva de análisis también en Quílez Moreno, J.M., “Conciliación laboral en el mundo de las TIC. Desconectando digitalmente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 51, 2018, en especial pp. 8 ss.

⁸⁷ Así ya desde diversos ámbitos se considera esencial incluir aspectos como la prevención de la fatiga informática en los planes preventivos de las empresas, Del Rey Guanter, S., “La empresa hiperconectada...”, op. cit., p. 8.

normas de urgencia. Ciñéndonos a los aspectos esenciales ligados a la ordenación flexible del tiempo de trabajo, al menos, una racionalización de los mecanismos o instrumentos de flexibilidad, negociados y/o pactados. No estaría de más el establecimiento de un límite de jornada semanal indisponible más ajustado a los dictados comunitarios⁸⁸, pues su ampliación desmesurada, aun a fuer de compensar los excesos en descanso en un lapso temporal que puede resultar excesivo, seguramente no respeta las garantías mínimas del trabajador ni permite su necesaria recuperación físico-psíquica. Además, sería pertinente un cambio en el régimen jurídico aplicable a las horas extraordinarias. Apostaríamos por la desaparición de las compensadas con descanso⁸⁹, cuya finalidad queda cubierta con la distribución irregular u otros mecanismos pactados, garantía plena del requisito de la voluntariedad, vía individual y no por convenio, y penalización⁹⁰. Asimismo, podría revisarse la pertinencia de distribuir unilateralmente la jornada de forma irregular o, al menos, minoración del porcentaje, sujeción a causas y disminución del lapso temporal (supletorio) para la compensación⁹¹. Resultaría más que conveniente que los convenios (o acuerdos) diseñaran regímenes garantistas de flexibilidad, con fórmulas tendentes a equilibrar los intereses de las partes, dando cabida en la medida de lo posible a los trabajadores a la hora de concretar las formas y momentos de disfrute de los descansos compensatorios. Por último, reubicación del derecho a la desconexión, dotado de unos mínimos legales, en la regulación sobre tiempo de trabajo o preventiva.

⁸⁸ Aunque un sector de la doctrina aplica el de cuarenta y ocho horas semanales, con inclusión de las horas extraordinarias, en un período de referencia de cuatro meses, Serrano Argüello, N., “La continuación de una tendencia en la regulación jurídica de las horas extraordinarias”, *Actualidad Laboral* 1999-I, p. 4; López Álvarez, M.J., *Distribución irregular de la jornada de trabajo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 36.

⁸⁹ También Arias Domínguez, A., “Registro de jornada y supresión...”, op. cit., en especial pp. 18 ss.

⁹⁰ Algunas de estas propuestas se acogen en la Proposición de Ley de tiempo de trabajo responsable presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En marea (BOCG 16 noviembre 2018). También se mueve en esta línea de penalización Calvo Morales, D., “La regulación del tiempo...”, op. cit., p. 12 pero, al contrario de lo esbozado en el texto, sugiere la compensación en descansos acortando el plazo de cuatro meses y desplazar en términos subsidiarios el pago de las horas.

⁹¹ En la doctrina, Rodríguez Pastor, G.E., “Hacia una organización más flexible...”, op. cit., p. 10 apuesta por intentar que los convenios colectivos fijen un período de compensación lo más ajustado posible a las necesidades reales de la actividad productiva y, a ser posible, que no exceda del año natural.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS REFORMAS DE 2018 Y 2019*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras Clave:** Planes de igualdad; registro horario; jubilación obligatoria; subrogación de plantilla

El cambio de Gobierno el pasado mes de mayo de 2018 ha provocado intentos de modificaciones, entre otras materias, del régimen jurídico de la negociación colectiva. No obstante, la ausencia de mayorías parlamentarias suficientes ha impedido su materialización en aspectos clave. Sin perjuicio de lo anterior, desde el pasado mes de diciembre el Gobierno ha introducido sucesivos cambios en materia laboral, vía Real Decreto-ley. Entre otras materias, las modificaciones afectan a la regulación de algunos contenidos de nuestro sistema de negociación colectiva; en concreto, han sido objeto de tratamiento aspectos relativos a la negociación colectiva de los planes de igualdad, de la posibilidad de negociar la jubilación obligatoria en convenio, la fijación convencional de los instrumentos de control horario en la empresa y la negociación de la subrogación de plantilla en el sector de la estiba. En el presente trabajo se estudian los cambios operados en la regulación de estas materias.

ABSTRACT **Key words:** Equality plans; Schedule registration; Compulsory retirement; Template subrogation

The change of government last May 2018 has provoked attempts to modify, among other matters, the legal regime of collective bargaining. However, the absence of sufficient parliamentary majorities has impeded their materialization in key aspects. Without prejudice to the foregoing, since last December the government has introduced successive changes in labor matters, via Royal Decree-law. Among other subjects, the modifications affect the regulation of certain contents of our collective bargaining system; In particular, aspects relating to the collective bargaining of equality plans have been treated, the possibility of negotiating compulsory retirement in the Convention, the conventional fixation of the timetable control instruments in the enterprise and the Negotiation of the subrogation of staff in the stevedoring sector. In this paper we study the changes operated in the regulation of these subjects.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Los Derechos Fundamentales ante las Transformaciones Laborales en la Nueva Economía” (DER2017-83488-C4-1-R).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS RECIENTES REFORMAS
3. LA RECUPERADA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SOBRE JUBILACIÓN OBLIGATORIA
4. LOS NUEVOS PLANES DE IGUALDAD
5. EL REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA
6. SUBROGACIÓN EN LA ESTIBA
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La ausencia de estabilidad que el nuevo tiempo político ha introducido en el sistema parlamentario español, que entre otras manifestaciones ha provocado la convocatoria de tres procesos de elecciones generales en los últimos cuatro años, ha facilitado el mantenimiento de los aspectos centrales del régimen jurídico que ordena las relaciones laborales en nuestro país, vigente tras las sucesivas reformas operadas en el periodo 2010-2012¹. Particular mención merece, por la relevancia del aparato crítico construido frente al texto hoy aplicable, la ordenación de las reglas que afectan a la evolución de la estructura de la negociación colectiva y a la vigencia de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo durante el proceso de renegociación.

El anuncio de la existencia de un principio de acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos CC.OO. y UGT, del que los medios de comunicación se hicieron ampliamente eco a mediados del mes de diciembre de 2018², permitía aventurar al menos una reforma parcial que afectase a los contenidos más controvertidos introducidos durante la crisis económica. La oposición de la CEOE³, la fragilidad de la mayoría parlamentaria que sustentó el Gobierno socialista, y la disolución de las Cortes Generales ha impedido avanzar en la dirección marcada en dicho acuerdo. Sin perjuicio de lo anterior, la voluntad gubernamental de proceder a una reforma profunda de los contenidos de la norma laboral por excelencia ha quedado plasmada mediante el compromiso de constituir una comisión experta, en el plazo

¹ Sobre las reformas y sus efectos en el sistema de negociación colectiva, VV.AA., “La reforma de la estructura de la negociación colectiva y su incidencia en la segmentación laboral”, en Cruz Villalón, J. (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015; VV.AA. (Cruz Villalón, J. dir), “La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva”, MESS, Madrid, 2015; VV.AA. (Cruz Villalón, J. dir) “La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal”, MTMSS, Madrid, 2019.

² Entre otros, https://elpais.com/economia/2018/12/11/actualidad/1544532540_333658.html; <http://www.rtve.es/noticias/20181213/gobierno-sindicatos-mayoritarios-logran-preacuerdo-sin-patronal-para-derogar-partes-reforma-laboral/1852504.shtml>.

³ <https://www.elindependiente.com/economia/2018/12/13/ceoe-estalla-preacuerdo-gobierno-sindicatos-revertir-la-reforma-laboral/>.

que finaliza el 30 de junio próximo, con un encargo tremendamente ambicioso: proponer un nuevo Estatuto de los Trabajadores⁴. Los trabajos de esta comisión habrán de ser la base para una reforma integral de la norma nuclear de nuestro sistema de relaciones laborales, con la finalidad de afrontar los “retos y desafíos del siglo XXI”, entre los que expresamente se citan como problemas estructurales irresueltos: “la elevada tasa de desempleo y la alta temporalidad, la necesidad de restablecer el equilibrio en las relaciones laborales entre empresas y personas trabajadoras y las transformaciones que se están produciendo en el ámbito laboral como consecuencia de la digitalización, la globalización, los cambios demográficos y la transición ecológica”.

Aunque no existe una referencia específica a la negociación colectiva, como tampoco a otras instituciones laborales, parece evidente que algunos de estos problemas estructurales no podrán ser afrontados eficazmente sin la consecución de cambios en las reglas que ordenan la negociación colectiva. Los resultados de los comicios que han de celebrarse el próximo día 28 de abril condicionarán sin duda el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el ejecutivo anterior, la constitución de la comisión en tiempo y forma y, en su caso, el enfoque de la agenda reformadora. Hasta entonces, el Gobierno ha procedido a realizar algunas modificaciones normativas que, por su carácter urgente y necesario, ha considerado improrrogables. En materia de negociación colectiva, vía Decreto-ley y durante los últimos meses de su mandato, han sido modificados algunos aspectos relacionados con las obligaciones y facultades que las partes negociadoras deben respetar o pueden ejercitar, en materia de jubilación forzosa⁵, planes de igualdad⁶, control de la duración de la jornada diaria de trabajo⁷ y subrogación de plantilla en el sector de la estiba⁸.

⁴ Disposición adicional primera del 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 (BOE de 12 de marzo).

⁵ Disposición final primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (BOE de 29 de diciembre)

⁶ Arts. 1 y 2 del Real Decreto-ley 6/2019, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 7 de marzo)

⁷ Art. 10 del Real Decreto-ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo)

⁸ Art. 4 Real Decreto-ley 9/2019, de Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (BOE de 30 de marzo)

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS RECIENTES REFORMAS

Aunque puede entenderse que la nueva regulación responde a un mismo impulso reformador, tanto por vecindad cronológica como por paternidad, el análisis de la intrahistoria del proceso de elaboración de los distintos instrumentos normativos muestra algunos matices diferenciales que conviene poner de relieve por afectar la forma en que se construyen los conceptos necesidad y urgencia, comunes por exigencias formales a la totalidad de los cambios operados y por el papel en cada caso otorgado a los agentes sociales.

En orden cronológico, a partir de la fecha de adopción de las sucesivas normas, debe ser objeto de tratamiento el levantamiento del veto absoluto que, tras la reforma de 2012, pesaba sobre la negociación de acuerdos sobre extinción obligatoria del contrato por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (disp. adic. décima ET). La resurrección de este tipo de cláusulas se articula con el objetivo declarado de reducir la tasa de desempleo de las personas menores de treinta años, superior en diez puntos a la general. La eliminación de la prohibición legal de que los convenios colectivos puedan establecer la extinción del contrato de trabajo, una vez alcanzada la edad de jubilación obligatoria, siempre vinculada a la consecución de objetivos de política de empleo, es considerada por el ejecutivo, junto a otros, como un instrumento idóneo para impulsar el relevo generacional en el mercado de trabajo. En esta empresa, el Gobierno cuenta con el apoyo de los interlocutores sociales, quienes le instaron expresamente a promover los cambios legales “que permitan que los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que, el trabajador afectado tenga derecho a la pensión completa de jubilación, con el fin de facilitar el relevo generacional y vinculado a objetivos de políticas de empleo”⁹.

Los amplios apoyos que la lucha por la consecución de una efectiva igualdad de género ha congregado en los últimos años, visibilizado de manera nítida en las movilizaciones convocadas con motivo del día 8 de marzo, se han visto también reflejados en la acción normativa del ejecutivo en el plano laboral. La exposición de motivos del RDL 6/2019 reconoce la insignificancia de los efectos conseguidos por las medidas promocionales o de fomento contenidas en la LOIMH¹⁰, tras más de una década de vigencia. En concreto, se considera intolerable la persistencia de condiciones laborales desiguales para mujeres y hombres, realidad que se singulariza en el crecimiento registrado por la brecha salarial durante los últimos años. Aunque se afirma la necesidad de elaboración de un nuevo texto articulado integral y transversal, el RDL se limita a modificar algunos preceptos de las leyes

⁹ Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 18 de julio).

¹⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (BOE de 23 de marzo)

que configuran el bloque normativo laboral (ET, LGSS, LISOS, EBEP) y de la propia LOIMH. Con relación a la negociación colectiva, la reforma intensifica el deber de negociar las modalidades de ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, mediante la concreción de los aspectos a negociar y el establecimiento de una obligación subsidiaria de negociación individualizada, que será exigible en ausencia de regulación convencional. En la misma lógica profundizadora, se reformulan las reglas relativas a los planes de igualdad, mediante la extensión del ámbito de aplicación del deber de negociar, para incluir a las medianas empresas, la creación de un registro de planes de igualdad y el incremento del protagonismo de los estudios de diagnóstico, que deberán preceder a la negociación de dichos planes, ser objeto de acuerdo con la representación de los trabajadores y mostrar una amplia panorámica de contenidos. Por último, con el objetivo de reforzar la eficacia del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres se introduce de manera expresa el concepto de “trabajo de igual valor”, en particular, en materia de negociación colectiva sobre clasificación profesional y remuneración¹¹.

La evolución de las relaciones laborales ha coadyuvado a reflejar también carencias regulatorias en otros ámbitos materiales. A juicio del Gobierno, la ausencia de una obligación legal de registrar la jornada debe ser corregida de manera necesaria y urgente. Conforme a los términos en los que se expresa la exposición de motivos del RDL 8/2019, la obligación de registrar la jornada de trabajo responde a la necesidad de garantizar, con mayor intensidad y eficacia, el respeto de los límites sobre tiempo de trabajo establecidos en la norma legal de manera imperativa (arts. 34 a 38 ET). Con ello, los mecanismos de control de la duración de la jornada diaria de trabajo adquieren una nueva dimensión, en garantía del respeto de los derechos de los trabajadores y de los límites a tales efectos establecidos en la legislación laboral. El texto recuerda que la realización de jornadas que violan, en términos cuantitativos, los límites establecidos en la norma legal o convencional contribuye a precarizar el mercado de trabajo y afecta en negativo el volumen de las cotizaciones de Seguridad Social. Con todo, la contabilidad del tiempo de trabajo, un mecanismo típico de control empresarial, se transforma en un instrumento de transparencia de la relación de trabajo, que garantiza los derechos de ambas partes, al tiempo que protege el interés general.

La respuesta normativa tiene origen en los problemas de acreditación formal de la jornada real realizada por los trabajadores, una vez que las tesis sostenidas por la Inspección de Trabajo no recibieron favorable acogida en la doctrina judicial. En concreto, el Tribunal Supremo ha declarado recientemente la inexistencia de previsión legal que obligue a los empleadores a mantener un registro diario de las jornadas efectivamente realizadas por las personas que prestan servicio en la em-

¹¹ Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (DOUE de 8 de marzo)

presa¹², excepción hecha de la previsión sobre horas extraordinarias, que establece el art. 35.5 ET, y sobre los contratados a tiempo parcial, que fija el art. 12.4.c ET. En tales circunstancias, y en la medida en que el registro de la jornada ordinaria es un presupuesto básico para el control de los excesos de jornada, la acreditación del número de horas extraordinarias realizadas, y la posibilidad de reclamar su retribución o compensación, resultan también afectadas. Constatada la insuficiencia de la regulación legal, y en ausencia de una regulación convencional suficiente que pudiera compensar esta laguna, el Tribunal Supremo señaló al legislador el camino a seguir: la introducción de los cambios normativos oportunos que obliguen al empresario a llevar un registro horario de las jornadas realizadas por todas las personas que prestan servicio en la empresa, al objeto de facilitar, entre otras cuestiones, la prueba de la realización de horas extraordinarias. La cuestión se encuentra también a la espera de pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE¹³.

El Gobierno ha considerado que la gravedad de los efectos negativos que se desprenden de la situación actual justifica una actuación inmediata que, siguiendo el camino señalado por el Tribunal Supremo, asegure que todos los centros de trabajo registren diariamente la jornada de quienes en ellos prestan servicio. En concreto, los arts. 10 y 11 RDL 8/2019, mediante la modificación de los apartados 7 y 9 del art. 34 ET y del apartado 5 del art. 7 LISOS, establecen de forma expresa y clara la obligación del empleador de llevar un registro de la jornada diaria. Desde el punto de vista subjetivo, la obligación se extiende al conjunto de los trabajadores de la empresa, sin exclusiones por razones de modalidad contractual o tipo de jornada. En cuanto al objeto de la obligación, la norma especifica que el sistema debe registrar la hora de comienzo y la hora de finalización de la jornada de trabajo de cada persona. Por lo que se refiere a la obligación de publicidad, los datos deben ser conservados durante un periodo de cuatro años, periodo en el que han de permanecer a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes y de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. La transgresión de las normas y acuerdos sobre registro de jornada se considera infracción grave. Por último, aunque la obligación de llevanza de un registro de jornada ha de considerarse una norma de derecho necesario absoluto, y por tanto queda vedada toda negociación sobre la posibilidad de eludir su cumplimiento, la forma en que se “organizará y documentará” el registro ha de ser objeto de negociación o consulta con los representantes de los trabajadores. En este sentido, puede afirmarse que la obligación de establecer un registro de la jornada diaria de trabajo comprende, entre otras, el

¹² STS nº 246/2017, de 23 de marzo.

¹³ En concreto, en el asunto C-55/18 se cuestiona la adecuación de la legislación española sobre tiempo de trabajo con lo dispuesto en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En principio, las conclusiones del Abogado General, publicadas el 31 de enero de 2019, vierten dudas sobre la regulación nacional, si bien razones de prudencia aconsejan esperar a la sentencia para valorar el alcance del pronunciamiento del TJUE.

deber de negociar con la representación de los trabajadores el procedimiento y los medios a través de los cuáles se cumplirá con el mandato legal.

Por último, el RDL 9/2019 modifica la LETT¹⁴, con el objetivo de adaptar su contenido a las profundas reformas que han afectado a la regulación de la actividad de la estiba portuaria. Entre otros aspectos, la intervención del ejecutivo pretende zanjar el debate abierto en torno a la legalidad de las previsiones de subrogación contenidas en el acuerdo de 7 de julio de 2017¹⁵. Como es conocido, el Gobierno español, mediante la aprobación del RDL 8/2017¹⁶, daba cumplimiento al fallo de la STJUE, de 11 de diciembre de 2014, (Asunto C-576/13), en virtud del cual nuestro país era condenado por vulneración del art. 49 TFUE¹⁷. A juicio del tribunal europeo, el régimen legal del servicio portuario de manipulación de mercancías imponía indebidamente una serie de obligaciones lesivas de la libertad de establecimiento de servicios. La modificación legislativa suprimió, en su mayor parte, el marco normativo que regulaba la actividad de los trabajadores del sector, al objeto de garantizar el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías. Sin perjuicio de lo anterior, y con la finalidad de facilitar la conservación de los derechos laborales preexistentes, la norma procedió a establecer un periodo transitorio de tres años. Pues bien, cuando resta un año para la conclusión de este plazo, y sometida a estudio la evolución del empleo y de la competencia en dicho ámbito, el Gobierno ha considerado que la regulación debe completarse para hacer compatible la libertad de competencia y la protección de los derechos de los trabajadores. En concreto, el art. 4 RDL 9/2019 habilita expresa y temporalmente a la negociación colectiva para acordar la subrogación obligatoria de los trabajadores en distintos supuestos. Por el contrario, la exposición de motivos del RDL 9/2019 no hace referencia al expediente sancionador abierto por la CNMC al acuerdo de subrogación en el ámbito de la estiba¹⁸. A pesar de ello, la intervención normativa ha de conectarse directamente con este último episodio, y tiene como objeto reforzar el encuadre jurídico a la actividad negociadora desarrollada en el sector.

¹⁴ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

¹⁵ Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria (BOE de 18 de julio)

¹⁶ Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), BOE 13 de mayo.

¹⁷ Cruz Villalón, J., Transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba, en *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B, Bomarzo, 2018, p. 61 ss.

¹⁸ Clausula sexta del Acuerdo de 7 de julio de 2017. Expediente CNMC S/DC/619/17.

Pues bien, la actividad normativa desarrollada en las normas referidas como hemos visto tiene por objeto completar la regulación de determinadas materias, habiéndose en cada caso manifestado la situación de necesidad de manera diversa. Tanto en el caso del registro de la jornada diaria, como en el supuesto de la subrogación en la estiba, las situaciones que demandan atención del ejecutivo español se derivan de interpretaciones judiciales, de un tribunal español en el primer caso y europeo en el segundo, que han sido precedidas o continuadas por la actividad de órganos administrativos, la ITSS en el primer caso y la CNMC en el segundo. Por su parte, en el caso de la jubilación forzosa, el ejecutivo responde a la solicitud remitida por los agentes sociales, en el sentido de derogar actuaciones legislativas precedentes. Por último, en el caso de los planes de igualdad, la actuación del Gobierno viene precedida por importantes movilizaciones y por la preocupante evolución de las brechas que separan la situación de mujeres y hombres en el ámbito del empleo y de la ocupación.

En otro orden de cosas, las reformas operadas sirven para revalorizar el protagonismo de la negociación colectiva en los distintos ámbitos objeto de tratamiento. Las nuevas normas introducen reglas de complementariedad, si bien con un desarrollo más amplio en el caso de la jubilación obligatoria y de los planes de igualdad, que en el caso del registro de la jornada. En el caso de la subrogación de plantilla en la estiba la situación es algo diferente, pues la norma tiene por objeto único apuntalar la legalidad de un acuerdo ya negociado. Por otra parte, con carácter general, las normas de reforma eluden la introducción de reglas específicas sobre preferencia aplicativa de convenios de distinto ámbito. Como excepción, en materia de planes de igualdad, destacan las reglas de articulación contenidas en los arts. 45 LOIMH y 85 ET. De un lado, se establece un deber genérico de negociar medidas de promoción de la igualdad de trato, que deberá ser respetado en la negociación de todos los convenios colectivos, independientemente de su ámbito. En segundo lugar, y solo para las empresas obligadas en razón de su tamaño a negociar planes de igualdad, se establece un sistema articulado mediante reglas de complementariedad, que otorgan al nivel empresarial el protagonismo principal. Sin perjuicio de lo anterior, las empresas pequeñas y microempresas pueden verse involucradas en la negociación de planes de igualdad por tres vías: porque así lo establezca un convenio colectivo (art. 45.3 LOIMH) o, subsidiariamente, de manera voluntaria y previa conclusión de un procedimiento de consulta con la representación legal de trabajadores (art. 45.5 LOIMH); o subsidiariamente, de manera obligatoria y previa negociación o procedimiento de consulta con la representación de trabajadores, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan (art. 45.4 LOIMH). Con relación a la negociación sobre el registro diario de jornada la perspectiva resulta algo diversa, en la medida en que el nuevo apartado 9 del art. 34 ET se refiere en primer lugar a la negociación colectiva y, subsidia-

riamente, a un procedimiento de consulta. El catálogo de fórmulas, negociales y cuasinegociables, pretende facilitar al empleador el cumplimiento de la obligación legal de establecer un registro diario de jornada, a costa de limitar la seguridad jurídica que motiva e impulsa la reforma. Por último, con relación a la subrogación de trabajadores en la estiba, las características de la materia objeto de regulación, así como la situación de transitoriedad en la que se encuentra el sector, permiten interpretar que la negociación de estas cláusulas únicamente resulta viable a nivel sectorial.

3. LA RECUPERADA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SOBRE JUBILACIÓN OBLIGATORIA

El reconocimiento del derecho a una pensión de jubilación y el cese definitivo en la actividad laboral del trabajo constituyen situaciones íntimamente vinculadas en la conciencia colectiva y en la tradición normativa. El art. 49.1.f ET señala como causa extintiva del contrato de trabajo la jubilación del trabajador, y concede a éste la facultad de dar por terminada unilateralmente la relación de trabajo con tal motivo. El acceso a la jubilación constituye para los trabajadores una opción voluntaria, en nuestro sistema legal no existe una edad que determine una suerte de incapacidad general para todo trabajo¹⁹; en la misma lógica, el reconocimiento del derecho al cobro de una pensión de jubilación se produce a solicitud del interesado, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos, edad mínima y periodo de carencia, exigidos por la normativa de seguridad social.

Por otra parte, las reglas que regulan la jubilación del trabajador deben compatibilizar la defensa de intereses en ocasiones contrapuestos, más allá de la genérica garantía de un ingreso suficiente para quienes por razón de edad deben abandonar la vida activa. De un lado, en la medida en que esta prestación constituye el pilar básico del sistema de seguridad social, las normas sobre acceso a la pensión de jubilación tienen un importante efecto sobre el equilibrio financiero del sistema, por lo que la extensión de la duración de la carrera profesional de quienes se encuentren aptos para el trabajo constituye un objetivo razonable en un contexto de incremento de la esperanza de vida; de otro lado, la retirada de la actividad profesional de estas mismas personas y su sustitución por personas más jóvenes permite la renovación de las plantillas, opción que puede producir efectos sobre los costes salariales y el desempleo juvenil; por último, siempre que se garantice la percepción de un ingreso económico no muy distante del que se percibe en activo, la retirada de la actividad profesional suele ser bien acogida por los trabajadores.

¹⁹ Posibilidad prevista en la versión original del ET, que declaró inconstitucional STC 22/1981, de 2 de julio (BOE de 20 de julio)

Por todo ello, la edad en la que los trabajadores acceden a la jubilación adquiere un importante protagonismo en el diseño de las políticas de empleo. Las altas tasas de desempleo juvenil que tradicionalmente afectan al sistema de relaciones laborales español popularizaron la introducción de cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos durante la década de los ochenta, a partir de la previsión contenida en el párrafo segundo de la disp. adic. quinta ET, en su versión original. La posibilidad de pactar “libremente edades de jubilación” vía negociación colectiva fue considerada respetuosa con el texto constitucional por la STC 58/1985, de 30 de abril, siempre que se justificase por una finalidad legítima, como la distribución o el mantenimiento del empleo, y siempre que el trabajador cesado tuviese derecho a acceder a una pensión de jubilación²⁰.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, procedió a eliminar la referencia normativa, entonces incluida en la disp. adic. décima ET. La supresión de la habilitación legal se justificó en el hecho de que a juicio del legislador aquella regulación estaba «inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales». La reforma de 2001 abrió un debate doctrinal y jurisprudencial en torno los efectos de la eliminación de la referencia normativas y, en concreto, con relación a la posibilidad de que, en ausencia de ésta, continuara siendo lícito la negociación de cláusulas de jubilación obligatoria. La cuestión fue resuelta por la jurisprudencia²¹, tras considerar que las limitaciones del derecho al trabajo, por su carácter constitucional y sin perjuicio la concurrencia de razones justificantes, precisan de una expresa habilitación legal a la negociación colectiva, que no puede entenderse incluida en el genérico reconocimiento previsto en el artículo 85 ET.

El régimen jurídico de la jubilación obligatoria fue nuevamente reformado solo cuatro años más tarde, con la aprobación de la Ley 14/2005, de 1 de julio, a petición de los agentes sociales²². La nueva regulación recuperaba la habilitación legal para negociar cláusulas de jubilación obligatoria, y explicitaba requisitos limitativos en la línea señalada por la jurisprudencia. En primer lugar, se limitaba el alcance subjetivo de la negociación, pues únicamente los trabajadores que alcanzasen la edad ordinaria de jubilación podrían ser jubilados obligatoriamente. En segundo lugar, y en el mismo sentido limitativo, entre los trabajadores anteriores, sólo se verían obligados a jubilarse los trabajadores que cumpliesen los requisitos para acceder a una pensión contributiva de jubilación. En tercer lugar, el acuerdo de jubilación obligatoria “deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabi-

²⁰ Sobre la evolución de la regulación de la materia, Cruz Villalón, J. y Gómez Gordillo, R.: “La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva”, *Temas Laborales* n° 83/2006, pp. 41 y ss.

²¹ Entre otras, SSTS de 9 de marzo de 2004 y de 6 de abril de 2004.

²² Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004.

lidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”.

Tan solo siete años más tarde, y por Ley 3/2012, de 6 de julio²³, se procede nuevamente a la eliminación de la habilitación legal para negociar, si bien en esta ocasión el legislador declara directa y expresamente la nulidad de este tipo de cláusulas, fórmula expeditiva que sin duda tiene por objeto eliminar toda posibilidad de reavivar viejas polémicas. Esta prohibición, y nuevamente a petición de los agentes sociales, ha sido levantada por el RDL 28/2018 que incorpora un texto con estructura similar al vigente hasta 2012. En concreto, se procede a habilitar a la negociación colectiva para acordar la jubilación obligatoria, se mantienen los requisitos precedentes relativos al cumplimiento de la edad legal de jubilación, al derecho a la percepción de una prestación contributiva de jubilación y a la vinculación con la política de empleo, si bien en esta ocasión los requisitos se expresan en términos más restrictivos y garantistas.

Con relación al requisito de la edad mínima, la nueva previsión hace referencia a la “edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”, mientras que la precedente se refería a la “edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”. Por el contrario, tanto la rúbrica de la vigente disp. adic. décima, como la letra a) de la misma, nos remiten al concepto de jubilación o pensión ordinaria, por lo que debe descartarse que el precepto haga referencia a cualquier modalidad de pensión distinta a la ordinaria.

Con todo, la modificación introducida en esta materia parece obedecer a los cambios que la normativa sobre jubilación ha experimentado durante los últimos años. Como es conocido, las reglas que ordenan el acceso a las distintas modalidades de pensión de jubilación establecen diferentes edades mínimas que funcionan como requisitos alternativos para acceder al derecho. En mi opinión, debe interpretarse que el cambio está relacionado con la dificultad de conciliar el concepto edad ordinaria de jubilación con el régimen transitorio actualmente vigente en la materia, por aplicación de lo dispuesto en la disp. trans. séptima LGSS. Como es conocido, a partir del año 2013 la edad mínima de jubilación ordinaria se hace depender de los periodos cotizados. De esta manera, para cada año incluido en el periodo transitorio se establecen dos edades ordinarias distintas. En concreto, para el año 2019 se exige haber cumplido 65 años, para quienes hayan cotizado al menos 36 años y 6 meses; y un periodo superior, 65 años y 8 meses, para quienes hayan cotizado 35 años o más sin alcanzar dicha cuantía. En dicho marco, el concepto edad legal de jubilación debe entenderse referido a ambos parámetros, lo que en la práctica significa que las cláusulas de los convenios colectivos deberán prever las dos posibles situaciones, condicionando la extinción del contrato de trabajo

²³ Apartado dos de la Disp. Final Cuarta, Ley 3/2012, de 6 de julio.

al cumplimiento de edades alternativas, en función de los periodos cotizados por cada trabajador.

En segundo lugar, como novedad relevante, el trabajador cuya relación se extingue debe cumplir los requisitos para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. A diferencia de la regulación anterior, que como se recordará exigía solo que el trabajador tuviese derecho a la pensión contributiva de jubilación, el nuevo texto garantiza a los trabajadores un cierto grado de indemnidad económica, siendo consideradas contrarias a derecho aquellas cláusulas que en un futuro pudiesen determinar la extinción del contrato de trabajo superado el periodo mínimo de carencia, con la consiguiente reducción de la prestación económica (art. 205.1.b. y 210.1 LGSS). Dicho lo anterior, la previsión legal garantiza que el trabajador alcance el cien por ciento de la cuantía de la base reguladora, si bien nada impide que se le prive de la posibilidad de incrementar dicho porcentaje (art. 210.2 LGSS). Sin lugar a dudas, la previsión legal pone coto a la posibilidad de que por esta vía se infrinja un perjuicio económico de cierta relevancia al trabajador, que se verá prolongado en tanto goce del derecho a la pensión. Por otra parte, conviene también tener presente que en tales situaciones el sistema de seguridad social se veía obligado a incrementar el gasto vía complementos de mínimos. Por último, la literalidad de la norma parece rechazar también la posibilidad de que las empresas asuman la compensación económica que en cada caso corresponda, corriendo con el coste correspondiente a la disminución de la cuantía de la pensión.

El tercero de los requisitos consiste en que la medida «deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.». Este requisito entronca con la exigencia sustancial de política social impuesta por la jurisprudencia, que permite superar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de las jubilaciones materializadas sin contar con el consentimiento individual de los trabajadores afectados. También con respecto a esta tercera condición, se presenta alguna novedad de calado, que tiene por objeto limitar la tipología de objetivos. Aunque se mantiene la descripción del marco general, vinculación con objetivos de empleo expresados en el propio convenio, se modifican los elementos ejemplificativos. De un lado, su unen dos menciones previstas en la norma anterior, de manera que la mejora de la estabilidad en el empleo se concreta en la transformación de contratos temporales en indefinidos. En principio, parece razonable descartar otras posibilidades de mejora en materia de estabilidad. En todo caso, de plantearse otras medidas que mejoren la estabilidad del empleo podrían encuadrarse en la cláusula general sobre mejora de la calidad que cierra la enumeración ejemplificativa. En segundo lugar, se elimina la referencia relativa al soste-

nimiento del empleo, lo que impedirá acudir a esta vía para solucionar problemas de crisis empresarial. En tercer lugar, se mantiene la referencia a la contratación de nuevos trabajadores en los mismos términos que en el texto previo a 2012. En cuarto lugar, se introduce una nueva motivación que, si bien podría considerarse incluida en la anterior, merece un reconocimiento expreso: el relevo generacional, la sustitución de trabajadores de mayor edad por trabajadores más jóvenes. En esta ocasión, parece que la inclusión posee un carácter meramente promocional, quizás porque la exposición de motivos de la norma de reforma hace referencia explícita a este objetivo como finalidad fundamental de la reforma en este punto. Por último, a modo de cláusula de cierre se mantiene la referencia a otras medidas que favorezcan la calidad del empleo. Si bien el concepto calidad en el empleo resulta de gran imprecisión, considero que la referencia a las políticas de empleo permite entender que las medidas compensatorias deben circunscribirse a aspectos estructurales de la relación de trabajo, tales como la conversión de jornadas a tiempo parcial en jornadas a tiempo completo, la transformación de contratos de trabajo temporales en indefinidos, el rejuvenecimiento de la plantilla, mediante la contratación de un número de trabajadores similar al número de extinciones, o el incremento del volumen de empleo. Una interpretación distinta podría conducirnos a aceptar la extinción de contratos de trabajo de algunos miembros de la plantilla a cambio de mejoras en materia de retribución o tiempo de trabajo para el resto. Sin perjuicio de lo anterior, y cuando la contraprestación se concrete en la renovación de la plantilla, cabe plantearse si los nuevos trabajadores han de ser contratados en similares condiciones que los trabajadores jubilados de manera obligatoria. No cabe duda que la exigencia de igualdad no puede extenderse al conjunto de las condiciones de trabajo, pero desde la perspectiva de la mejora de la calidad en el empleo resulta exigible que las nuevas contrataciones se realicen en términos similares, al menos respecto de aquellas que condicionan de manera más intensa esta variable (modalidad contractual y tipo de jornada).

Por lo que respecta al ámbito de negociación, en la medida en que la disp. adic. décima se refiere genéricamente a los convenios colectivos, y el art. 84.2 ET no hace referencia alguna a la materia, no debe plantearse ningún tipo de limitación en cuanto al ámbito sobre el que se proyecta la habilitación legal. Sin perjuicio de lo anterior, la vinculación de la jubilación obligatoria con la materialización de políticas de empleo pueda ser más complicada de articular en un convenio colectivo sectorial, lo que implica la existencia de obstáculo legal alguno para que los convenios colectivos sectoriales establezcan compromisos de jubilación forzosa a través de la negociación sectorial. Lo que parece fuera de toda duda es que estos compromisos de política de empleo, aunque fijados con carácter sectorial, deberán conectar las jubilaciones obligatorias realizadas en cada empresa con objetivos concretos que deberán verificarse en la misma empresa, no siendo suficiente con que las compensaciones se produzcan a través de totalizaciones a nivel sectorial.

Por lo que hace referencia al tipo de acuerdo, el mantenimiento de la fórmula legal utilizada en la versión anterior a 2012, debe ser interpretado en sentido limitativo, reduciendo la habilitación legal únicamente a los procesos de negociación colectiva que desemboquen en un convenio colectivo de eficacia general, con exclusión de aquellos que sólo gozan de eficacia limitada. La implementación de una política de empleo de alcance general en el seno de la empresa o empresas afectadas no podría materializarse mediante instrumentos convencionales de limitada eficacia. Por otra parte, aunque como se ha dicho el ámbito más adecuado es la empresa, la letra de la norma tampoco permite avalar interpretaciones extensivas que permiten alcanzar a los acuerdos de empresa, como instrumentos de negociación hábiles a estos efectos.

En definitiva, la negociación de jubilaciones obligatorias para los trabajadores que alcanzan la edad ordinaria de jubilación muestra una alta aceptación entre los agentes sociales como instrumento de política de empleo. Esta firme posición ha conseguido torcer la voluntad del legislador en dos ocasiones, si bien la incertidumbre política no permite realizar certeros pronósticos sobre la esperanza de vida de la habilitación legal vigente desde hace unos meses, circunstancia que cobra particular relevancia a partir de la tesis jurisprudencial que considera contraria a derecho la negociación de estas cláusulas en ausencia de previsión legal expresa. En todo caso, cada nueva versión de la disposición adicional habilitante ha limitado progresivamente el margen de actuación de los negociadores, con el objetivo de garantizar al trabajador afectado el acceso a una pensión jubilación suficiente y asegurar la eficacia de las políticas de empleo que justifican la adopción de la medida. En todo caso, la redacción vigente se erige como la más garantista en tales términos, en tanto que asegura al trabajador el acceso a una pensión de jubilación calculada tomando como base el cien por ciento de su base reguladora, y elimina la posibilidad de que las jubilaciones obligatorias se justifiquen con medidas de mantenimiento del empleo.

4. LOS NUEVOS PLANES DE IGUALDAD

El RDL 6/2019 procede a la modificación del marco normativo que ha de garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, mediante la reforma de distintas normas e instituciones. En materia de negociación colectiva los cambios tienen por objeto mejorar la eficacia de las reglas originales, al objeto de garantizar el efecto útil de la normativa sobre igualdad en el trabajo²⁴. De un lado, se amplía progresivamente el ámbito de

²⁴ Sobre la interpretación y aplicación de la versión original de la LOIMH, Escudero Rodríguez, R. Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres²⁴, RL n^o

aplicación del deber de negociar planes de igualdad, mediante la inclusión de las empresas de tamaño mediano. De otro lado, la norma procede a una delimitación más minuciosa del contenido y alcance de los estudios de diagnóstico previos (art 46.2 LOIMH), y remite a la norma reglamentaria el desarrollo de los contenidos del acuerdo (art. 46.5 LOIMH). Por último, se procede a crear un registro de planes de igualdad, en el que obligatoriamente deberán incluirse todos los acuerdos en la materia (art. 46.4 LOIMH).

La ampliación del ámbito de aplicación de la obligación de negociar y acordar planes de igualdad permite incrementar de manera notable el impacto de la norma de igualdad. De esta manera, a la finalización del periodo transitorio, que se extenderá hasta el día 7 de marzo de 2022, únicamente permanecerán al margen de la obligación legal de negociar planes de igualdad las empresas pequeñas, aquellas que generan un volumen de empleo inferior a cincuenta trabajadores²⁵. La ampliación del ámbito de aplicación se producirá de manera progresiva, otorgando un plazo superior a las empresas de menor tamaño, por ser éstas las que en buena lógica pueden encontrar mayores dificultades para cumplir con las nuevas obligaciones. En concreto, la nueva disp. trans. decimosegunda LOIMH concede un plazo de un año a las empresas con un volumen de empleo superior a ciento cincuenta personas y hasta doscientas cincuenta; este plazo se amplía hasta dos años para a las empresas con un volumen de empleo superior a cien personas y hasta ciento cincuenta; y, por último, el plazo de tres años se reserva a las empresas con un volumen de empleo igual o superior a cincuenta personas y hasta cien. En términos cuantitativos, con datos del MTMSS para enero de 2018, la reforma permitirá extender la tasa de cobertura de los planes de igualdad a un porcentaje algo superior al 56% de las personas asalariadas. Con relación a la situación previa, la reforma supone un crecimiento nada despreciable de casi diecisiete puntos en esta variable. Con todo, y sin desconocer las fórmulas convencionales, administrativas y voluntarias que desde el punto de vista teórico permiten la ampliación de la tasa de cobertura de los planes de igualdad, no puede obviarse el significativo porcentaje de personas que quedan al margen de la obligación legal, que puede cifrarse en torno al 44% de quienes prestan servicio por cuenta ajena. Es por ello que, en mi opinión, no resulte aventurado adelantar que los positivos cambios normativos en materia de negociación colectiva producirán limitados efectos sobre la reducción de las brechas de género.

9/2007, pp. 61 y ss; Cabeza Pereiro, J. "Los planes de igualdad y la negociación colectiva", *Aequalitas* nº 21/2007, pp. 35 y ss.

²⁵ En este trabajo se toman como referencia las definiciones sobre la materia contenidas en el Anexo I del Reglamento UE nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE nº 187, de 26 de junio de 2014), si bien en dicha norma se contempla también el volumen de negocios de la empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene recordar en este punto que las empresas pequeñas, aunque no están obligadas a negociar planes de igualdad, no pueden eludir el deber genérico de negociar y, en su caso, acordar con la representación de los trabajadores medidas dirigidas a promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres (arts. 45.1 LOIMH y 85.1 ET). En este sentido debe interpretarse también la continuidad de la posibilidad de extender la obligación de negociar planes de igualdad a las pequeñas empresas, vía convenio colectivo, estrategia que convendría generalizar en la negociación colectiva sectorial, en particular en aquellas actividades económicas en las que puedan detectarse brechas de mayor intensidad. A tales efectos, quizás resultase oportuno incorporar en los convenios sectoriales la realización de estudios de diagnóstico de situación, focalizados sobre las empresas de menor tamaño, con el objetivo de planificar posteriores actuaciones con un mayor grado de eficacia. Por otra parte, convendría incentivar desde las AA.PP. a las empresas que voluntariamente decidan negociar y aplicar planes de igualdad (art. 45.5 LOIMH).

Con relación a las medianas y grandes empresas, considero importante señalar que la reforma no ha procedido a modificar expresamente la previsión contenida en el art. 85.2 ET, situación que desde una perspectiva sistemática debe considerarse un mero olvido. Como se recordará, el art. 85.2 ET trasladó a la normativa laboral el deber de negociar planes de igualdad contenido en el art. 45.2 LOIMH. En mi opinión, la modificación de los términos cuantitativos que determinan el alcance de dicha obligación, antes a partir de doscientos cincuenta trabajadores ahora a partir de cincuenta, debiera haberse trasladado también a la norma laboral. Por el contrario, el texto del art. 85.2 ET permanece invariado, y continúa prescribiendo la articulación del alcance del deber de negociar planes de igualdad en exclusiva para las grandes empresas. No cabe interpretar que la voluntad del legislador haya sido establecer un sistema de articulación diferenciado, en función del tamaño de las empresas obligadas a negociar un plan de igualdad. Por el contrario, el sistema de complementariedad establecido en el art. 85.2 ET sirve para articular la negociación de todos los planes de igualdad, independientemente del tamaño de la empresa. De ser así, los convenios colectivos sectoriales han de establecer los “términos y condiciones” en los que se desarrollará la negociación colectiva de los planes de igualdad de ámbito empresarial. La redacción del precepto, más allá del olvido citado más arriba y de la discutible elección de la ubicación, resulta manifiestamente mejorable. La cita del principio de complementariedad permite interpretar que el convenio colectivo sectorial ha de fijar las bases o criterios generales de los planes de igualdad a negociar en el sector, mientras que al convenio de empresa le corresponde el desarrollo, la concreción y la implementación de tales reglas. Sin perjuicio de lo anterior, el precepto resulta de difícil lectura y no señala limitaciones concretas para los niveles supraempresariales. En definitiva, la norma parece ofrecer un amplio espacio regulatorio a los convenios sectoriales, que no

podrá vaciar de contenido la actividad negociadora de los ámbitos empresariales en materia de planes de igualdad. Por otra parte, conviene tener presente que el art. 46.3 LOIMH apuesta con claridad por planes de igualdad que afecten al conjunto de la empresa, si bien permite el establecimiento de acciones específicas para determinados centros de trabajo de ésta. Es por ello que debe negarse la posibilidad de negociar planes de igualdad en niveles inferiores al de empresa. Por el contrario, este afán de universalidad permitiría en mi opinión aceptar la negociación de planes de igualdad para un grupo de empresas, sin perjuicio también de que puedan acordarse medidas específicas para determinadas empresas del grupo.

Con relación a la tipología de acuerdos, el art. 85 ET no deja lugar a dudas. Los planes de igualdad han de formar parte de los convenios colectivos regulados en el Título III ET y, por ello, debe descartarse la posibilidad de materialización del deber de negociar mediante otro tipo de productos negociales. Por otra parte, la naturaleza de las materias objeto de acuerdo dificulta en gran medida la posibilidad de adoptar medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres mediante productos negociales de eficacia limitada. Como excepción a la fórmula convencional, es posible la elaboración e implantación de planes de igualdad vía procedimiento de consulta en las pequeñas empresas. Esta posibilidad queda circunscrita a las empresas no sometidas al deber de negociar planes de igualdad en virtud de norma legal, convenio colectivo aplicable o decisión administrativa. En ausencia de regulación expresa y desde una interpretación analógica, debe entenderse que el procedimiento de consulta deberá desarrollarse *mutatis mutandi* en términos similares a lo establecido en el art. 41.4 ET, para los supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

En otro orden de cosas, la reforma afecta al contenido de los planes de igualdad, mediante la modificación de los apartados 2 y 5 del art. 46 LOIMH. También en esta materia parece haberse actuado con exceso de improvisación. Tras la reforma, los apartados 1 y 2 de dicho precepto duplican la labor de enumerar los contenidos de los planes de igualdad, en una reiteración de términos bastante similares, pero no idénticos. En el primer caso se hace referencia a los planes de igualdad de las empresas, mientras que en el segundo se refiere a los planes de igualdad, independientemente de su ámbito. Por otra parte, en el primer caso las medidas que contiene el plan de igualdad tienen por objeto “alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres” y “eliminar la discriminación por razón de sexo”; en el segundo, las medidas que contiene el plan de igualdad tienen por objeto “remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Considero que ambos apartados hacen referencia a un mismo concepto, por lo que la reiteración debe considerarse un error, sin que quepa apreciar diferencias reseñables en la práctica. Dicho lo anterior, conviene precisar que, en el apartado de nueva redacción, se señala que las medidas deben tener carácter evaluable, alusión que no contiene el apartado 1, y

que por ello debe considerarse la mayor innovación de la reforma en este punto. La posibilidad de evaluar la eficacia de las medidas acordadas constituye un elemento de gran importancia a la hora de determinar cuáles, entre las prácticas negociales, constituyen las mejores opciones en orden al cumplimiento de los objetivos marcados por la norma y por el plan de igualdad. A pesar de ello, también en este último caso la incorporación puede resultar superflua, porque conforme al párrafo segundo del art. 46.1 LOIMH, los planes de igualdad han de continuar fijando lo “objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”.

Lo que sí constituye una novedad es la realización de un diagnóstico negociado de situación que, por aplicación del nuevo apartado 2, debe abarcar un listado bastante completo de materias. Se trata de una lista no cerrada, puesto que puede acordarse el análisis de otros aspectos, que a modo de norma de mínimos se convertirá con bastante seguridad en un modelo de diagnóstico estándar, aunque nuevamente podría incorporar alguna reiteración innecesaria. En concreto, el diagnóstico debe examinar materias como el proceso de selección y contratación, la clasificación profesional, la formación, la promoción profesional, las condiciones de trabajo (incluida la auditoría salarial entre hombres y mujeres), ejercicio corresponsable de los derechos de vida personal, familiar y laboral, la infrarrepresentación femenina, las retribuciones, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Sin perjuicio de algunas redacciones poco afortunadas, la doble referencia a la “auditoría salarial” entre las condiciones de trabajo, que contiene la letra e), y a las retribuciones, que contiene la letra h), podría haberse resuelto simplemente estableciendo la obligación de realizar una “auditoría de retribuciones”. Por otra parte, sorprende la ausencia de referencia expresa a los aspectos ligados a la prevención de riesgos laborales, materia en la que la falta de adecuación tanto de los estudios como de las medidas a las particularidades condiciones de hombres y mujeres pueden convertirse en una fuente relevante de discriminación.

En todo caso, es preciso recordar que la redacción anterior del apartado 2 del art. 46 no realizaba expresa mención al diagnóstico negociado, para entrar de lleno en las materias que podrían integrar el plan de igualdad. Con la redacción vigente tras la reforma, el esfuerzo enumerador de materias se vierte sobre el diagnóstico y no sobre el plan de igualdad. Por otra parte, si las materias listadas en la versión original podían o no formar parte del plan de igualdad, a voluntad de los negociadores, tras la reforma las materias listadas deben obligatoriamente formar parte del diagnóstico negociado. De esta forma, las empresas y los representantes legales de los trabajadores están obligados a realizar un esfuerzo de transparencia, que evidenciará las brechas que puedan existir en cada empresa. A partir de este dato, los planes de igualdad deberán incluir medidas para remover los obstáculos que impidan la eliminación de tales diferencias, ahora sí en ejercicio de la autonomía

de las partes. Pero los diagnósticos pueden servir también para poner de relieve la existencia de situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en tales casos, tanto si se toman medidas para su eliminación como si no en el plan de igualdad, la publicidad del documento puede facilitar el acceso a los tribunales de justicia.

Con relación a la elaboración del diagnóstico, aunque también en este apartado la mención contenida en el primer párrafo del art. 46.2 ofrece alguna duda, el último párrafo del mismo precepto aclara que corresponde a la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, alusión que en mi opinión debe ser interpretada como referida a la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo, la elaboración del diagnóstico. En este sentido, debe entenderse que los resultados del examen de las materias que obligatoriamente deben ser objeto de estudio han de ser objeto de acuerdo entre las partes. En todo caso, la norma establece la obligación de la dirección de la empresa de facilitar a la Comisión Negociadora los datos necesarios para la elaboración del diagnóstico, información que ha de incluir el registro de retribuciones al que hace referencia el nuevo apartado 2 del art. 28 ET²⁶. También en este caso la mención resulta redundante, en la medida en que el propio precepto permite el acceso de la representación de los trabajadores a la información contenida en dicho registro.

En todo caso, el nuevo apartado 6 del art. 46 LOIMH encomienda al Gobierno el desarrollo reglamentario del diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad. Por esta vía, quizás se pretenda realizar un mayor esfuerzo homogeneizador del formato de los planes de igualdad, dejando en manos de los negociadores únicamente la elección de las medidas tendentes a la eliminación de las desigualdades que los informes de diagnóstico permitan poner de relieve en cada caso.

También en el mismo apartado 6, se confía al Gobierno el desarrollo del Registro de Planes de Igualdad, “en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso” que, como parte del “los Registros de convenios y acuerdos colectivos, crea el apartado 4 del art. 46 LOIMH. Si, como se ha dicho más arriba, los convenios colectivos deben incluir los planes de igualdad (art. 85.1 ET), la utilidad de un registro específico, que conllevará la exigencia de obligaciones específicas de documentación, resulta cuestionable.

Por último, las modificaciones que el RDL 6/2019 introduce en materia de clasificación profesional (art. 22.3 ET), retribuciones (art. 28.1 ET), adaptación de la jornada por razones de conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET) y nacimiento de hijo (art. 48.4 ET) obligarán a realizar un mayor esfuerzo a

²⁶ El art. 28.1 ET establece: “El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.”

los negociadores de los convenios colectivos en materia de igualdad, al menos en lo que respecta a la eliminación de previsiones discriminatorias relacionadas con dicha materia.

5. EL REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA

En el caso del registro diario de jornada, la referencia normativa específica constituye, en cierta medida, una novedad en el panorama normativo español. La facultad de controlar el cumplimiento del horario laboral por el empresario constituye un elemento básico del poder de dirección del empleador, en orden a verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales (art. 20.3 ET en relación con lo dispuesto en el art. 5.a ET). Entre los deberes del trabajador, el estricto respeto de los horarios de trabajo ha sido siempre considerada una obligación principal en toda relación de trabajo. La falta de puntualidad es objeto de sanción y su reiteración constituye un clásico entre las causas de despido disciplinario (art. 54.2.a ET). Por consiguiente, en nuestro sistema de relaciones laborales se ha compartido de manera pacífica que el respeto de los horarios laborales es una obligación nuclear en el marco del contrato de trabajo y, por ello, la reiterada falta de observancia de esta obligación es considerada un incumplimiento contractual grave y culpable que legitima al empleador para extinguir la relación de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de acordar el diseño de los instrumentos de control mediante los que ha de materializarse la vigilancia del respeto al horario establecido, vía convenio colectivo o acuerdo de empresa, no recibía tratamiento normativo específico, si bien podía considerarse inserta en la amplia referencia contenida en el art. 85.1 ET.

La obligación de establecer un registro diario de la jornada de trabajo comprende, entre otros, el deber de negociar con la representación de los trabajadores la forma en que se “organizará y documentará” en cada empresa (art. 34.9 ET). La lectura del precepto invita a considerar bastante limitado el espacio de negociación de la materia. De un lado, es obvio que la obligación de establecer un registro constituye un mandato imperativo, sobre el que no resulta posible transacción alguna. De otro lado, el precepto hace referencia expresa a la empresa, de lo que cabe extraer una aspiración de unidad. Por consiguiente, el registro debe establecerse en dicho ámbito, recogiendo los datos de todos los centros de trabajo de la empresa, mediante un mismo sistema que permite conocer el inicio y el final de la jornada de trabajo del conjunto de las personas que prestan servicio en la empresa.

Dicho lo anterior, el contenido del acuerdo se limita a los aspectos relacionados con la organización y la documentación de este registro. Con relación a esta cuestión, debe tenerse en cuenta que la organización del registro, los medios a través de los cuales se obtendrán los datos, su tratamiento y su publicidad, en principio

quedaría condicionada por cuestiones materiales como el tipo de actividades laborales, en lugar en el que se desempeñan, la continuidad o discontinuidad de la jornada diaria, y otras cuestiones típicas en materia de tiempo de trabajo. En todo caso, las avances que las tecnologías de la información y la comunicación han sufrido, durante los últimos años, la reducción de los costes que lleva aparejada, permite suponer que las empresas tendrán a su disposición múltiples soluciones técnicas que permitan superar estos obstáculos. En mi opinión, el deber de negociar esta materia debe proyectarse sobre la garantía de los derechos de los trabajadores y, en particular, sobre aquellos que tienen carácter fundamental. La puesta en marcha de determinadas tecnologías, como hemos visto en los últimos años, puede colisionar con derechos fundamentales de la persona trabajadora, en particular con el derecho a la imagen, a la intimidad o a la protección de datos. La negociación sobre la forma en que serán obtenidos y tratados estos datos debe garantizar el respeto a dichos derechos.

Por otra parte, en garantía del efecto útil de la norma, la negociación debe también facilitar el acceso a la información sobre las jornadas realmente realizadas por los trabajadores. Esta información, tal y como establece el último párrafo del art. 34.9 ET, debe permanecer durante cuatro años a disposición de los representantes de los trabajadores y de la Inspección de Trabajo. La norma también reconoce el derecho de los trabajadores a acceder al registro, si bien en este caso parece lógico circunscribir el derecho al acceso a la información particular de cada trabajador, en cada caso, no a la referida a otros trabajadores. Pues bien, el tiempo y la forma en que se accede a tales datos, el nivel de agregación o desagregación que ofrecen y, en definitiva, el contenido concreto de la información han de ser objeto de negociación en cada caso. En todo caso, sobra decir que en estas materias la norma apuesta por un ejercicio de transparencia, que permita a las partes interesadas conocer y acreditar la duración real de la jornada de trabajo.

Por lo que respecta a los productos de la negociación, la referencia general a “la negociación colectiva y a los acuerdos de empresa” permite la materialización mediante cualquier tipo de instrumento negocial, siempre que garantice la eficacia general de lo acordado, pues como se ha dicho más arriba debe garantizarse el registro diario de la jornada de todas las personas que prestan servicio en la empresa. Por lo que hace referencia al ámbito de negociación, aunque la generalidad del precepto no impide que pueda negociarse a nivel sectorial, parece que las especiales características de la materia objeto de negociación sitúan a la empresa como nivel más adecuado a estos efectos. La dificultad de alcanzar acuerdos en el ámbito sectorial y, sobre todo, los problemas de aplicación que un hipotético acuerdo en este sentido conlleva, justifica la previsión subsidiaria que permite la organización del registro por decisión unilateral del empleador. Esta posibilidad, particularmente útil en empresas sin representación de los trabajadores, ha de ir precedida de la implementación de un periodo de consultas que, en ausencia de

mención expresa, debe entenderse que ha de discurrir de manera similar al establecido en el art. 41.4 ET.

6. SUBROGACIÓN DE PLANTILLA EN LA ESTIBA

La reforma del sector de la estiba, operada mediante RDL 8/2017, determina la desaparición de las Sociedades Anónimas de Gestión de Trabajadores Portuarios (SAGEP) o su conversión en empresas de trabajo temporal, en un plazo no superior a tres años (disp. trans. primera). Durante los primeros meses de dicho periodo, la norma concedía a las empresas estibadoras accionistas de la SAGEP la posibilidad de separarse de la misma. En paralelo, y en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de dicha norma, se crea la figura de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) cuya actividad será la contratación de trabajadores para la manipulación de mercancías y su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación de dicho servicio portuario. La actividad de estos CPE se prestará en concurrencia con empresas de trabajo temporal.

En este contexto de profunda transformación de un sector que desde el punto de vista laboral ofrece importantes especialidades, no en vano hasta la reforma poseía una regulación específica²⁷, el Acuerdo de 7 de julio de 2017 procede a modificar el IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria, con el objetivo de introducir garantías de estabilidad en el empleo para los trabajadores que prestaban servicio en el sector. La modificación incorpora una cláusula subrogatoria (disp. adic. séptima), en virtud de la las empresas estibadoras que hagan uso de la facultad de separación individualizada de la SAGEP quedan obligadas a subrogarse en el personal de estiba portuaria que a la fecha de entrada en vigor de la reforma de 2017 integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad, en las mismas condiciones que posee en ese momento, con aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 44 ET. Igual previsión de subrogación contractual se contempla para los supuestos en que los accionistas decidan proceder a la disolución de la SAGEP, vía acuerdo de separación de la misma de la totalidad de las empresas estibadoras. Con posterioridad, y por acuerdo de 7 de marzo de 2018²⁸, se procede a modificar la disp. adic. séptima del IV Acuerdo del sector de la estiba, para incorporar un sistema de asignación de los trabajadores subrogados.

²⁷ Rodríguez Ramos, P. “El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente y futuro” TL nº 142/2018, pp. 79 y ss.

²⁸ Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE 13 de marzo de 2018)

El RDL 9/2019 viene a ofrecer seguridad jurídica a estos acuerdos de subrogación, ante las dudas que han podido plantearse, en particular tras la apertura por la CNMC de un expediente. La norma habilita a las partes legitimadas a negociar en el sector para acordar estas especiales fórmulas de subrogación, previsión que se extingue a la finalización del periodo transitorio (art. 4.4). En segundo lugar, el ámbito de aplicación subjetivo de la medida queda restringido a los trabajadores que estuvieran prestando servicios a la entrada en vigor del RDL 8/2017 y que continúen haciéndolo a la fecha de entrada en vigor del RDL 9/2017 (art. 4.1). En tercer lugar, el mecanismo subrogatorio únicamente podrá acordarse en tres supuestos: cuando las empresas titulares de licencias decidan separarse de la SAGEP, cuando decidan disolverla y cuando se transforme en un CEP. Por último, la disp. adic. segunda establece un nuevo plazo, ahora de nueve meses, para la adaptación de los convenios colectivos a las exigencias derivadas de lo previsto en el art. 49 TFUE.

La necesidad y urgencia con la que han sido adoptadas las sucesivas medidas normativas sirven para poner de manifiesto las dificultades de transformación que ofrece un sector tan complejo como el que es objeto de tratamiento. En principio, considero que las soluciones transitorias que la negociación colectiva ha puesto sobre la mesa muestran la voluntad del sector de adaptarse a las exigencias derivadas de los pronunciamientos judiciales. El texto del acuerdo intenta situar en posición de igualdad a las empresas estibadoras presentes en los puertos españoles, evitando con ello afectar la libre competencia entre ellas. Por el contrario, la ausencia de este tipo de reglas podría provocar importantes distorsiones de la competencia entre empresas; de permitirse que las empresas estibadoras abandonasen la SAGEP libres de cargas laborales, quedarían situadas en una posición comercial ventajosa, por cuanto podrían iniciar libres de obligaciones laborales una nueva actividad en la estiba, mientras que las empresas que permanecieran en la SAGEP se verían obligadas a asumir el empleo que hasta ese instante asumían las empresas que proceden a separarse²⁹.

En todo caso, la necesidad y oportunidad de la previsión legal puede someterse a discusión. De un lado, las especialidades del sector dificultan la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 44 ET, en particular por lo que respecta a la consideración de los tres casos previstos en el RDL 9/2019, que delimitan el ámbito de aplicación descrito en la norma legal. En segundo lugar, la habilitación legal, expresa y temporal, para negociar la subrogación de personal en el sector permite suponer un cierto nivel de acuerdo sobre la dificultad de invocar el precepto estatutario para exigir la subrogación *ex lege* de los trabajadores del sector. En tales circunstancias, la posibilidad de que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores sea garantizado mediante obligaciones de subrogación establecidas

²⁹ Cruz Villalón, J. “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, TL nº 147/2019.

en el convenio colectivo constituye una materia típica de negociación colectiva en muchos sectores de actividad, cuya licitud no ha sido cuestionada por los tribunales españoles y europeos. La posibilidad de que dichas prácticas puedan colisionar con las libertades económicas no ha sido objeto hasta la fecha de decisiones definitivas, mucho menos cuando se trata de situaciones transitorias, si bien es evidente que tanto las partes negociadoras como el Gobierno han preferido reforzar con una expresa previsión normativa.

Por último, y en materia de negociación colectiva, la disp. adic. segunda RDL 9/2019 contiene una previsión en virtud de la cual se produce la ampliación en nueve meses del plazo previsto en la disp. adic. primera RDL 8/2017. Deber recordarse que el segundo precepto establecía un plazo de un año para que las normas convencionales aplicables a las empresas del sector se adaptasen a la nueva regulación. Transcurrido dicho plazo, la norma declara nulas de pleno derecho las cláusulas pudieran eventualmente restringir la libertad de contratación o limitar la competencia³⁰. Con ello, se establece una suerte de excepción a lo previsto en el art. 85 ET, en virtud de la cual, y también de manera temporal, se permite a los convenios del sector mantenerse al margen de las obligaciones que se derivan de la aplicación del art. 49 TFUE. La excepcionalidad de la medida se justifica en las especiales circunstancias por las que atraviesa el sector y, con ello, su sistema de negociación colectiva. En un marco en que tanto los sujetos legitimados para negociar, en particular los empresarios, como las reglas que limitan los contenidos de los acuerdos están sometidos a un proceso de transformación radical, la eliminación por nulidad de las normas convencionales que vienen regulando las relaciones laborales en dicho ámbito produciría una tremenda distorsión de las actividades empresariales, con importantes efectos sobre los resultados empresariales y sobre los derechos de los trabajadores. Con todo, el plazo de nueve meses, que finalizará con el año 2019, se antoja un plazo excesivamente breve a los efectos de la adopción de nuevos acuerdos en el sector que permitan dar por finalizado el periodo de transición.

³⁰ Cruz Villalón, J. “Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba”, TL nº 142/2018, p. 109 y ss.

LAS MEDIDAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL RDL 8/2019: ENTRE EL HUMO Y EL CAMBIO DE CICLO*

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Profesor Titular Ac. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID: 0000-0001-7106-6769

EXTRACTO **Palabras clave:** Reforma, protección social, subsidio de desempleo, mayores de 52 años

Tras la crisis más devastadora desde la década de los 30, atravesamos un nuevo escenario económico y político propicio no solamente para la reversión de buena parte de los recortes aplicados en políticas sociales, sino para progresar en el desarrollo de un Estado del Bienestar avanzado.

Los llamados “viernes sociales” y los Reales Decretos-Leyes que de ellos han resultado invitan a pensar que nos adentramos en esa senda y que, por consiguiente, iniciamos un nuevo ciclo para las políticas sociales en nuestro país. Sin embargo, al menos del análisis de las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019, no puede decirse que hayamos ido tan lejos.

El presente estudio analiza esta batería de propuestas prestando especial atención a la medida estrella, la reforma del subsidio de prejubilación o, ahora, de nuevo, para mayores de 52 años. En concreto, abordaremos en qué medida nos encontramos ante un auténtico cambio de ciclo, nos detendremos en las modificaciones introducidas en el mencionado subsidio, realizaremos un análisis sucinto del resto de acciones en materia de protección social, para concluir con algunas reflexiones acerca de en qué medida las políticas sociales están sabiendo adaptarse a los nuevos tiempos y de qué forma pueden encarar los retos que plantea el período post-crisis.

ABSTRACT **Key words:** reform, social protection, unemployment subsidy, older than 52 years

Following the most devastating crisis since the 1930s, we are going through a new economic and political scenario conducive not only to the reversal of much of the cuts applied to social policies, but to progress in the development of a state of Advanced Wellness.

The so-called “social Fridays” and the Royal decrees-laws that have resulted from them invite us to think that we are entering that path and that, therefore, we begin a new cycle for social policies in our country. However, at least the analysis of the social protection measures of RDL 8/2019, it cannot be said that we have gone so far.

The present study analyses this battery of proposals paying special attention to the star measure, the reform of the preretirement subsidy or, now, again, for over 52 years. In particular, we will deal with the extent to which we are faced with a genuine change of cycle, we will stop in the amendments introduced in the aforementioned subsidy, we will undertake a concise analysis of the rest of social protection actions, to conclude with some reflections on the extent to which social policies are knowing how to adapt to the new times and how they can address the challenges posed by the post-crisis period.

ÍNDICE

1. EL CAMBIO DE ESCENARIO
2. EL SUBSIDIO DE PREJUBILACIÓN: LA REFORMA “DELOREAN”
3. OTRAS REFORMAS EN EL ORDEN SOCIAL
4. A MODO DE CONCLUSIONES: ¿Y AHORA QUÉ?

1. EL CAMBIO DE ESCENARIO

Que entre el Derecho Social y la crisis económica existe una íntima vinculación es algo de lo que se ha discutido largo y tendido. «La crisis económica ha ejercido siempre su influencia en el cuadro de instituciones del Derecho del Trabajo»¹ y de ahí que resulte un mecanismo transformador esencial de la regulación laboral. Los envites de las crisis alteran la realidad de tal manera, ejercen tal presión, que en muchas ocasiones propician cambios que en otras coyunturas resultarían inimaginables.

Pero siendo esto cierto, no lo es menos que la recuperación es también compañera de viaje del Derecho Social. En algunas ocasiones porque, actuando pendularmente, se emprenden cambios que pretenden compensar los efectos excesivos de los realizados durante la crisis. En otros, quizá los menos en los últimos tiempos, porque la prosperidad también propicia contextos particulares en los que parece que todos es posible. Los vientos de cola también generan presiones a favor de la adopción de medidas que en otras coyunturas no habría valentía suficiente para poderlas adoptar.

En ambos casos, la intensidad con que la crisis y la recuperación actúan como mecanismo transformador de la regulación social depende, se ha dicho, de la política, de la concreta «opción gobernante a la hora de distribuir los beneficios y los sacrificios, desajustando las dosis establecidas de unos y otros»². De ser esto

¹ Palomeque López, M. C., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, en *Derecho del trabajo y razón crítica: libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo aniversario como catedrático*, Caja Duero, 2004, p. 33. “language”: “spa”, “author”: [{{“literal”: “Palomeque López, M. C.”}}, “issued”: {“date-parts”: [{{“2004”}}]}, “locator”: “33”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”} El debate a que hacíamos mención se ha reavivado, como no podía ser de otra forma, con la última, dando pie a trabajos como MONEREO PÉREZ, J. L., *El derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, Granada, 2010. Mercader Uguina, J. R., *Salario y crisis económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. CABEZA PEREIRO, J., *Derecho del trabajo y crisis económica*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2013.

² De la Villa Gil, L. E., *El derecho del trabajo a mis 80 años*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 115. “source”: “dialnet.unirioja.es”, “event-place”: “Madrid”, “abstract”: “Autorías: Luis Enrique de la Villa Gil, Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea, Manuel Carlos Palomeque López, Alfredo Montoya Melgar.\nAño de publicación: 2015.\nLibro en Dialnet.”, “ISBN”: “978-84-9961-190-7”, “language”: “spa”, “author”: [{{“literal”: “de la Villa Gil, L. E.”}}, “issued”: {“date-parts”: [{{“2015”}}]}, “locator”: “115”}], “schema”: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

así, el Derecho social no sería ni Derecho de la crisis, ni de la recuperación, sino Derecho de la economía, complementario de ésta³. El modo de entenderla y de gestionarla marcan indubitadamente la morfología del Derecho social en el ciclo y, lo que es más importante, más allá de éste.

De ahí la importancia de prestar atención no solamente al contexto económico en el que se presentan las reformas, sino también al político. La coyuntura económica influirá sin lugar a dudas en el modo en que se reforma el Derecho social, pero también la concreta opción política encargada de gobernar el ciclo y, sobre todo, el modo de entender el gobierno de la economía por parte de ésta.

En relación a la primera, lo cierto es que el contexto económico ha cambiado notablemente en los últimos años. Hace ya un lustro que conseguimos dejar atrás la mayor crisis económica desde la Gran Depresión de años 30, si bien sus efectos aún se dejan notar. Tal fue y sigue siendo su impacto que, parangonando aquella, recibió el nombre de la “Gran Recesión”⁴. No se trató, sin embargo, de una única crisis económica. Al contrario, la Gran Recesión albergó en su seno diversas etapas⁵ que explican su diferente impacto y duración a escala mundial. Así, mientras que en EEUU la crisis tuvo forma de “v” y la dejaron atrás en el tercer trimestre de 2009; en Europa dibujó una “w” (ver Gráfico 1), como consecuencia de la llamada Crisis de deuda soberana o Crisis del Euro y de las políticas de austeridad puestas en marcha a partir de 2010 para hacerle frente⁶, y no recuperó la senda del crecimiento hasta el tercer trimestre 2013.

Los datos evidencian que las políticas de austeridad fueron uno de los factores que explicaron la recaída en la crisis en Europa y su prolongación en el tiempo.

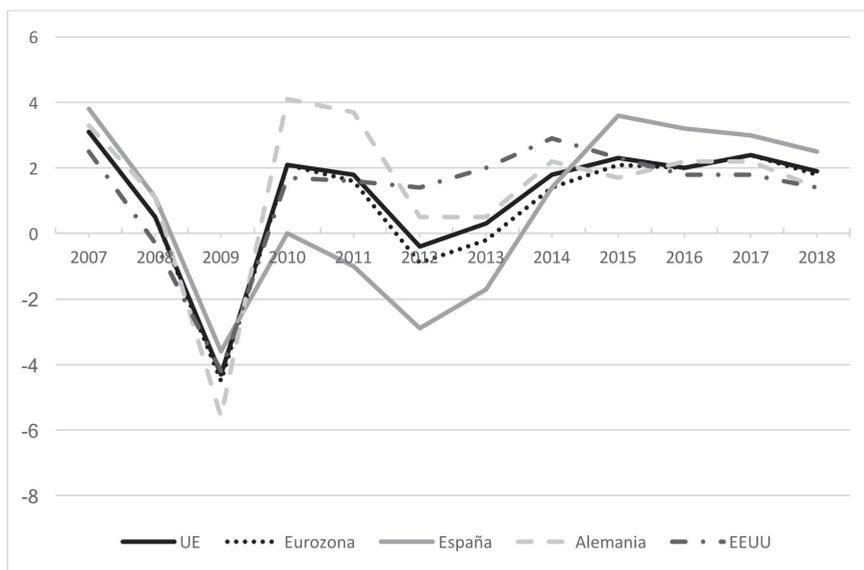
³ Sinzheimer, H., *Crisis económica y derecho del trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pp. 85-86.

⁴ Stiglitz, J. E., “La gran recesión”, *Claves de Razón Práctica*, 2010.

⁵ Una explicación sencilla sobre el origen de la crisis y las peculiaridades europeas pueden encontrarse en Krugman, P., *¡Acabad ya con esta crisis!*, Crítica, Barcelona, 2012, pp. 123-161 y 179-220. Prestando especial atención a España en el marco de la estrategia económica desplegada por la Unión, puede encontrarse en Rodríguez Ortiz, F., “Crisis de la deuda y nueva gobernanza económica: una alternativa conservadora al gobierno económico europeo”, *Revista de economía mundial*, 33, 2013, pp. 229-257.

⁶ Aunque la Comisión Europea y el Fondo Monetario Internacional siempre han sostenido que las políticas de ajuste practicadas eran las más correctas para hacer frente a la particular morfología que la crisis adoptó en Europa, sí han reconocido haber infravalorado su impacto y no haber tenido en cuenta los terribles efectos sociales, especialmente en materia de desempleo (general y juvenil), desigualdad y pobreza. El propio FMI admitió haber subestimado el multiplicador fiscal en sus previsiones de crecimiento anteriores a octubre de 2012, lo que implicó una previsión de impacto menor al que final se produjo. Por su parte, la evaluación del Parlamento Europeo lamentó que se hubiera «prestado muy poca atención a la atenuación del impacto económico y social negativo de las estrategias de ajuste en los países sujetos a un programa» y que [...] «con demasiada frecuencia, el haber adoptado el mismo planteamiento de gestión de la crisis para todos no haya tenido plenamente en cuenta el equilibrio del impacto social y económico de las medidas prescritas» (epígrafe 45). PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre la investigación relativa al papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2013/2277(INI))*, Parlamento Europeo.

Gráfico 1. Tasa de crecimiento real del PIB



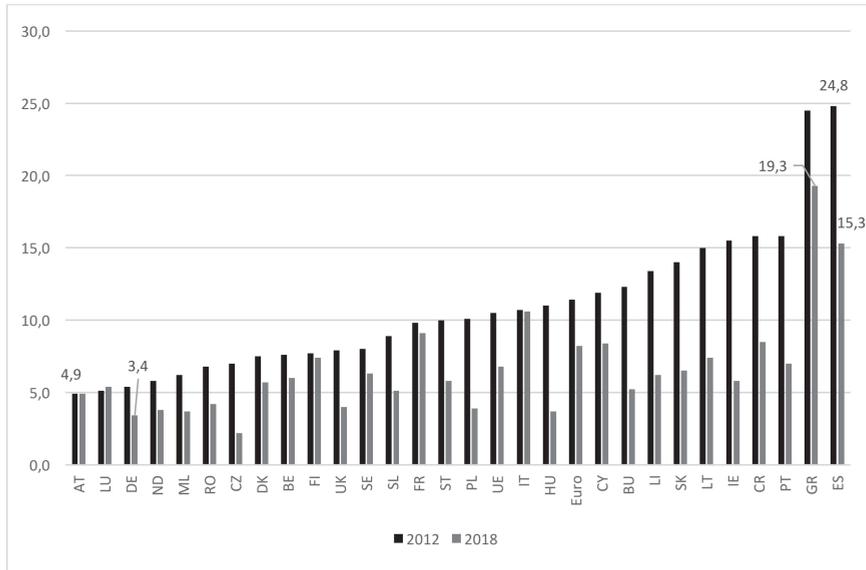
Fuente: elaboración propia a partir de los datos de Eurostat.

Pero éste es sólo un efecto indirecto, pues el directo no es otro que el impacto que tuvieron en los distintos sistemas integrantes del Estado del Bienestar y, por lo que aquí respecta, en las políticas de protección social. De acuerdo con la investigación realizada por el Parlamento Europeo, desde un primer momento la protección social estuvo en el punto de mira de la rebaja del gasto público: «entre las condiciones para recibir asistencia financiera, los programas [incluyeron] recomendaciones sobre recortes específicos del gasto social real en ámbitos fundamentales, como las pensiones, los servicios básicos, la atención sanitaria y, en algunos casos, los productos farmacéuticos para la protección básica de los más vulnerables, así como la protección ambiental, en lugar de recomendaciones que [concedieran] a los Gobiernos nacionales un mayor flexibilidad para decidir en qué ahorrar»⁷

De esta forma, se llegó a una situación ciertamente paradójica pues, justo en el momento en que las políticas de protección social eran más necesarias, pues debían actuar como mecanismo amortiguador de los efectos de la crisis, sufrieron drásticos recortes. Aunque las pensiones probablemente fueron la forma de pro-

⁷ Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI))*, Parlamento Europeo, 2014. Epígrafe, 15.

Gráfico 2. Evolución tasa de desempleo por países



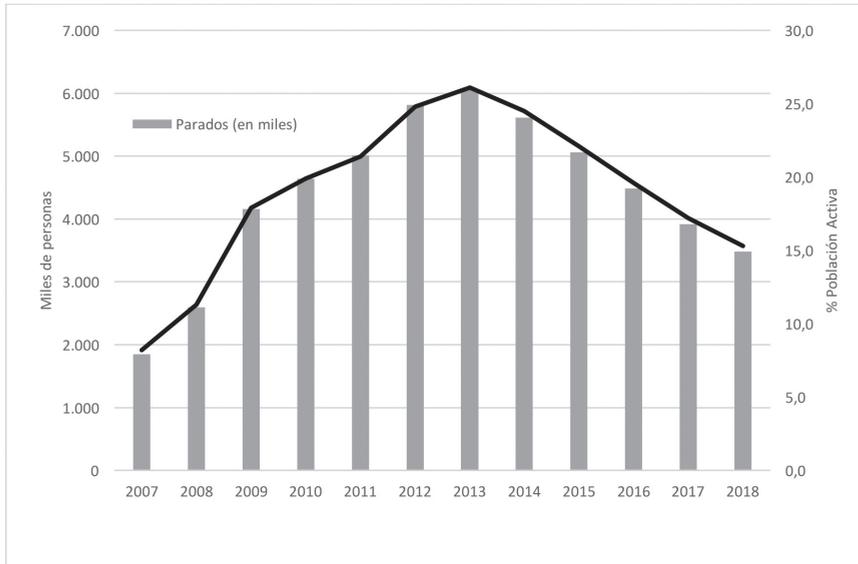
tección social que más claramente simbolizó el tajo en el gasto social, lo cierto es que no fueron las únicas. Incluso las más relacionadas con las crisis económicas, como la protección por desempleo, fueron víctima de la tijera⁸.

En el caso de nuestro país, a las dificultades que atravesó la Eurozona se unieron otros factores particulares, como la morfología de nuestro mercado de trabajo y la estructura de nuestro sistema productivo, que propiciaron una reacción especialmente adversa de nuestro mercado laboral. Fuimos y aún somos uno de los países con la tasa de desempleo más elevada de toda la Unión Europea (ver Gráfico 2).

Aún así, no es menos cierto que ha sido largo el camino que hemos andado en la reducción del desempleo (ver Gráfico 3). España cerró 2018 en el 15,3%, 10,8 puntos menos que en 2013, el punto álgido de la crisis. Ello en buena medida ha sido posible gracias a unas tasas de crecimiento superiores a la media de la Unión. Desde 2015, España viene creciendo de media por encima del 3%, con diferenciales superiores al punto respecto del resto de la Unión y los países de la

⁸ Aunque los recortes en el sistema de protección por desempleo pasaron más desapercibidos y no despertaron tanta indignación como los emprendidos en la jubilación, en buena medida porque se hizo de forma fragmentada, lo cierto es que no revistieron un carácter menor. Este artículo de divulgación sintetiza esta idea. Pérez del Prado, D., "El silencioso recorte en la protección por desempleo", *eldiario.es - Agenda Pública*, 2014, en http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/silencioso-recorte-proteccion-desempleo_0_281371974.html.

Gráfico 3. Evolución desempleado y tasa de paro



Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat.

moneda única. El año 2018 se cerró con un crecimiento del 2,5%, 1,6 y 1,5 puntos más que nuestros vecinos europeos y del euro respectivamente.

Por consiguiente, la recuperación económica por fin ha llegado y se está haciendo notar en el mercado de trabajo. Sin embargo, ha sido tal el daño, que está costando tiempo recuperar el terreno perdido en materia de empleo. Pero éste no es el único ámbito donde se está procurando recuperar el tiempo perdido. La recuperación también está propiciando que se deshagan parte de los recortes emprendidos en la crisis, en buena medida ante la evidencia de que muchos fueron excesivos. La intensidad de esa evolución frente a la involución depende, sin embargo, de la sensibilidad política, y de ahí que resulte preciso mencionar, como ya se adelantó, un segundo factor explicativo de los nuevos tiempos que corren en materia de protección social.

Ese otro factor explicativo es sin lugar a dudas el político. El 1 de junio de 2018 resultó aprobada, por primera vez en nuestra democracia, una moción de censura, presentada por el grupo parlamentario socialista contra el gobierno presidido por Mariano Rajoy⁹, resultando elegido nuevo presidente del gobierno el entonces candidato Pedro Sánchez.

⁹ Sometida a votación la moción de censura fue aprobada por 180 votos a favor (los de los grupos socialista, Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, Esquerra Republicana, vasco y

El nuevo ejecutivo no solamente significó un cambio de rumbo en lo que a las directrices políticas generales se refiere, sino, en lo que aquí respecta, una nueva etapa de una mayor (o más intensa) sensibilidad social. De hecho, entre los cuatro puntos del programa de gobierno defendido por el candidato ante Congreso, uno se refería expresamente a la «estabilidad social, laboral y medioambiental», siendo «uno de los principales objetivos en ese programa de estabilidad social mejorar la eficacia de nuestro Estado del bienestar para combatir la pobreza [...]»¹⁰. La idea básica era conjugar la estabilidad macroeconómica y presupuestaria (punto dos) con la social (punto tres), de tal suerte que los beneficios de la recuperación pudieran alcanzar de una forma más intensa a quienes más sufrieron la crisis.

En un corto espacio de tiempo el nuevo Gobierno lanzó un paquete de iniciativas de amplio calado social, como la subida del SMI hasta 900 euros, la reforma de las prestaciones parentales o la revalorización de las pensiones¹¹. En ese nuevo contexto político, el Gobierno trató de aprobar su propia Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019¹², de tal forma que diera soporte y reflejara su programa de gobierno. Sin embargo, el proyecto fue rechazado por el Congreso en sesión plenaria de 13 de diciembre de 2018¹³, lo que tuvo como consecuencia la convocatoria de elecciones para el 28 de abril.

No obstante, aún con las Cortes disueltas, el Gobierno decidió mantener una alta actividad legislativa, aprobando diversos Reales Decretos-Leyes, muchos de ellos de contenido social. Tal ha sido el caso del RDL. 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (en adelante RDL. 8/2019¹⁴), cuyas medidas de política social serán objeto de análisis en el presente artículo.

En particular dedicaremos especial atención a la reforma del subsidio de pre-jubilación, probablemente la medida más importante de cuantas se agrupan bajo el capítulo I sobre «Medidas de protección social». En un apartado subsiguiente

buena parte del mixto -PDeCAT, Compromís, Bildu y Nueva Canarias-, 169 en contra (de los grupos popular y de Ciudadanos) y 1 abstención (Coalición Canaria).

¹⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación Permanente) de 31 de mayo de 2018, núm. 126, págs. 22-24. Puede accederse al texto completo en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-126.PDF

¹¹ Aunque también se quedaron otras promesas electorales en el cajón como la derogación de la reforma laboral de 2012 y la aprobación de un nuevo Estatuto de los Trabajadores o la derogación de la reforma de las pensiones de 2013.

¹² BOCG 16 de enero de 2019, Serie A Núm. 38-1, p. 237. Puede accederse al texto completo en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-38-1.PDF#page=1

¹³ Votación conjunta de las enmiendas a la totalidad de devolución al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019, presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular en el Congreso, Ciudadanos, de Esquerra Republicana y Mixto. Resultado: Sí: 191 No: 158 Abstenciones: 1.

¹⁴ BOE 12/03/2019, núm. 61. Un análisis de urgencia puede encontrarse en Panizo Robles, J. A., “¿Las últimas modificaciones en materia de Seguridad Social en la legislatura? (Real Decreto-Ley, de 8 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección social)”.

daremos cuenta sumaria del resto de medidas, que revisten un carácter más parcial y fragmentario. Cerraremos el estudio con algunas reflexiones de fondo sobre la oportunidad de este tipo de “decretos sociales”.

2. EL SUBSIDIO DE PREJUBILACIÓN: LA REFORMA “DELOREAN”¹⁵

Si tuviéramos que dar un nombre a la reforma del subsidio de prejubilación¹⁶, podríamos darle el de “Reforma Delorean” porque, como el joven de la famosa película de los 80, el legislador se ha limitado a viajar en el tiempo, retro trayendo la regulación al momento anterior al RDL 6/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (en adelante RDL 5/2013¹⁷), y al RDL 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (en adelante, RDL 20/2012¹⁸). Ninguna novedad de calado prevé el RDL 8/2019¹⁹, probablemente porque lo pactado con los sindicatos fue precisamente deshacer el recorte²⁰, que no es poco, pero perdiendo una buena oportunidad para mejorar su regulación.

De hecho, la reforma aborda sistemáticamente cada una de las cuatro áreas que los RRDDLL 5/2013 y 20/2012 cambiaron con el objetivo de prolongar la vida activa pero también y fundamentalmente de racionalizar el gasto público²¹.

Así, en primer lugar, la reforma 2012-2013 modificó el acceso mediante un cambio doble. De una parte, se elevó de la edad de acceso al subsidio, que pasó de los 52 a los 55 años²², retro trayendo la regulación a su nacimiento, en el que

¹⁵ Denominación que dejé en otro lugar: www.forodelabos.blogspot.com

¹⁶ Utilizaremos esta denominación alternativa, últimamente menos frecuente, para evitar las confusiones derivadas del cambio de la edad de acceso al subsidio. A partir de la reforma que vamos analizar, éste puede volver a llamarse “subsidio para mayores de 52 años”.

¹⁷ BOE 16-03-2013, N.º. 65 (corrección de errores y erratas BOE 04-04-2013, N.º. 81).

¹⁸ BOE 14-07-2012, N.º. 168.

¹⁹ El proyecto de ley de presupuestos generales del Estado para 2019 incluyó en su disposición final trigésima segunda una reforma del subsidio de prejubilación idéntica a la contenida en el Real Decreto-Ley BOCG 16 de enero de 2019, Serie A Núm. 38-1, p. 237. Puede accederse al texto completo en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-38-1.PDF#page=1

²⁰ https://www.ccoo.es/noticia:339810--El_Gobierno_tras_acordarlo_con_CCOO_y_UGT_modificara_el_subsidio_para_mayores_de_55_anos

²¹ Véase, en especial, la exposición de motivos del RDL 20/2012.

²² Para un estudio de los efectos de esta reforma en el subsidio (y en otros aspectos del desempleo y de la regulación general de la Seguridad Social), *vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Reformas en materia de Seguridad Social y Empleo derivadas de la crisis económica (Ley 3/2012, de 6 de julio, y Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, 353, 2012, pp. 100-114. Con carácter más general también puede consultarse, García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J. R. (eds.), *La regulación*

el límite se fijó precisamente en tal edad²³. De otra, también se especificó que para obtener el subsidio el trabajador debía tener cumplida la edad de cincuenta y cinco años en la fecha del agotamiento de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo; o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a un subsidio. Para que no hubiera lugar a dudas de que se cerraba a la puerta a la posibilidad de acceder a la protección del subsidio por el mero cumplimiento de la edad, aunque el resto de requisitos se cumplieran en un momento diferente, se derogó el art. 7 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (en adelante, RD 625/1985²⁴).

Pues bien, frente a esto, el RDL 8/2019 ha procedido a reducir la edad de acceso de 55 a 52 años, volviendo de nuevo a la regulación de 1989, y a suprimir el requisito de tener cumplida la edad de 52 años en el momento del hecho causante del subsidio, lo que implica que se podrá tener acceso cuando se cumpla esa edad con independencia de las circunstancias que acompañen tal situación. Añade la exposición de motivos que, de esta forma se recoge «la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión». En efecto, la jurisprudencia había admitido la posibilidad de acceder al subsidio de prejubilación, aunque se hubiera agotado la protección por desempleo con anterioridad al cumplimiento de dicha edad e incluso aunque no se hubiera mantenido su inscripción ininterrumpida, mediante una interpretación flexible de los requisitos vigentes²⁵. Lo que se hace en este caso es incorporar al texto legal esa línea jurisprudencial, cubriendo el vacío normativo existente²⁶.

del mercado laboral: un análisis después de la publicación de la Ley 3/2012, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 654-658. Sempere Navarro, A. V., “Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RDLEY 20/2012, de 13 julio)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, 5, 2012, pp. 15-48.

²³ El RDL. 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionales de carácter social (BOE 01-04-1989, N.º. 78) rebajó la edad de acceso a los 52 a cambio de introducir el requisito de la cotización durante seis años.

²⁴ BOE 07/05/1985, núm. 109.

²⁵ SSTs 20 de junio de 2007 (R.º 1093/2006), de 14 de febrero de 2005 (R.º 1612/2004), 11 de noviembre de 2003 (R.º 3268/2002), 30 de abril de 2001 (R.º 1575/2000) y 17 de abril de 2000 (R.º 3086/1998).

²⁶ La redacción quedaría como sigue: «si en la fecha en que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los apartados anteriores, los trabajadores no hubieran cumplido la edad de cincuenta y dos años, pero, desde dicha fecha, permanecieran inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, podrán solicitar el subsidio cuando cumplan esa edad. A estos efectos, se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida cuando cada una de las posibles interrupciones haya tenido una duración inferior a noventa días, no computándose los periodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena. En este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario». De otra parte, como explicamos en el apartado anterior, el RDL 6/2013 derogó art. 7.3 RD 625/1985, sin que, por el momento, se haya recuperado su contenido. No obstante, entendemos que el tenor literal del art. 274.4 LGSS es lo suficientemente clara como para que esto constituya un problema.

En segundo lugar, el RDL. 20/2012 modificó la duración del subsidio, retrotrayéndola a la regulación anterior a la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible²⁷. En la versión original, este subsidio se extendía hasta el momento en que el trabajador alcanzara la edad que le permitiera acceder a la pensión contributiva de jubilación en cualquiera de sus modalidades, lo que significaba que el desempleado que reunía los requisitos para causar la pensión de jubilación antes de la edad ordinaria veía extinguido su subsidio por acceder a la jubilación anticipada. Posteriormente, la norma aludida, con una filosofía de alargamiento de la vida laboral, rebajó tales exigencias, determinando que la duración del subsidio abarcaría como máximo hasta alcanzar la edad ordinaria exigida para causar el derecho a la pensión de jubilación²⁸.

La reforma de 2012 supuso en este sentido una involución, no solamente porque entraba en abierta contradicción con el fin que decía perseguir, la prolongación de la vida activa, al acelerar el tránsito hacia la jubilación, lo que en la mayoría de los casos se caracteriza por su irrevocabilidad; sino por el efecto negativo que tenía en la pensión de jubilación, al forzar la aplicación de coeficientes reductores por jubilación anticipada²⁹.

Pues bien, frente a este recorte, la reforma de 2019 opta por la versión vigente en el período 2002-2012, de tal forma que desde su entrada en vigor el subsidio se vuelve a percibir hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, esto es, 65 ó 67 años según los casos.

En tercer lugar, además de afectar la duración, la reforma también incidió en las dos prestaciones que integran el subsidio, la cotización y la prestación económica. Por lo que hace a la primera, se trata de unos elementos centrales de este subsidio pues durante su percepción la Entidad Gestora estará obligada a cotizar por la contingencia de jubilación, lo que la configura, junto a la duración, como un puente hacia la jubilación para el caso en que el trabajador no logre encontrar un nuevo puesto de trabajo. Pues bien, el RDL 20/2012 rebajó la base de cotización del 125 por ciento del tope mínimo a la cuantía de tal tope, modificación que, además, afectó a quienes ya lo estaban percibiendo.

²⁷ BOE 13-07-2002, N.º. 167. En adelante, Ley 35/2002

²⁸ En este sentido puede destacarse, a modo de elemento de reflexión adicional, que, a pesar de que el RDL. 5/2013 buscaba con carácter general la prolongación de la vida activa de los trabajadores de mayor edad, encontramos más elementos que sirven a esta función en el RDL. 20/2012 que, por ejemplo, afectó como vemos a la duración del subsidio. En un sentido similar, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Ré, F.; Casas Baamonde, M.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*, N.º. 5, 2013, pp. 20-23.

²⁹ Fernández Orrico, F. J., "Reformas en materia de Seguridad Social y Empleo derivadas de la crisis económica (Ley 3/2012, de 6 de julio, y Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio)", cit., p. 105.

De otro lado, la cuantía del subsidio no se alteró, pues se mantuvo en el 80% del IPREM, es decir, 426 euros mensuales³⁰. Sin embargo, para el supuesto de pérdida de un trabajo a tiempo parcial, se cambió la percepción íntegra por la proporcional a las horas previamente trabajadas, lo que sin duda impedía que el subsidio pudiera cumplir con su función de garantía de mínimo de subsistencia.

De nuevo, la reforma de 2019 va a deshacer el recorte incrementando la cuantía de la cotización por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio del 100 al 125 por ciento del tope mínimo de cotización vigente en cada momento y la eliminando los porcentajes aplicables a la cuantía del subsidio cuando proviene de un trabajo desarrollado a tiempo parcial.

El último de los ámbitos afectados por la reforma 2012-2013 fue el de las rentas computables a los efectos del acceso al subsidio. En este caso, el cambio fue doble. De una parte, se modificó el segundo apartado del actual art. 275.4 LGSS para incrementar del 50 por ciento al 100 por cien del tipo de interés legal del dinero aplicable a los rendimientos patrimoniales que se tendrán en cuenta a los efectos de determinar los umbrales de renta que dan acceso al subsidio. De otra, se incorporaron las rentas familiares a los efectos del cómputo individual de rentas de tal suerte que, aunque el solicitante careciera de rentas inferiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, si tenía cónyuge y/o hijos menores de veintiséis años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entendía cumplido el requisito cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, superara el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

La introducción del elemento familiar en el cómputo del nivel de renta era criticable por dos motivos³¹. De una parte, porque implicaba una barrera de acceso y mantenimiento del subsidio muy intensa, lo que limitaba enormemente el ámbito de aplicación subjetiva del subsidio de prejubilación. A este respecto debe recordarse que va dirigido a un determinado grupo de trabajadores de edad avanzada caracterizados por sus especiales dificultades de acceso a un nuevo puesto de trabajo, lo que les hace caer frecuentemente en el paro de larga duración. De otra, porque guarda poca coherencia con la configuración y naturaleza jurídica del subsidio: «lo decisivo aquí no es en principio la situación familiar, sino la propia situación personal ante el mercado de trabajo», pues su objeto principal es el de «atender las especiales dificultades que tienen ciertos colectivos para encontrar

³⁰ Nótese que el IPREM se ha incrementado desde entonces desde los 532,5 euros a los 537,84 euros actuales, esto es, 4,33 euros en siete años (en realidad en 9, porque la cuantía para 2012 era la misma que en 2010). De esta forma, la cuantía actual del subsidio asciende a 438,8 euros.

³¹ Pérez del Prado, D., “La reforma de la protección por desempleo”, en García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *Las reformas laborales y de seguridad social: de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 2014, pp. 473-521.

un puesto de trabajo y hallar un medio de vida»⁽³²⁾. De ahí que no tenga sentido imponerles condicionantes de naturaleza colectiva cuando se trata de un subsidio de marcado carácter individual, si es que tales elementos tienen sentido en la protección por desempleo³³.

Pues bien, frente a esta importante barrera de acceso, el RDL 8/2019 elimina la consideración de las rentas de la unidad familiar para el acceso al subsidio. Nótese que con esto se deshace el principal recorte, el establecido por el RDL 6/2013, pero se deja indemne el que introdujo el RDL 20/2012, el relativo al porcentaje del tipo de interés legal del dinero vigente aplicable a efectos de considerar las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, en lo que hace al requisito de carencia de rentas. El motivo de no haber corregido esta segunda medida puede deberse a su alcance general, pues no afecta solamente al subsidio de prejubilación.

Dicho esto, debe recordarse que la reforma en este punto lo que aporta, todo lo más, es seguridad jurídica, pues este cambio particular había sido expulsado de nuestro ordenamiento jurídico por la STC 61/2018, de 7 de junio (R° 3688/2013)³⁴, que declaró nula la modificación introducida en el actual art. 275.2 LGSS por el RDL 5/2013, esto es, la consideración de las rentas familiares a los efectos de acceso y el mantenimiento del subsidio. Tal declaración de nulidad no se basó, sin embargo, en un motivo de fondo, sino de forma. A juicio del Alto Tribunal, las medidas adoptadas no cumplían con el requisito constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad exigidas por el art. 86 CE para la adopción de Reales Decretos-Leyes: «de lo expuesto se deduce que ni en la exposición de motivos de la norma ni en el debate parlamentario de convalidación ni en la memoria de impacto normativo se indica que tales modificaciones traten de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o constituyan una necesidad urgente, hasta el punto de que su efectividad no pueda demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 6 (R° 116/1983)³⁵».

³² López Gandía, J., “El subsidio de desempleo y las responsabilidades familiares”, *Actualidad laboral*, 2, 1986, p. 1834.

³³ También se ha dicho que la medida podía tener un claro componente de género «ya que será más habitual que afecte a mujeres, ya que será más frecuente que sus parejas sigan en activo o bien sean ya pensionistas, lo que impedirá a aquéllas acceder a este subsidio». Gala Durán, C., “Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación”, en VVAA (ed.) *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, 2015, p. 279.

³⁴ Un nuevo caso de lo que se ha llamado la conversión de la norma implícita en norma explícita. Molina Navarrete, C., “¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»? el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político»”, *RTJSS.CEF*, vol. 433, 2019, p. 15.

³⁵ El RDL 8/2019 es muy consciente de lo que le sucedió a la reforma anterior, hasta tal punto que se cuida mucho de especificar los motivos que, a su juicio, justifican la extraordinaria y urgente

Para salvar el vacío normativo, el SEPE dictó la Instrucción del SEPE de 25 de julio de 2018 en la que establecía los criterios de actuación aplicables a partir del 7 de julio de ese mismo año y que, en síntesis, venía a aplicar el criterio individual de rentas, obviando el familiar, a las solicitudes iniciales o de reanudación que se presentaran a partir de la mencionada fecha. Con la reforma del RDL 8/2019 se positiviza lo que ya existía jurídicamente hablando.

Al margen de este viaje de ida y vuelta (o de varias idas y vueltas en algunos casos), y para cerrar este apartado, cabe preguntarse cuál su impacto real sobre el subsidio, tanto de los recortes como potencialmente de la nueva etapa que ahora se inicia.

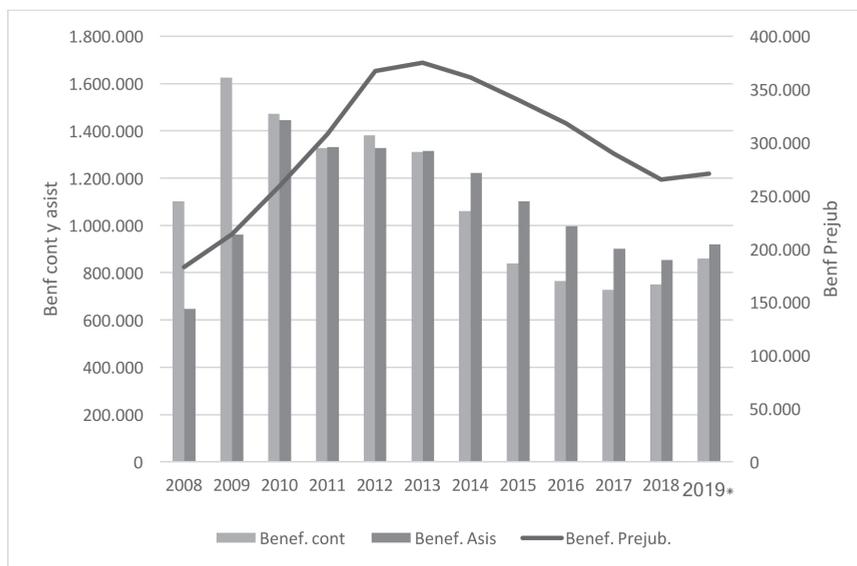
Por lo que hace a los primeros, lo cierto es que su evaluación no resulta una tarea fácil, pues el número de beneficiarios depende de otras variables, entre las que destaca el flujo de parados y de beneficiarios que se registra en cada momento temporal. Esto implica que un descenso el número de beneficiarios del subsidio de prejubilación no tiene por qué deberse, o no solamente, a los efectos de los recortes, sino también porque el número total de beneficiarios, de todas las prestaciones por desempleo, esté bajando.

De acuerdo con el siguiente gráfico, esto es precisamente lo que sucedió a partir de 2013. El número de beneficiarios del subsidio de prejubilación (la línea) descendió, pero es que también estaban descendiendo el de prestaciones contributivas y del resto de subsidios asistenciales. No obstante, el comportamiento de uno y otras es diferente. Mientras que el descenso en el número de beneficiarios de prestaciones comienza a caer en 2009 y el de subsidios en 2010, para el subsidio de prejubilación esto no ocurre, precisamente, hasta que se aprueban las reformas. Si a esto le añadimos que el paro de larga duración afecta en mayor medida a esta franja de edad, entonces podemos también descartar que la reducción del número de beneficiarios se debiera a su salida hacia el empleo³⁶. En suma, aunque de los datos no reflejen con claridad el impacto exacto, parece plausible concluir que las reformas propiciaron un recorte no menor del número de beneficiarios.

necesidad. De la lectura de la exposición de motivos parece deducirse que la estrategia gubernamental consiste fundamentalmente en justificar su acción normativa sobre la base de que, si en determinadas ocasiones, las reformas estructurales frecuentemente ligadas a recortes, han encontrado justificación suficiente ante los ojos del Tribunal Constitucional, con mayor motivo debiera admitirse la misma justificación si de lo que se trata es de revertir un recorte que permitirá acceder a una mejor cobertura a 379.465, según los datos del gobierno. En todo caso, con independencia de valoración que pueda suscitar el motivo dado por el ejecutivo para justificar la extraordinaria y urgente necesidad, al menos se explicita uno, cosa que no ocurrió con la anterior reforma de este subsidio Rojo Torrecilla, E., "Notas sobre el contenido del 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", *El Blog de Eduardo Rojo. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 2019, fecha de consulta en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/03/estudio-del-real-decreto-ley-62019-de-1.html>.

³⁶ Debe recordarse que, con carácter general, para todas las prestaciones por desempleo, la caída del número de beneficiarios, se tradujo, hasta que se inició la recuperación, en una bajada de la tasa de cobertura.

Gráfico 4. Beneficiarios según tipo de prestación



Fuente: elaboración propia a partir de los datos del MTESS.

De otra parte, por lo que hace al potencial impacto de la reforma de 2019, según los datos del propio Gobierno reflejados en la exposición de motivos, ésta beneficiará a 379.465 personas, de las cuales 12.000 son desempleados que actualmente cobran el subsidio de forma parcial y pasarán a percibirlo a tiempo completo; 265.465 son actuales beneficiarios del subsidio que verán mejoradas sus cotizaciones; y 114.000 son desempleados que no tienen derecho al acceso a la protección contributiva ni asistencial y que, con esta reforma, pasan a estar cubiertas por el sistema de protección por desempleo a través de este subsidio. Fijándonos en esta última cifra, sin duda la más interesante, y contrastándolo con las que mostrábamos en el Gráfico 4, el Gobierno cuenta con más que recuperar el nivel previo a 2013, pasando de los mencionados 265.465, cifra con que se cerró 2018, a 379.465. En el punto álgido de este subsidio, en 2013, cubrió a 375.299 beneficiarios. No obstante, debe tenerse en cuenta que la tasa de paro en aquel momento era más de diez puntos superior y la de larga duración más de cinco³⁷, con lo que quizá el cálculo es algo optimista.

Aún así, parece que la reforma del subsidio ha propiciado una auténtica avalancha que habría terminado por colapsar las maltrechas oficinas del Servicio

³⁷ Según Eurostat, la tasa de desempleo de larga duración se situó en el 13% en 2013, mientras que cerró 2017, último año disponible, en el 7,7%. Para la tasa de paro general, nos remitimos al Gráfico 5.

Público de empleo. Según se pudo leer en prensa³⁸, la tramitación del subsidio se encuentra paralizada debido a las «lagunas» y la «redacción apresurada» del Real Decreto-Ley, aunque también reconoce que ha habido un alto número de peticiones desde su entrada en vigor, unas 56.000. Tal ha sido la situación y la polémica suscitada, que el propio Ministerio se ha visto obligado a publicar una nota de prensa aclaratoria³⁹.

Aunque el RDL 8/2019 adolece de importantes defectos de técnica legislativa, cuestión que abordaremos en el siguiente apartado, no parece que ésta sea la causa de los problemas de tramitación del subsidio, sino más bien el incremento en el número de peticiones. Los problemas técnico-jurídicos que se mencionaron al hilo de la polémica no son nuevos, ni tienen que ver con la reforma, aunque sí se le puede reprochar que no aprovechara la ocasión para resolverlos.

Tal es el caso de las dudas en torno al cómputo recíproco de cotizaciones de otros regímenes y, en particular, del RETA, en lo que hace al período de carencia exigido para la jubilación y el desempleo⁴⁰; o al acceso al subsidio a través de la RAI, rechazada hasta hoy por la doctrina judicial⁴¹.

Los problemas de técnica jurídica se observan de forma clara y contundente en el resto de medidas de protección social. A su estudio dedicaremos las páginas que siguen.

3. OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN SOCIAL

El RDL 8/2019 introduce también una serie de medidas en el ámbito de la Seguridad Social de un calado menor comparado con el anterior, como refleja la propia exposición de motivos cuando agrupa la descripción de todas ellas de forma separada y conjunta. Como veremos, en algunos casos se trata de rescatar algunas de las medidas sociales que sucumbieron con el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, como ocurrió con el subsidio de prejubilación; en otros, se aprovecha simplemente el trámite para enmendar algún olvido u error previo.

La primera de esas medidas se contiene en el art. 2, que prevé el incremento de la asignación económica por hijo a cargo hasta los 341 euros anuales (desde los

³⁸ <https://www.elmundo.es/espana/2019/04/01/5ca10f7921efa041038b45df.html>

³⁹ <http://prensa.mtramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3507>

⁴⁰ En el primer caso, se aplican las normas relativas al cómputo recíproco de cotizaciones (STSJ Andalucía 01-10-2009 -Rº 3477/2009-); en el segundo, no es posible el cómputo porque las prestaciones por desempleo y cese de actividad no son equivalentes (art. 12.3 RD 1541/2011).

⁴¹ STSJ Valencia 30-11-2017 (Rº 3693/2016)

291 euros⁴²) y hasta los 588 euros anuales en el caso de las familias en situación de pobreza severa, lo que se establece en función de los ingresos, el número de integrantes del hogar familiar y la edad (según sean mayores o menores de 14 años). Esta medida se recogía en la DA 44^a del mencionado proyecto de presupuestos y ha sido rescatada, además de por la presente norma, por el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (en adelante, RDL 28/2018)⁴³. En particular, esta última actualizó únicamente la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con discapacidad (con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, 4.704,00 euros/año; si es igual o superior al 75 por ciento y con necesidad de concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida, 7.056,00 euros/año⁴⁴); siendo RDL 8/2019 el que procediera ha actualizar el resto (salvo la asignación económica por hijo o menor a cargo con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento que no varía: 1.000,00 euros/año).

De lo dicho hasta aquí se deduce claramente la defectuosa técnica legislativa empleada, actualizando en dos Reales Decretos-Leyes lo que estaba previsto con anterioridad en el proyecto de presupuestos. De hecho, se llega a solapar la regulación de los límites de ingresos para el acceso a las prestaciones, estableciéndose exactamente las mismas cuantías y los mismos supuestos tanto en el Anexo del RDL 28/2018 como en el art. 2.2 del RDL 8/2019⁴⁵.

Al margen de esto, lo cierto es que la medida es bienvenida, no solamente en lo que hace a la actualización de las muy exiguas prestaciones en materia de protección de la familia, sino porque ensanchan el ámbito de actuación de este tipo de políticas, con el objetivo de establecer en un futuro, según la nota hecha pública por el Gobierno, un “ingreso mínimo vital”⁴⁶. De hecho, con la reforma de 2019 se crea ya la mencionada cuantía agravada para el caso de menores en riesgo de pobreza severa. En todo caso, se nos antoja largo el camino hasta alcanzar tal meta.

En España, tradicionalmente estas políticas han sido las grandes olvidadas⁴⁷, cubriéndose la protección de las necesidades familiares a través de otro tipo de

⁴² DA. 46^a Ley 6/2018

⁴³ BOE 29-11-2018, núm. 314.

⁴⁴ Las cuantías anteriores era 4561,20 euros y 6842,40 euros respectivamente (DA 46^a Ley 6/2018).

⁴⁵ Por cierto, que el proyecto de Ley de presupuestos generales del Estado para 2019 fijaba tales límites de forma más compleja, en función del número de hijos y relacionándolos con la cuantía a percibir.

⁴⁶ <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad/Documents/2019/150119-SanidadPGE.pdf>

⁴⁷ El gasto en familias e infancia en España es inferior a la media de la Unión Europea. Mientras que nuestro país dedica un 5,3% del gasto social a este tipo de políticas, la media europea alcanza el 8,4%.

prestaciones y, en particular, el desempleo, que persiguen objetivos muy distintos. El resultado es, como pone de manifiesto el propio Gobierno en la exposición de motivos de la norma que analizamos, una situación ciertamente alarmante. Así, en el año 2017 la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (indicador AROPE) para menores de 16 años alcanzó el 31%, siete puntos porcentuales por encima de media de la Unión Europea. 630.000 niños viven en hogares en situación de pobreza severa, con rentas inferiores al 25% de la mediana de ingresos equivalentes.

En segundo lugar, el art. 3 procede a incrementar las cuantías mínimas de la pensión contributiva de incapacidad permanente total para menores de 60 años. En concreto, se eleva de 5.720,40 euros fijados para 2018 cuando se tiene cónyuge a cargo o unidad económica unipersonal⁴⁸, a 6.991,60 euros; y de 5.888,78 cuando se tiene cónyuge no a cargo, a 6.930,00 euros. Como puede comprobarse el incremento es bastante notable, de un 22% en el primer caso y un 19% en el segundo. De acuerdo con la exposición de motivos, el Gobierno justifica la subida por la imposibilidad de reincorporarse al mercado laboral, «especialmente cuando el acceso a dicha situación se produce a partir de determinadas edades en que la falta de cualificación o conocimientos ha llevado a prolongar esta situación hasta el acceso a la pensión de jubilación»⁴⁹. Al margen de lo anterior, por muy positivo que nos parezca, cuesta de nuevo entender cuál es el motivo para llevar esta subida a este Real Decreto-Ley, cuando el RDL 28/2018 tenía como objetivo, precisamente, la revalorización de las pensiones públicas.

En tercer lugar, el art. 4 se modifica la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero⁵⁰, con el objetivo de adecuar su catálogo de prestaciones a las novedades reguladas por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁵¹ (en adelante, RDL 6/2019). Se introduce, por tanto, la nueva prestación por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, así como se adecuan las referencias a maternidad y paternidad a la nueva denominación de nacimiento y cuidado del menor, remitiendo, para su regulación a lo dispuesto en LGSS.

Se trata, por consiguiente, de una medida que no estaba prevista en el proyecto de Ley de Presupuestos, sino que arranca de un Real Decreto-Ley previo, aprobado por el Consejo de Ministros tan sólo una semana antes. Sorprende de nuevo que una

⁴⁸ DA 51ª.Tres Ley 6/2018.

⁴⁹ Aunque no se hace mención expresa, pues la pensión se establece para los menores de 60 años, la Ministra de Trabajo ligó la medida a los mayores de 45 años y sus dificultades de reincorporarse al mercado de trabajo que, en este caso, serían dobles, dada su incapacidad para el ejercicio de la profesión habitual. <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/EnlaceTranscripciones2019/080319-trabajo.aspx>

⁵⁰ BOE 22-10-2015, núm. 253.

⁵¹ BOE 7-3-2019, núm. 57.

misma reforma se haga a través de dos Reales Decretos-Leyes diferentes, máxime cuando para el sector marítimo-pesquero ya se reconocían las antiguas prestaciones de paternidad y maternidad. Así, acierta el RDL 8/2019 cuando viene a reconocer que no tendría ningún sentido dejarlo fuera de la reforma de las prestaciones parentales, si bien la extraordinaria y urgente necesidad no debiera basarse, o no sólo, en el olvido del legislador, sino en los mismos motivos que justificaron la adopción de aquella: la garantía de un derecho fundamental ante un claro retraso en el cumplimiento de los objetivos en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres⁵².

En cuarto lugar, se incluye otra medida que no estaba prevista en el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, sino que resulta, como el anterior, de una corrección o modificación de un Real Decreto-Ley anterior. En efecto, el art. 5 de la norma que venimos analizando establece una reducción de cuotas para los trabajadores encuadrados en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. En concreto, a los trabajadores que hubiesen realizado un máximo de 55 jornadas reales cotizadas en el año 2018, se les aplicará a las cuotas resultantes durante los periodos de inactividad en 2019 una reducción del 14,6%.

El motivo que explica el establecimiento de esta reducción es el siguiente. Una de las principales singularidades de la cotización en este Sistema Especial es que, durante la situación de inactividad dentro del mes natural, es el propio trabajador agrario el responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes, a cuyo efecto se toma en consideración la base mínima por contingencias comunes correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del RGSS. La entrada en vigor del RDL 28/2018 ha supuesto un incremento en dicha base de alrededor de un 22% para el año 2019, debido al aumento de las bases mínimas de cotización en el porcentaje experimentado para el año 2019 por el SMI.

Por consiguiente, el objetivo fundamental de la reducción es el de paliar las dificultades que estos trabajadores en situación de inactividad podrían tener para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de cotización a la Seguridad Social, dada la fuerte subida de las bases de cotización. A este respecto, la TGSS ya había autorizado el diferimiento del pago de cuotas durante los periodos de inactividad correspondientes a los meses de enero a abril de 2019, por lo que la reducción se erige como un complemento de la anterior para facilitar el pago de cotizaciones⁵³.

La última de las medidas objeto de nuestro análisis tampoco estaba prevista en el proyecto de Ley de Presupuestos. En concreto, el art. 6 reforma el art. 249 ter LGSS a efectos de ampliar el plazo de solicitud de la situación de inactividad de artistas en espectáculos públicos. Se trata de nuevo de un cambio legislativo que

⁵² Véase la exposición de motivos del RDL 6/2019.

⁵³ En este caso el legislador justifica la extraordinaria y urgente necesidad en el hecho de que resulta imperioso que la medida entre en vigor y surta efectos durante el ejercicio 2019.

viene a enmendar una norma anterior, el RDL 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía⁵⁴, que a su vez daba cumplimiento a las recomendaciones contenidas en el informe de la Subcomisión para la elaboración del Estatuto del Artista aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de septiembre de 2018. En particular, entiende el Gobierno que ampliar el plazo de solicitud a cualquier momento del año, se adapta mejor a las necesidades de los artistas de espectáculos públicos. Son estas disfuncionalidades, provocadas por el propio ejecutivo en su norma anterior las que, a su juicio, amparan de nuevo la extraordinaria y urgente necesidad que justificarían la adopción de la medida.

Del sucinto examen de todas y cada una de estas actuaciones puede extraerse un elemento común respecto de la reforma del subsidio de prejubilación: su escasa trascendencia jurídica. En efecto, como en el caso anterior, bienvenidas son, especialmente si sirven para adecentar el inconcebible nivel de algunas prestaciones nuestro sistema de Seguridad Social, como las familiares, que están muy lejos de poder cubrir los mínimos de subsistencia, esto es, de ser mecanismos eficaces de lucha contra la pobreza. Pero dicho esto, se ha perdido una buena oportunidad de ir más allá y plantear las reformas en profundidad que buena parte de las políticas sociales necesitan.

Esto en el mejor de los casos (el art. 2 y las prestaciones por hijo a cargo y, si acaso, el art. 3, la cuantía mínima de las pensiones por incapacidad permanente), porque en el resto no son más que meros retoques técnicos, en algunas ocasiones debidos a las prisas y/o mala técnica legislativa del Ejecutivo, que son también bienvenidos, pero habrá que ver si pasan el filtro de la extraordinaria y urgente necesidad.

4. A MODO DE CONCLUSIONES: ¿Y AHORA QUÉ?

Comenzábamos este estudio con un cambio de escenario que invita a la esperanza. Ha sido mucho el daño causado por la Gran Recesión y hemos de poner el mayor de los esfuerzos en revertir lo antes posible sus terribles secuelas. No es posible ni admisible socialmente que más de un lustro después de haber salido de la crisis aún sintamos sus efectos. En este sentido, bienvenidos sean las reversiones de recortes y la mejora de derechos, pero las medidas de protección social contenidas en el RDL 8/2019 están lejos de ser de la suficiente entidad como para hacernos olvidar la crisis. Esta afirmación tan rotunda puede justificarse sobre la base de dos argumentos, uno de carácter general y otro particular en relación a la medida estrella del Real Decreto-Ley.

⁵⁴ BOE 29-12-2018, núm. 314.

Comenzando por el general, tiene el RDL 8/2019 mucho de lo que se ha venido a denominar “técnica inflacionaria” o “humo”⁵⁵, es decir, normas cuyos efectos prácticos son más bien limitados, por no mencionar la deficiente técnica legislativa que da pie a continuas correcciones. Buena parte de los preceptos aquí estudiados podían haberse incluido en normas previas. En buena medida también existen dudas razonables acerca de que revisan la entidad suficiente y tengan tal naturaleza como para tener que ser aprobados con extraordinaria y urgente necesidad. Cualquiera de las dos causas que hipotéticamente pudieran explicar tal deriva legislativa son igualmente alarmantes, pues no son motivo suficiente para justificar la adopción de Real-Decreto Ley ni el olvido, ni el comportamiento deliberado con vistas a engordar los “viernes sociales”.

Se ha criticado, no sin razón, el uso abusivo del Real Decreto-Ley tanto en tiempo de crisis como en época de bonanza, poniendo de manifiesto cómo determinados objetivos políticos han justificado el empleo de esta técnica legislativa excepcional como si de la vía ordinaria se tratara⁵⁶. Si bien los contextos en los que debieran evaluarse la validez del uso de esta técnica legislativa no son análogos en uno y otro tiempo, pues no es equiparable la situación de un Gobierno apoyado por un Parlamento en el que su grupo cuenta con mayoría absoluta en ambas Cámaras, con la de otro que emplea el Real Decreto-Ley de forma defensiva ante situaciones de bloqueo de grupos minoritarios pero con mayoría en la Mesa; lo cierto es que ambos casos muestran muy a las claras la situación de deterioro de nuestro Estado de Derecho, en el que ningún otro poder de Estado ha sido capaz, actuando como contrapoder, de limitar actuaciones que claramente sobrepasan lo razonable y deterioran las instituciones.

Por lo que hace al argumento particular, bien habría merecido el subsidio de prejubilación, o la protección asistencial por desempleo o, incluso, el conjunto del sistema ser el protagonista indiscutible de este o cualquier otro Real Decreto-Ley, Proyecto o Propuesta de Ley. Frente a la necesidad de resolver los problemas estructurales de nuestro sistema de protección por desempleo, el legislador se ha limitado a devolver al subsidio a la situación pre-crisis, lo cual puede ser valorado positivamente en la medida en que se revierte el duro recorte afligido a uno de los colectivos más delicados desde el punto de vista de su inserción laboral. Pero, al margen de esto, cabe preguntarse ¿y ahora qué? Los mismos problemas y las mismas deficiencias de que adolecían tanto el subsidio como el conjunto del sistema siguen ahí⁵⁷.

⁵⁵ Molina Navarrete, C., “¿«Espíritu social», «técnica maquiavélica»?”, cit., pp. 5-27.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 5-8.

⁵⁷ Reproduzco aquí buena parte de las propuestas que dejara en Pérez del Prado, D., “El subsidio de prejubilación: un viaje de ida y vuelta con final incierto”, en de la Puebla Pinilla, A., Mercader Uguina, J. R. (eds.) *Tiempos de reformas laborales: En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Por lo que hace al subsidio, si bien lo ideal sería que cualquier reforma de esta modalidad estuviera enmarcada en otra más general relativa al conjunto del sistema o del nivel asistencial, lo cierto es que existen elementos específicos de éste sobre los que resulta imprescindible reflexionar y actuar. El primero de ellos es sin lugar a dudas el de los incentivos. Los estudios realizados evidencian que este subsidio particularmente podría desincentivar el retorno al trabajo⁵⁸, a la vez que atiende a un colectivo para el que las investigaciones también muestran unas claras dificultades de inserción laboral.

Paliar este efecto indeseado resulta por consiguiente central en cualquier propuesta de reforma del subsidio, pero sin que ello tenga que ser necesariamente sinónimo de un endurecimiento en los requisitos de acceso o mantenimiento, pues lo contrario implica cebarse con los más vulnerables. Hay que tener en cuenta que una de las finalidades de este subsidio es la de servir como «puente» o «enlace»⁵⁹ hacia la jubilación, asumiendo la cruda realidad de que, en los casos más graves, no hay esperanza. Habrá por tanto sujetos en la franja de 52-67 años que no volverán a encontrar un trabajo o no volverán a hacerlo de una forma relativamente estable. Endurecer los requisitos de acceso y mantenimiento significa simple y llanamente arrojarlos a la desprotección y, lo que es más grave, en un momento trascendental, pues tal situación afectará irremediabilmente a la calidad de vida que disfruten durante la jubilación.

Así las cosas, ¿cómo hallar la cuadratura del círculo?, ¿resulta posible disminuir los desincentivos a la vez que se garantiza una adecuada protección social? Lógicamente las fórmulas mágicas no existen, pero lo que sí está claro es que para reducir los desincentivos la estrategia más oportuna no debiera basarse en las políticas pasivas, sino en las activas. Mirar a lo que están haciendo otros puede resultar de utilidad. Así, por ejemplo, en Portugal ligan el conjunto del nivel asistencial (no un subsidio solo) a una especie de programa próximo a lo que aquí llamamos escuelas taller y casas de oficios⁶⁰; en Dinamarca, en el Reino Unido o en Alemania, cada desempleado recibe atención personalizada en función a sus concretas circunstancias en relación con el desempleo.

El problema de esta alternativa es que en nuestro Estado Autonómico requeriría una coordinación más estrecha con las Comunidades, además de una acción conjunta y coordinada enfocada a los mayores de 52, beneficiarios o no de

⁵⁸ Toharia Cortés, L.; Arranz, J. M.; García Serrano, C.; Hernanz, V., *El sistema español de protección por desempleo: equidad, eficiencia y perspectivas*, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Madrid, 2009. "genre": "FIPROS", "event-place": "Madrid", "number": "26", "author": [{"literal": "Toharia Cortés, L."}, {"literal": "Arranz, J. M."}, {"literal": "García Serrano, C."}, {"literal": "Hernanz, V."}], "issued": {"date-parts": [{"2009}]}}, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"

⁵⁹ Toscani Giménez, D., *El subsidio de prejubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 14.

⁶⁰ Basterra Hernández, M., "De la protección frente al desempleo a la renta básica universal: Un análisis comparativo entre España y Portugal", *Revista de información laboral*, 12, 2018, pp. 33-55.

este subsidio. En el ámbito de las políticas activas de empleo se han emprendido importantes reformas en los últimos años que, sin embargo, han adolecido del mismo problema central que las pasivas: la falta de una estrategia clara de hacia dónde encauzar no solamente las activas, sino también y muy especialmente, sus interrelaciones con las pasivas, como el caso de los mayores de 52 años claramente atestigua.

Asumiendo esta premisa, resultaría más fácil emprender algunas otras reformas que mejoraran la configuración jurídica de este subsidio, como las tendentes a reforzar su asistencialidad. En este marco, por qué no podemos plantearnos si sigue siendo deseable exigir el requisito de los seis años cotizados al desempleo, máxime cuando se requiere haber cumplido con unos mínimos de cotización en el ámbito de la jubilación; si debería incluirse el supuesto en el que se cumplen con los requisitos de acceso a la jubilación precisamente con las cotizaciones del subsidio; o si debería facilitarse el acceso desde otras fórmulas de protección como la RAI.

Pero podemos también no conformarnos con mejorar el subsidio y abordar la reforma del conjunto del nivel asistencial de protección por desempleo. De hecho, esta opción sería más eficiente y congruente que la anterior. A este respecto, el mínimo imprescindible parece marcarlo la absorción de los programas extraordinarios «con el fin de adecuarlos plenamente al marco competencial vigente, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional, mejorando las condiciones de protección de las personas desempleadas y posibilitando la complementariedad entre los programas autonómicos y estatales, en los términos en los que se acuerde en el marco de dicho proceso de diálogo»⁶¹. Así, si la realidad habla por sí sola, si la aparición de tales programas son una muestra clara de la incapacidad de nuestro sistema de protección por desempleo para garantizar un adecuado nivel de cobertura en crisis largas, ¿por qué no abordar su reforma?, ¿por qué no sustituir medidas parciales por una reforma estructural? Podría argumentarse, no sin cierta lógica, que los envites de la crisis llevaron a la necesidad de tener que adoptar estas soluciones coyunturales y parciales, pero precisamente por eso ahora nos encontraríamos en el momento idóneo para poder debatir con sosiego hacia donde encaminar la protección asistencial por desempleo.

En este debate, se me ocurre, podrían repensarse los requisitos de acceso y mantenimiento⁶²; abordar si tiene sentido mantener el de responsabilidades familiares (y que el desempleo siga cubriendo parte de los riesgos que hoy no cubren

⁶¹ DA. 2ª RDL 14/2017, de 6 de octubre, por el que se aprueba la reactivación extraordinaria y por tiempo limitado del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE 07-10-2017, núm. 242).

⁶² 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* | Mercader Uguina, Jesús R. y Pérez del Prado, Daniel, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 241-290, fecha de consulta 27 marzo 2019, en <http://www.dykinson.com/libros/reflexiones-y-propuestas-sobre-proteccion-social-y-empleabilidad-para-jovenes-y-parados-de-larga-duracion/9788491434337/>.

nuestras maltrechas políticas de familia⁶³); determinar cuánto debe durar la protección, teniendo en cuenta que, a excepción del subsidio protagonista de este trabajo, nuestro nivel asistencial se caracteriza por otorgar una protección relativamente escasa desde un punto de vista temporal⁶⁴, pero también sus posibles efectos sobre la búsqueda de empleo⁶⁵; habría que revisar la cuantía que, no debe olvidarse, no está sirviendo hoy para garantizar los mínimos de subsistencia de acuerdo con los estándares internacionales (en España, la cuantía de los subsidios por desempleo se sitúa en torno al 30% del salario medio, muy por debajo del nivel de la pobreza⁶⁶); o concretar la relación y delimitación con otras políticas próximas, como las desarrolladas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección social⁶⁷.

Pero aún cabría una opción más eficiente y congruente incluso que la anterior, la reforma del conjunto del sistema de protección por desempleo en todos sus niveles⁶⁸. Aquí, las posturas maximalistas llegan incluso a plantear su sustitución completa o parcial por mecanismos nuevos como la renta básica⁶⁹.

Las opciones para reformar el sistema de protección por desempleo, como puede comprenderse, son infinitas, pero probablemente el debate que está en el trasfondo es si el sistema ha de evolucionar hacia un modelo más asistencial, en el que con menos se llegue a más personas, no porque se desee una menor protección, sino porque el sistema se centre más en la garantía de mínimos que en la sustitución de rentas. El problema radica en determinar “cuáles” han de ser esos mínimos y si no se corre el riesgo de sacrificar la hoy más generosa protección contributiva

⁶³ Tatay Puchades, C.; Fernández Prats, C., “Los subsidios por desempleo. Las peculiaridades del previsto para mayores de 55 años”, en Roqueta Buj, R., Tatay Puchades, C. (eds.) *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁶⁴ De la antigua UE de los 15, sólo Holanda y el Reino Unido presentan duraciones potenciales de los subsidios integrantes de su nivel asistencial inferiores a los nuestros. Fuente: Observatorio de la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS-ISSA).

⁶⁵ Pérez del Prado, D., *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control*, Lex Nova - Thomson Reuters, Valladolid, 2014.

⁶⁶ Consejo Económico y Social, *Distribución de la renta en España: desigualdad, cambios estructurales y ciclos*, CES, Madrid, 2013, p. 139. OCDE, *OECD Employment Outlook 2011- ¿Dónde se sitúa España?*, OCDE, Paris, 2011.

⁶⁷ Morón Prieto, R.; Moreno Solana, A., “Las rentas básicas y la protección por desempleo”, 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* | Mercader Uguina, Jesús R. y Pérez del Prado, Daniel, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, fecha de consulta 27 marzo 2019, en <http://www.dykinson.com/libros/reflexiones-y-propuestas-sobre-proteccion-social-y-empleabilidad-para-jovenes-y-parados-de-larga-duracion/9788491434337/>.

⁶⁸ Monereo Pérez, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. MONEREO PÉREZ, J. L., “El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma”, en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. (eds.) *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenajes al profesor José Vida Soria, con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.

⁶⁹ Uso el plural para dar cabida a las diversas nociones que se han dado para articular las diferentes propuestas que tienen un objetivo común: otorgar rentas que cubran los mínimos de subsistencia a un conjunto amplio de la población.

a cambio de nada o de menos, cayendo en la trampa de un sistema conducente a su propia desaparición⁷⁰. Dicho de otra forma, la trampa de la asistencialización consiste en que las prestaciones sean tan raquíticas que no se garantice eludir la pobreza; su potencial, la posibilidad de tender a coberturas muy amplias.

Por lo que hace al hipotético papel que pudiera cumplir la renta básica en relación con el desempleo, se ha planteado que pudiera funcionar como una especie de tercer nivel de protección, para quienes no tuvieran acceso al desempleo o lo hubieran agotado, «un último recurso de la red de seguridad de los sistemas de protección pública»⁷¹. En este sentido, actuaría de forma complementaria al desempleo y conviviría con él. Pero también cabe la posibilidad de que éste y el conjunto de prestaciones de la Seguridad Social sean sustituidos por éstas modalidades de rentas⁷². El debate se ha avivado al calor de los efectos sociales de la digitalización⁷³, hasta el punto de que no han faltado programas piloto que han buscado testar su aplicabilidad práctica⁷⁴.

Una y otra alternativa no son incompatibles, ni entre sí, ni con el desempleo. De hecho, el sistema de protección por desempleo y, en particular, su nivel asistencial pueden ser una buena herramienta, un paso previo, en una estrategia que tendiera al desarrollo progresivo de una renta básica⁷⁵. No son pocos los elementos

⁷⁰ En el sentido que vaticinaba Vida Soria, J., “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2001, pp. 377-392.

⁷¹ Monereo Pérez, J. L., “El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2015, p. 209. equidad y nuevos enfoques\ \ uc0\u8221 {}, en {\i} La protecci\u0\u243 {} n por desempleo en Espa\u0\u241 {} a\ uc0\u8239 {}: XII Congreso Nacional de la Asociaci\u0\u243 {} n Espa\u0\u241 {} ola de Salud y Seguridad Social}, Ediciones Laborum, 2015, p. 209.”, plainCitation”:”Monereo Pérez, J. L., “El sistema español de protección por desempleo : eficacia, equidad y nuevos enfoques”, en *La protección por desempleo en España : XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, 2015, p. 209.”, noteIndex”:69, citationItems”:[{"id":1311, uris":["http://zotero.org/users/48177/items/XHZZ6VAN"], uri":["http://zotero.org/users/48177/items/XHZZ6VAN"], itemData":{"id":1311, type":”chapter”, title”:”El sistema español de protección por desempleo : eficacia, equidad y nuevos enfoques”, container-title”:”La protección por desempleo en España : XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social”, publisher”:”Ediciones Laborum”, page”:”125-238”, source”:”Dialnet”, title-short”:”El sistema español de protección por desempleo”, author”:[{"literal”:”Monereo Pérez, J. L.”}, issued”:[{"date-parts”:[["2015”]]}], locator”:”209”}], schema”:”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}]

⁷² Gimeno Ullastres, J.A., “Coste/beneficio de una renta básica”, en *XXII Encuentro de Economía Pública: Reformas y nuevos retos de los Estados de Bienestar: eficiencia y equidad*, 2016, Universidade de Vigo, 2015.2016.\nArtículo de Libro en Dialnet.”, language”:”spa”, author”:[{"literal”:”Gimeno Ullastres, J.A.”}], issued”:[{"date-parts”:[["2015”]]}], schema”:”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”} RAVENTÓS PAÑELLA, D., *La renta básica: por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, 2001.

⁷³ Mercader Uguina, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 239.

⁷⁴ Tal es el caso de diversas ciudades y regiones en EEUU Canadá, Namibia, varios Estados Latinoamericanos o Finlandia.

⁷⁵ Pérez del Prado, D., “El subsidio de prejubilación: un viaje de ida y vuelta con final incierto”, cit., p. 122.

que, ya en la configuración jurídica actual, comparten la protección asistencial por desempleo y la renta básica⁷⁶, por lo que a través del ensanchamiento de aquél podría caminarse hacia una hipotética implantación futura de ésta. En este sentido la protección por desempleo puede ser, sin lugar a dudas un buen aliado en una estrategia de implantación de esta nueva fórmula de protección social.

En definitiva, las posibilidades eran y son infinitas en lo que hace a la reforma de nuestro sistema de protección por desempleo; la necesidad, acuciante. Frente a la eterna reforma de las pensiones, la protección por desempleo es la eterna olvidada. Frecuentemente recordada cuando ya es tarde, en plena crisis, emprendiendo entonces reformas parciales que suelen redundar en su empequeñecimiento, resolviendo más bien poco en cuanto a sus deficiencias, suele ser olvidada justo en el momento en que es menos necesaria, pero cuando más adecuada es su reforma: la recuperación. Estamos por tanto en el momento del ciclo económico y probablemente del político idóneos para iniciar un debate sosegado acerca del futuro del sistema de protección por desempleo. En este sentido me viene a la mente la célebre cita de Gramsci de la que solía echar frecuentemente mano nuestro tristemente desaparecido profesor Vida Soria: «frente al pesimismo de la razón, el optimismo de la voluntad».

⁷⁶ Basterra Hernández, M., “De la protección frente al desempleo a la renta básica universal”, cit.

2

Comentarios
de Jurisprudencia

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

LIMITACIONES JURISPRUDENCIALES AL CONVENIO COLECTIVO EN LA DETERMINACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN EMPRESARIAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (Rec. 221/2017)

ECLI: ES:TS:2018:4111

CRISTINA ROLDÁN MALENO*

SUPUESTO DE HECHO: con ocasión de la negociación de un nuevo convenio colectivo estatal del sector de industrias de turrónes y mazapanes, cuyo acuerdo se alcanzó el 15-12-2016, la comisión negociadora decide, como venía siendo habitual en los convenios precedentes, incluir una cláusula limitativa del número máximo de contratos para la formación y el aprendizaje, en función del tamaño de la plantilla. De la misma forma, el convenio regula en un anexo qué puestos de trabajo serán susceptibles de cubrirse bajo esta modalidad, y qué otros, por el contrario, no podrán hacer uso de la misma. La Autoridad Laboral entiende que ambas cláusulas son contrarias a derecho, pues establecen límites allí donde la ley ya no se lo permite a la luz de la reforma de 2011. Por ello, solicita a las partes negociadoras la subsanación de dicha cláusula hasta en dos ocasiones, sin que la comisión se avenga, lo que desemboca en la interposición de demanda de convenio colectivo al objeto de solicitar la nulidad de sendos preceptos.

RESUMEN: al contrario de la tesis asumida por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo se mostrará favorable a las posturas de la Dirección General de Empleo, así como del Ministerio Fiscal (que diferirá del criterio mantenido en la instancia). Respecto de la limitación del número máximo de contratos para la formación y el aprendizaje permitidos en función del tamaño de la plantilla, y tras un recordatorio de la doctrina de la Sala relativo a la modalidad procesal seguida y sus límites, pasa a contextualizar el debate apoyando su interpretación en la evolución normativa, en la finalidad que persigue la legalidad vigente y, por último, en las pautas interpretativas del art. 3.1 Cc. Entiende que, tras el RDL 10/2011, que eliminó de la redacción del art. 11.2 ET la posibilidad otrora expresamente mani-

* FPU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

fiesta de que la negociación colectiva pudiese establecer topes a estos contratos, el legislador está prohibiendo que dicha opción continúe pactándose. Ese mismo hilo argumental guiará su postura sobre la limitación funcional, pese a que la conclusión sea distinta debido a que valorará que dicha limitación se ha movido dentro de lo que la ley predetermina. En definitiva, esta sentencia parece querer plantear –o cuanto menos dejar una puerta abierta- que lo que no está expresamente permitido para la negociación colectiva, le está vetado, o al menos que esa puede ser una conclusión válida en determinadas circunstancias, chocando de esta forma con la clásica postura de que la autonomía colectiva puede desplegarse sin necesidad de habilitación por parte de la fuente jerárquica superior.

ÍNDICE

1. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ¿UNA RUPTURA DE LA RELACIÓN CLÁSICA ENTRE LA LEY Y EL CONVENIO?
2. LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS EMPRESARIALES
3. LA OTRA CLÁUSULA OBJETO DE LA SENTENCIA: LA LIMITACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS
4. CONCLUSIONES: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

1. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ¿UNA RUPTURA DE LA RELACIÓN CLÁSICA ENTRE LA LEY Y EL CONVENIO?

En el Convenio Colectivo de Sector para las Industrias de Turrónes y Mazapanes de diciembre de 2016 -suscrito por los sindicatos CCOO y UGT en representación de los trabajadores, y por el lado empresarial por la Asociación Española de Fabricantes de Turrónes y Mazapanes y la Asociación de Fabricantes del Turrón, Derivados y Chocolates de la Comunidad Valenciana-, las partes negociadoras, en lo que respecta a los contratos para la formación y el aprendizaje, acuerdan pactar dos cláusulas convencionales¹ que, si bien no suponen ninguna novedad en relación a los convenios precedentes del sector –muy al contrario, se venían incluyendo en términos similares desde principios de los ochenta-, generarán un debate que llegará hasta el Tribunal Supremo. La primera de ellas -y la que más recorrido tendrá en el presente comentario- consiste en establecer unos topes al número máximo de contrataciones a realizar bajo esta modalidad contractual, límite que irá en función del número de trabajadores por centro de trabajo, mientras que la segunda regula en qué puestos de trabajo se podrá contratar a trabajadores en formación. Mientras que respecto de esta última habrá unanimidad entre

¹ Aunque este comentario se centrará en las mencionadas cláusulas limitativas del contrato para la formación y el aprendizaje, es objeto del litigio igualmente el art. 28 del Convenio, relativo a la regulación de las horas extraordinarias, que puede verse en el Fundamento Jurídico Sexto.

Audiencia Nacional y Tribunal Supremo (con los matices que se precisarán), a continuación veremos que no ocurre lo mismo con la cláusula limitativa del número de contratos.

La controversia viene generada por la nueva redacción que a la regulación de esta modalidad contractual otorgó el RD 10/2011, pues hasta su entrada en vigor, el art. 11.2 del ET recogía de manera expresa la posibilidad de que el convenio colectivo –sectorial estatal o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior- pudiese limitar el número máximo de estos contratos según el tamaño de la plantilla, así como los puestos de trabajo susceptibles de ser objeto de los mismos². El problema interpretativo surge del hecho de que, si bien la nueva dicción del precepto ya no recoge las dos posibilidades descritas, tampoco las prohíbe, sino que el legislador opta por guardar silencio.

Al contrario que la Audiencia Nacional, que salvó la validez de la cláusula limitativa del número de contratos amparándose en que no podía deducirse prohibición alguna del dictado de la fuente superior, y que lo pactado se encuentra dentro de unos límites razonables³, el Tribunal Supremo tiene a bien acoger el razonamiento del Abogado del Estado, que estima que no es válida en virtud del principio de jerarquía normativa –aunque lo hace sin mencionar este principio una sola vez-. Para sostener su postura, la Sala articula su razonamiento apoyándose en los tres ejes avanzados con anterioridad: la evolución normativa, la finalidad de la norma estatal que se encuentra vigente y las pautas interpretativas del art. 3.1 CC.

En relación a la evolución normativa, la Sala advierte de que con anterioridad al RD 10/2011, además de estar previsto expresamente en el art. 11.2 ET, este precepto remitía en caso de ausencia de regulación convencional a lo determinado reglamentariamente, y, en consonancia con dicha regulación estatutaria, el art. 7 del RD 488/1998 de 27 de marzo, no solo reiteraba la posibilidad de que la negociación colectiva estableciese topes a estos contratos, sino que iba un paso más allá y en su apartado segundo los cuantificaba supletoriamente para que actuaran en ausencia de regulación convencional. Sin embargo, la reforma de 2011 vino a suprimir, como indicábamos, toda alusión expresa a esta posibilidad, así como al reglamento de desarrollo, cuyo precepto dedicado a la cuestión fue derogado un año después⁴, considerado esto a juicio del órgano juzgador como un paso más en esa presunta intención del legislador de excluir a la autonomía colectiva en

² Así estaba establecido anteriormente por el legislador, concretamente en el art. 12 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³ Sentencia núm. 97/2017 de 21 de junio de 2017, Fundamento Jurídico Tercero. Para la Audiencia Nacional, si el legislador hubiera querido establecer una prohibición en este sentido, lo habría explicado en la Exposición de Motivos.

⁴ Así lo estableció el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. Véase el Fundamento Jurídico Tercero. En cambio, la Audiencia Nacional no consideró relevante este hecho, insistiendo en su visión de que si el legislador hubiera tenido ánimo de prohibición, así lo habría manifestado.

esta materia. Así pues, de todo lo descrito, deduce el Tribunal que el legislador ha cambiado de actitud, y que la omisión no parece ser un mero descuido, sino coherente con una línea normativa tendente a excluir a la negociación colectiva, iniciada en 2011 y reforzada un año después.

En cuanto a la finalidad de la norma, esto es, al segundo apoyo del hilo argumental del Tribunal, este comienza por admitir que al no estar prohibida la intervención de la negociación colectiva podría deducirse que está permitida, para a continuación aducir el motivo por el que sostiene que no es así en este caso concreto, terminando de esta forma por atribuir al silencio del legislador equivalencia de prohibición. Llegados a este punto, el órgano juzgador erige su razonamiento en la exposición de motivos de la norma que introduce el cambio, y, quizá consciente de una cierta debilidad en su argumentación, se aferra a que estamos ante lo que denomina una “exclusión tácita”. Afirma que, atendiendo a la finalidad de la norma, surgida en un contexto de alarmante desempleo juvenil, estos contratos ya no persiguen únicamente una tradicional finalidad formativa, sino que a este objetivo individual se le une otro colectivo, que es el fomento del empleo, aludiendo en este punto a los arts. 35.1 y 40 CE. De esta forma el Tribunal llega a la conclusión de que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto sobre la cual la autonomía colectiva no puede disponer.

Por último, relativo a las pautas interpretativas a las que hacíamos referencia, la Sala reitera lo expuesto para la evolución normativa, reafirmando en que restringir las posibilidades de celebrar estos contratos colisiona con el mandato legal y que, a su parecer, el riesgo de *dumping* social del que advertía la Audiencia Nacional –para quien dicho riesgo resulta evidente si no se ponen límites a estas contrataciones- carece de toda base, pues los requisitos pormenorizados que conlleva esta modalidad contractual poseen la función de repeler este efecto indeseado. Para finalizar, se señala que la negociación colectiva puede intervenir en materia de contratos para la formación y el aprendizaje, pero lo que no puede es contradecir el tenor literal o la finalidad de la ley. Es decir, nuestro Tribunal Supremo entiende que en esta materia el convenio colectivo sólo podrá complementar a la ley, pero nunca relacionarse a través del principio de norma mínima.

Como se desprende de lo hasta aquí expuesto, sin duda la sentencia da pie a interesantes cuestiones, ocupándonos en el presente apartado de la que nos parece la más esencial, que no es otra que la relación entre la ley y el convenio, pues entendemos que este es el núcleo del debate interpretativo. No descubrimos nada nuevo si traemos a colación que es particularidad propia de nuestra disciplina la fuente tan singular que constituye el convenio colectivo⁵ –reflejo del poder social y no del estatal-, con todo lo que ello genera en lo que aquí interesa en cuanto

⁵ Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. *Manual de Derecho Sindical*, Comares, Granada, 15ª edición, 2017, p. 54.

a las distintas posibilidades de articulación entre fuentes⁶. En lo que al litigio se refiere, comprobamos que se trata de dilucidar si en este supuesto la relación entre la ley y el convenio es de derecho necesario absoluto, como sostiene el Tribunal Supremo, y en cuyo caso estaríamos efectivamente ante una colisión de normas que se resolvería por el principio de jerarquía, o si, por el contrario, se trata de una norma de derecho necesario relativo, supuesto en el que por lo tanto sí tendría cabida la mejora en favor de los trabajadores, esto es, estaríamos ante una relación de complementariedad, la más típica, como se sabe, entre las dos fuentes analizadas, históricamente y aun en nuestros días, a pesar del espacio que ha ido cediendo a otras fórmulas que se han considerado más efectivas a la hora de encarar las recurrentes crisis económicas que vienen produciéndose, especialmente a partir de la década de los noventa en adelante⁷.

Para poder continuar con el análisis se hace pues necesario determinar en este momento a quién beneficia la cláusula discutida, siendo la respuesta, a nuestro parecer, que es beneficiosa para los trabajadores, ya que se establecen límites a una facultad del empresario y a un contrato que por su naturaleza es restrictivo de derechos respecto de los contratos ordinarios. Ello no obsta a que también la parte empresarial pueda obtener beneficios, como la evitación del riesgo de *dumping* social que acertadamente –a nuestro parecer– señalaba la Audiencia Nacional. Por otra parte, no es difícil imaginar que un uso excesivo de esta modalidad contractual pueda tener consecuencias importantes y peyorativas en la dinámica de trabajo, para lo cual basta suponer que para un puesto determinado todos los trabajadores asignados se encontrasen en formación. En tal escenario podría plantearse que o bien el trabajo no requiere formación alguna, en cuyo caso se estaría usando este contrato de manera fraudulenta, o bien todo lo contrario, verdaderamente requiere de la vertiente formativa y por ello resultaría complicado justificar que toda la plantilla se esté formando simultáneamente, con idéntico resultado fraudulento y de perjuicio para todos los trabajadores, ordinarios –si los hay–, en formación e incluso, si se piensa, para el empresario. Es decir, cuando mantenemos que se trata de un beneficio para los trabajadores, pensamos también en los trabajadores destinatarios de estos contratos, pues poco formativo sería para los mismos –y, recuérdese, esta sigue siendo la finalidad que persiguen, como medio para alcanzar una mejora de su empleabilidad posterior– que todos sus compañeros o la práctica totalidad de los mismos estuviesen bajo esa modalidad contractual, por razones obvias⁸. Pero es que,

⁶ Cfr. García-Perrote Escartín, I., *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid, 1987; Martín Valverde, A., «Concurrencia y articulación de normas laborales», *R.P.S.*, 1978, nº 119, pp. 5-31.

⁷ Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y autonomía colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000, pp. 22-26.

⁸ De hecho, es muy criticado doctrinalmente que en 2012 se derogase el precepto dedicado en el RD 488/1998 al número de alumnos máximos por tutor, que era de tres salvo que la negociación colectiva pactase cosa distinta (art. 8.3 último inciso). Dicho precepto era la limitación indirecta re-

además, y siendo mucho más sencillo y menos discutible, para terminar de concluir que se trata de un pacto en beneficio de los trabajadores, como señalábamos, la elección de cuántos contratos para la formación y el aprendizaje realizar es, con la redacción actual, una facultad de la parte empresarial, por lo que el establecer topes mediante la negociación colectiva convendremos que es una limitación a dicha facultad, cuestión sobre la que volveremos en el apartado dos. Una vez clarificado a quién favorece la cláusula convencional, podemos avanzar en nuestro objetivo de determinar si es colusiva o suplementaria en relación al texto legal.

Es por todos conocido que el convenio colectivo debe respetar las normas de derecho necesario que establezca la ley en virtud de la posición jerárquica superior de ésta⁹. La fundamentación se obtiene de varios preceptos constitucionales y legales, como el 9.3, 53.1 y 149.1.8ª CE, así como del art. 85.1 e incluso el 3.3 ET, sin pretensión de ser exhaustivos. Ahora bien, igualmente es sabido que dicha posición jerárquica no autoriza a equiparar las relaciones entre ambas fuentes a las que se darían entre una norma delegante y una norma delegada, de manera que en nuestro ordenamiento los supuestos de derecho necesario absoluto son excepcionales¹⁰, no debiendo por tanto presumirse, y siendo necesario por otra parte tener muy presente que para no violar el contenido esencial de la negociación colectiva, su exclusión debe estar justificada en un interés general superior al interés colectivo de las partes negociadoras¹¹, cosa que a nuestro juicio no ha ocurrido aquí. Y es que los argumentos del Tribunal Supremo no alcanzan, bajo nuestro punto de vista, una consistencia que nos permita considerar que efectivamente el silencio legislativo deba interpretarse en el sentido de salirnos de la regla general y presumir que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto, frente a la cual la negociación colectiva no puede intervenir si no es más que para puntualizar o

manente tras el cambio de redacción del art. 11.2 ET, como señala Mercader Uguina, J., «Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2012, pp. 72-73, quien consideró aceptable el cambio de regulación del art. 11.2 ET siempre que se mantuviera el 8.3 reglamentario. Una crítica tanto a la redacción legal como a la derogación reglamentaria puede encontrarse en Todolí Signes, A., «La formación dual alemana y el contrato para la formación y el aprendizaje: ¿Diferente legislación o diferentes controles de calidad?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3., N° 4, 2015, pp. 249-250; Actualmente esta cuestión se regula en el art. 20 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. En dicho precepto desaparecen tanto el límite como la remisión a los convenios colectivos.

⁹ Puede consultarse la STS de 22 de diciembre de 2005 (RJ/2006/592), cuyo Fundamento Jurídico Quinto, a propósito de la prevalencia de la ley sobre el convenio colectivo, remite a la doctrina constitucional en la materia, citando las Sentencias del Tribunal Constitucional 177/1988, de 10 de octubre; 58/1985, de 30 de abril; 210/1990, de 20 de diciembre, recordando que esa misma doctrina es la que sigue la Sala.

¹⁰ STCo. 58/1985, de 30 de abril, Fundamento Jurídico Tercero.

¹¹ Alarcón Caracuel, M.R., «Las relaciones Ley-convenio colectivo», en Rojo Torrecilla, E. (coord.), *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 28.

precisar alguna cuestión. De la lectura de la exposición de motivos, por seguir su argumentación aun considerándola un tanto forzada, no nos resulta tan evidente que la conclusión sea que el legislador prohíbe que se establezcan límites a estos contratos en función del número de trabajadores. Distinto sería plantear que el legislador, acuciado por la problemática del desempleo en este colectivo, probablemente no desea alentar limitaciones, cosa en la que sin duda no es difícil coincidir, no así en que lo haya prohibido. Y en lo relativo a los arts. 35.1 o 40 CE, a los que alude el Tribunal, aun presuponiendo que estemos en la órbita de esos preceptos, que como hemos apuntado es discutible, no tienen en el diseño constitucional una protección superior a la de los arts. 37.1 o 38 CE (sobre el que volveremos en el siguiente apartado), no digamos a la del 28.1 CE si atendemos a la consideración de la negociación colectiva como parte integrante de la libertad sindical. Tampoco queda acreditado ese interés general que sería superior al interés colectivo de las partes¹² y que podría justificar la exclusión del poder social –que no olvidemos, establece topes, pero no elimina-, ni en cuanto a tal ni en cuanto a que sea lo que se está produciendo en este caso.

Consideramos, en definitiva, que a pesar de que la suplementariedad como relación más habitual entre estas dos fuentes haya ido perdiendo terreno en las últimas décadas en favor de otras fórmulas como puede ser la complementariedad, ello no obsta a que siga siendo la relación más habitual entre ley y convenio allí donde no pueda deducirse con solidez lo contrario. No apreciamos que el precepto discutido encaje en el derecho necesario absoluto, sino más bien en el derecho necesario relativo, y por tanto entendemos que no es a través del principio de jerarquía normativa como debiera resolverse, sino a través de su manifestación el principio de norma mínima¹³, esto es, admitiendo mejoras en favor de los trabajadores.

Por todo lo expuesto, no compartimos desvirtuar la eficacia de lo pactado en cuestiones como la presente, donde la ley –ya predominante y jerárquica en sí misma- no ha establecido una prohibición ni esta puede deducirse con nitidez¹⁴, y el pacto es beneficioso para la parte con una posición más débil. Aceptar lo contrario supondría, en nuestra opinión, vulnerar el derecho a la negociación colectiva y limitar jurisprudencialmente lo que no se ha hecho en sede legal. Posturas así

¹² Plantear que eso ocurre aquí es como plantear que el interés de un grupo de trabajadores trasciende el de todos los trabajadores, incluidos los de ese grupo. Y es que entendemos, como hemos expresado, que limitar numéricamente estos contratos va en beneficio también de los propios trabajadores en formación.

¹³ Alarcón Caracuel, M.R., «Las relaciones Ley-convenio...», *cit.*, pág. 23.

¹⁴ Cfr. Gárate Castro, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje», *Actualidad laboral*, N° 8, 2012, p. 4, para quien la omisión del texto legal no equivale a supresión de la posibilidad. Muestra más dudas Moreno Gené J., «El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia», *Temas Laborales* núm. 116/2012, pp. 52-53. Este autor, aunque crítico, entiende que la eliminación de la norma expresa parece llevar a la exclusión del convenio colectivo en la cuestión.

pueden contribuir a continuar dando pasos en el cambio de paradigma de la negociación colectiva, algo que viene sucediendo en las últimas décadas a nivel legal. Si además la jurisprudencia pretende ir más allá¹⁵ de unas leyes que ya no conciben al convenio colectivo necesariamente como un instrumento de mejora para los trabajadores, sino como un instrumento útil para la gestión y la flexibilización de las relaciones de trabajo¹⁶, la situación de estos podría quedar bastante comprometida, y los cimientos clásicos de la disciplina bastante cuestionados.

La tendencia apenas descrita no constituye en modo alguno una particularidad propia, sino que puede hallarse en otros ámbitos, en especial, en el derecho comunitario, cuya apuesta firme por la libertad de empresa y de libre competencia tiene al convenio colectivo en el punto de mira, cuando este actúa como límite. En concreto, si acudimos a la evolución jurisprudencial, puede observarse que el TJUE se inclina por restar espacios al convenio colectivo allí donde se entiende que puede estar afectando a los bienes jurídicos señalados¹⁷, algo con lo que podría establecerse un cierto paralelismo con la sentencia objeto de este comentario.

2. LA DISPONIBILIDAD DE DERECHOS EMPRESARIALES

Como se desprende de lo anterior, nuestra postura parte de la premisa de que la actual redacción del art. 11.2 ET no contiene una norma de derecho necesario absoluto, por lo que, si ello se admite, en consecuencia, se estimará que la cláusula convencional que nos ocupa es suplementaria del texto legal, haciéndose necesario analizar, llegados a este punto, si habría algún otro obstáculo para su validez. Para ello, queremos abordar dos cuestiones: una es la disponibilidad de derechos, viendo las diferencias que nuestro ordenamiento jurídico prevé por ser las partes desiguales en cuanto a fuerza negociadora¹⁸. La otra cuestión es si puede haber diferencias cuando la disponibilidad empresarial se produzca en convenio de empresa o en convenio sectorial.

Del hecho de que la Sala mantenga que la cláusula convencional no se ajusta a derecho porque el art. 11.2 ET expresamente ya no da esa opción, podría deducirse que el Tribunal está sosteniendo que, de mantenerse la redacción anterior, la

¹⁵ Una crítica reciente al respecto puede verse en Molina Navarrete, C., «“Esencia” y “existencia” de las relaciones de trabajo y de su derecho en la “era digital”: ¿y si el “futuro” estuviera en “lo clásico”? Al maestro J. Vida Soria, in memoriam», *RTSS. CEF. N. 432*, pp. 17-24.

¹⁶ Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y autonomía colectiva...*, cit., CES, Madrid, 2000, pp. 28-31.

¹⁷ Escribano Gutiérrez, J., «Protección social complementaria y libertad económica en el ámbito comunitario. Las cláusulas de designación», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 4, 2017, p. 341.

¹⁸ Sobre la desigualdad entre trabajador y empresario y cómo el Derecho del Trabajo se escinde del derecho de contratos para tratar de compensarla, puede verse la STC 3/1983 de 25 de enero, en su Fundamento Jurídico Tercero.

disposición empresarial en convenio sectorial sería perfectamente válida, posición ésta que compartimos, y que sostendremos en virtud del principio de disponibilidad de derechos empresariales. Y es que como apuntábamos, la facultad objeto de discusión pertenece con la redacción actual al empresario, pues es él, dentro de su poder directivo y organizativo, quien podrá decidir el número de contratos a celebrar bajo esta modalidad, dado que ya la ley ni le pone límites ni encomienda a la negociación colectiva que lo haga, o al reglamento que actúe supletoriamente, sino que sencillamente guarda silencio. Una vez determinado que nos encontramos ante una cláusula limitativa de un poder del empresario, convendremos entonces, como se ha señalado, que tal previsión convencional favorece a los trabajadores, sin perjuicio de las connotaciones positivas que pueda tener para la contraparte, sugeridas antes, y reiterando que consideramos que puede favorecer tanto a los trabajadores ordinarios –que no verán aumentada su carga de trabajo o de responsabilidad por el hecho de tener un número excesivo de compañeros en formación– como a los trabajadores que se están formando –pues de esta forma aumentan exponencialmente sus posibilidades de que la contratación tenga, realmente, una finalidad formativa–.

Al hilo de la disponibilidad de derechos por parte del empresario, es preciso recordar que una de las manifestaciones del carácter tuitivo del ordenamiento laboral ha sido tradicionalmente la consagración del principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador¹⁹, actualmente recogido en el art. 3.5 ET desde su aprobación. No es objeto de este trabajo profundizar en el análisis de tal precepto ni en los problemas interpretativos que plantea el tenor literal que le otorgó nuestro Estatuto de los Trabajadores²⁰, entre los que destaca la necesidad de armonizar una –difícil– interpretación sistemática con el resto del precepto, especialmente con el apartado 1c)²¹, sino subrayar, a tal efecto, que opera sólo para el trabajador, y que no existe actualmente un contenido legal similar dirigido a la parte empresarial. Podría pensarse que, precisamente por ser un principio orientado a tutelar al contratante débil, es lógico no hallar una protección en ese sentido dirigida al

¹⁹ Blasco Pellicer, A., *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995, p. 281 y ss.

²⁰ Se cambió el término “renunciar” por el actual “disponer”, siendo el primero una manifestación, entre otras posibles, del segundo. Vid. Prados de Reyes, F.J., «Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores», *R.P.S.*, N° 127, 1980, p. 59.

²¹ Ruiz Castillo, M., «A propósito de la indisponibilidad individual de derechos», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 52, 1999, pp. 162-163. Esta autora se adhiere a la posición que mantiene que el apartado 5 del art. 3 ET se hace innecesario, pues el apartado 1c) del mismo precepto ya prevé la indisponibilidad de todo derecho imperativo o necesario, señalando la flagrante contradicción que se da entre uno y otro en lo que al convenio colectivo se refiere. Indica asimismo la dificultad de armonizar en la práctica ambos preceptos, trayendo a colación el intento hecho por Prados de Reyes, para quien el primer inciso del art. 3.5 es exponente del antecedente normativo (igualdad ley-convenio), mientras que el segundo inciso tendría la función de «ampliar la indisponibilidad, vía convencional, a derechos que, en principio, y con independencia de su origen, pudieran ser disponibles» (Cfr. Prados de Reyes, «Renuncia y transacción de derechos...», *cit.* pp. 73-74).

contratante fuerte, que no la necesitaría. Sin embargo, si bien en nuestro ordenamiento jurídico vigente parece seguirse ese razonamiento –con matizaciones y con una cierta resistencia por parte de un sector doctrinal y jurisprudencial-, pues no recoge que el empresario no pueda disponer de sus derechos, históricamente ha sido más bien al contrario, de manera que el poder de dirección se ha considerado tradicionalmente un poder que no podía ni debía limitarse, a pesar de que la negociación colectiva haya sido desde sus orígenes, en sí misma y por definición, un intento continuo de establecer límites a ese poder.

Así, la irrenunciabilidad de poderes por parte del empresario²² ya se recogía en el art. 2²³ de la Ley de Convenios Colectivos de 1958, mientras que la misma ley en 1973 hizo lo propio en su art. 4²⁴, todo ello como puede observarse en consonancia ideológica con el sistema autoritario de la época. Panorama que cambia, como no podía ser menos, con la entrada de la Constitución, pues esta concibe la libertad de empresa con limitaciones, de manera que «el establecimiento de condiciones de trabajo no aparece en ningún momento como facultad exclusiva del empresario aun cuando a él correspondan los poderes organizativos generales, punto en el que la limitación a la discrecionalidad empresarial viene impuesta por la propia legislación laboral y la negociación colectiva sin que en ningún momento se entienda vulnerada la libertad de empresa»²⁵. Es decir, partimos de un diseño constitucional que asume en su art. 7 CE el conflicto entre las partes, y que defiende en el mismo precepto que el mejor cauce para atemperar ese antagonismo de intereses es consagrar el pluralismo social y crear un espacio donde poder alcanzar acuerdos que garanticen la paz social. En definitiva, este precepto consagra la libertad de la actividad sindical en su ejercicio, constituyendo la base de la autonomía colectiva²⁶. Ello debe conectarse e interpretarse globalmente con el art. 37.1 CE, con el 28.1 CE, y a su vez, con la participación de los trabajadores en la empresa contenida en el 129.2 CE; en coherencia con todo lo aludido, el 85.1 ET, haciendo una correcta –y por tanto no restrictiva- interpretación de ese diseño

²² Cfr. Román de la Torre, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, pp. 397-398.

²³ «Queda prohibido establecer en los convenios colectivos sindicales cláusulas que impliquen disminución de la libertad individual y de los derechos sociales que al trabajador corresponden o de las facultades de dirección y disciplina que son propias de las Empresas o que causen grave perjuicio a la economía del país».

²⁴ «En los Convenios Colectivos no podrán establecerse cláusulas que se opongan a lo dispuesto en las Leyes, que impliquen disminución de la libertad individual, de los derechos de los trabajadores, sin discriminación por razón de sexo, de las facultades inherentes a la dirección de la empresa según el ordenamiento jurídico laboral o que puedan causar graves perjuicios a la economía nacional».

²⁵ Román de la Torre, M.D., *Poder de dirección...*, cit., p. 36.

²⁶ Así lo expone Valdés Dal-Re, F., «La negociación colectiva en la Constitución», *R.P.S.*, N° 121, 1979, pp. 473-478. Para este autor, este precepto constitucional constituye la «auténtica clave bóveda del entero edificio sindical».

constitucional, consagra para los convenios colectivos la libertad de negociación sin más límite que el respeto a las leyes.

Hemos querido poner de manifiesto todo lo anterior con la finalidad de poner en perspectiva que, como decíamos, la disponibilidad del empresario de sus derechos no debería encontrar, en principio, mayores obstáculos, y sin embargo hay un sector doctrinal y jurisprudencial que interpreta el contenido esencial de la libertad de empresa con tal amplitud que llega a resultar invasiva en clave constitucional, no sólo con el art. 37.1, sino incluso con el 28.1CE²⁷. La presente sentencia nada dice de manera explícita respecto de esta cuestión, centrándose únicamente en que estamos ante una norma de derecho necesario absoluto. Ante ello, de alguna manera podría atisbarse que, a través de otro camino –las relaciones entre convenio y ley– y su interpretación en este caso concreto, se está igualmente protegiendo la libertad de empresa por encima de otros bienes jurídicos. O bien podríamos entender que basa su fallo en ese hilo argumental porque no aprecia que haya problemática en el que estamos exponiendo, y que, por tanto, nada habría que objetar a la validez de la cláusula por el hecho de que suponga una disposición empresarial.

Para finalizar queremos volver a enlazar con las previsiones del art. 3.1c y 3.5 ET sobre la indisponibilidad de derechos por parte del trabajador, considerando adecuado insistir en lo que a nuestro juicio se encuentra en la base de cuanto se está debatiendo, y que no es otra cosa que el hecho de que nos movemos siempre en una asimetría entre los contratantes, siendo ésta una de las piedras angulares de nuestra disciplina, que además no es discutida. En virtud de dicha asimetría como punto de partida y del consiguiente diseño constitucional y legal, analizado posteriormente, no nos resulta que, aplicado al caso en cuestión, pudiese haber vulneración alguna de la libertad de empresa, por lo que tampoco encontramos en este sentido objeción a la validez de la cláusula.

Queda como último punto de este apartado analizar si podría suponer un obstáculo el hecho de que la disponibilidad empresarial se haya producido a través de un convenio supraempresarial. La respuesta nos parece negativa, por la sencilla razón y sin mayor abundamiento de que sí, como venimos resaltando, hay disparidad entre las partes y el contratante débil puede ceder derechos en el marco de la negociación colectiva a través de sus representantes, no hay motivo para que no pueda hacerlo el contratante fuerte, cuya representación ostenta la misma naturaleza²⁸. Sin embargo, esta lógica no siempre es aplicada por la jurisprudencia²⁹, mientras que

²⁷ Véase ampliamente una crítica en Ruiz Castillo, M.M.; Escribano Gutiérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.

²⁸ A nuestro juicio estamos ante una cláusula a todas luces normativa, no planteándonos siquiera que pudiera ser obligacional.

²⁹ Muy recientemente encontramos en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2018 (2715/2016), que en su Fundamento Jurídico Tercero viene a plantear, *obiter dicta*, que habría diferencia entre la disponibilidad empresarial a resultados de si se produce mediante convenio

doctrinalmente pueden encontrarse ciertas matizaciones al respecto, admitiendo que la disponibilidad empresarial puede darse en ambos niveles de negociación, pero afirmando que mientras que a nivel de empresa el titular del derecho podrá disponer válidamente de una manera muy amplia -si no absoluta-, no podrá llegar tan lejos en el ámbito supraempresarial³⁰. A nuestro juicio, posiciones como las señaladas podrían resultar atentatorias contra la libertad de elección del ámbito de aplicación, que recoge el 83.1 ET respondiendo al reconocimiento constitucional de la autonomía negocial, cuyos límites serían no establecer tratamientos discriminatorios y respetar el principio de correspondencia³¹, pero nada más. Es decir, la fuerza vinculante de lo pactado no puede depender de en qué unidad se pacte, siendo esto en nuestro ordenamiento jurídico indiferente.

3. LA OTRA CLÁUSULA OBJETO DE LA SENTENCIA: LA LIMITACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS

En los mismos términos que respecto a la cláusula que restringe numéricamente estos contratos, la Sentencia aborda otra cláusula limitativa –concretamente el Anexo II del Convenio-, que versa sobre los puestos de trabajo susceptibles de ser objeto o no de contratos para la formación y el aprendizaje. Pero como se apuntó al inicio de este trabajo, en esta ocasión la Sala no altera la decisión de la Audiencia Nacional, aunque el razonamiento es distinto, como no podía ser de otra forma vista la disparidad del punto de partida de sus planteamientos.

De esta forma, el órgano juzgador de instancia basa su criterio en que no se está produciendo una limitación significativa y mucho menos se están impidiendo estas contrataciones, de manera que no aprecia inconveniente en que los negociadores del convenio, que son quienes conocen bien el sector y sus características, lleguen a un pacto como éste. Además, desliza que no se ha practicado prueba que permita concluir que la relación recogida en el Anexo II esté vetando puestos susceptibles de cubrirse con esta modalidad. Como vemos, el planteamiento de la Audiencia Nacional no se aleja del ya mantenido para la otra cláusula, y es seguir el principio de que las normas de derecho necesario absoluto son en nuestro ordenamiento excepcionales, no pudiendo deducirse que lo que no está permitido de

de empresa o supraempresarial. Esta sentencia, en un contexto de convenio de empresa, admite la disposición del empresario, añadiendo a su argumentación el hecho de que la disponibilidad la hace directamente el titular del derecho y no una asociación empresarial en la que dicho titular puede estar o no afiliado.

³⁰ Bejarano Hernández, A., *Convenio colectivo versus ley*, La Ley, Madrid, 2008, p. 74.

³¹ Cruz Villalón, J. (coord.), «Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos», en *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Cinca, Madrid, 2017, pp. 20 y 21.

manera expresa para la negociación colectiva le está vetado, pues sería contradecir la libertad negociadora del 85.1 ET.

El Tribunal Supremo, aunque también validará el Anexo II, contextualiza el debate con una línea argumental que no difiere, como puede adivinarse, de la empleada para la cláusula que hemos analizado con anterioridad. Es decir, mantiene que el art. 11.2 ET es una norma de derecho necesario absoluto, no pudiendo la negociación colectiva intervenir si no es para precisar o puntualizar, pero sin salirse de los márgenes de la fuente jerárquicamente superior. Y da por buena la cláusula porque entiende que eso es lo que ha ocurrido en este caso. La Sala expone que esta modalidad contractual es de por sí restrictiva, pues no va dirigida ni a aquellos puestos de trabajo que requieran titulación (susceptibles de realizar contratos en prácticas), ni a aquellos cuyo nivel de cualificación sea tan escaso que «no permiten una razonable conexión entre tareas productivas y formación»³². En otras palabras, no todas las restricciones hechas por el Convenio serán contrarias a la Ley, sino solo aquellas que se desvíen de lo previsto por el legislador. Como los puestos que el Anexo II excluye pueden encajarse en las restricciones previstas legalmente, entiende la Sala que dichas exclusiones son razonables.

En conclusión, al contrario que en la cláusula limitativa del número de contratos, donde a juicio del Tribunal el convenio colisionaba con la Ley de manera conflictiva, en esta ocasión aprecia una relación de complementariedad entre ambas fuentes, aceptando su validez³³.

4. CONCLUSIONES: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA FUNCIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

El convenio colectivo ha tenido tradicionalmente un papel ligado a la mejora de las condiciones de trabajo. Su vocación y función histórica ha sido la de instrumento adquisitivo de derechos para los trabajadores, y de pacificación y garantía de la continuidad de la productividad para los empresarios. No descubrimos nada si afirmamos que en la actualidad –y desde hace décadas- el convenio ya no va a responder siempre o necesariamente a ese esquema, sino que puede ser el vehículo a través del cual lleguen a los trabajadores nuevas condiciones peyorativas, y de hecho a menudo lo es, con la consecuente pérdida de credibilidad que ello supone para los representantes de los trabajadores. Además, la parte empresarial cuenta con instrumentos legales que le permiten desvincularse de lo pactado, debido a que el empresario es considerado también un sujeto digno de protección y tutela.

³² Fundamento Jurídico Quinto.

³³ La cuestión litigiosa relativa a las horas extraordinarias, a la que hacíamos alusión al principio del comentario, se resuelve de forma similar, validándose la previsión convencional por entender que respeta los márgenes del art. 35.3 ET. Puede verse en el Fundamento Jurídico Sexto.

La justificación la hallamos siempre en clave económica, en un intento de obtener respuestas que den soluciones a los problemas que genera la economía de mercado globalizada en la que operan nuestras relaciones laborales.

Nuestra impresión de la sentencia analizada es que parece que hubiera querido ir un paso más allá de lo que nuestro ordenamiento laboral –ya de por sí permisivo y comprensivo con las necesidades empresariales- ha establecido, no permitiendo que mediante la negociación colectiva se pacte una mejora en favor de los trabajadores que parece ajustarse a la legalidad vigente, pues no la contradice, y sobre la que las partes estaban plenamente conformes, sin que conste que haya habido conflicto alguno por este motivo, ya que, no lo olvidemos, es la Dirección General de Empleo quien, de oficio, interpone la demanda. Una mejora donde se parte, como se ha expuesto, de que en la fuente jerárquica superior no parece establecerse una prohibición, ni de manera expresa ni de manera tácita, como sugiere la sentencia en un intento realmente difícil de encajar en nuestro ordenamiento jurídico, donde el orden público es excepcional y por ende no debe presumirse, ni, para ello, como parece haber ocurrido en este caso, apoyarse en argumentos que puedan plantear tantas dudas. Como se ha señalado, si bien es cierto que todo apunta a que el legislador ha buscado no alentar limitaciones a esta modalidad contractual, no concluimos que ello deba interpretarse en el sentido de que se haya prohibido por completo su utilización.

La relación más clásica y genuina entre ley y convenio es la de norma mínima, debido a que es a través de ella como mejor se plasma el también clásico principio tuitivo. El hecho de que las relaciones de complementariedad hayan visto reducido su campo de acción no debe llevarnos a interpretar que los contenidos del convenio necesiten del “permiso” o habilitación expresa por parte de la fuente legal, pues no sólo no es así, sino que además es todo lo contrario: se sigue partiendo de la libertad negocial, entendida ésta de forma no restrictiva y sin más límite que el respeto a las leyes, no resultándonos que en este caso se hayan vulnerado. La supuesta voluntad del legislador o la pretensión de la norma de fomentar el empleo –no olvidemos la finalidad formativa, como parece hacer el tribunal, pues, aunque la mencione, se aferra en todo momento a una sola de las dos finalidades que describe- no nos parecen argumentos suficientes para incidir en esa autonomía negocial que ostentan las partes en virtud de nuestra Constitución y las leyes que la desarrollan. La conclusión de que en las cuestiones analizadas de los contratos para la formación y el aprendizaje sólo tiene cabida la complementariedad podría resultar, por lo tanto, excesivamente rigurosa.

Por otra parte, la indisponibilidad de derechos del trabajador, recogida hoy día en el art. 3.5 ET, responde a la tradicional necesidad de dotar de una cierta protección al contratante débil, de manera que actualmente no hay ninguna norma que proteja en el mismo sentido al empresario. Ello es así desde la entrada en vigor de nuestro texto constitucional, cuyo sistema de relaciones laborales resultaría

incompatible con un poder directivo al que no pudiera establecerse límites. Por tanto, nada habría que oponer en este sentido a las cláusulas objeto del debate. Tampoco cabrían objeciones, en nuestra opinión, por el hecho de que las limitaciones a esta modalidad contractual se estén haciendo mediante un convenio sectorial, pues creemos que ello resulta irrelevante, ya que las normas de representación son iguales para todos, y la elección del ámbito de aplicación corresponde libremente a las partes.

Como conclusión, ya se ha apuntado que la tendencia legislativa actual, que en nuestro país se remonta a la reforma de 1994 –pero que trasciende el ámbito nacional–, es la de utilizar el convenio colectivo no como el original instrumento de mejora para la parte con menor fuerza contractual, sino como un instrumento que puede resultar a su vez útil y servir a intereses que nada tienen que ver con esa función, pudiendo empeorar las condiciones de los trabajadores y utilizarse para garantizar la flexibilidad requerida por la parte empresarial. Posiciones jurisprudenciales como la analizada parecen querer contribuir a esa tendencia, aun a costa de obviar cuestiones que forman parte de los pilares de nuestra disciplina. En concreto, el resultado ha sido una sentencia que ha terminado por ser más restrictiva que la propia ley con la tradicional función adquisitiva de derechos que corresponde al convenio colectivo, contribuyendo a su aludida transformación allí donde no parecía que fuese necesario.

LA CONTROVERSIA DE LAS CLÁSULAS DE EMPLEO ANTE LA FLEXIBILIDAD EXTERNA DE LAS EMPRESAS

Sentencia del Tribunal Supremo (Social) 23 de octubre de 2018
ECLI: ES: TS: 2018: 3726

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador prestaba servicios para la empresa Pañalón S.A. como conductor mecánico desde el 17 de julio de 2006, con un contrato eventual por circunstancias de la producción que se convierte en indefinido el 16 de julio de 2007. La relación de trabajo se subrogó en dos ocasiones entre dos empresas. Obra apuntar que estas subrogaciones se produjeron entre empresas pertenecientes a un grupo de empresas del transporte de mercancías por carretera. La primera con fecha 8 de agosto de 2012 para la empresa P.HLM S.L.U, en la que se le reconoce las mismas condiciones de trabajo y antigüedad que en la empresa anterior. Posteriormente, con fecha 1 de marzo de 2013 se vuelve a subrogar en la empresa Pañalón S.A. El trabajador es despedido el 28 de mayo de 2013 por causas objetivas económicas por lo que plantea demanda sobre despido ante el Juzgado de lo social de Elche contra las dos empresas; así como frente a otras empresas del mismo Grupo empresarial: P. Multimodal SA; T. Inversiones SL; S. y T. Albacete SLU; T. A. SL; y contra Fogasa. La controversia gira en torno a la calificación que merece este despido teniendo en cuenta que a la fecha en que se produce estaba vigente el *Acuerdo colectivo de ámbito nacional entre Pañalón SA y la RTL que establece las relaciones laborales con su personal conductor en el periodo de 2011-2015*, por el que la empresa renunciaba a aplicar medidas de despidos colectivos, despidos por causas objetivas y expedientes de suspensión colectiva de los contratos que afectarían a la plantilla de conductores existente en ese momento, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, aceptando los trabajadores a cambio una reducción salarial del 6%. A pesar de dicho acuerdo, la empresa justifica su decisión en la cláusula *rebus sic stantibus*, considerando que puede dejar de aplicar tal acuerdo porque habían variado sustancialmente las circunstancias económicas desde que se suscribió hasta el momento en el que se decide la extinción del contrato de trabajo.

* Profesora Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN: Planteada demanda ante el Juzgado de lo social de Elche, que la estima, la empresa recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que confirma la sentencia de instancia. Nuevamente recurre, ahora en casación por unificación de doctrina, y el Tribunal Supremo vuelve a desestimar la pretensión empresarial. Aun reconociendo la concurrencia de las causas económicas alegadas por la empresa en la carta de despido, considera que el despido es improcedente sobre la base de que la empresa había desatendido el compromiso adquirido en el acuerdo colectivo suscrito.

ÍNDICE:

1. MARCO NORMATIVO: FUNCIONALIDAD ADAPTATIVA DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA
 - 1.1. Información y explicación del supuesto que se va a analizar y comentar
 - 1.2. Las cláusulas de empleo y su incidencia en la flexibilidad empresarial
 - 1.3. La ordenación de la negociación colectiva en la cumbre. Unas breves pinceladas
 - 1.4. Los acuerdos colectivos de empresa como mecanismo de flexibilidad interna
 - 1.5. La controvertida naturaleza de los acuerdos colectivos de empresa.
 - 1.6. La legalidad de la cláusula de empleo
2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO
 - 2.1. La controversia del acuerdo colectivo frente a la pretendida flexibilidad externa de la empresa
 - 2.2. La actuación desequilibrada de la empresa ante el acuerdo colectivo de empresa
 - 2.3. La aplicabilidad al caso de la cláusula *rebus sic stantibus* habilitante para el despido
3. VALORACIÓN FINAL

1. MARCO NORMATIVO: FUNCIONALIDAD ADAPTATIVA DE LOS ACUERDOS DE EMPRESA

1.1. Información y explicación del supuesto que se va a analizar

Para mayor aclaración y dada la complejidad del asunto procedemos a analizar el supuesto de hecho y la cuestión litigiosa planteada atendiendo al íter procesal del conflicto hasta llegar a la STS de 23 de octubre de 2018, objeto de nuestro estudio.

En la sentencia de instancia de 2 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Social nº1 de Elche se estima la demanda planteada por la parte actora (el trabajador) contra las empresas Pañalón S.A. y Pañalón HML S.L.U. declarando improcedente el despido del demandante. A la vez absuelve a las demás empresas al estimar

la falta de legitimación pasiva. De modo que interpone condena solidaria a las codemandadas.

Las empresas interponen recurso de suplicación al amparo, siendo solo Pañalón S.A. quien consigna las cantidades específicas conforme a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) ¹. El primer motivo del recurso se ampara en el art. 193 b LRJS en la que se pretende revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas para que el Tribunal proceda a revisarlos. Sobre este particular, el Tribunal señala que no debe prosperar la revisión por ser un elemento irrelevante para cambiar el signo del fallo, pues en el fuero del asunto no se discute la situación económica de la empresa, ni sus pérdidas ni la disminución de la cifra de su negocio, sino si la empresa podía despedir al trabajador frente al Acuerdo suscrito de renunciar a realizar este tipo de despidos durante la vigencia de aquel. Otro motivo es al amparo del art. 193 c) LRJS pretendiendo examinar las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia. Esta pretensión tiene una primera aproximación con base a la condena solidaria interpuesta al considerar las empresas condenadas que existe una incongruencia por *ultra petita* al otorgar más de lo pedido porque ni en la demanda, ni en su ampliación se interesan por la condena solidaria de las mismas. Sin detenernos en este particular y remitiendo a la propia sentencia, estima que, aunque ni en el escrito de la demanda ni en su ampliación se interesen por la cadena solidaria de ambas empresas si que se alude a la existencia de un grupo de empresas no solo mercantil, sino también laboral. Con esta base, el Tribunal no aprecia una sucesión de empresas en la relación del trabajador, sino que ambas forman parte de un grupo laboral lo que conlleva a la condena solidaria de las empresas del grupo que tiene como dos únicos integrantes a las empresas condenadas. El tribunal aprecia esta situación porque el trabajador ha prestado de forma indistinta su prestación laboral para ambas empresas y de forma sucesiva de la una a la otra y de viceversa sin causa o razón que justifique el cambio de empresa. De esta forma, la Sentencia aprecia la existencia de un grupo patológico laboral en el que no se admite la falta de legitimación pasiva de Pañalón HML S.L.U. Es más, dada las relaciones entre las empresas del Grupo se podría cuestionar si se está ante una cesión de mano de obra².

Otra aproximación a la referida pretensión, en la que tampoco nos podemos detener, es la referida a la aplicación e interpretación incorrecta de los art. 51.1 y 52 c Estatuto de los Trabajadores (ET) y art. 122 LRJS al alegar la empresa que ha cumplido con los requisitos exigidos por los citados preceptos, y que por el imperativo legal de éstos la alegación que procedería del despido es la de procedente. En esta calificación

¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2015, nº de recurso 2106/2015.

² En efecto, en la Sentencia de primera instancia se insta de oficio a la Inspección de Trabajo poniéndola en conociéndola de los hechos para que examine las responsabilidades a que hubiera lugar para el caso de comprobarse que existe cesión de mano de obra.

la empresa señala que se debe dar cuenta la acreditación de las causas económicas y productivas que concurrían y el cambio negativo del contexto económico sufrido por la empresa que empeoró tras la firma del Acuerdo colectivo. La empresa sostiene que esta justificación y este empeoramiento justifica la extinción del contrato de trabajo del actor al concurrir la alteración extraordinaria de las circunstancias.

Pues bien, igualmente, y ahora sobre este particular, la Sentencia estima que, aunque podrían estar presentes las causas alegadas que justificarían el despido objetivo del trabajador, no se puede obviar, y la clave está, en tener en cuenta que trasciende el Acuerdo de empresa que limita la extinción del contrato de trabajo. Con esta base, el Tribunal aprecia que la decisión empresarial no queda permitida por el Acuerdo colectivo. A ello se añade que no puede admitirse la simple alusión a pérdidas económicas o a una presente disminución de la demanda porque dejaría sin efecto y en papel mojado el acuerdo alcanzado. En efecto, la Sentencia pone de relieve que la empresa tenía los suficientes datos económicos para valorar la suscripción o no de ese Acuerdo de empleo. Primero porque ya había padecido situaciones económicas adversas devenidas desde el año 2009 y segundo porque en el 2011, año en el que firma el Acuerdo no había previsión de mejora de su situación económica. Por último, la Sentencia expone que, en el 2013, año en el que procede al despido del trabajo no se dio una alteración extraordinaria de las circunstancias, ni éstas eran imprevisibles, ni tampoco se ve aniquilado el equilibrio entre las partes. Además, no se alteró un acontecimiento posterior e imprevisible que alterara la situación, pues en el mismo 2013 se acredita la existencia de ganancias en la empresa. Todas las razones alegadas, llevan al Tribunal a desestimar el Recurso de suplicación interpuesto por las empresas condenadas.

En este punto, la empresa condenada interpone recurso de unificación de la doctrina contra la STJ de la Comunidad Valenciana, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por Sentencia de contraste³. En esta sentencia de contraste se declara ajustado a derecho el despido de un trabajador indefinido de la misma empresa por causas económicas realizado el 17 de octubre de 2013. De su lectura se aprecia un pronunciamiento contradictorio frente a la Sentencia recurrida. Ambas sentencias sostienen criterios distintos (núcleo de la contradicción) a la hora de calificar el despido de los trabajadores y la incidencia que tiene el Acuerdo colectivo en esa calificación.

En efecto, se trata del mismo grupo de empresas, se fundamenta con la SAN de 19 de marzo de 2013⁴, se alude al referido Acuerdo Colectivo con el compromiso de estabilidad en el empleo asumido por la empresa a cambio de la reducción de salarios, y al alcance de la situación económica de la empresa. Entre ambos supuestos

³ La empresa aporta sentencia de contraste STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2014, nº de recurso: 5104/2014, en cumplimiento del art. 219. 1 LRJS.

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2013, nº de Recurso: 21/2013. Confirmada por la STS (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2014, nº de Recurso: 186/2013. Como ya se

concorre la contradicción que exige el art. 219 de la LRJS para admitir el recurso pues en ambas sentencias se juzgan hechos similares: la calificación que merece el despido de trabajadores, además de la misma empresa, en el mismo periodo de tiempo (2013) y alegando las mismas causas (económicas principalmente).

No obstante, en la Sentencia de Contraste, el TSJ de Cataluña subraya que las empresas forman parte de un mismo grupo empresarial, pero matiza que no aprecia la existencia de un grupo laboral de empresas al no existir prestación de servicios indiferenciada para las diferentes empresas del grupo ni contratación de trabajadores para prestar servicios de forma sucesiva en una u otra, ni confusión de patrimonios.

Al mismo tiempo, y lo más destacable de la Sentencia de contraste es su decisión sobre el acuerdo, sobre su naturaleza y sobre si resultaba vinculante o no. Así las cosas, en este caso, el Tribunal se ciñe a analizar la concurrencia de las causas habilitantes para proceder a adoptar despidos económicos (colectivos u objetivos) teniendo en cuenta la nueva redacción dada a los art. 51 y 52 del ET realizada por el RDL 3/2012 y después por la Ley 3/2012 y enunciando los efectos de la referida reforma laboral en pronunciamientos posteriores (significativamente la STS de 25 de junio de 2014). Con esta base normativa y doctrinal, el TSJ de Cataluña aprecia que Pañalón S.A. ha visto reducida de forma significativa su actividad y que presenta una situación económica negativa con importantes pérdidas por lo que considera que la extinción del contrato del actor es una medida razonable y proporcionada para hacer frente a la situación. Por consiguiente, aquí prevalece la concurrencia de la causalidad de los despidos económicos y considera que la empresa encaja en el nuevo (en aquella fecha) perfil normativo para proceder al despido.

La controversia del asunto es que el pronunciamiento del TSJ de Cataluña relega al acuerdo de empleo a un segundo o tercer plano, sin considerarlo como límite a medidas de flexibilidad externa. Así, el pronunciamiento ignora y deja de apreciar que el pacto de estabilidad en el empleo pueda limitar la adopción de medidas de flexibilidad externa. En definitiva, decide que el acuerdo colectivo de empresa no resulta vinculante en base a que situación económica evolucionó negativamente respecto a la existente en el año 2011⁵.

aprecia, el argumento de esta Sentencia será cardinal y servirá de sostenimiento para el análisis de la Sentencia de estudio.

⁵ Argumentación expuesta en el Fundamento Jurídico Quinto de la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2014 constituyendo el *leit motiv* de este controvertido planteamiento.

1.2. Las cláusulas de empleo y su incidencia en la flexibilidad empresarial

La Sentencia objeto de este comentario versa sobre las dudas que plantea la calificación de un despido objetivo por causas económicas ante la existencia de un acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes del personal por el que aquella “renuncia” a aplicar durante su periodo de vigencia, medidas de despidos por causas empresariales.

Por lo pronto, el acuerdo de empleo se encuadra en las cláusulas de empleo en la negociación colectiva. Éstas pueden ser de distinta tipología, y entre ellas están las cláusulas que se destinan a preservar o mantener la relación de empleo y pueden estar en convenios, o en acuerdos, como el que suscribió la empresa⁶. Se recogen como garantía de mantenimiento, estabilidad o de recuperación del empleo dadas las elevadas cifras de temporalidad y de destrucción del empleo que agonizan a las empresas en un contexto de inestabilidad económica y de empleo.

Este tipo de cláusulas se alinean en *pro* de las políticas comunitarias de flexiseguridad. Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa se podrían ubicar en la aplicación de contratos de trabajo fiables y flexibles. La orientación de estas políticas encaja en que la autonomía colectiva se debe perfilar como un elemento de protección del empleo contra los despidos por razones económicas, de manera que los negociadores prevean otras medidas menos agresivas que no perjudiquen la estabilidad laboral de los trabajadores. Así mismo, no puede obviarse el papel que deben protagonizar los actores sociales a la hora de contribuir a la viabilidad de las empresas cuando éstas pasan por dificultades económicas. El rol de los negociadores ante estos supuestos se vincula a la previsión de medidas que eviten las reducciones de plantilla y las extinciones de los contratos como el modo “normal” de adaptación a los ajustes de los ciclos económicos que padecen las empresas⁷.

⁶ Sobre cláusulas de empleo, en particular sobre las que estamos estudiando, se puede consultar a Serrano Olivares, R., *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

⁷ Las políticas de flexiseguridad se diseñaron en instancias comunitarias como una estrategia para combinar la flexibilidad deseada por las empresas con la seguridad anhelada por los trabajadores. La Unión Europea ha ido disponiendo de una serie de directrices para lograr un equilibrio justo entre ambos objetivos y para que los Estados Miembros puedan adaptar el Derecho del Trabajo a la globalización. En la actualidad, en un escenario ya de plena post-globalización este tipo de ideas vienen a desterrar los mimbres y el concepto más tradicional y clásico del Derecho del Trabajo. Sobre este tipo de políticas véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:c10159> (Último acceso: 11 de marzo de 2019).

1.3. La ordenación de la negociación colectiva en la cumbre. Unas breves pinceladas

En otro encuadre, el establecimiento de este tipo de cláusulas se articula en el seno de los Acuerdos Interprofesionales para la negociación colectiva bajo la finalidad de enmarcar toda la negociación colectiva dentro de unas coordenadas y así lograr una uniformidad de los convenios colectivos acogidos a su ámbito que se negocien con posterioridad.

En efecto, estos Acuerdos acordados en la cumbre diseñan la estructura de la negociación colectiva, ofreciendo orientaciones a los sujetos que negocian los futuros convenios colectivos (o acuerdos colectivos) en las unidades afectadas por aquellos. Del modo expresado, este tipo de Acuerdos fijan un marco para la negociación colectiva conforme al cuál los futuros convenios colectivos quedan obligados a incorporar sus previsiones. Dicho de otro modo, el contenido de estos Acuerdos no es directa y automáticamente aplicable a las relaciones de trabajo, sino que precisa que los convenios o acuerdos posteriores recojan la voluntad colectiva expresada en los Acuerdos Marco⁸.

En efecto, y así fue, los acuerdos colectivos (como el que suscribió la empresa) han servido para acoger orientaciones de empleo favorecedoras de la flexibilidad interna antes que, a ajustes externos. Ésta ha sido la voluntad colectiva en relación al empleo recogida en los acuerdos marco y ha necesitado de ser precisada en los convenios colectivos (o acuerdos) a través de las cláusulas de empleo. Así, han venido ofreciendo orientaciones y compromisos que necesitan su traslación en los ámbitos inferiores, ya sean mediante cláusulas en los convenios colectivos o en los acuerdos específicos.

Desde la suscripción del I Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva se ha apostado por mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo y de la actividad productiva preferibles a los ajustes externos⁹. En el II Acuerdo se insistía en que los convenios incorporasen como contenido mínimo la flexibilidad interna, particularmente aquella que operaba en espacios temporales acotados para hacer frente a las coyunturas que padecen las organizaciones. El objetivo era que las empresas pudieran seguir siendo competitivas sin dejar de lado el objetivo de favorecer la estabilidad en el empleo y de evitar el recurso al despido¹⁰.

⁸ Al respecto, y con carácter general, véase, Merino Segovia, A., *Marco Jurídico de la Negociación Colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 197 y ss.

⁹ Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012. (BOE número 46 de 22 de febrero de 2010).

¹⁰ Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014. (BOE número 31 de 6 de febrero de 2012. Este Acuerdo aboga por reforzar los derechos de información y consulta

Lo cierto es que son orientaciones que de una u otra forma se han mantenido vigentes en los sucesivos Acuerdos marco como instrumentos de flexibilidad negociada y como mecanismos de adaptación internos que sean preferentes a los externos o a los ajustes de plantilla de mayor gravedad e intensidad, esto es, los despidos por causas empresariales. En el III Acuerdo se seguía invocando a los convenios a disponer de la flexibilidad interna como la herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo y asegurar la actividad productiva¹¹.

En la misma línea, se postula el IV Acuerdo al apostar por medidas de mantenimiento del empleo con la disposición de alternativas al despido en empresas con dificultades económicas. El objetivo es categórico al promover el mantenimiento del empleo y al fomentar modelos de flexibilidad interna pactados en el seno de la empresa evitando los despidos. De este modo el Acuerdo trata de propiciar la viabilidad de las empresas con dificultades económicas de forma que puedan ajustar los costes laborales a los ciclos económicos, pero manteniendo la plantilla¹².

Se evidencia pues de manera notoria la voluntad de estos instrumentos convencionales para que los convenios colectivos posteriores recojan tales orientaciones de empleo en el marco de negociación colectiva desarrollada a niveles inferiores. Pues bien, el acuerdo colectivo se ajusta en la línea de los Acuerdos referidos que viene a recoger su mandato.

1.4. Los acuerdos colectivos de empresa como mecanismo de flexibilidad interna

Después de referenciar esas orientaciones de empleo, y al margen de su posible traslación en cláusulas específicas en el texto de un convenio, nos centraremos en la acogida posible en acuerdos de empresa con esos contenidos específicos y adoptados en prevención o como respuesta a situaciones empresariales que, requiriendo la adopción de medidas de ajuste o reestructuración, dan prioridad a las de naturaleza interna.

ante los procesos de reestructuración de las empresas para favorecer medidas alternativas a los despidos que beneficien y aseguren el empleo a los trabajadores afectados. Sobre los procesos de información y consulta es imprescindible acudir a la extensa obra de la experta en la materia, Garrido Pérez, E. En referencia a la materia que nos ocupa se puede citar, entre otras, "Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 120, 2013 (Ejemplar dedicado a: Los efectos de las reformas laborales en la negociación colectiva), pp. 389-438.

¹¹ Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. (BOE número 147 de 20 de junio de 2015).

¹² Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. (BOE número 173 de 18 de julio de 2018).

Bien, los acuerdos de empresa tratan prácticas de negociación colectiva entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores. Estas prácticas responden a fines variados cumpliendo funciones diversas en atención a la modalidad del acuerdo que se concierte. No solo están los acuerdos de empresa contemplados en la norma estatutaria, sino también los que nacen del discurrir de la empresa en el mercado, y por supuesto, los que resultan por la propia dinámica de la negociación colectiva en el seno de la empresa. Al no existir una noción unitaria, lo cierto es que a la propia doctrina le ha resultado complejo elaborar una clasificación completa y exhaustiva que comprenda todas sus clases y posibilidades, acuñando el término de “acuerdos en plural”¹³.

Con respecto al contexto en el que opera, cierto es que como su propio nombre indica, el acuerdo de empresa está diseñado para la empresa, aunque nada obsta para que sea negociado en ámbito supraempresarial. Ahora, se puede anotar que lo más lógico es que el convenio de empresa se acuerde para responder a los problemas o a las situaciones de una concreta empresa, pero no para “dar respuesta específica a las especiales condiciones o circunstancias de una empresa dentro del correspondiente sector de actividad”¹⁴.

En el caso que nos ocupa estamos ante una cláusula de empleo contenida en un acuerdo de empresa. Se trata de una tipología de instrumento colectivo que encuentra su amparo legal en la norma estatutaria e incluso en el art. 37 Constitución Española (CE). Además, se concibe como un acuerdo, que no como un convenio colectivo, manifestación de la autonomía colectiva en su sentido más plural¹⁵. Pues bien, se puede precisar que este tipo de acuerdo vinculan a los empresarios afectados durante toda la vigencia del mismo salvo que sea objeto de modificación, de modo que no cabe una iniciativa absolutamente individual por parte de la empresa mientras medie el referido Acuerdo. Si la empresa hace uso de su facultad extintiva existiendo este pacto de estabilidad en el empleo se tendría que calificar el despido como improcedente¹⁶.

Una de las funciones del acuerdo de empresa es de potenciar la negociación colectiva descentralizada para que la empresa quede dotada de grandes dosis de flexibilidad y de dinamismo en la regulación de aspectos concretos de las condi-

¹³ Con esta solidez argumental véase García Murcia, J., “Los acuerdos de empresa”, *Temas Laborales*, núm. 76, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, p. 96

¹⁴ Cfr. Ídem, pp. 100-106. El autor plantea el caso de los grupos de empresa, por ejemplo.

¹⁵ Sala Franco, T., Alfonso Mellado, C.L. y Pedrajas Moreno, A., *Los acuerdos o pactos de empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 11.

¹⁶ En un caso de despido por causas económicas se estima la demanda interpuesta por los trabajadores al no haber respetado la empresa las garantías anti-expedientes de regulación de empleo del Convenio Colectivo de Tripulantes Técnicos de Vuelo de Air Europa. En este caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2014, nº de Recurso 218/2012 señala que el contenido de estos pactos impide a la empresa incoar expedientes de regulación de empleo que afecten al colectivo de pilotos sin un previo acuerdo con SEPLAIR con los requisitos que recoge el propio acuerdo.

ciones de trabajo, adaptándose fácil y prontamente a las circunstancias cambiantes del mercado¹⁷.

Ahora bien, a pesar de afirmar que el acuerdo de empresa no es un convenio colectivo, se ha debatido mucho sobre su eficacia normativa. Desde luego que el acuerdo de empresa es el resultado de un auténtico proceso de negociación colectiva dotado de un valor jurídico “asimilado al de un estricto convenio colectivo”. En este sentido, se le ha atribuido una serie de funciones, entre otras: una, como elemento imprescindible para manejar eficientemente la gestión de la flexibilidad en la empresa y para lidiar contra un modelo en el que la negociación colectiva quede totalmente debilitada con un protagonismo absoluto de las decisiones empresariales; y dos, como un instrumento decisivo en la distribución de sacrificios que atañe a la negociación colectiva¹⁸.

En cualquier caso, los acuerdos de empresa permiten que las partes signatarias acuerden, en uso de su autonomía colectiva, la adopción de medidas rápidas a situaciones o exigencias transitorias por las que discurre toda empresa. Con este enfoque, el acuerdo de empresa analizado en este comentario diseña una cláusula de mantenimiento de la plantilla, como compromiso directo que asume la empresa de no realizar despidos. Este tipo de cláusulas ha ido teniendo cada vez más presencia en la negociación colectiva en un esfuerzo realizado por los interlocutores para hacer viables a las empresas y para paliar la fuerte destrucción de empleo en los periodos recesivos de la economía.

1.5. La controvertida naturaleza de los acuerdos colectivos de empresa

La legislación laboral admite que los agentes sociales puedan celebrar otros acuerdos colectivos, como son los acuerdos de empresa. Sin embargo, el ET no construye una “regulación ni general ni común de su régimen jurídico, por lo que habría que analizarlos caso por caso (...). Además, poco puede decirse de manera generalizada en torno a los acuerdos de empresa, pues éstos esconden una pluralidad de manifestaciones que, más allá de su idéntica denominación, carecen del suficiente hilo conductor común necesario para afirmar que nos enfrentamos a la misma figura jurídica en los diversos casos”¹⁹.

Lo cierto es que las expresiones de los acuerdos de empresa son variadas, alcanzado una manifestación distinta y pudiéndose diferenciar una naturaleza jurídica

¹⁷ Vid. Gorelli Hernández, J., *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Estudios de Derecho laboral, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pp. 47 y ss.

¹⁸ Por Cruz Villalón, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, nº. 2, 2016, pp. 21 y ss.

¹⁹ Cfr. Cruz Villalón, J., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2018, pp. 518-519.

normativa de la contractual. Es un elemento de argumentación porque aquí reside el problema concreto de su grado de vinculabilidad y las consecuencias derivadas de su incumplimiento que vendrá dado en atención a la calificación con la que quede dotada el acuerdo de empresa.

La legislación laboral no ha tenido a bien regular el régimen jurídico aplicable a este instrumento negocial, nada ha previsto sobre proceso de elaboración y tramitación, su naturaleza, su alcance material y temporal, ni sus efectos jurídicos²⁰. Así es, los acuerdos de empresa discurren por un cauce informal al margen del Título III del ET (no tienen que regirse por su procedimiento, no tienen que ser tramitados, depositados y publicados en Boletín oficial, etc.). Ello no obsta para que existan acuerdos colectivos que reúnan las reglas contenidas en el Título III del ET, caso en el que tendrían el carácter propio de un convenio colectivo y provistos de la fuerza normativa.

En cualquier caso, la tesis doctrinal más reconocida acepta que estos acuerdos derivan del contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva laboral que acoge la fuerza vinculante de los convenios. Pues bien, se puede decir que se reconoce que los sujetos negociadores tienen una autonomía colectiva amplia para suscribir instrumentos de diferente naturaleza, así pueden celebrar convenios normativos, y otras veces otros instrumentos más complejos de identificar al ser un híbrido que bascula entre la norma y el contrato, como son los Acuerdos de empresa. Se ha dicho que los acuerdos de empresa no son convenios, ni regulares, ni irregulares, por más que sí sean una modalidad especial de negociación colectiva, producto especial de una negociación interpartes. En esta línea, reconocida doctrina académica entiende que el acuerdo de empresa es un pacto atípico que cuenta con una base legal expresa, pero que queda excluido del modelo básico de negociación colectiva. Así, nos encontramos ante un nuevo escenario en la estructura de la negociación colectiva²¹.

De este modo, se conciben en la autonomía colectiva diferentes acuerdos de empresa con distinta naturaleza, ya sean como cláusulas contractuales en algunos casos o investidos como una norma en otros casos, se ha dicho como una figura bifronte.

Lo cierto es que la naturaleza del acuerdo de empresa es una cuestión que plantea un debate doctrinal y académico de primer orden. Por un lado, esta institución ha sido tachada de carecer de efectos normativos al no contar con un régimen detallado y exigente como sí tiene el convenio colectivo estatuario y al responder a un modelo de negociación más flexible con reglas sueltas y asimétricas. En este punto, se sostiene que el acuerdo de empresa despliega efectos reguladores, pero

²⁰ García Murcia, J., *Los acuerdos de empresa...*, op. cit. p. 102.

²¹ Quintanilla Navarro, R.Y., *Los acuerdos de empresa: Naturaleza, Función y Contenido*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 28-29 cita entre esta doctrina a Montoya Melgar, Ojeda Avilés, Rodríguez Piñero, Garrido Pérez, Cruz Villalón.

no normativos y que queda dotado de una eficacia colectiva al alcanzar a todos o a parte de los trabajadores de la empresa. Dada esta eficacia colectiva el acuerdo se percibe como algo más que un contrato, pero bastante menos que un convenio colectivo porque no es una norma²². De forma similar, se le niega o cuestiona la eficacia normativa al acuerdo de empresa atribuyéndole un carácter contractual cuyo limitado alcance de modo alguno podría cumplir las funciones del convenio colectivo. Tampoco lo equipara al convenio extraestatutario, pues, aunque se le presuma a ambos naturaleza contractual, el acuerdo no ofrece un conjunto de reglas y previsiones completa sobre las condiciones de trabajo como sí hace un convenio. Este sector considera que el acuerdo de empresa está tipificado y recogido en la ley de forma clara y expresa, por tanto, no es un producto al margen de la ley, sino que es un producto *sui generis* añadido a las restantes manifestaciones de la negociación colectiva, y que entra a formar parte de la amplia tipología de instrumentos colectivos²³.

Por otro lado, quienes defienden una postura por la que cabe otorgar al acuerdo de empresa naturaleza normativa y situarlo comprendido en el elenco de fuentes normativas (art. 3 ET). De este modo, tendría eficacia normativa general con las correspondientes prerrogativas, como la irrenunciabilidad (art. 3.5 ET), la inmodificabilidad unilateral (art. 82.3 ET) e inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*²⁴.

El mismo debate doctrinal y académico se ha llevado al foro jurisprudencial. En efecto, el Tribunal Supremo en algunos de sus pronunciamientos califica a estos acuerdos de empresa como un contrato colectivo o acuerdo colectivo no normativo, esto es no le otorga el calificativo de convenio estatutario comportando que no tenga eficacia *erga omnes* y admitiendo que la modificación de las condiciones pactadas no requiera el acuerdo de las partes interesadas, bastando la decisión del empresario tras la negociación conforme al art. 41 ET si se presenta la cláusula *rebus sic stantibus*. En definitiva, en esta línea doctrinal se está ante un producto de negociación informal que no, ante un acuerdo sobre materia concreta, ni ante un acuerdo interprofesional²⁵.

²² Cfr. Montoya Melgar, A., “Recensión al libro “Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido” de Raquel Quintanilla Navarro”, BIB 2003/850, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 118, 2003.

²³ Entre este doctrinal, se podría citar a Alarcón Caracuel, M.R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación y eficacia de los acuerdos”, en AA.VV., *La reforma de la negociación colectiva* (M.R. Alarcón Caracuel; S. Del Rey Guanter, Coords), Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 1995, p. 68; García Murcia, J., “Los acuerdos de empresa”, op. cit., p. 99.

²⁴ Con esta postura léase Correa Carrasco, M., *Acuerdos de empresa (instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales)*, F. Lefebvre, Madrid, 2012, pp. 95 y ss.; Preciado Domènech, C.H., *La negociación colectiva en la empresa*, Lex Nova- Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 252 y ss. Este último autor predice que se está ante una crisis parcial del concepto tradicional del acuerdo de empresa dada la evolución normativa y jurisprudencial trazada.

²⁵ SSTs (Sala de lo Social) de 22 de julio de 2013, nº de recurso: 106/2012; 22 de enero de 2014, nº de recurso: 89/2013 y 21 de febrero de 2014, nº de recurso: 186/2013.

En cambio, existe otra línea jurisprudencial que califica a los acuerdos colectivos de empresa de eficacia normativa. Estos pronunciamientos vienen a coincidir en que el acuerdo colectivo tiene eficacia normativa *ex art. 37 CE* e incluso otorga a las cláusulas anti expedientes de regulación de empleo de una clara naturaleza normativa²⁶.

Frente a la dispar simbología de las líneas apuntadas, la Sentencia objeto de este comentario no analiza si el acuerdo suscrito es calificado como un contrato normativo o no, pues se limita a observar la prevalencia del Acuerdo colectivo sobre la decisión empresarial de extinguir el contrato sin alteración extraordinaria de las circunstancias.

Asimismo, aquí, el Tribunal no discute la situación económica de la empresa, ni si el despido está fundado o no, esto es no valora la causa empresarial alegada para fundamentar el fallo al que llega. La Sentencia atiende a si la empresa podía despedir al actor frente al acuerdo suscrito por el que renunciaba a realizar despidos por causas empresariales en el periodo de vigencia del Acuerdo. En los fundamentos prevalece o trasciende el acuerdo colectivo sobre la causalidad del despido objetivo, de tal modo que el despido no queda justificado al mediar la referida cláusula de empleo que no permite tal decisión empresarial.

Siguiendo con la naturaleza del acuerdo es oportuno poner de relieve que la propia existencia del acuerdo de empleo limita la libertad de empresa recogida en el art. 38 CE. Desde luego, el despido está dentro de la capacidad empresarial para organizar sus propios recursos. Así lo reconoce la propia Sentencia, al anotar que la facultad de despedir cuando concurre causa legalmente habilitante para ello es consustancial o parte integrante del derecho a la libertad de empresa²⁷.

Nos enfrentamos a una cuestión delicada e importante a nivel teórico, porque en el fondo, se debe primar que un compromiso de este tipo debería en todo caso (sea contractual o normativo) cumplirse por asumir el empresario tal obligación. Del modo expresado, se debe valorar la consecuencia jurídica del acto de incumplimiento empresarial atendiendo al perjuicio del derecho al empleo del trabajador afectado.

Por tanto, sea cual sea la clase y la naturaleza del acuerdo de empresa, ciertamente actúa como manifestación del derecho de negociación colectiva en toda su extensión que se celebra para producir reglas jurídicas, que despliega sus efectos prácticos concretos sobre las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito y, que a la par, limita el poder de dirección del empresario²⁸.

²⁶ SSTs (Sala de lo Social) de 30 de octubre de 2013, nº de recurso: 47/2013 y 24 de noviembre de 2015, nº de recurso: 103/2015.

²⁷ Esta hipótesis se plantea en el Fundamento Jurídico Tercero punto 1 *in fine* de la sentencia objeto de este comentario.

²⁸ Se sitúa a los acuerdos de empresa “frente a la individualización de las relaciones de trabajo y al poder de dirección unilateral del empresario” Cfr. Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E.,

Así, si bien, la naturaleza jurídica de los acuerdos de empresa ha sido una cuestión muy discutida en el seno doctrinal con diversas teorías al respecto, habría que valorar la eficacia real y la fuerza vinculante de este instrumento al ser parte integrante del derecho a la negociación colectiva del art. 37 CE, al ser una manifestación más de la negociación colectiva y al tener su origen en la autonomía colectiva de los sujetos colectivos.

1.6. La legalidad de la cláusula de empleo

En este caso, el Tribunal considera que la cláusula de renuncia a adoptar despidos por causas empresariales contenida en el acuerdo colectivo de empresa es plenamente legal. El soporte de esta conclusión descansa para el Tribunal en dos fundamentos troncales.

En primer lugar, porque no se trata de una renuncia en sentido técnico y estricto (abandono o expulsión de un derecho del ámbito de su titular), sino de un compromiso de no ejercicio de una facultad que le concede el ordenamiento jurídico. Este compromiso se suscribió en un marco de negociación por el que ambas partes sacrifican sus intereses. No se puede obviar que los representantes de los trabajadores, como contraparte del acuerdo Colectivo, también asumieron una reducción salarial²⁹. En otras palabras, los trabajadores admitieron una serie de sacrificios en *pro* de alcanzar un acuerdo, por lo que la empresa no estaba habilitada a sortear tal acuerdo de forma unilateral y proceder a despedir sin considerar los compromisos que ella misma había asumido.

En segundo lugar, el Tribunal expone que fue la propia empresa, y no una asociación empresarial, en ejercicio de su derecho como titular, quien expresó su voluntad y firmó el compromiso de no adoptar durante el tiempo de vigencia del acuerdo colectivo despidos por esas causas. Este compromiso por el que la empresa sacrifica la libertad de empresa se suscribió en el seno del propio marco de la libertad negocial (art. 37 CE) y en beneficio de la estabilidad o garantía en el

Derecho del Trabajo, Thomson Civitas, 25ª edición, Madrid, 2008, p. 1134. Sobre esta tesis y citando a la doctrina científica Montoya Medina, D., “En torno a la cuestionada licitud del despido por causas empresariales acometido durante la vigencia de una regulación temporal de empleo”, BIB 2014\1540, *Revista de Información Laboral* num.4/2014 parte Art. Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

²⁹ Este planteamiento estaría conforme a la propia doctrina constitucional en la que se anuncia que no se está ante la presencia de una genuina renuncia porque la renuncia es un acto definitivo e irrevocable, mientras que limitación es temporal y transitoria, y no afecta al derecho en sí mismo, sino solo a su ejercicio. Con esta base, el Tribunal Constitucional formula que no hay extinción del derecho, sino un compromiso de no ejercitarlo que es establecido obteniendo a cambio determinadas compensaciones. Así, el TC aclara que el pacto es lícito y conforme a la Constitución. Fundamento jurídico 14 *in fine* de la STC, de 8 de abril, de 1981 (BOE de 25 de abril de 1981).

empleo (art. 35 CE). Añadiendo de seguido que no fue algo impuesto desde una negociación de ámbito superior de obligado acatamiento³⁰.

Recuérdese como ya se señaló que las garantías de mantenimiento del empleo son habituales en los convenios o acuerdos de empresa, pero que también podrían ser recogidas, aún siendo extraño que así sea, en los convenios colectivos de ámbito supraempresarial. Ahora bien, ante el supuesto, insólito, en el que un instrumento negocial supraempresarial recoja un compromiso de no despedir por causas empresariales debe reclamarse un tratamiento flexible al no existir coincidencia entre los sujetos negociadores y los sujetos obligados o vinculados³¹.

Respecto a esta posibilidad, y en sentido contrario a lo ya planteado, se ha entendido que este tipo de cláusulas por las que se renuncia (temporalmente) a ajustar la plantilla plantean problemas cuando vienen impuestas por un convenio supraempresarial. Así, se entiende que la incidencia de la autonomía colectiva en la organización del trabajo y en el ejercicio de los poderes empresariales son legales y cobran sentido cuando se produce en los convenios o acuerdos de empresa. En esta línea, se defiende que es más complejo compatibilizar ambos derechos en el nivel supraempresarial cuando un convenio supraempresarial “no dejara excepción alguna y cerrara toda posibilidad de variación en el empleo a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación podría resultar atentatorio contra la libertad de empresa”³².

Sea como fuere, se puede defender desde estas líneas que no existe un derecho a despedir omnipresente en virtud del art. 38 CE cuando un acuerdo es negociado en el ámbito supraempresarial, por muy circunstancial, excepcional y paradójico que sea. En base a este postulado, nos mostramos de acuerdo con lo innecesario de distinguir entre un acuerdo negociado en un ámbito u otro, de tal manera que la cláusula de empleo recogida en el acuerdo es lícita en virtud de la fuerza vinculante predicada *ex art. 37 CE*³³.

³⁰ Se ha criticado la fundamentación jurídica planteada por el Tribunal al vincular la vinculabilidad de la cláusula de empleo por ser pactada en el ámbito empresarial por el propio titular de la facultad de extinguir el contrato de trabajo. Es decir, desde esta doctrina se reclama al Tribunal que observe la legalidad de la cláusula con eficacia normativa y fuerza vinculante, y sin posibilidad de declarar su ineficacia sea cual sea el ámbito en el que se haya negociado (empresa o supraempresarial. Vid. Cabeza Pereiro, J., Agís Dasilva, M., Ferradans Caramés, C., Merino Segovia, A., Pérez Rey, J., “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Cuarto Trimestre de 2018”, *Revista de Derecho Social*, núm. 85, 2019.

³¹ La cuestión que se plantea es si una asociación empresarial (o varias) pueden disponer de las facultades directivas cuya titularidad corresponde a los empresarios individuales. Ante esta cuestión, se responde que el ordenamiento jurídico laboral otorga a la autonomía colectiva la posibilidad de modalizar o limitar el ejercicio de los poderes empresariales con incidencia directa en el contenido y extinción de la relación laboral. Vid. Serrano Olivares, R., *Los compromisos de empleo...*, op. cit. pp. 83 y 97-98.

³² Cfr. Tarabini-Casellani Aznar, M., *Empleo en la negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 142 y 143. La autora matiza que todo dependería de la redacción de la cláusula, y que, en cualquier caso, la variedad de las mismas impide considerarlas en su conjunto como ilegales. Así, defiende exigir una justificación objetiva, razonable y proporcionada a esa limitación y a su conveniencia de expresarla en un convenio.

³³ Vid. Cabeza Pereiro, J., Agís Dasilva, M., Ferradans Caramés, C., Merino Segovia, A., Pérez Rey, J., “Comentario de Jurisprudencia del Tribunal Supremo...”, op. cit.

Hasta aquí la teoría vertida por el Tribunal en la calificación de la cláusula de empleo, sin que haya entrado a valorar o a respaldar, como se anotó *supra*, que la legalidad de ésta quedara vinculada al carácter normativo y a la fuerza vinculante del convenio colectivo. En cualquier caso y en un esfuerzo por recapitular los dos últimos apartados de este estudio, cabe subrayar que no hay problemas de legalidad en este compromiso que puede estar en un acuerdo que no necesariamente sea normativo, quedando pendiente cuales serían las consecuencias derivadas del incumplimiento de este compromiso.

Si bien, ya se sabe que no todos los acuerdos de empresa tienen la misma naturaleza, así por ejemplo si se trata de acuerdos de empresa que sustituyen, complementan o modifican el contenido de un convenio colectivo tienen la misma eficacia que el convenio colectivo que sustituye, complementan o modifican. Se trataría en este punto de dilucidar sobre la naturaleza de este tipo de instrumento convencional.

Realmente, de la lectura de la sentencia y del íter procesal a la misma no tenemos datos que nos permitan confirmar que el presente acuerdo colectivo tiene eficacia normativa. Si bien, de la propia denominación del acuerdo colectivo ya da pistas sobre su naturaleza, ámbito y finalidad. Solo si se presumiera la naturaleza contractual del mencionado acuerdo, sería aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* que tendría que quedar plenamente justificada por la empresa para proceder a revisar lo previamente pactado ante la excesiva onerosidad del acuerdo derivada de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO

2.1. La controversia del acuerdo colectivo frente a la pretendida flexibilidad externa de la empresa

Del caso narrado en este estudio jurisprudencial se infiere la necesidad de la empresa de adaptar prontamente las condiciones de trabajo de la plantilla, pero sobretodo de tomar medidas de ajuste de personal a las circunstancias del mercado. Esta realidad se extrapola a las empresas en general que reclaman agilidad y dinamismo en los procesos de negociación colectiva. Con este panorama, el legislador decide gestionar los “problemas” del modelo español de convenios colectivos para ajustar con la prontitud requerida por las empresas a las circunstancias económicas y productivas por los que atraviesa en los diferentes ciclos económicos. Las reformas laborales emprendidas en el año 2011 y 2012 giran en torno a la filosofía de ofrecer a la empresa un mayor margen de maniobra a la hora de adoptar medidas de flexibilidad interna, abriendo la vía a las modificaciones sustanciales de las

condiciones de trabajo para evitar la destrucción acelerada de empleo³⁴. A pesar que el legislador potencie medidas de flexibilidad interna, es claro que fortalece la iniciativa empresarial, y de algún modo, ha debilitado la posición negociadora de la representación de los trabajadores. En este preciso contexto histórico hay que situar el conflicto planteado en este comentario de jurisprudencia. Por esta razón explicamos antes el contexto de los acuerdos de empresa, su función y su naturaleza.

2.2. La actuación desequilibrada de la empresa ante el acuerdo colectivo de empresa

En el presente caso, se puede dibujar un esquema en tres actos empresariales. Primero, la empresa suscribe junto a los representantes de los trabajadores el acuerdo colectivo que garantiza el mantenimiento de la plantilla de conductores. Segundo, la empresa impone una nueva reducción salarial tras la conclusión de un periodo infructuoso de consultas con los representantes de los trabajadores. Tercero, la empresa incumple ¿nuevamente? el acuerdo colectivo y procede a despedir por causas económicas al trabajador, eludiendo con toda rotundidad el compromiso adquirido.

Pues bien, en un esbozo del primer acto, se puede apuntar que el 29 de noviembre de 2011 la empresa alcanza un acuerdo con el comité intercentros denominado *Acuerdo colectivo de ámbito nacional entre Pañalón SA y la RTL que establece las relaciones laborales con su personal conductor en el periodo de 2011-2015*³⁵. En este acuerdo se acepta una reducción de las retribuciones de su personal en un 6% comprometiéndose la empresa a no aplicar medidas de despidos colectivos

³⁴ Tal y como expresa la Exposición de Motivos recogida en el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE número 139 de 11 de junio de 2011).

³⁵ La propia denominación del acuerdo da algunas pistas sobre su naturaleza, ámbito y finalidad, y concretamente, el acuerdo contenía más medidas a parte del compromiso de mantenimiento del empleo. En cualquier caso, el contenido del Acuerdo que trasciende sería el siguiente: con efectos de 1/11/2011, la empresa y los representantes de los trabajadores firmaron un Acuerdo colectivo de Empresa, en el que se establecía entre otros compromisos los siguientes: El presente Acuerdo Colectivo entrará en vigor con efectos del día 1 de noviembre de 2011, extendiendo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2015, prorrogándose tácitamente por periodos anuales, salvo que alguna de las partes lo denunciase con antelación mínima de 3 meses sobre la fecha de vencimiento. Lo aquí acordado anula y deja sin efecto cualesquiera pactos o acuerdos anteriores que se hubiesen establecido, a nivel de Empresa, para regular las Relaciones de trabajo del personal incluido dentro del ámbito de este Acuerdo. Asimismo, cualquier disposición legal o convencional que se dictase en el futuro que implicase variación económica en todo o en algunos conceptos retributivos se considerará absorbida y compensada con las condiciones de este Acuerdo, salvo que, globalmente considerada y en cómputo anual, supere el nivel total de este. Durante el periodo de vigencia de este Acuerdo, es decir, durante los años 2012, 2013, 2014 y 2015, la empresa renuncia a aplicar medidas de despidos Colectivos o por causas objetivas o expedientes de suspensión de contratos que afecten a la plantilla actual de conductores por causas económicas, técnicas, organizativas lo de producción. Lo expuesto en el párrafo anterior, se entiende sin perjuicio de las otras causas de cese por motivos disciplinarios, finalización de contratos temporales, traslados o extinciones de mutuo acuerdo (...).

o por causas objetivas o expedientes de suspensión de contratos que afecten a la plantilla actual de conductores por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De este modo, el acuerdo fija una garantía directa de mantenimiento del empleo y adquiere un compromiso con la vigencia reseñada. A cambio de este sacrificio empresarial, los trabajadores afectados asumen el sacrificio de ajustar sus salarios en la proporción recogida en el acuerdo. Este contexto de sacrificios mutuos es imperioso ante el estado de deterioro que iniciaba la empresa en el año 2009 y que le lleva a iniciar negociaciones para lograr este acuerdo de flexibilidad interna con el fin de ajustar una parte del salario de la plantilla.

En mayo y julio de 2012 se enmarca temporalmente el segundo acto cuando la empresa y comunica a la representación de los trabajadores que su situación se estaba deteriorando y exigía la ejecución urgente de nuevas medidas. Así, recurre a un periodo de consultas iniciado el 5 de diciembre y concluido, sin acuerdo, el 19 de diciembre de 2012. Finalmente, el 20 de noviembre de 2012 la empresa decide unilateralmente reducir el 5% del total de la retribución variable del personal conductor, afectando al pacto de empresa.

Frente esta medida, los representantes de los trabajadores plantean demanda de conflicto colectivo ante la Jurisdicción Social solicitando que fuera declarada injustificada y confirmara el derecho de los trabajadores afectados a mantener las condiciones salariales del pacto suscrito en todos sus extremos.

La empresa se opone a la demanda al entender que el acuerdo del 2011 se ciñe solo a no realizar despidos ni suspensiones por causas empresariales, pero niega cualquier otro compromiso más amplio. Además, la empresa añade que en mayo y julio de 2012 advirtió que la situación de las mercantiles se deterioraba aceleradamente y por ello iniciaron el periodo de consultas que establece el art. 41 ET para la reducción salarial.

Ante esta negativa de la empresa, la representación de los trabajadores considera que la nueva medida es una manifestación de la mala fe empresarial por promover un procedimiento de reducción salarial pocos meses después de suscribir el acuerdo en el que ya habían reducido las retribuciones.

Por su parte, la empresa alega que no actuó de mala fe y justifica su decisión de modificación sustancial, descartando el despido, por el deterioro grave de su situación económica y productiva.

Ante el caso planteado en este segundo acto, cuyo conflicto llega hasta el Alto Tribunal, el Tribunal Supremo estima que la decisión empresarial es ajustada a derecho porque se basa en el 2012-2013, años de grandes pérdidas por la reducción de pedidos de sus dos clientes principales. La Sala avala la adopción de la medida modificativa al considerar que está suficientemente justificada en una realidad económica distinta de la contemplada en el acuerdo de 2011. Así, fundamenta en que se ha producido una ruptura grave por el influjo de nuevas circunstancias que no estaban presentes cuando se firmó el acuerdo, por lo que se está ante una

alteración causal y fundada de las previsiones contenidas en el art. 41 ET. Bajo el mismo argumento, el Tribunal no aprecia la mala fe empresarial pues la empresa tramitó el expediente modificativo fundándolo en otras condiciones distintas de las que justificaron el acuerdo del 2011³⁶. Cabe advertir que, la aplicación del art. 41 ET es factible ante este supuesto porque la propia STS de 21 de febrero de 2014 acoge de forma implícita que el acuerdo colectivo tiene naturaleza de contrato³⁷.

Ya enmarcando este comentario en el tercer acto nos situamos en la fecha de despido del trabajador demandante, el 28 de mayo de 2013. Sí es adecuado anotar que el recorrido de este conflicto ha venido a dar la razón a la parte demandante, reconociendo la improcedencia del despido objetivo por causas económicas. Este reconocimiento tiene su justificación en la existencia de un acuerdo colectivo que limitaba la libertad de empresa a la hora de despedir a los trabajadores.

Cabe manifestar que la sentencia objeto del presente comentario no ha sido la única que ha plasmado la alta conflictividad de esta empresa al seguir, como *modus operandi*, la práctica de suscribir el pertinente acuerdo Colectivo con el firme compromiso de mantenimiento del empleo para luego decidir unilateralmente extinciones del contrato de trabajo de la plantilla. Además de los conflictos que han llegado a los Tribunales, obra apuntar que muchos otros conflictos similares han discurrido por otros cauces, como son la negociación de un acuerdo entre las partes o por mecanismos de solución extrajudicial de conflictos.

En este punto, y en un análisis de los conflictos planteados por los trabajadores a la empresa objeto de nuestro estudio cabe destacar que se trata de una organización que presentan una alta conflictividad laboral con numerosos recursos para atender demandas sobre materias tan importantes como son el derecho fundamental contra la libertad sindical, la reclamación de cantidades, los derechos de seguridad social, el recargo por omisión de medidas de seguridad, el despido disciplinario, el reingreso tras excedencia, la imposición de sanciones, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y ya más concretamente y de forma más intensa se han

³⁶ Se trata de una sentencia distinta a la que es objeto de este comentario, concretamente la SAN de 19 de marzo de 2013, confirmada por la STS de 21 de febrero de 2014.

³⁷ Así se infiere cuando acude a una sentencia anterior (STS de 30 de octubre de 2013) para advertir que en ese supuesto no se admitió la modificación de lo pactado con anterioridad por la empresa y los sindicatos porque en esa ocasión el acuerdo tenía la condición de convenio colectivo normativo en el que no regía la articulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Fundamento Jurídico Segundo apartado cinco de la STS de 21 de febrero de 2014. En la STS de 30 de octubre de 2013 se constata el acuerdo entre el Grupo PRISA y los representantes de los trabajadores suscrito en un procedimiento de mediación dentro de una convocatoria y proceso de huelga en el que ambas partes se comprometían a acometer cualquier proceso de reestructuración que pudiera afectar al volumen de empleo a través del cauce del diálogo y de la negociación. Omitiendo dicho acuerdo, la empresa procede a despedir sin consultar con los representantes de los trabajadores. Luego, se argumenta que los pactos que ponen fin a la huelga hay que dotarlos de igual eficacia que lo acordado en convenio colectivo. Por tanto, la decisión extintiva vulnera lo pactado y no es ajustada a derecho, pues no hay causa legal que justifique la causa extintiva del modo realizado, al vulnerarse lo pactado. Vid. Fundamento Jurídico Primero y Segundo de la STS de 30 de octubre de 2013.

interpuesto demandas contra la decisión empresarial de despedir por causas económicas existiendo un acuerdo colectivo suscrito por la compañía que los impedía.

2.3. La aplicabilidad al caso de la cláusula *rebus sic stantibus* habilitante para el despido

Pues bien, volviendo a la extinción del contrato de trabajo del actor, la empresa justifica su decisión obviando el acuerdo colectivo en base a la *cláusula rebus sic stantibus*. La empresa interpreta que ésta le habilita a inaplicar el acuerdo de empresa al haberse agravado las razones que le llevaron a la suscripción del acuerdo: motivos económicos.

En base a esta idea alega en su motivo de recurso la infracción de los art. 52 y 53 ET en relación con el art. 122 de la LRJS y lo dispuesto por los art. 1116 y 1184 del Código Civil³⁸. Con este marco normativo, la empresa sostiene que puede proceder a inaplicar el pacto porque han variado de forma sustancial las circunstancias económicas de la empresa desde que se firmó el acuerdo al momento en el que decide extinguir el contrato de trabajo. En esta interpretación, la empresa mantiene que las condiciones que permitieron el acuerdo no han permanecido invariables.

Frente a este alegato, la Sentencia no aprecia las infracciones denunciadas por la empresa recurrente. Este pronunciamiento lo fundamenta en la doctrina de la Sala sobre esta materia que examina la validez de esta cláusula en procesos de expedientes de regulación de empleo³⁹.

En esta línea, y respecto a la aplicación de esta cláusula en el ordenamiento laboral la doctrina jurisprudencial indica que es una cuestión muy controvertida por la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias en un ámbito como el Derecho del Trabajo y más singularmente sobre las obligaciones pactadas en convenio colectivo. De modo que se posibilita la extinción si se alteran de modo trascendente e imprevisible las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido. A pesar de este reconocimiento, reitera que la propia jurisprudencia civil ha sido muy restrictiva en la aplicación de tal doctrina con la inclusión de una serie de exigencias estrictas⁴⁰. Estas mismas exigencias se incorporaron a la

³⁸ La cláusula *rebus sic stantibus* no tiene norma expresa de acogida, sino jurisprudencial que se puede aducir frente a cualquier tipo de negocio contractual. De este modo, la empresa se trata de apoyar en ella para alegar como justificación su incumplimiento de una cláusula de un acuerdo que tiene únicamente eficacia contractual. De ahí el apoyo que aduce la empresa en los preceptos civilistas reseñados.

³⁹ Fundamentalmente han sido significativas las SSTs (Sala de lo Social) de 12 de marzo de 2013, nº de recurso 30/2012 y de 18 de marzo de 2014, nº de recurso 15/2013.

⁴⁰ En la misma Sentencia se señala que este tipo de medidas fueron ya calificadas como excepcionales, de equitativas como necesitada de aplicación muy cautelosa por la STS 14/12/40 que fue la primera en abordar frontalmente este tema. Unos años después la STS 17/05/57 fija sus requisitos

jurisprudencia social, limitándolas al principio conocido como *pacta sunt servanda*. De esta manera, se restringe a casos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto⁴¹.

Es concreto, la doctrina jurisprudencial ha venido a manifestar que, si ya en el ámbito del Derecho Civil es complejo aplicar la cláusula *rebuc sic stantibus*, lo es con mayor intensidad en el ámbito del Derecho del Trabajo. Esta afirmación descansa en que el ordenamiento laboral presenta mayores obstáculos en atención a dos tipos de consideraciones: por un lado, porque el Derecho del Trabajo dispone sus propias reglas ordenadas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (previstas específicamente en los art. 39 a 41 del ET); y por otro lado, porque el convenio colectivo es configurado como una fuente más de la relación laboral generadora de derechos y de obligaciones para las partes de la relación laboral (el art. 3.1 ET dispone al convenio colectivo como la segunda de las fuentes de derecho justo después y en orden jerárquico a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado).

En definitiva, por la teoría esgrimida del Alto Tribunal solo cabría aplicar la cláusula *rebuc sic stantibus* cuando se trataran de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en convenio colectivo. La doctrina jurisprudencial justifica esta afirmación señalando que la cláusula no es predicable a las normas jurídicas y que el pacto colectivo tiene eficacia normativa en virtud del art. 37 CE. Con anclaje en este precepto se reviste al convenio colectivo de *cuero de contrato y alma de ley* en alusión a la célebre frase de Carnelutti. Es más, el Tribunal Supremo no ha dudado en afirmar que la aplicación de la cláusula *rebuc sic stantibus* a una condición individual de trabajo se tendría que invocar a través del procedimiento recogido en el art. 41 ET, y nunca justificaría una supresión unilateral por propia voluntad de la empresa.

En aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al caso planteado en este comentario jurisprudencial se puede concluir que la empresa tendría que haber propuesto la aplicación de la referida cláusula para proceder a revisar el acuerdo, pero su decisión extintiva en modo alguno es procedente obviado la existencia de un pacto colectivo. En este caso, para proceder a modificar el pacto colectivo tendría que demostrar que la situación económica experimentó un cambio radical e inesperado e imprevisible a peor. Pues en caso contrario, no procedería a aplicar la cláusula *rebuc sic stantibus*.

rigurosos: a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado; y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles. Este tipo de requisitos han seguido estando presentes en la jurisprudencia social de las siguientes décadas.

⁴¹ Los pronunciamientos anteriores se acogen a la doctrina de las SSTS (Sala de lo Social) de 11 de marzo de 1998, nº de recurso 2616/97 y de 16 de abril de 1999, nº de recurso 2865/98.

Y es que no se puede pasar por alto en este análisis jurisprudencial que en el año 2011 existía una grave crisis económica internacional, estructural y sistemática. Desde estas líneas se entiende que los sujetos negociadores debieron incorporar al acuerdo colectivo la variable incertidumbre en los resultados económicos, es decir, la incidencia en el acuerdo Colectivo de posibles factores sobrevenidos que permitiera a la empresa ejercitar la medida extintiva en el caso en el que concurrieran razones extraordinarias y graves de carácter económico, organizativo, técnico o de producción⁴².

En cualquier caso, a pesar de que en el seno de la empresa se convengan este tipo de acuerdos colectivos flexibles, el criterio de los tribunales sigue acogiéndose, por lo general, a la obligación de la empresa de invocar el art. 41 ET, y a no justificar (por no ajustarse a derecho) la supresión o modificación por unilateral voluntad de la empresa⁴³.

Esta conclusión se basa en el hecho ya argumentado por el que la cláusula *rebus sic stantibus* no se aplica a las garantías de estabilidad pactadas en los convenios colectivos, pues su ámbito de actuación queda limitado a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Así las cosas, y como en el acuerdo colectivo no existe ningún factor económico sobrevenido, no procede que la empresa vaya contra los propios actos que la comprometen y vinculan dado acuerdo al que está sometida.

Con ello deseamos anotar que la empresa firmó el acuerdo colectivo en un periodo de recesión económica en la que era previsible el deterioro económico, sin que ello fuera un obstáculo para acordar una garantía de estabilidad en los términos expuestos. En este punto se ha venido subrayando que “la empresa no puede ir

⁴² Un modelo sería el acuerdo de modificación del Convenio colectivo de Unipost S.A. (BOE, número 142 de 14 de junio de 2012). Este acuerdo contiene un compromiso de estabilidad en el empleo flexible por el que se dota a la empresa de un cierto margen de gestión para hacer frente a las situaciones sobrevenidas. De este modo recoge que en el supuesto de agravamiento de la situación económica de la empresa o pérdida de clientes relevantes durante el 2012 que puedan tener impacto crítico y que requiera un relevante ajuste de plantilla inmediato con el fin de mantener los niveles de productividad, la Comisión de seguimiento podrá suspender la eficacia de este pacto de estabilidad con el fin de acordar las medidas necesarias. Para la verificación del acuerdo y para garantizar el seguimiento de la situación económica de la empresa se crea una Comisión de control y seguimiento paritaria y compuesta por miembros de ambas partes. Además, se prevé la obligación de la empresa de informar y dar a conocer los datos que requiera la justificación de la situación económica la empresa para en su caso establecer las medidas que mejor se adecuen a la evolución productiva y económica la empresa y del mantenimiento de los puestos de trabajo. Otros ejemplos de convenios colectivos en los que se recogen medidas parecidas son analizados por Muñoz Ruíz, A.B., “Los compromisos de empleo estable en la negociación colectiva de empresa: garantías anti-ERE y reducción progresiva de la temporalidad”, *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Thomson Reuters, Navarra, 2015, pp. 201 y ss.

⁴³ Recuérdese tal y como se ha señalado en la nota anterior que la empresa Unipost S.A. tenía suscrito un acuerdo de modificación del Convenio Colectivo por el que se suscribía una cláusula de estabilidad en el empleo flexible. Al ser un acuerdo de eficacia normativa porque modifica o complementa un convenio colectivo que tiene ya esa eficacia se tendría que acudir al art. 41 ET. No obstante, ello no es óbice para que la empresa altere de forma unilateral lo previamente pactado, sino que queda obligada a acudir al procedimiento recogido en el art. 41 ET. Fundamento Jurídico Único de la STSJ de Andalucía de 18 de diciembre de 2013, nº de Recurso: 3292/2012.

contra sus propios actos y decisiones en las que intervino dando su consentimiento como también lo prestaron los representantes de los trabajadores⁴⁴.

3. VALORACIÓN FINAL

Ya se ha planteado en la doctrina constitucional con respecto a este art. 41 ET que la actuación empresarial está relacionada con la propia libertad de gestión de la empresa y con la defensa de la productividad sobre la que descansa la economía de mercado y su potencial de crecimiento y creación de empleo. Y que este precepto facilita el ajuste racional de las estructuras productivas a las circunstancias sobrevenidas del mercado que sean resultado de la situación económica.

El objetivo de fondo que ha esbozado el Tribunal Constitucional es que este tipo de medidas (modificación sustancial de las condiciones de trabajo) persiguen el mantenimiento del empleo en lugar de su destrucción y que atienden a fines constitucionalmente legítimos como garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE) y la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE). No puede pasar por alto que la habilitación hecha por la norma al empresario para modificar las condiciones de trabajo unilateralmente o incluso contra el parecer de los representantes de los trabajadores recogidas en un acuerdo colectiva ha sido tachada por un sector doctrinal de inconstitucional y nula por vulnerar el art. 37.1 CE y que alcanza al derecho fundamental de la libertad sindical (art. 28.1 CE)⁴⁵.

En cualquier caso, estas medidas de flexibilidad interna en la empresa redundan en cimientar la garantía de estabilidad en el empleo. Y en este particular (la gestión de la flexibilidad interna) es capital el rol a desempeñar por la negociación colectiva. No se duda de los mimbres de los acuerdos interprofesionales antes estudiados, y tampoco del sostén de los convenios negociados en el ámbito supra empresarial. En cualquier caso, las directrices genéricas dadas por aquellos deben ser concretadas en la empresa. La concertación de medidas exige la apertura de procesos de diálogo permanentes para alcanzar la adaptación de la empresa a las circunstancias reales de las empresas. Del modo dibujado, los convenios o los acuerdos de empresa están llamados a articular sus propias reglas considerando las peculiaridades de su propio ámbito, pues de lo contrario la gestión interna quedará al albur unilateral de la empresa, sin considerar los criterios marcados por la representación de los trabajadores. Con este apunte,

⁴⁴ Fundamento Jurídico Décimo Tercero de la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2013, nº de recurso: 3023/2013.

⁴⁵ Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez a la STC 8/2015, de 22 de enero de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012 (BOE número 47 de 24 de febrero de 2015).

las decisiones empresariales sobre los asuntos que se han planteado en este comentario deben ser bidireccionales con la activación real, que no aparente, de mecanismos de participación y consulta de los representantes de los trabajadores para poder consensuar los pactos. En este planteamiento es imprescindible dar efectividad real a los procesos de información y consulta. En definitiva, se ha apostado por buscar fórmulas para darle protagonismo a las medidas de flexibilidad interna en la empresa. Estas pueden ser de diverso calado, pero siempre que sean negociadas en la empresa y que se asuma “un compromiso serio y riguroso de mantenimiento del empleo”. Junto a este tipo de fórmulas también consideramos recomendable la creación *ad hoc* de comisiones en representación de quienes han signado el acuerdo. En el propio acuerdo se pueden formular las funciones y competencias de esta comisión, principalmente orientada a garantizar el seguimiento de la evolución de la empresa y el cumplimiento del mismo en los términos expresados. Esto es, esta comisión podría encargarse de avalar que se cumplen las condiciones económicas o productivas extraordinarias e impredecibles que habilitan a la empresa a volver a negociar los términos del acuerdo, de forma que se controle internamente el respeto de las cláusulas de mantenimiento de empleo en la empresa. En la misma línea, las decisiones unilaterales desconectadas del proceso comentado no podrán ser “una alternativa eficaz a la destrucción del empleo (...) y desnaturalizan y desvirtúan el contenido de los grandes acuerdos interconfederales”⁴⁶.

Ahora bien, esta negociación bidireccional exige que necesariamente exista un proceso de negociación con propuestas y contrapropuestas e impregnado de una actitud flexible y con predisposición a ampliar la posición de partida y a realizar concesiones ofreciendo opciones y poniendo sobre la mesa de negociación alternativas y propuestas para debatir. Con esta tesis, se incoa a los sujetos negociadores de los futuros acuerdos colectivos que a la hora de recoger cláusulas de mantenimiento del empleo consideren estos procesos de diálogo bidireccional y permanentes para evitar medidas unidireccionales más traumáticas y conflictivas, como es la destrucción del empleo. No podemos quedar ajenos a la realidad proclamada por el legislador en las últimas reformas laborales en las que ha venido a debilitar la posición negociadora de los representantes de los trabajadores. Es por ello que surge el interrogante de si el cambio de ordenación (laboral) ha provocado una alteración de la negociación en los ajustes de plantilla en la que la mayor debilidad negociadora de la representación de los trabajadores propicia la adopción

⁴⁶ Es una idea que compartimos con Merino Segovia, A., “Las mutaciones en el empleo y el nuevo sentido de las normas sociales del empleo. Los nuevos papeles del derecho del trabajo y la negociación colectiva”, *Gaceta sindical: reflexión y debate* (Ejemplar dedicado a “Cambios sociales y retos sindicales en un mundo en transición”), N°30, junio 2018, pp. 109 y ss. La autora concluye que se trata en definitiva de recuperar el carácter negociado de las propuestas de flexibilidad interna protagonizada por los agentes sociales y que la legislación vigente ha suprimido.

de medidas, alternativas al despido, que garanticen la estabilidad en el empleo en detrimento de la adopción de mejoras en las condiciones de trabajo⁴⁷.

En el contexto histórico de la sentencia, se ubica en un momento en el que importantes reacciones jurisprudenciales a los conflictos en las empresas fruto de las reformas laborales de los años 2011 y 2012 y como desencadenantes de la crisis económica. Precisamente, y como resultado de estas reformas, la debilidad de la representación de los trabajadores ha llevado a reubicar sus puntos de negociación para orientarse con estrategias veladoras del mantenimiento del empleo, en detrimento de propuestas de mejora creciente de las condiciones de trabajo. En este plano, se sitúan las cláusulas de mantenimiento de la plantilla incluidas como cláusulas de empleo para la negociación colectiva. Este tipo de cláusulas se pueden acompañar con elementos condicionales sujetos a una mayor flexibilidad, que tengan en cuenta por ejemplo las circunstancias concurrentes y extraordinarias que afecten a las circunstancias económicas y funcionales de la empresa, pero nunca al arbitrio empresarial. Esto es, el cumplimiento estricto de estas cláusulas no puede quedar al albur de las empresas de forma que ante una simple pérdida económica obvie el compromiso adquirido y proceda a ajustar la plantilla. Con ello, se proclama la formación de comisiones *ad hoc* en representación de las partes que firmaron el Acuerdo con funciones de seguimiento y control de los compromisos adquiridos y de la comprobación de los sucesos habilitantes para proceder a una modificación consensuada y bidireccional de lo previamente pactado.

En este contexto, se trata de apostar por la autonomía colectiva para los momentos de bloqueo existentes en toda empresa y por la flexibilidad interna en detrimento de medidas más contundentes. Éstas no son medidas en absoluto novedosas, pues ya han sido reveladas por los propios Acuerdos marco que han venido marcando los derroteros de la negociación colectiva en ámbitos inferiores. Los acuerdos de empresa se configuran en este caso como mecanismos de ajustes o como instrumentos de flexibilidad interna para evitar la destrucción de empleo y favorecer la estabilidad en el empleo. Los Acuerdos marco han venido a pivotar sobre este eje para asegurar la competitividad de las empresas en un escenario de incertidumbre económica.

Desde luego, el protagonismo de este tipo de acuerdos de empresa permite reflexionar sobre la funcionalidad del propio modelo de negociación colectiva español. En ello se puede debatir si los amplios márgenes de adaptabilidad y flexibilidad que exige el “mercado” a la negociación colectiva condenan a ésta al ostracismo, o si, por el contrario, impera un cambio más intenso en la funcionalidad del sistema que permita a las empresas acudir a mecanismos de negociación constantes para adaptarse en el que la negociación colectiva siga siendo un mecanismo y una fuente de derecho en el sistema de relaciones laborales español.

⁴⁷ Es un interrogante planteado por Garrido Pérez, E., “Los acuerdos de reestructuración...”, op. cit. p. 414.

En todo caso, cabe estimar que el procedimiento seguido por la empresa en el caso narrado no es ajustado a derecho. En el Acuerdo Colectivo debió incluirse las alusiones a las circunstancias concurrentes y extraordinarias que habilitase a la empresa a proceder a una modificación del mismo. En consecuencia, la empresa no debió haber suscrito ese Acuerdo Colectivo pues tendría que haber sopesado la evolución en su situación para negarse a suscribir un Acuerdo en los términos en las que lo firmó. Desde luego, la previsibilidad y el empeoramiento de la situación con la acreditación de malos resultados económicos deviene del año 2009, dato que debió sopesar la empresa para declinar un Acuerdo con las características descritas.

En definitiva, no cabe aplicar sin más la cláusula *rebus sic stantibus*, pues la empresa con la suscripción del acuerdo asumió los riesgos del futuro, de lo contrario la empresa iría en contra de sus propios compromisos. Del modo dibujado, y sin que el Tribunal se pronuncie sobre la naturaleza del acuerdo de empresa, hay que respetar los compromisos adquiridos porque hay sacrificios y ventajas mutuas. Ante el supuesto en el que el acuerdo tuviera naturaleza contractual, y se presentara una situación económica ciertamente adversa y totalmente imprevisible, la empresa podría estar justificada en atención a la doctrina del Tribunal Supremo y a la legalidad vigente para proceder a promover medidas de flexibilidad interna que revisaran el acuerdo, pero no para proceder a extinciones porque al final y al cabo era a lo que se había obligado la empresa, a que a pesar de tener circunstancias que justificaran los despidos, de tener una causa justificativa en el futuro, no iba a efectuarlos. El motivo ese que el compromiso adquirido por la empresa en la cláusula se limitaba a tomar medidas extintivas o de suspensión por causas empresariales, pero no a tomar otro tipo de medidas. En este caso, la empresa, incumple lo pactado y, en consecuencia, el Tribunal Supremo rechazó su alegato, su recurso, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN LAS MEJORAS VOLUNTARIAS POR INCAPACIDAD PERMANENTE POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES EN CASOS DE SUCESIÓN DE ASEGURADORAS Y PÓLIZAS CON CLÁUSULAS DE DISTINTO ALCANCE

Sentencia del Tribunal Supremo, 67/2019, de 29 de enero de 2019

ECLI ES:TS:2019:866

NOELIA LOSADA MORENO*

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de determinar quién debe hacerse cargo del pago de la indemnización recogida en el convenio colectivo de una empresa como mejora voluntaria de la seguridad social para el caso de declaración de incapacidad permanente derivada de accidente, una vez que la empresa demandada había concertado dicho riesgo con dos aseguradoras que se sucedieron en el tiempo y cuyo clausulado establece la obligatoriedad de estar en vigor la póliza en diferentes etapas del proceso de reconocimiento de la incapacidad permanente para hacerse cargo de la cobertura (fecha de declaración de la incapacidad versus fecha de accidente)

RESUMEN: Las sentencias contrastadas analizan a dos trabajadores de una misma empresa, que sufren un accidente de trabajo cuando estaba en vigor una póliza y se les declara en situación de incapacidad permanente total durante la vigencia de otra compañía aseguradora, llegando a conclusiones contradictorias. El Tribunal Supremo unifica la doctrina entendiéndose que debe prevalecer lo pactado en el contrato de seguro por ser la verdadera voluntad de las partes y, puesto que ambas pólizas de seguro contienen disposiciones que excluyen la cobertura de ese siniestro, debe hacerse cargo del mismo la empresa.

* Doctoranda del Programa de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga. Abogada y profesora sustituta interina de Seguridad Social.

ÍNDICE:**INTRODUCCIÓN: LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

1. EL SUPUESTO ANALIZADO EN LA SENTENCIA
2. DEFINICIÓN Y MARCO GENERAL DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS
3. EL CARÁCTER DE DERECHO CONSOLIDADO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS A LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL
4. FINANCIACIÓN DE LAS MEJORAS. LA CONCERTACIÓN DE UNA PÓLIZA DE SEGURO PRIVADA
5. LA REGLA GENERAL: EL ACCIDENTE COMO FECHA DEL HECHO CAUSANTE DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE
6. LAS CLÁUSULAS DE LAS PÓLIZAS DE SEGUROS: INTERPRETACIÓN DE LAS MISMAS CUANDO SU CONTENIDO DIFIERE DE LA NORMATIVA Y REGULACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL
7. LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS EN MATERIA DE SEGUROS
8. CONCLUSIONES
 - 8.1. Los inconvenientes de alejarnos de los conceptos acuñados en la normativa de Seguridad Social
 - 8.2. El importante voto particular de la sentencia que se comenta

INTRODUCCIÓN: LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL**1. EL SUPUESTO ANALIZADO EN LA SENTENCIA**

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 67/2019, de 29 de enero de 2019 (Rec. nº 3326/2016) determina quién ha de asumir el pago de la indemnización establecida en el convenio colectivo, como mejora voluntaria de las prestaciones de Seguridad Social, para el caso de declaración de incapacidad permanente derivada de accidente, cuando hay dos aseguradores que se suceden en el tiempo.

La empresa para la que trabajaba el demandante, en un primer momento, decidió contratar una póliza para la cobertura de dicha contingencia con una compañía aseguradora que condicionaba su cobertura al momento en que se dictara la resolución administrativa de declaración de incapacidad permanente del trabajador. Pero, en un momento posterior, la empresa sustituyó dicha póliza contratando otra nueva con otra entidad aseguradora respecto de la que las condiciones de cobertura exigen que el accidente se haya producido durante la vigencia de la póliza.

Como quiera que el accidente que sufre el demandante se produce cuando estaba vigente la póliza de la primera aseguradora y la declaración de incapacidad permanente tuvo lugar bajo la vigencia de la segunda, la sentencia concluye que la

responsabilidad del pago de la indemnización le corresponde a la propia empresa codemandada, puesto que, del clausulado de ambas pólizas se excluye la cobertura de ese riesgo en razón de las fechas en las que se produjo el accidente.

Y llega a tal conclusión, al considerar que la póliza de seguros no ofrece duda alguna al fijar el espacio temporal de su cobertura y por lo tanto ha de estarse necesariamente a lo pactado en el clausulado por ser claro, preciso y concreto.

Es decir, que debe prevalecer lo pactado en el contrato de seguro, al ser la verdadera voluntad de las partes, y sólo en el caso de que el clausulado fuese confuso, contradictorio, o guardara silencio sobre alguna noción, podría acudir al concepto que de esos riesgos contiene la normativa de la Seguridad Social (en la que el hecho causante habría de ser la fecha del accidente).

Prosigue la sentencia argumentando que la empresa no ha cumplido con las obligaciones del convenio suscrito con sus trabajadores, puesto que, al rescindir la póliza para concertar otra nueva con una aseguradora diferente, debió velar porque el nuevo clausulado incluyera accidentes ya producidos pero pendientes de resolución administrativa de incapacidad permanente, lo que hubiera supuesto, probablemente, asumir un mayor importe de prima, al alcanzar mayor cobertura.

Finalmente, la sentencia entra en el análisis de determinar si la cláusula en la que se delimita el ámbito temporal de cobertura, y por la que se excluyen los supuestos de reconocimiento de la incapacidad fuera de vigencia de la póliza, es una cláusula limitativa, y sometida por tanto a las obligaciones del art. 3 de la LCS, o por el contrario es una cláusula delimitadora del riesgo, llegando a la conclusión de que dicha cláusula delimita el ámbito temporal, y por lo tanto está fuera de la esfera del art. 3 LCS. Tampoco le parece relevante al Alto Tribunal el hecho de que esas condiciones no hubiesen sido reiteradas y firmadas en las modificaciones suscritas en años posteriores, por entender que se tratan de suplementos que no alteran la póliza original.

2. DEFINICIÓN Y MARCO GENERAL DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS

Uno de los fines fundamentales de los sistemas de Seguridad Social ha sido la pretensión de cubrir los riesgos sociales¹ a través de prestaciones suficientes otorgadas a los sujetos que formasen parte de su campo subjetivo de protección.

Los problemas más graves que azotan hoy en día los sistemas de Seguridad Social provienen de crisis económicas que suponen un mayor crecimiento de los gastos sociales, al mismo tiempo que se produce una merma en los recursos, lo que provoca un desequilibrio cuyo remedio requiere adaptar los costes de la Seguridad

¹ Entendiendo por riesgos sociales aquellos de incidencia individualizada, “*que amenazan a cualquier persona... [e] inherentes a la propia vida del ser humano en sociedad...[y de los cuales] existe el convencimiento de que es la propia colectividad la que debe organizar la prevención y reparación de las consecuencias dañosas...*”, cfr. Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S. en *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 4 edición, Madrid, 1991, pag. 15.

Social a las nuevas exigencias planteadas por la coyuntura económica, siendo más difícil encontrar en la actualidad fuentes que financien el sistema ya que los Gobiernos no están dispuestos a aumentar las cotizaciones por entender que ello afectaría a la política empleo.

Estos desequilibrios financieros, cuyas causas son múltiples y enormemente complejas, han servido para justificar la *“revisión a la baja [de] la intensidad protectora de carácter obligatorio, en algunas materias y en diverso grado”*², provocando *“la insatisfacción de pensionistas perceptores de rentas de trabajo medio-altas, que han visto frustradas sus expectativas legítimas, o al menos sus esperanzas de obtención de pensiones suficientes, para asegurarles un tenor de vida semejante al de su época de actividad laboral”*³.

En un marco general, pues, en que las dificultades financieras (y de otra índole) han traído consigo una depreciación cuantitativa de las prestaciones, resulta hoy particularmente explicable -y halla su más concreta justificación- lo que se ha llamado Seguridad Social “complementaria”.

Así pues, las “mejoras voluntarias” encuentran sus cimientos en el artículo 41 *in fine* de la Constitución Española, donde tras señalar que *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”*; añade a ello, por lo que nos interesa, que *“la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*.

Ciertamente es en esta última aserción, donde cabe ubicar a las mejoras voluntarias, o a cualquier otro mecanismo articulado para perfeccionar la acción protectora de la Seguridad Social.

La doctrina ha definido a las mejoras voluntarias como *“las obligaciones empresariales que nacen del propio contrato de trabajo o de la negociación colectiva y, por tanto, se trata de mejoras voluntarias que sólo toman a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social como punto de referencia para ampliar el ideal de cobertura alcanzado por el sistema”*⁴, o como *“aquel conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activo”*⁵.

² Gonzalo González, B.: “Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social española: antecedentes, situación actual y previsiones”, *REDT* nº 50, 1991, pag. 878., añade también la idea de que la revisión a la baja “apunta también el probable propósito adicional de reservar espacios a la previsión complementaria”.

³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas”, *Relaciones Laborales*, (editorial), 1988, Tomo II, pag.5

⁴ Gallardo Moya, R. “Las mejoras voluntarias del Sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 1991, p. 10.

⁵ García Becedas, G. “La Seguridad Social Complementaria en España”, III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 20.

Y, según las tesis dominantes, este tipo de prestaciones se refiere a los diferentes modos a través de los cuales los trabajadores consiguen que la protección correspondiente a la Seguridad Social se acerque a las rentas de actividad a las cuales sustituyen. Son modos voluntarios de protección creados por la iniciativa privada, y tutelados en la mayoría de los casos por el propio ordenamiento.

Para Gorelli Hernández⁶, la mejora voluntaria podría conceptuarse como *“el conjunto de obligaciones empresariales frente a sus trabajadores, asumidas fundamentalmente a través de convenio colectivo (aunque también a través de título individual e incluso unilateral por decisión del empresario), y dirigidas a mejorar la acción protectora de la seguridad social.”*

Son cantidades económicas adicionales, que el empresario se compromete a pagar al trabajador cuando éste entra en el disfrute de prestaciones de la Seguridad Social o, incluso, cuando el trabajador incurre en un riesgo no cubierto por las prestaciones de la Seguridad Social.

Lo cierto es que su fundamento radica en el hecho de que la protección social pública básica obligatoria no engloba la totalidad de los daños sufridos por las contingencias protegidas, lo que posibilita el establecimiento libre o voluntario de un suplemento de cobertura a través de la autonomía individual o colectiva.

Queda claro que es posible establecer en ámbito empresarial mejoras voluntarias respecto de la acción protectora de la Seguridad Social. Para ello, la negociación colectiva es un instrumento idóneo, de hecho, el art. 43 del 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 (en adelante, LGSS), indica que las prestaciones de carácter contributivo podrán ser mejoradas voluntariamente, teniendo en cuenta que esta cuestión, el establecimiento de las mejoras voluntarias, es la única cuestión que en materia de Seguridad Social puede ser objeto de negociación colectiva. Así, las mejoras de la Seguridad Social pueden ser gestionadas y financiadas a través de diversos medios, en consonancia también con el último inciso del artículo 41 de la Constitución Española. Medios que, como su propio nombre indica, tienen un carácter meramente instrumental, siendo el único fin la complementación de las prestaciones de la Seguridad Social.

En ocasiones, como las mejoras de incapacidad temporal, el empresario se hace cargo de las mismas de forma directa (o también en los casos de premio de jubilación donde, por tratarse de una contingencia que con seguridad va a producirse, es complicado su cobertura por una entidad aseguradora), pero en otras, cuando la cuantía es de más entidad y de carácter incierto, como los casos de incapacidad permanente, suelen contratarlas con entidades de seguro privadas.

⁶ Gorelli Hernández, J.: *Lecciones de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 2ª Ed. 2016. Pag. 495

3. EL CARÁCTER DE DERECHO CONSOLIDADO DE LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Mediante los art. 43 y el 239 LGSS se reconoce el derecho a que las empresas, a través de la negociación colectiva, mejoren voluntariamente la acción protectora de la Seguridad Social.

Se trata de la única prerrogativa que se concede al principio de indisponibilidad de las prestaciones de la Seguridad Social, y constituyen verdaderos instrumentos de protección privada externa que complementan (mejorándolo) el sistema de Seguridad Social.

La gran mayoría se establecen por convenio colectivo, adquiriendo de este modo carácter imperativo y por lo tanto constituirán derechos adquiridos aquellas prestaciones que mejore, es decir, serán derechos consolidados para el trabajador, y sólo podrán ser revocados o reducidos por la aprobación de un convenio posterior⁷.

Como señala Gorelli Hernández⁸, “*aun cuando sean mejoras establecidas por negociación colectiva, se les aplican las reglas generales en materia de prestaciones de Seguridad Social cuando no se haya previsto expresamente en sus propias disposiciones (STS 14 de enero de 2014. Ar. 876)*”.

4. FINANCIACIÓN DE LAS MEJORAS. LA CONCERTACIÓN DE UNA PÓLIZA DE SEGURO PRIVADA

En el propio art. 239 de la LGSS ya se establece que las empresas costearán a su cargo exclusivo las mejoras de las prestaciones⁹. El empresario puede atender directamente este coste extraordinario de las prestaciones sufragándolo directamente o bien concertando una póliza de seguro que cubra dichas contingencias¹⁰.

Sin embargo, por mucho que el empresario haya concertado la mejora con una compañía aseguradora, éste siempre es el responsable de la misma, por lo que tendrá que hacer frente a la prestación comprometida, en tres situaciones:

- a) si incumple la obligación de pago de las primas;

⁷ Por una modificación legal, también se puede producir la variación de una mejora.

⁸ Gorelli Hernández, J.: *Lecciones de Seguridad Social*, op. cit., Pag. 496

⁹ Excepcionalmente, y previa aprobación del Ministerio de Trabajo, Inmigración y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición.

¹⁰ En las mejoras de pensiones, esta libertad empresarial ha quedado mermada por el miedo a la insolvencia empresarial, de modo que se obliga a la contratación de un seguro o un plan de pensiones.

b) si la póliza contratada no cubre la totalidad de las obligaciones que le impone el convenio colectivo;

c) o bien, incluso, si la empresa no concertó finalmente el seguro, a pesar de haberse obligado a ello mediante convenio colectivo.¹¹

5. LA REGLA GENERAL: EL ACCIDENTE COMO FECHA DEL HECHO CAUSANTE DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

El Tribunal Supremo, desde su sentencia de 1 de febrero de 2000 (R. 200/1999) había establecido como doctrina que *“la fecha del accidente es la que determina el régimen legal y convencional aplicable, así como la aseguradora responsable del pago de la mejora en que consiste el seguro concertado (SSTS 18-4-2000, R. 3112/1999, 8-6-2009, R. 2873/2008 y 19-1-2009, R. 1172/2008, entre otras muchas)”*.

Al encontrarnos ante una póliza de seguro que cubre la incapacidad permanente derivada de accidente, se establece como imprescindible que la póliza de seguro se encuentre vigente al tiempo del accidente, al ser éste el riesgo asegurado (art. 100 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro). Esto es lo importante, el momento del accidente, ya que las secuelas que el mismo pueda dejar ya no son riesgo, sino una simple formalización administrativa del mismo. Evidentemente, al optar por cubrir solamente las resoluciones administrativas de incapacidad permanente, se está limitando claramente el resto de siniestros cuya declaración no se produzca durante la vigencia de la póliza.

Resulta que, como señala nuestro Alto Tribunal, es la realidad del proceso patológico, el factor decisivo para la exigencia de responsabilidad empresarial, declarando que es responsable del pago la aseguradora que cubría el riesgo al tiempo de producirse la contingencia, aunque la declaración de incapacidad permanente se produzca cuando ya se había resuelto por la empresa el contrato de seguro con respecto al accidentado.

¹¹ El incumplimiento en la suscripción de un seguro que cubra la mejora, cuando se había obligado a ello mediante convenio, supone una infracción grave sancionable conforme a las estipulaciones de la LISOS.

6. LAS CLÁUSULAS DE LAS PÓLIZAS DE SEGUROS: INTERPRETACIÓN DE LAS MISMAS CUANDO SU CONTENIDO DIFIERE DE LA NORMATIVA Y REGULACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL

Como señala Aradilla Marqués¹², “ante una incompleta u oscura regulación de la mejora, se acude en muchas ocasiones a conceptos derivados de la normativa de las prestaciones básicas, enfrentados con frecuencia a la normativa propia del seguro privado, y se atiende a las reglas de interpretación de los contratos, especialmente a la voluntad de los sujetos negociadores (STS de 15-1-2014, rec. 1585/2013)”.

Por tanto, atendiendo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, ha de estarse necesariamente al contenido de lo establecido en la póliza, cuando ésta no ofrezca ninguna duda sobre lo pactado, aunque sea diferente de lo regulado en la normativa de seguridad social.

A este respecto debemos tener en cuenta que, pese a ser cierto que las partes contratantes son libres de delimitar la extensión del riesgo cubierto y nada les obliga a atenerse a conceptos acuñados en otros ámbitos del derecho, cuando la empresa suscribe el aseguramiento, lo hace en el convencimiento de que está asegurando, en este concreto caso, el art. 60 de su convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada.

Indica la sentencia analizada que “cuando las previsiones del contrato de seguro fueran oscuras podría recurrirse para interpretarlas al convenio o a las normas de Seguridad Social”, pero que ese criterio no es aplicable “a casos en que los términos de los contratos de seguro son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes”, sin embargo, distinguir el hecho causante de una prestación no es baladí, y no corresponde a la empresa conocer hasta ese punto de detalle los procesos administrativos de concesión de una incapacidad permanente.

Evidentemente ha de estarse de acuerdo con el criterio general por el que debe prevalecer lo pactado en el contrato de seguros cuando no deje lugar a dudas sobre la verdadera voluntad de las partes. Pero, en el presente caso, la verdadera voluntad de la empresa era asegurar el art. 60 de su Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada y el condicionado de ambas pólizas, con su redacción, dejaba fuera siniestros que la empresa sí quería tener cubiertos. De otra manera no se entendería que la empresa, concededora de la situación de incapacidad temporal de algunos trabajadores, sin que se hubiese producido todavía la declaración de incapacidad permanente, hubiese sustituido una póliza por otra dejando sin cobertura ese lapsus temporal, si no fuese porque estaba en el total convencimiento de que ambas pólizas amparaban la mejora voluntaria recogida en el art. 60 del Convenio citado que le afectaba directamente.

¹² Aradilla Marqués, M.J.: “Derecho de la Seguridad Social”, Dirigido por Remedios Roqueta Buj y Jesús García Ortega. Ed. Tirant Lo Banch, 3ª Edición. 2014. Pag. 608

De ese modo concluimos que la redacción de la cobertura de incapacidad permanente no era clara, sencilla y fácil de comprender, por lo que se debió optar por las normas de la Seguridad Social que entiende el momento de accidente como nacimiento de la contingencia.

7. LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS EN MATERIA DE SEGUROS Y SU INTERPRETACIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo qué se consideran cláusulas delimitativas del riesgo y qué son cláusulas limitativas de derechos.

En este sentido, ha señalado que las cláusulas delimitativas del riesgo son las que concretan el riesgo asegurado, lo individualizan de forma objetiva determinando, por ejemplo, la cuantía de los capitales asegurados y la duración del contrato. De otro lado, como señalaron las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo y 16 de octubre de 2000, las cláusulas limitativas de derechos operan “*para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido*”.

Una cosa es el período de vigencia de la póliza, que sería una cláusula delimitadora del riesgo, y otra el alcance y la extensión temporal que se quiera otorgar a los siniestros en la póliza de seguros, que sería una cláusula limitativa de los derechos, puesto que excluye supuestos que de ordinario quedarían comprendidos en el mismo. De ordinario el Tribunal Supremo ha considerado el accidente como fecha de determinación de las prestaciones debidas, y limitar la responsabilidad a la vigencia de la póliza al tiempo de declararse administrativamente la incapacidad permanente, se aparta del criterio habitual¹³.

Compartimos las conclusiones a las que llega el voto particular (al que se adhieren otros 4 magistrados más) en el sentido de que dichas cláusulas limitativas, si bien fueron destacadas y firmadas inicialmente, no se volvieron a incluir en las pólizas o renovaciones de los años 2008 y 2009 contraviniendo lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 50/80 que establece que, para la validez de las cláusulas limitativas de derechos éstas deberán ser destacadas de modo especial, y específicamente aceptadas por escrito.

¹³ Vid, por todas, STS de 1 de febrero de 2000 (RCUD 200/99).

8. CONCLUSIONES

8.1. Los inconvenientes de alejarnos de los conceptos acuñados en la normativa de Seguridad Social

Las partes contratantes son libres de delimitar la extensión del riesgo cubierto (art. 1.255 del Código civil) y nada les obliga a ceñirse a los conceptos acuñados en otras esferas del derecho. Pero, sin duda, evitaría numerosos conflictos entre asegurado y aseguradora que se utilizasen las denominaciones y términos que rigen en el ámbito de la Seguridad Social.

Las entidades aseguradoras, mucho más expertas e interesadas que sus clientes asegurados, son quienes se encargan de redactar las pólizas (contratos de adhesión normalmente), introduciendo cláusulas confusas tendentes a obtener un lucro mercantil, y por tanto a evitar hacerse cargo de los siniestros. Es por ello que, las cláusulas que no sean claras y transparentes deben interpretarse en favor del asegurado, pero se evitarían muchas controversias si a la hora de interpretar la póliza no hubiese que adivinar cuál fue la intención de las partes contratantes, estableciendo una redacción del clausulado que sea reflejo de los conceptos acuñados en la normativa de Seguridad Social y homogeneizando, de este modo, la delimitación del aseguramiento¹⁴.

Debemos recordar que el seguro se establece mediante un “*contrato de adhesión, pues al ser realizado en serie o en masa, el tomador no tiene más opción que aceptar las cláusulas redactadas por el asegurador. Esta característica es la que ha venido ocasionando toda una normativa protectora de la parte más débil del seguro, que cobra especial relevancia con el artículo 2 L.C.S., al establecer que, no obstante el carácter imperativo de los preceptos de la Ley*”¹⁵ “*se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado*”¹⁶. Se trata de un contrato de adhesión, en el que “*las condiciones generales no suelen ser examinadas por el asegurado, pero, aunque lo fuesen tampoco podrían ser modificadas por éste*”¹⁷.

Como señala Gala Durán¹⁸, “*si la tendencia futura que cabe esperar es el mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social con pensiones de cuantía*

¹⁴ Como se ha hecho con los plazos de prescripción que rige el de cinco años regulado en el art. 53.1 del TRLGSS o el de caducidad (STS de 5 de mayo de 2004, STS 21 de oct de 2009 y STS 17 ene 2011).

¹⁵ Yanini Baeza, J.: *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*. Editoriales de Derecho Reunidas. 1995. pag. 41.

¹⁶ Menéndez Menéndez, A.: “Preliminar. Artículos 1 a 4”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, dirigidos por Cerdera Tuells, Evelio, vol. I. 1982. Pag. 118 y sigs.

¹⁷ Garrigues, J.: *Contrato de Seguro terrestre*, 1983. 2ª Ed. Pag. 8

¹⁸ Gala Durán, C.: “Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual”, *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Pag. 13.

media o incluso mínima, es hora que nuestro legislador defina verdaderamente cuál es el papel que van a jugar las prestaciones complementarias y, en consecuencia, las mejoras voluntarias, y ello teniendo en cuenta que tales prestaciones complementarias no pueden considerarse ya exclusivamente desde una perspectiva mercantil o fiscal – como una forma de inversión o, sobre todo, de desgravación fiscal- sino desde la perspectiva de la protección social, esto es, como una fuente de ingresos necesaria para el ciudadano a la hora de hacer frente a riesgos como la vejez o la incapacidad permanente”.

8.2. El importante voto particular de la sentencia que se comenta

La sentencia que venimos analizando cuenta con un voto particular, al que se le adhieren varios Magistrados, y cuya argumentación nos parece más acorde con la doctrina que el Tribunal Supremo venía sosteniendo sobre determinación de la responsabilidad en las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuando la misma había sido asegurada mediante una póliza de seguros.

Y es que el Alto Tribunal tenía fijado como doctrina¹⁹ que una cosa es la fecha del accidente, que es el siniestro asegurado, y otra la fecha de la declaración de incapacidad, que es una mera declaración administrativa, en la que se consolidan las secuelas y nace el deber de abonar la prestación asegurada.

Y resulta acertado considerar que es la fecha del accidente la que determina la entidad aseguradora responsable del pago de las prestaciones, en aras de una mayor seguridad jurídica, puesto que la fecha de la resolución administrativa por la que se concede la incapacidad depende de un proceso administrativo que puede sufrir dilaciones ajenas a la voluntad del trabajador y de la empresa y por las que no deberían verse perjudicados. Tal es el caso que nos ocupa, en el que desde el accidente hasta la resolución transcurren cuatro años en los que el trabajador debe acudir a los tribunales para que se establezca como profesional la incapacidad sufrida por el accidente.

Discrepamos, por tanto, al igual que lo hace el Voto Particular, sobre la existencia de infraseguro en la póliza concertada, puesto que la voluntad de las partes fue asegurar la contingencia de incapacidad permanente a la que hace referencia el artículo 60 del Convenio Colectivo, por lo que la fecha del hecho causante de la mejora, para determinar la responsabilidad de la entidad que debía hacerse cargo de la mejora voluntaria, debía ser la fecha del accidente y no la de la declaración de la incapacidad permanente.

¹⁹ Doctrina en vigor, repetimos, desde la STS de 1 de febrero de 2000 (R. 200/1999).

Al alejarse de la interpretación habitual que realiza la normativa de la Seguridad Social, por la que la fecha del accidente es la que se toma en consideración, se está introduciendo un factor restrictivo de cobertura en el clausulado y limitativo de la responsabilidad de la aseguradora. Es por ello, que claramente estamos ante una cláusula limitativa de la responsabilidad, que debió destacarse y firmarse en las modificaciones de los años siguientes, como se indica en el voto particular.

Compartimos igualmente el razonamiento que efectúa el voto particular, en cuanto a considerar que, con esta cláusula, sorpresiva y nula, la empresa siempre iba a estar cautiva de esta póliza, sin poder rescindirla, al tener continuamente trabajadores en situación de incapacidad temporal pendientes de resolución administrativa. Por ello, la lógica nos lleva a concluir que, con toda probabilidad, la empresa no era consciente de no haber asegurado en su totalidad la mejora voluntaria del art. 60 del Convenio, lo que desvirtúa la tesis mayoritaria de la Sentencia, que entiende que prevalece la voluntad de las partes, pues resulta obvio, que la voluntad de la empresa era dar cobertura a los accidentes que dejaran como secuela una incapacidad permanente.

3

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO-MARZO DE 2019

Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías. Organismo: Presidencia (Boletín número 14 de 22/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 32/2019, de 5 de febrero, por el que se modifica el Decreto 342/2012, de 31 de julio, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 28 de 11/02/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto del Presidente 6/2019, de 11 de febrero, por el que se modifica el Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías. Organismo: Presidencia (Boletín número 29 de 12/02/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 100/2019, de 12 de febrero, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 31 de 14/02/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 105/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Familias y del Servicio Andaluz de Salud. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 31 de 14/02/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 106/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 31 de 14/02/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 367/2019, de 19 de febrero, mediante el que se crea la Comisión Interdepartamental para la Promoción de la Industria en Andalucía. Organismo: Consejería de Hacienda, Industria y Energía (Boletín número 39 de 26/02/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 406/2019, de 5 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración de la Junta de Andalucía para 2019. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 47 de 11/03/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 28 de diciembre de 2018, por la que se establece el Hospital Alta Resolución «Sierra de Cazorla» y se le adscribe su gestión a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Alto Guadalquivir. Organismo: Consejería de Salud (Boletín número 4 de 08/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 28 de diciembre de 2018, por la que se aprueba el Plan de Inspección Programada en materia de turismo para el año 2019. Organismo: Consejería de Turismo y Deporte (Boletín número 5 de 09/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 16 de enero 2019, por la que se modifica la Orden de 20 de julio de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, de las Iniciativas de Cooperación Local, en el marco del Programa de Fomento del Empleo Industrial y Medidas de Inserción Laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Boletín número 14 de 22/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 20 de febrero de 2019, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 41 de 01/03/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 25 de febrero de 2019, por la que se convoca para los ejercicios 2019 y 2020 la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva dirigidas a entidades privadas y organizaciones sin ánimo de lucro, para la cooperación en la implantación y el desarrollo de las Estrategias Locales de Intervención en Zonas Desfavorecidas en Andalucía, en el ámbito de las competencias de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 47 de 11/03/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 22 de marzo de 2019, por la que se hacen públicas las subvenciones concedidas al amparo de la Orden de la extinta Consejería de Salud, de 26 de septiembre de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, para la promoción de la salud (BOJA

núm. 211, de 3 de noviembre), convocatoria 2018. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 61 de 29/03/2019 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 12 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de un Programa Andaluz de Medidas de Preparación ante el Brexit. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 52 de 18/03/2019 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 26 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas para el seguimiento y la reactivación en la gestión de los Fondos Europeos por parte de la Administración de la Junta de Andalucía en los ejercicios 2019-2020. Organismo: Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad (Boletín número 61 de 29/03/2019 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 26 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se determina la participación de un grupo de trabajo de expertos para la simplificación normativa y administrativa en la elaboración del Plan para la Mejora de la Regulación Económica de Andalucía (2018-2022). Organismo: Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad (Boletín número 61 de 29/03/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 20 de diciembre de 2018, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se amplía la dotación presupuestaria de la Resolución de 3 de septiembre de 2018 para la contratación del personal técnico de inserción previsto en el apartado 2.a).2 del cuadro resumen de la Orden de 20 de julio de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, de las Iniciativas de Cooperación Local en el marco del Programa de Fomento del Empleo Industrial y Medidas de Inserción Laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Boletín número 1 de 02/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 20 de noviembre de 2018, de la Secretaría General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía por la que se dispone la publicación de la modificación del extracto de la Resolución de 5 de julio de 2017, de la Dirección General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, por la que se efectúa la convocatoria para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la

competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía, acogida a la Orden de 5 de junio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras, y mediante la cual se delegan las competencias de resolución. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Boletín número 1 de 02/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 17 de enero de 2019, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se acuerda la redistribución territorial de los créditos disponibles para la concesión de subvenciones reguladas por la Orden de 18 de octubre de 2016, por la que se aprueban las bases reguladoras en régimen de concurrencia competitiva las subvenciones concedidas en el marco de los programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción, correspondiente a la convocatoria de 2018. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Boletín número 15 de 23/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 15 de enero de 2019, de la Viceconsejería, por la que se convocan para el año 2019 subvenciones a las organizaciones profesionales agrarias, federaciones de cooperativas agrarias, entidades representativas de asociaciones de desarrollo rural y organizaciones representativas del sector pesquero andaluz, previstas en la Orden de 16 de febrero de 2011 que se cita. Organismo: Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural (Boletín número 16 de 24/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 17 de enero de 2019, de la Dirección General Formación Profesional Inicial y Educación Permanente, por la que se convocan los Premios Extraordinarios de Formación Profesional de grado superior correspondientes al curso académico 2017/18. Organismo: Consejería de Educación (Boletín número 17 de 25/01/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 18 de enero de 2019, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa convocatoria de la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, dirigidas a personas con discapacidad reguladas en la Orden de 7 de febrero de 2017. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Boletín número 23 de 04/02/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 21 de marzo de 2019, del Instituto Andaluz de la Juventud, por la que se aprueba el Plan de Sensibilización «Código Joven» de esta Agencia Administrativa para 2019 y se hace pública la oferta de talleres incluidos en el mismo. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 60 de 28/03/2019 Sección: Disposiciones generales)