

148

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
148/2019 - Tercer Trimestre

ESTUDIOS

Análisis de los efectos del aumento del salario mínimo en España en 2019
SANTOS MIGUEL RUESGA y JAVIER BAQUERO PÉREZ

La exclusión del deber de sigilo de los representantes de los trabajadores de la noción de secretos empresariales:
A propósito de la Ley 1/2019 de secretos empresariales
J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

Propuestas para relanzar la presencia sindical en el marco de la relación
laboral especial de los penados que desarrollan actividad en talleres
penitenciarios
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

Fomento del empleo en los “viernes sociales”. A propósito del RD-Ley 8/2019
ANTONIO COSTA REYES

Nuevas capacitaciones profesionales para la mejora de la empleabilidad en el proceso de digitalización: un debate
necesario sobre la formación y las políticas activas de empleo
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales
MIRENTXU MARÍN MALO

El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido al “tratamiento médico
de cáncer o enfermedad grave”
MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO
Universidad de Sevilla
La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho
comunitario
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad Pablo de Olavide
La extinción del contrato para obra o servicio determinado por resolución anticipada de una contrata
ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Sevilla
El control de la actividad de los repartidores de Telepizza
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

TEMAS LABORALES 2019

148

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**

148

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

**Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, núm. 1
41006 Sevilla**

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

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

© 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 148/2019
Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Análisis de los efectos del aumento del salario mínimo en España en 2019 SANTOS MIGUEL RUESGA y JAVIER BAQUERO PÉREZ	13
La exclusión del deber de sigilo de los representantes de los trabajadores de la noción de secretos empresariales: a propósito de la ley 1/2019 de secretos empresariales J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA	41
Propuestas para relanzar la presencia sindical en el marco de la relación laboral especial de los penados que desarrollan actividad en talleres penitenciarios RICARDO ESTEBAN LEGARRETA	67
Fomento del empleo en los “viernes sociales”. A propósito del RD-Ley 8/2019 ANTONIO COSTA REYES	105
Nuevas capacitaciones profesionales para la mejora de la empleabilidad en el proceso de digitalización: un debate necesario sobre la formación y las políticas activas de empleo ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASECIO	137
El cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales MIRENTXU MARÍN MALO	161
El despido objetivo por absentismo y la interpretación del supuesto no computable referido al “tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave” MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO	189

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Universidad de Sevilla

La obligación empresarial de establecer un sistema de cómputo diario de la jornada laboral conforme al derecho comunitario

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ 217

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

La extinción del contrato para obra o servicio determinado por resolución anticipada de una contrata

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS 229

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

El control de la actividad de los repartidores de Telepizza

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO 251

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 275

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: [jesucruz@us.es](mailto:jesusacruz@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 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 entrecuillados, 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° 148/2019
Third Trimester

INDEX

1. STUDIOS

Analysis of the effects of the increase in the minimum wage in Spain in 2019 SANTOS MIGUEL RUESGA & JAVIER BAQUERO PÉREZ.	13
The exclusion of the duty of the representatives of workers of the notion of business secrets: purpose of the law 1/2019 of business secrets J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA	41
Proposals to relaunch the trade union presence within the framework of the special employment relationship of the sentenced who carry out activ- ity in prison workshops RICARDO ESTEBAN LEGARRETA	67
Employment promotion on “social fridays”. About RD-Law 8/2019 ANTONIO COSTA REYES	105
New skills and employability in the digitalization process of economy: a necessary debate about training and politics of employment ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	137
Working time in the provision of services through digital platforms MIRENTXU MARÍN MALO	161
The objective dismissal for work absenteeism and the interpretation of the assumption not computable referred to the “medical treatment of cancer or serious illness” MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO	189

2. JUDICIAL COMMENTS

COMMUNITY SOCIAL LAW

University of Sevilla

Employer's duty establish a system of daily counting of the working day in accordance with Community law

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ 217

EXTINCTION LABOUR CONTRACT

University Pablo de Olavide

Termination of fixed-term work for service determined by early termination business contract

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS 229

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME

University of Sevilla

Controlling the activity of Telepizza delivery people

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO 251

3. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 275

1 Estudios

ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DEL AUMENTO DEL SALARIO MÍNIMO EN ESPAÑA EN 2019*

SANTOS MIGUEL RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid
JAVIER BAQUERO PÉREZ
Investigador

EXTRACTO **Palabras Clave:** Política económica, salario mínimo, empleo y desigualdad económica

Desde la puesta en marcha en varios países desarrollados del Salario Mínimo Garantizado (SMG) esta institución ha sido foco de continua controversia académica entre los economistas, en el ámbito del sempiterno debate “eficiencia” versus “equidad”.

Este artículo revisa de forma somera los perfiles del debate teórico sobre los efectos del salario mínimo sobre el empleo y otras variables macroeconómicas para introducirse en la literatura empírica llevada a cabo con tal objetivo. Los estudios empíricos se han caracterizado más por su ambigüedad que por arrojar resultados concluyentes que concuerden con las predicciones realizadas a partir de la teoría económica convencional. No es de extrañar, por tanto, que diversas políticas laborales desplacen ahora el foco de su atención hacia el aumento del SMG con el fin de reducir las crecientes desigualdades en la distribución de ingresos y disminuir, a su vez, los niveles de pobreza alcanzados.

Esto es lo que ha ocurrido en España recientemente. El Real Decreto 1462/2018 ha legislado una subida del SMG del 22 por ciento para situarlo en un nivel de 900 euros mensuales en el año 2019. En este artículo se realizan varias reflexiones en torno a tal medida y sus posibles efectos laborales y económicos, al calor de las reflexiones teóricas y empíricas presentadas en los párrafos precedentes.

ABSTRACT **Key Words:** Economic policy, minimum wage, employment and economic inequality

This article briefly reviews the profiles of the theoretical debate on the effects of the Guaranteed Minimum Wage (GMS) on employment and other macroeconomic variables to be introduced into the empirical literature carried out for this purpose. Empirical studies have been characterized more by their ambiguity than by yielding conclusive results that are consistent with predictions made from conventional economic theory. Unsurprisingly, it is not surprising, that various labour policies are now shifting the focus of their attention to increasing GMS in order to reduce growing income distribution inequalities and, in turn, reduce the poverty levels achieved.

This is what has happened in Spain recently. Royal Decree 1462/2018 has legislated an increase in the GMS of 22 per cent. This article makes a number of reflections on this measure and its possible economic and economic effects, in the heat of the theoretical and empirical reflections presented in the preceding paragraphs.

* Una versión previa, que indaga sobre los aspectos generales del impacto económico del SMG, se publicó en Ruesga Benito, S. M.; González Laxe, F. I. y Picatoste Novo, J. M. (2017). Este trabajo recoge las principales conclusiones analíticas allí realizadas como punto de partida del estudio aquí realizado.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. EL DEBATE SOBRE EL SALARIO MÍNIMO
3. UNA SÍNTESIS DEL DEBATE TEÓRICO
4. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LOS EFECTOS DEL SALARIO MÍNIMO
5. EL ANÁLISIS EMPÍRICO DEL CASO ESPAÑOL
6. EN CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, fijaba el salario mínimo garantizado en España, para 2019, en novecientos euros (por catorce pagas, 12.600€ anuales). Con ello se trataba de actualizar este instrumento de políticas de rentas, que durante lustros había venido reduciendo su importancia relativa (crecimiento reales negativos), particularmente en el período de la Gran Recesión (2009-2014).

De hecho, en España, desde su instauración legal el SMG ha mostrado crecimientos reales muy reducidos, cuando no negativos, con excepción de los episodios acaecidos en 2003, 2007 y 2019.

Y, sin embargo, es una constante en el ámbito del debate público que cualesquiera que sea el nivel de revalorización positiva (en términos reales) que se aplica al valor del salario mínimo éste se active. Usualmente, destacados ámbitos económicos institucionales, siguiendo el discurso convencional de la economía neoclásica, se lanzan a diseñar negros augurios sobre el empleo y la economía nacional como consecuencia de tales revalorizaciones. Así, por ejemplo, podemos encontrar numerosas referencias del Banco de España que avisan de los efectos negativos que acarrea el salario mínimo sobre la competencia y la creación de empleo en la economía española¹. Como veremos el análisis empírico de muchas de estas estimaciones está sujeto a fuertes condicionantes ideológicos, y sus resultados tienen escasa verosimilitud cuando los datos estadísticos “a posteriori” están disponibles.

En este trabajo, tras unas consideraciones preliminares sobre el debate en torno al SMG, hacemos un repaso, en primer lugar, a los dictados de diversos enfoques teóricos que analizan esta institución laboral; en segundo término, se analizan los resultados obtenidos por la literatura empírica, seleccionada en el contexto internacional y finalmente se realizan algunas valoraciones y conjeturas racionales sobre la situación española más reciente, en la materia.

¹ Por ejemplo, ellos muestran una elasticidad media en torno -0.1, para la relación porcentual entre salario mínimo y empleo (Brown, Gilroy y Kohen, 1982).

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. EL DEBATE SOBRE EL SALARIO MÍNIMO

Durante los años de la Gran Recesión (2008-2014) se produjeron cambios significativos en el avance de las desigualdades socioeconómicas en gran parte de los países desarrollados. Estos efectos hicieron que el debate sobre el salario mínimo tomase un mayor interés. En los países donde no existía esta medida se discutía sobre su implementación, mientras que, en los países donde ya existía se revisaba su cuantía con el fin de que la población asalariada contase con un nivel de ingresos suficiente, valorando los efectos subyacentes sobre el beneficio social que ello conllevaba en la mayoría de los casos.

En la mayoría de países de la Unión Europea, y en algunos países de la OCDE se fue reactivando un debate económico, que cuenta con una larga trayectoria y, cuyo inicio se remonta al primer tercio del siglo XX, con la implementación, bajo distintas fórmulas, del salario mínimo en países, como Estados Unidos, en el contexto de la Gran Depresión (1929), coyuntura con perfiles muy similares a los que ha mostrado la reciente Gran Recesión. Dentro de esta discusión académica encontramos distintas posiciones teóricas, así como un vasto número de trabajos empíricos que han intentado determinar los efectos causados por esta medida dentro del mercado laboral –y por extensión en el conjunto de la economía–, tanto desde visiones micro como macroeconómicas².

Dentro de esta línea de investigación, el contexto económico tiene una fuerte incidencia sobre los resultados obtenidos en los análisis empíricos. Hay un gran número de condiciones intrínsecas del sistema económico que tendrán una importante influencia y que se deberían tener en cuenta en los análisis si se quiere interpretar correctamente los resultados obtenidos.

Esta fuerte influencia del contexto económico condiciona los resultados más allá de la metodología utilizada o enfoque teórico considerado. La presencia de grandes disparidades serán capitales de cara a los efectos provocados por la implementación o subida del salario mínimo. La presencia de competitividad en el mercado de bienes y servicios o, el grado de intensidad monopsonica del mercado de trabajo, son condiciones que determinarán si los efectos del SMG avanzan en un sentido, u otro, en términos de empleo, nivel de precio o, incluso, de la competitividad empresarial.

También será relevante evaluar de forma correcta la dirección y la significatividad de los efectos del salario mínimo, considerando sus cambios en relación

² Parafraseando una antigua broma, si solo hubiese dos economistas en el mundo estarían en desacuerdo sobre el salario mínimo ¿Crea o destruye empleos? Es una pregunta válida, pero la respuesta depende de a quién preguntes. Los que se oponen al salario mínimo argumentan que aumenta los costes laborales, llevando a las empresas a recortar empleos. Esto suena razonable. Los defensores del salario mínimo argumentan que dando a los trabajadores un mayor ingreso disponible reintroduce dinero en la economía, lo que crea nuevos empleos. Esto tiene sentido también. Entonces, ¿Cuál es la respuesta? Mejeur (2014:14).

con la dinámica general de los salarios en la economía en cuestión (ratio sobre el salario medio o sobre la mediana) y el alcance de los asalariados vinculados a el nivel salarial del SMG.

Todo lo citado en los párrafos anteriores debe ser entendido en relación a la diversidad económica y de las instituciones laborales que amparan las políticas que impulsan la subida o implantación del salario mínimo. Estas medidas se desarrollan en un marco laboral específico, que contará con un grado concreto de rigidez o flexibilidad, que determinará el grado de acción y reacción de los agentes económicos frente a cambios con respecto al salario mínimo (en materia de aumento de la productividad, por ejemplo). Especial importancia tendrán las características del mercado de trabajo que determinarán la elasticidad, tanto de la oferta como de la demanda, las cuales influenciarán en la concreción de los efectos de las políticas sobre salario mínimo, tanto en escenarios de mercado competitivo, monopsonicos, u otro tipo de mercados con información asimétrica.

A este respecto, es importante considerar cual es la fundamentación teórica preeminente en las publicaciones científicas (acordes con las preferencias editoriales de la revista en cuestión) o, los aspectos metodológicos, que decantarán de un forma decisiva los resultados obtenidos a través del análisis empírico. Por ejemplo, la lejanía, tanto cultural como económica o geográfica, de los países que se comparan en estudios que utilizan datos de panel.

Cabe enfatizar en la existencia de un extensa literatura, tanto teórica como empírica, sobre los efectos de las políticas de salario mínimo sobre el empleo y su evolución. Sin embargo, no encontramos tal cantidad de trabajos cuando hablamos de la relación de esta legislación sobre otras variables económicas, como los precios, la productividad y/o la desigualdad en la distribución del ingreso, o sobre variables sociales, como la escolarización o las tasas de pobreza, entre otras.

3. UNA SÍNTESIS DEL DEBATE TEÓRICO

El debate en el plano teórico sobre los efectos de un incremento del SMG en el empleo comenzó en los años cuarenta del pasado siglo³. Dentro de esta discusión, y siempre bajo el supuesto de la existencia de mercados laborales competitivos, existe un aparente consenso que defiende que un incremento en el SMG afectará de forma negativa al empleo⁴. De la misma forma, bajo esta visión neoclásica, se interpreta el SMG como una rigidez institucional que provoca desempleo e impide la actuación de la “mano invisible *Smithiana*”.

³ Ver, por ejemplo, Lester, (1946); Pigou, (1920); Stigler (1946).

⁴ Sin ser demasiado exhaustivo, se pueden consultar análisis en esta línea interpretativa, en: Abowd, Kramarz y Margolis (2000), Baker, Benjamin y Stanger (1999), Bazen y Skourias (1997); Burkhauser, Couch y Wittenburg (2000); Currie y Fallick (1996), Deere, Murphy y Welch (1995), Deere,

La aproximación neoclásica se basa en la asunción de un mercado laboral perfectamente competitivo, el cual es un supuesto muy cuestionable. Bajo esta hipótesis, cuando el salario mínimo excede el de equilibrio, se producirá un efecto sustitución por parte de los empresarios, que reducirán la contratación de trabajo e invertirán más en recursos de capital, que serán más baratos en términos relativos⁵ (si suponemos que ambos factores de producción son perfectamente intercambiables). Esta rama principal de la economía ha intentado hallar la significatividad empírica de su predicamento teórico (Brown, 1999 Freeman, 1994 y Freeman 1996), sin embargo, tras los numerosos estudios empíricos que se han realizado, no se han encontrado resultados concluyentes que avalen de forma categórica este efecto negativo del salario mínimo sobre el empleo.

Al estudiar la realidad, aparecen diversos factores, como la baja movilidad geográfica de la oferta de trabajo, o la diferencia de poder a la hora de negociar los salarios, condiciones que van en contra de la idea de competitividad perfecta esgrimida por los neoclásicos. Por otro lado, lo que observamos son mercados cuyos participantes no cuentan con los mismos niveles de información. En el caso de encontrarnos con un mercado naciente con niveles bajos de competitividad, un incremento del salario mínimo romperá la demanda monopsónica, mejorando la circulación de información, las expectativas de los actores implicados y la eficiencia del mercado de trabajo. Por ello, en este contexto y, especialmente en condiciones monopsónicas (Banco de España, 2005), los efectos del SMG serán ambiguos, si no contrarios a la teoría neoclásica.

Bajo el enfoque de los “salarios de eficiencia”, dentro de la corriente neoclásica, los empleadores, en un contexto de competencia imperfecta, pueden fijar salarios por encima del equilibrio de mercado con el fin de mejorar la productividad a la vez que se reduce el absentismo y la rotación laboral. Y, bajo esta perspectiva, más allá de cierto nivel, una subida del salario mínimo también puede tener efectos negativos en el empleo. Para Rebitzer y Taylor (1995), una subida del SMG puede incrementar el empleo en el corto plazo, pero, en el largo plazo, el nivel de beneficio disminuirá, provocando cambios en los precios y en el número de firmas que operan en el mercado (OECD, 1998: 43).

Murphy y Welch (1996), Kim y Taylor (1995), Meyer y Wise (1983a), Meyer y Wise (1983b), Neumark y Wascher (1992), Neumark y Wascher (2000), Neumark y Wascher (2003), y Orazem y Mattila (2002).

⁵ “La ley del salario mínimo se describe de forma más adecuada como una ley según la cual los empleadores deben discriminar en contra de la gente que tiene poca cualificación. Eso es lo que dice la ley. La ley dice que si hay un hombre tiene un nivel de cualificación que justificaría un sueldo de 5\$ o 6\$ por hora (ajustado a día de hoy), tu no debes darle empleo, es ilegal, porque si tu le contratas, le debes pagar 9\$ por hora ¿Cuál es el resultado? Contratarle es contratar por caridad. No hay nada malo en la caridad. Pero la mayoría de los empleadores no están en condiciones de practicar este tipo de caridad. Por esto, las consecuencias de las leyes de salario mínimo han sido absolutamente malas. Hemos incrementado el desempleo y la pobreza” (Milton Friedman, tomado de <http://blog.1worldonline.com/milton-friedman-minimum-wage-myths/>, visitado el 11/11/2016).

Alternativamente, los enfoques del desarrollo endógeno y del capital humano fijan su atención en el incremento de los incentivos para formarse que supone el SMG dentro del grupo de los trabajadores de baja productividad. Esto conllevará un aumento de la productividad y consecuentemente del crecimiento, lo que hará que crezca el empleo. Por esta razón, cambios a la alza del salario mínimo no tendrán efectos negativos sobre el empleo (Cubitt y Hargreaves-Heap, 1999), e incluso, una legislación a la baja puede socavar el crecimiento (Cahuc y Michel, 1996). Este aumento de la productividad no solo vendrá por la iniciativa de los trabajadores, sino que, los empleadores también tendrán incentivos a incrementar su oferta formativa (Acemoglu y Pischke, 1998; OECD 1998: 44).

La subida del salario mínimo también puede afectar al empleo a través de su impacto sobre la búsqueda de trabajo, el nivel de salarios aceptados y la probabilidad de ofertar un puesto de trabajo. Swinnerton (1996), a través de un modelo de equilibrio en la búsqueda, muestra que, el aumento de la productividad media ligada a incrementos en el SMG, puede aumentar el bienestar incluso en el caso de que provocara efectos negativos sobre el empleo.

Considerando la segmentación del mercado de trabajo (enfoques institucionalistas) y la incidencia que tendrá el salario mínimo atendiendo a esta fragmentación⁶ del mercado laboral se llega a conclusiones distantes de algunas de las anteriores. Dependiendo del tamaño de los segmentos a los que afecte la legislación sobre el SMG, el grado de informalidad de los mismos, y la posición de su oferta productiva en la cadena de valor, el impacto sobre el empleo será significativo, o no. Además, se pueden producir movimientos de trabajo entre segmentos, que no afectarán al volumen total de empleo, aunque sí a su calidad.

E incluso, en el marco de la segmentación del mercado, se puede mantener la hipótesis del poder de monopsonio de los empresarios en su respectivo mercado laboral⁷, y, “en consecuencia tienen la capacidad de mantener los salarios (es decir el precio del trabajo) en un nivel por debajo de su contribución a la productividad” (OIT, 2013:99), lo que puede introducir incentivos los empresarios para expandir la producción y el empleo (el denominado “efecto monopsonio”) (Ibidem:100).

En base al marco teórico expuesto, los argumentos utilizados en los debates actuales, tanto en una dirección o en la otra, no han cambiado sustancialmente en casi un siglo.

A efectos empíricos, convendría contar con una valoración global de los efectos de un cambio en el nivel del SMG, que considerará también los efectos sobre

⁶ Ruesga et al (2014: 85-126) muestran una detallada e ilustrada explicación sobre cómo funciona el mercado de trabajo sobre la base a esta aproximación teórica.

⁷ Lo que podría ocurrir, según la OIT (2013:99), por ejemplo en mercados locales de comercio minorista o de enfermería. Este estudio señala también que “a nivel agregado, la aplicación de salarios mínimos puede llevar a que las empresas más productivas reemplacen a las menos productivas, y a que las empresas supervivientes sean más eficientes. Estos mecanismos pueden llevar a aumentar la productividad general de toda la economía” (Ibidem:105).

otras vertientes del sistema económico, en las finanzas públicas, en los salarios en general, en la productividad laboral, etc. que nos podría ofrecer un balance más equilibrado de una decisión de política económica que altere dicho nivel.

4. ANÁLISIS EMPÍRICO DE LOS EFECTOS DEL SALARIO MÍNIMO

Con el fin de situarnos dentro del amplio espectro de análisis empíricos llevados a cabo sobre el impacto de la legislación del salario mínimo sobre distintos aspectos de la economía, los cuadros 1 y 2 resumen los argumentos a favor y en contra de llevar a cabo un cambio en la política del salario mínimo (creación, aumento, etc.)

Cuadro 1:

Razones a favor de la implantación del salario mínimo (o aumento del mismo)

- ✓ *Implantación de un suelo salarial que evita abusos por parte de las empresas.*
- ✓ *Expande los efectos del salario en los trabajadores, sobre salarios mínimos.*
- ✓ *Mejora en la cohesión social con un crecimiento estable y sostenible*
- ✓ *Beneficios sociales a través del crecimiento del ingreso de grupos sociales marginales.*
- ✓ *Reemplazo de puestos no cualificados por cualificados*
- ✓ *Disminución de la rotación laboral y los costes de búsqueda*
- ✓ *Disminución de la brecha salarial*
- ✓ *Aumento de la productividad*
- ✓ *Impulsa la eficiencia del negocio*

Fuente: Elaboración propia a partir de diversas fuentes citadas en la bibliografía.

En esta perspectiva, los argumentos más citados, de acuerdo con Mejeur (2014: 14), a favor de la legislación del salario mínimo, concretamente sobre su aumento, entre otros, pueden ser:

- ✓ *Sitúa más dinero en el bolsillo de los trabajadores con bajos ingresos.*
- ✓ *Reduce la brecha entre los sueldos más altos y los más bajos, disminuyendo la desigualdad, tanto dentro de la empresa como en la economía en general.*
- ✓ *Introduce más dinero a la economía; en tanto que los trabajadores de bajos ingresos tienen mayor predisposición al gasto, en contraposición a los trabajadores mejor remunerados, que tienen mayor tendencia al ahorro.*

- ✓ Reduce la movilidad entre los trabajadores con salarios bajos, que pueden tener un efecto empresarial positivo en la medida que, una mayor movilidad aumenta los costes de formación y reduce la productividad.

Cuadro 2:

Razones en contra de la implantación del salario mínimo (o aumento del mismo)

<ul style="list-style-type: none"> ✓ <i>Pérdida de empleos (a nivel de empresa y macroeconómico)</i> ✓ <i>Alteraciones en los precios relativos según la cualificación del trabajo</i> ✓ <i>Algunos trabajos intensivos en trabajo o con baja cualificación pasarán al mercado informal.</i> ✓ <i>Pérdida de competitividad entre empresas.</i> ✓ <i>Mayor inflación por la traslación de la subida de costes a los precios</i>
--

Fuente: Elaboración propia a partir de diversas fuentes citadas en la bibliografía.

En contrapartida, los argumentos en contra de la implantación o el aumento del salario mínimo son (Mejeur, 2014: 15):

- ✓ Reduce el empleo. Los costes laborales son una parte sustancial del presupuesto de gran parte de las empresas, lo que lleva a los empresarios a reducir los empleos o las horas de trabajo para mantener su producción y su beneficio. Esto puede llevar a una disminución de los ingresos de los trabajadores con menor remuneración.
- ✓ Hay maneras mejores de abordar los problemas de pobreza, como transferencias para personas con bajos ingresos, o políticas fiscales que favorezcan el desarrollo de los bienes y el ahorro de las familias con bajos ingresos.
- ✓ El incremento en los costes laborales puede transferirse a los consumidores a través de los precios. Los altos precios pueden disminuir la demanda y llevar a efectos depresivos en la economía.
- ✓ El incremento de los costes laborales hará que disminuyan los beneficios empresariales, lo que supondrá que los empresarios tengan menos recursos monetarios para invertir en sus empresas con el fin de crear nuevos empleos y expandir su negocio.

Las contribuciones empíricas al discurso neoclásico son más modestas que lo que se deduciría de la abundante literatura teórica en la que se ampara el mismo, en número y en significación de sus resultados⁸, incluso dentro de los sectores

⁸ Por ejemplo, ellos muestran una elasticidad media en torno -0.1, para la relación porcentual entre salario mínimo y empleo (Brown, Gilroy y Kohen, 1982).

con bajos salarios. El tema más recurrente es el análisis de la relación entre el salario mínimo y el empleo. Por ejemplo, Machin, Manning and Rahman (2003) encuentran un efecto negativo en la introducción del salario mínimo en Reino Unido. Sin embargo, este efecto es muy pequeño, incluso considerando que un tercio del sector analizado, el servicio doméstico, tenían previamente un salario por debajo del mínimo establecido. Esta idea clásica, que ha sido rebatida por abundante literatura empírica, encuentran evidencia de efectos sobre el empleo derivados del crecimiento del salario mínimo no significativos o incluso positivos, en circunstancias concretas⁹.

El sentido y la cuantía del efecto del crecimiento del salario mínimo no será, por tanto, unidireccional. Estos variaran en función de tres variables que, en general, pueden anular sus efectos entre sí hasta llegar a un efecto cero: la elasticidad de la demanda de trabajo en el sector donde tiene influencia el salario mínimo, la elasticidad de la demanda de trabajo en el sector donde no tiene influencia y el nivel de crecimiento de este salario mínimo (Fields, 1994). Dado esto, podría ser que en los puestos menos pagados y cualificados, un incremento del salario mínimo tuviera pequeños efectos en el empleo.

Bajo esta visión, Joliet (2015) apunta: “He recogido 138 artículos empíricos que abordan el tema del salario mínimo y su impacto en el empleo. Estos estudios van desde 1957 a 2011 y comprueban los efectos en más de 21 países. Mi revisión bibliográfica encontró que el 64% de las investigaciones en este periodo de tiempo muestran efectos negativos sobre el empleo, en el 19% no hallaron efecto significativo, 5% registran efectos en ambos sentidos, y el 5% encontró efectos positivos. Cuando se reduce el periodo de tiempo al intervalo 1992-2011, el 52% de los estudios encuentran efectos negativos en el empleo, en el 25%, ningún efecto, en el 12%, efectos en ambas direcciones y, por último, en el 7% hallaron efectos positivos. Esta revisión nos da una visión sobre si la teoría de los mercados competitivos es correcta o, en contrapartida, lo es la teoría monopsónica. Lo que observamos es que la gran mayoría de las investigaciones apoya la teoría de los mercados competitivos o la idea de que la FLSA no está bien estructurada. Afortunadamente, los trabajadores con un salario mínimo constituyen una proporción muy pequeña de la fuerza total de trabajo. Debido a esto, los efectos negativos globales no son muy grandes (sic)”

⁹ En esta perspectiva, con matices entre sus conclusiones, se pueden consultar una larga lista de conclusiones, entre ellas: Azam (1992), Bell (1997), Bernstein y Schmitt (1998), Bhaskar y To (1999), Boadway y Cuff (2001), Bruno y Cazes (1997), Card (1992a), Card y Krueger (1994), Card y Krueger (1995), Card (1992b), Dickens, Machin y Manning, (1999), Hyslop y Stillman (2004), Islam y Nazara (2000), Jones (1987), Katz y Krueger (1992), Klerman (1992), Lemos (2003), Lemos (2004a y b), Machin y Manning (1997), Machin y Manning (1994), Machin y Manning (1996), Manning (1995), Shepherd (2000), Stewart (2001) y Wellington (1991). Algunos de los trabajos más destacados en este campo, llevan a cabo análisis empíricos, comienzan al principio de la década de los noventa del siglo pasado en respuesta a los postulados dominantes de la corriente a neoclásica destacando Card, Krueger y Katz.

Si realmente el crecimiento del salario mínimo tiene efectos imperceptibles sobre el empleo, un crecimiento reducido de los costes laborales implica que, en un modelo de equilibrio general, tendrá que ser pagado por los empresarios, a través de los beneficios marginales (Card y Krueger, 1995), o por los consumidores a través de la subida de precios a la que se enfrentan (Aaronson, 1997; MacDonald y Aaronson, 2000; L'Horty y Raults, 2004; Katz y Krueger, 1992; Lemos, 2004a). Sin embargo, la poca literatura existente sobre estos tópicos muestran que ambos efectos son muy pequeños. La mayoría de los trabajadores con un sueldo alrededor del mínimo se encuentran en sectores muy competitivos (en la economía doméstica, pero no compitiendo con el extranjero) con poca tendencia a transferir cambios en los salarios a los precios.

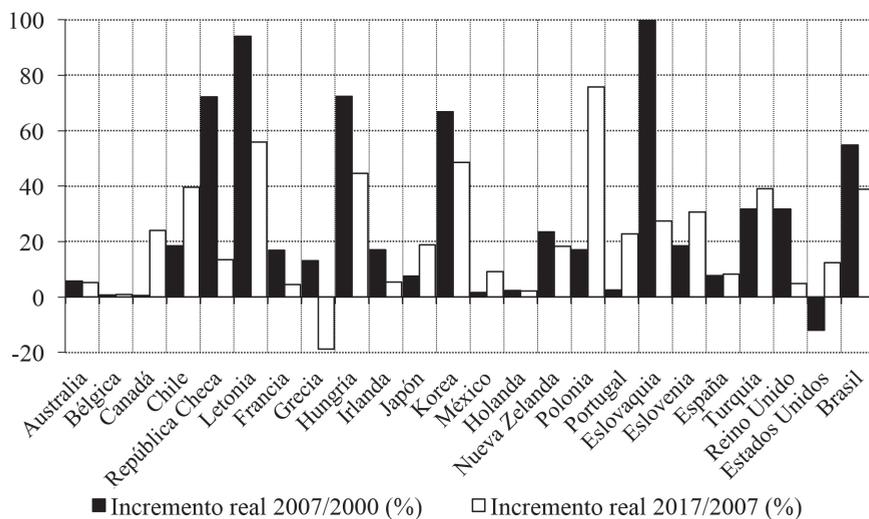
Si no existen efectos sobre la inflación¹⁰, el empleo o, incluso los beneficios, lo que la literatura económica verá es que una subida del salario mínimo llevará a un cambio estructural de la oferta con el fin de ajustarse a los nuevos costes laborales.

Por lo tanto, la distribución sectorial de los trabajadores que tienen rentas mayores o iguales al salario mínimo también es importante, ya que esto afecta a los efectos reales sobre la competitividad dentro de la red de empresarios nacionales. Por ejemplo, en relación con el párrafo anterior, Komlos (2015), apunta que los trabajadores con salarios mínimos no suelen trabajar en sectores exportadores, lo que indica que cambios en las políticas de salario mínimo tendrán efectos muy pequeños sobre la competitividad internacional de los trabajadores.

Por contrapartida, aumentando el salario mínimo se podría estimular la economía con ajustes productivos a través de la formación (pública o privada) (Acemoglu y Pischke, 1999; Arulampalam, Booth y Bryan, 2004; Cubitt y Hargreaves-Heap, 1999; Cunningham, 1991), por medio de una mayor permanencia en el empleo (Fraja, 1996; Nichell y Layard, 1999, Portugal y Cardoso, 2001; Teulings, 2000), o incluso promoviendo la inversión en capital (Askenazy, 2003; Gordon, 1995; Lucas, 1988). El efecto más importante es el primero, ya que la mayoría de trabajadores con un salario mínimo están en ramas de servicios, que no compiten internacionalmente, como se ha mencionado anteriormente. En los sectores exportadores los salarios mínimos son algo anecdótico, por lo que, los efectos de su subida sobre la competitividad internacional son básicamente nulos. Este hecho ocurre en prácticamente todos los países, pero sobre todo, en los países desarrollados (Standing, Sender y Weeks, 1996).

En este sentido, el salario mínimo se puede interpretar como una medida útil para incrementar el bienestar y que no conlleva efectos secundarios, salvo la contribución a la mejora de la productividad del país. Esto se debe a que no hay

¹⁰ Werner y Sell (2015:310) citaron que: "En contraste, no podemos encontrar ningún efecto significativo sobre los precios en Alemania Occidental. Esto sugiere que la implementación del salario mínimo en Alemania Occidental es demasiado baja en comparación con los sueldos predominantes por lo tanto no es vinculante."

Figura 1. Salario mínimo en los países de la OCDE

Fuente: Elaboración propia a partir de Neumark y Wascher (2003), OCDE (2004) y OECD.Stats.

evidencias claras de la existencia de un efecto del salario mínimo sobre el resto de la pirámide salarial, pero a su vez reduce la dispersión entre las ganancias obtenidas del trabajo (DiNardo, Fortin y Lemieux, 1996; Lee, 1999; Dickens y Manning, 2002; Schmitt, 2015). Reduciendo las diferencias salariales también se contribuye al crecimiento de la demanda doméstica¹¹, reequilibrando la elasticidad demanda-importaciones que aumenta con la dispersión de los salarios.

Que estos crecimientos de la demanda doméstica no se traduzcan en inflación no será responsabilidad de los trabajadores receptores del salario mínimo, sino de políticas de oferta en general y de liberación del mercado en particular. En este escenario nos encontramos ante un ejemplo de círculo virtuoso de la economía con niveles limitados de crecimiento.

Prestando atención a la indexación del salario mínimo bajo algún punto de referencia, ya sea la productividad o la inflación, lo más distinguido que se ha escrito desde la perspectiva de la teoría económica pura concluye que “No se puede llegar a una conclusión sobre los efectos de la indexación del salario mínimo, si hay alguno, diferirá de los actuales efectos del salario mínimo”(Boschen y Grossman, 1981: 8). Irlanda y Reino Unido han sido los últimos países en introducir el salario mínimo, y a niveles mucho más altos de los que se discuten en España. Este hecho

¹¹ “No hay evidencia sobre el efecto adverso de esta renta y existe la evidencia del efecto positivo sobre el consumo” (García Vega, 2013).

no se ha traducido en impactos negativos sobre el empleo y ambos países tienen unas de las tasas de desempleo más bajas de la Unión Europea.

Teniendo en cuenta las diferencias en el campo de los estudios empíricos, sería útil distinguir entre efectos en el volumen de trabajo o desempleo, en sectores de análisis: empleo cubierto y no cubierto por la instauración del salario mínimo, como ya hizo Mincer (1976)¹². En esta perspectiva, es importante considerar la importancia relativa del salario mínimo (su cobertura real, que en la mayoría de los países desarrollados es muy reducida), para diferenciar entre sectores influidos, o no, por la presencia del salario mínimo.

En cualquier caso, la evidencia empírica no es concluyente en cuanto a los efectos del crecimiento del salario mínimo sobre las principales variables (población activa/ desempleo), como se muestra a continuación, en las Figuras 2 y 3.

No existe una relación entre el crecimiento del salario mínimo (teniendo en cuenta en el análisis tanto los años de la Gran Depresión como el periodo previo) y la tasa de desempleo (en 2016). Los países con mayor tasa de desempleo en 2016 (Grecia y España) registran una variación muy baja, o incluso negativa, del salario mínimo en los dos periodos considerados. Cuando ponemos en relación los patrones de evolución de ambas variables para un considerable número de países, se observa una enorme dispersión.

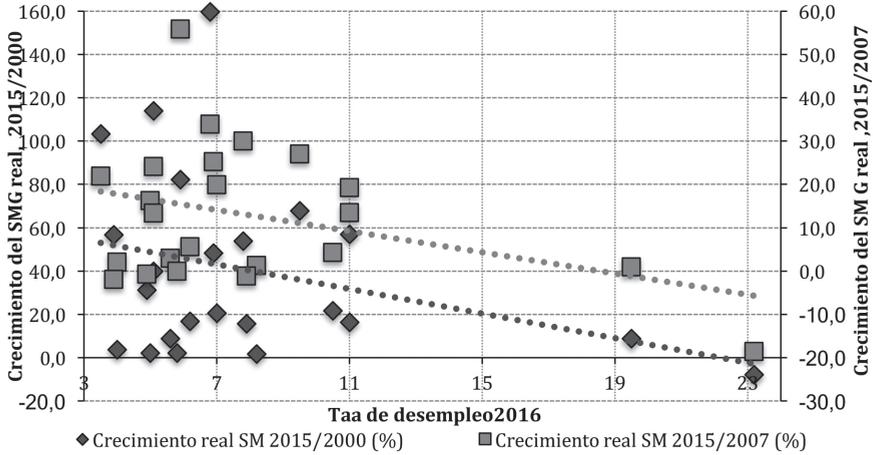
De forma similar, la posible relación entre el aumento del salario mínimo y la tasa de actividad (2015), utilizando datos de panel para un importante número de países de la OCDE, es, de nuevo, estadísticamente no significativa.

En suma, el debate actual acerca de la repercusión del salario mínimo sobre el empleo o, de una manera más amplia, sobre el funcionamiento del sistema económico y el mercado laboral, se fundamenta más en un discurso teórico (con connotaciones ideológicas) que en una consistente e incuestionable base empírica. Este debate se ha intensificado en las décadas recientes, aumentando las presiones para el aumento del salario mínimo, dada la desregulación presente en los mercados laborales europeos y el consecuente aumento de la desigualdad en los ingresos (funcional y salarial), dentro de un contexto económico de recesión, agravado por las políticas de austeridad (García y Ruesga Benito, 2014). Esto ha llevado a la percepción del salario mínimo como una herramienta para reducir las desigualdades e incluso los niveles de pobreza.

¹² Lo que puede llevarnos a interpretaciones cercanas a las esgrimidas por la “teoría de la segmentación”, entendiendo que el mercado de trabajo se articula en distintos segmentos, en los cuales la legislación del salario mínimo impactará de distintas formas (con movimientos laborales incluidos, como se dice en la nota 9). Aunque, Mincer se refiere realmente a otro tipo de situación, donde separa entre aquellos que tienen salarios por encima y por debajo del salario mínimo, considerando como no cubiertos a aquellos que no se ven directamente afectados por el salario mínimo. Sin embargo, los diferentes efectos sobre el desempleo o la tasa de actividad pueden explicarse por el hecho de que parte del efecto del desplazamiento laboral provocado por el aumento del salario mínimo puede no estar ligado directamente al desempleo, pero sí a la inactividad (parte del cual puede hacer que disminuya el trabajo informal).

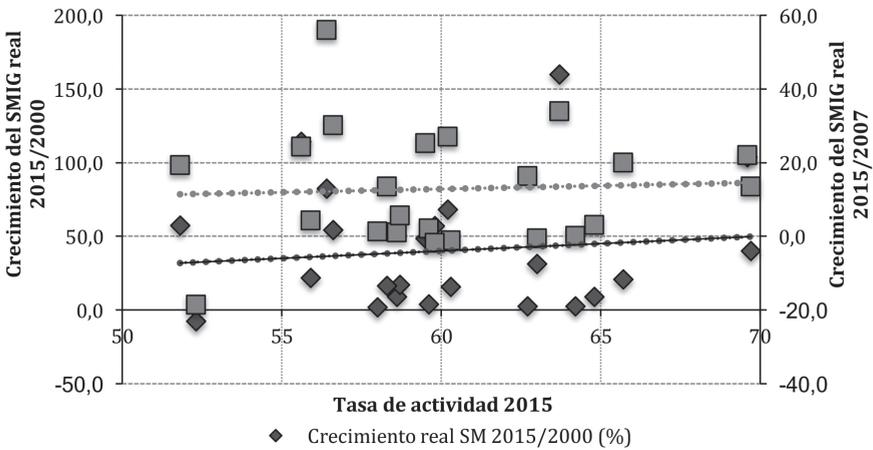
Figura 2.

Crecimiento del salario mínimo y la tasa de desempleo en países de la OCDE



Fuente: Elaboración propia con datos de OECD.Stats.

Figura 3. Crecimiento del salario mínimo garantizado real y tasa de actividad (2000-2015 y 2008-2015), en %



Fuente: Tomado de Ruesga, González Laxe y Picatoste (2018).

La primera cosa a tener en consideración cuando se realizan estimaciones empíricas es tener en cuenta, por un lado, las características estructurales e institucionales del mercado laboral analizado y, por otro lado, las comparaciones y relaciones causales. Para apreciar estas diferencias, es necesario confiar en modelos analíticos que contemplen de forma simultánea las características estructurales e institucionales de estos mercados (prestando atención a las elasticidades de las variables del modelo, la oferta y la demanda de trabajo, la estructura ocupacional y sectorial, el nivel y las características de la informalidad en el empleo, etc.) y la situación del mercado de trabajo (nivel salarial, estructura, etc.).

Con este *background*, se ha realizado una abundante literatura apoyada en análisis empíricos, generalmente, de forma inevitable, basados en modelos simplificados, que ofrecen una gran disparidad de resultados.

En general, no hay evidencia suficiente para ratificar sin discusión las aproximaciones teóricas contempladas. Son distintas las razones que se apuntan: “la falta de entendimiento del funcionamiento de los mercados laborales, nuestra incapacidad para tener una legislación racional y la pequeña proporción de trabajadores que se ven afectados por el salario mínimo son factores que explican que el hecho de que “es posible manipular el mercado de trabajo para conseguir resultados significativos” es un mito” (Joliet, 2015).

Sin embargo, algo bueno de los países desarrollados, y la mayoría de los europeos, es que tienen una legislación en torno al salario mínimo desde hace décadas, junto con un grupo , de países que lo han incorporado recientemente, como Irlanda, Reino Unido y Alemania. Por lo tanto, se podría concluir que la capacidad redistributiva y, por extensión, la estabilidad social, son aspectos de mayor interés que los posibles efectos negativos sobre el empleo u otras variables relevantes para el equilibrio económico y la competitividad empresarial (o, alternativamente, evidencia de otros efectos positivos, como los citados sobre la productividad del trabajo).

En general, no hay un rechazo político significativo ante un incremento del SMG, salvo en entornos políticos o empresariales fuertemente ideologizados (dentro de la perspectiva neoliberal), argumentando hipotéticas pérdidas de trabajos resultantes de esta medida (y efectos derivados que resultan en una bajada del bienestar). En muchos casos, la revalorización del salario mínimo es vinculada a alguna variable macro (normalmente a la evolución de los precios de consumo) y su aplicación no genera una gran controversia en el ámbito político. Por lo tanto, será apropiado, antes de establecer conclusiones a priori sobre los efectos del salario mínimo, o de cualquier variable relevante sobre el equilibrio y el crecimiento económico, tener ciertos aspectos en cuenta para cada situación particular:

- ✓ Un diagnóstico de la situación del mercado de trabajo: desequilibrios, informalidad, nivel salarial, funcionamiento de las instituciones laborales...

- ✓ El entorno institucional del salario mínimo: existencia, ámbito de aplicación, interacción a distintos niveles (geográfico, ocupacional, etc.) revalorización y administración, etc.
- ✓ La definición de los objetivos perseguidos con la implementación o aumento del salario mínimo.

Todo lo mencionado se debe tener en cuenta para actuar en los siguientes asuntos:

Legislar sobre el SMG minimizando los efectos adversos e impulsando los factores potencialmente positivos: definición de objetivos (jerarquía), parámetros básicos de la implementación o el aumento del salario mínimo: ámbito, participación social, etc.

Monitorización continua de estos posibles efectos para evaluarlos:

- ✓ Efectos microeconómicos a nivel empresarial: búsqueda de trabajo, productividad, cambios salariales, etc.
- ✓ Efectos observables a nivel macroeconómico: sobre el empleo agregado, desarrollo salarial, oferta de la producción, demanda agregada, evolución de precios, crecimiento económico, impacto sobre distribución de rentas y concentración de bienes, cambios en el nivel de pobreza, etc.

A tales efectos, y de forma general, se puede concluir, en la línea de Belman y Wolfson (2014: 401) que, “pequeños incrementos en el salario mínimo aumentará los sueldos de los trabajadores pobres sin afectar sustancialmente al empleo, las horas de trabajo, y la oferta. El salario mínimo se constituye como un instrumento político que, cuando es usado correctamente junto con otras políticas y programas, puede mejorar el estándar de vida de los trabajadores más pobres” (Ibidem)¹³.

Pero, por supuesto, tanto la reflexión teórica, como la investigación empírica aplicada sobre la legislación del salario mínimo seguirá viva.

¹³ Estas conclusiones se han obtenido a través de un meta-análisis de más de 200 artículos académicos relacionados con el salario mínimo y publicados desde 1991 (centrándose principalmente en artículos publicados a partir del 2000), en el cual se intenta clarificar la literatura existente y explicar los efectos provocados por la subida del salario mínimo sobre diversas variables, incluyendo renta, educación, empleo, desigualdad y pobreza. A este respecto, se contemplan tres modelos en la literatura, que hacen relación a la población afectada por la variación del salario mínimo, a la secuencia temporal y a la magnitud de los efectos. Aunque principalmente se centran en Estados Unidos, también se consideran estudios llevados a cabo en Canadá, Reino Unido y diversos países desarrollados, con el fin de esbozar conclusiones tanto en el análisis macro como en el microeconómico.

5. EL ANÁLISIS EMPÍRICO DEL CASO ESPAÑOL

Diversos estudios han ofrecido cifras diferentes, algunas bastante alarmantes, sobre el impacto negativo de la subida del SMG a aplicar en 2019, al menos tal como lo ha venido recogiendo los medios de comunicación. No obstante, las conclusiones de los estudios que dan pie a tales titulares, matizan notablemente los efectos del aumento del salario mínimo de 2019 sobre el empleo y la dinámica económica en general¹⁴. Así, Lacuesta Izquierdo y Puente (2019:13) señalan que “el flujo de pérdida de empleo [asociado a una subida del salario mínimo] no es concluyente”¹⁵. Este estudio, llega a resultados empíricos bastante moderados (oscila entre el 0,1 y 0,2 por ciento según colectivos de asalariados) sobre los efectos de la subida de 2017 (Ibidem:16)¹⁶, haciendo hincapié en el impacto diferencial más negativo para grupos específicos de trabajadores (jóvenes, parados de larga duración, etc.).

Por su parte la Autoridad Fiscal Independiente (AIREF), que, en octubre de 2018, había predicho un efecto negativo sobre el empleo (“un aumento tan fuerte y repentino [del SMG] puede tener consecuencias negativas para el empleo”, AIREF, 2018), 8 meses más tarde, en mayo de 2009, considerando la evolución del empleo en el primer trimestre de este año, afirmaba lo contrario.

¹⁴ Así, por ejemplo, en *Expansión* del 18/10/2018, se señala que: “Los expertos [sic] calculan que uno de cada diez trabajadores cobra menos que el nuevo SMG, por lo que sus empleos están en peligro. Jóvenes, mayores y nuevos ocupados, los más vulnerables. La subida del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) tendrá “ganadores y perdedores”, como advierten los economistas. Entre los ganadores, todos aquellos trabajadores que ahora perciben un sueldo inferior a los 900 euros al mes y que se mantengan en plantilla el año que viene, que disfrutarán de una revisión salarial de hasta el 22,3%. Entre los perdedores, quienes pierdan su empleo porque la actividad que desempeñan ha dejado de ser rentable. Esto podría provocar la destrucción de 190.000 puestos de trabajo, de acuerdo con un cálculo basado en estimaciones del Banco de España, la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (Fedea) y BBVA Research. Esto es, la medida se podría llevar por delante la mitad de los nuevos empleos previsto por el Gobierno para el próximo año, perjudicando especialmente a los colectivos más vulnerables: jóvenes, mayores, nuevos ocupados y empleados poco cualificados”.

Aunque, también la prensa refleja opiniones contrarias, como la de la Autoridad fiscal Independiente (AIREF), como veremos más adelante, que considerando la evolución del empleo en el primer trimestre de 2019, interpretaba que “Los datos disponibles no permiten apreciar ningún impacto negativo a corto plazo”, porque “no hay ningún patrón que nos diga que las comunidades autónomas más sensibles a la subida del SMI hayan tenido un comportamiento más desfavorable respecto a lo esperado”, y concluye que “por ahora, han pasado cuatro meses de 2019 y todavía no se ha observado ningún impacto”, frente a la estimación “a priori” de la propia AIREF que fijaba en una destrucción de más de 40.000 empleos el efecto de la subida anunciada del SMI. Lo cual puede estar indicando que hay mucho de discurso ideológico y menos de fiabilidad en los modelos de cálculo sobre los efectos esperados de este tipo de actuaciones en materia de política social (Tomado de *El Mundo* del 5/10/2018).

¹⁵ Para el primer trimestre de 2019, primeras cifras tras la subida del SMG a 900€, el flujo de salida desde el empleo al paro por despidos, continua su camino descendente, siguiendo la senda que se inició en 2015. Como señala Jorrin (2019:4) “Esto no significa que la subida del salario mínimo no haya tenido ningún impacto. Todavía es necesario conocer más datos desagregados para analizar la evolución exacta del mercado laboral tras la subida del SMI”. Pero, de momento, “Los datos de la EPA descartan que se produjera una oleada de despidos” (Ibidem:8)

¹⁶ Estimando la variación de los flujos de salida del empleo (no los de entrada) para los que cobran el año anterior por debajo del SMG establecido ese año.

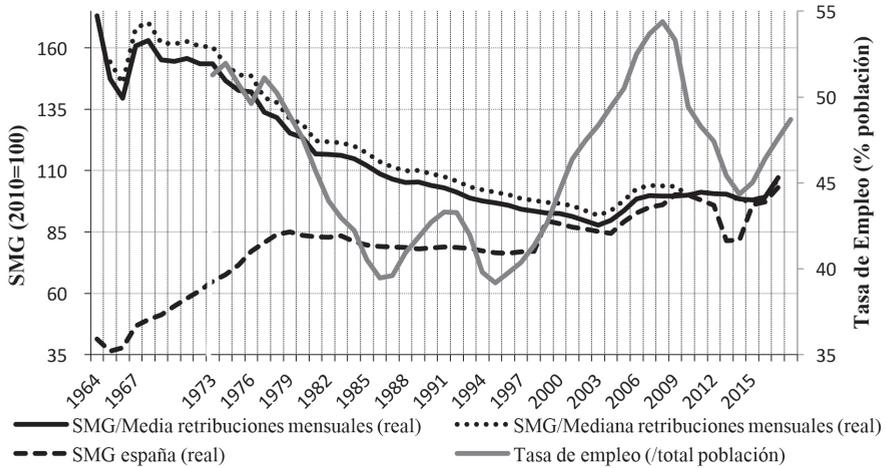
Según dicha agencia “en relación con el efecto de la subida del SMI en un 22% es importante recalcar que, además de su efecto sobre la evolución del salario promedio, su posible efecto sobre el empleo no se detecta aún en los datos agregados disponibles hasta abril” (AIREF, 2019:29). Y continúa, “si observamos la evolución acumulada del empleo desde el anuncio de la subida del SMI, comparada con el mismo periodo temporal en los últimos 18 años, no puede observarse ningún comportamiento negativo diferencial. Las fuentes disponibles de datos agregados (afiliados a la seguridad social, demandantes de empleo y contratos del Servicio Público de Empleo y ocupados EPA) permiten acumular evidencia sobre los efectos de la subida, que si bien en modo alguno es concluyente, es contraria a la hipótesis de un efecto negativo significativo sobre el empleo en el corto plazo” (Idem:30). Es decir, que los datos disponibles no permiten apreciar ningún impacto negativo a corto plazo”, porque no hay ningún patrón que nos diga que las comunidades autónomas más sensibles a la subida del SMI hayan tenido un comportamiento más desfavorable respecto a lo esperado. Por ahora, han pasado cuatro meses de 2019 y todavía no se ha observado ningún impacto, frente a la estimación “a priori” de la propia AIREF que fijaba en una destrucción de más de 40.000 empleos el efecto de la subida anunciada del SMG. Lo cual puede estar indicando que hay mucho de discurso ideológico y menos de fiabilidad en los cálculos sobre los efectos esperados de este tipo de actuaciones en materia de política social¹⁷.

La realidad es que, en un primera aproximación a los datos históricos no se aprecian, en términos agregados tales augurios. Como se ha señalado en páginas anteriores para el conjunto de los países de la OECD, tampoco en España existe una relación clara y consistente en el tiempo entre la evolución del SMG _en términos absolutos y relativos-, desde su creación allá por 1963, y el mercado laboral, relacionando ambas instituciones en diversos supuestos y con variados indicadores.

En la figura 3 se observa que, las fluctuaciones de la tasa de empleo no responden a cambios en el salario mínimo, no es posible detectar una relación inversa entre SMG y tasa de empleo o actividad laboral en el periodo considerado. Más bien, lo que muestra este gráfico es que, en periodos de expansión económica, cuando las tasas de empleo tienen una dinámica de crecimiento, se producen subidas del salario mínimo. Así, al menos en el periodo que transcurre hasta el año 2000, el efecto observable sería el contrario al esperado la teoría convencional, aunque sin ninguna relevancia estadística significativa. No parece haber, por tanto, en términos agregados una relación entre la dinámica del mercado laboral español y los avatares cuantitativos por los que ha atravesado esta institución, el SMG, a lo largo de su historia ni en términos absolutos ni relativos, con respecto a la media o la mediana salarial-, sino más bien al contrario.

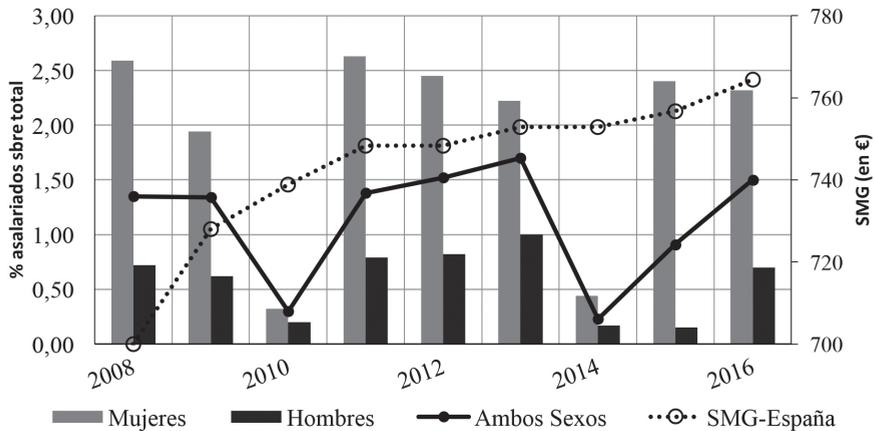
¹⁷ Tomado de *El Mundo* del 5/10/2018.

Figura 3. Evolución del SMG real en España, del SMG respecto a la media y la mediana de las ganancias salariales mensuales y de la tasa de empleo



Fuente: Elaboración propia con datos OECD.Stats

Figura 4. Evolución de trabajadores que cobran el SMG o menos, por sexo (% sobre totales respectivos) y evolución del SMG (€ mensuales)



Fuente: Encuesta de Estructura Salarial 2016 (INE).

Figura 5. Relación entre la variación anual del SMG (real) y la variación anual de activos (1 año de retardo para activos), 1963-2017



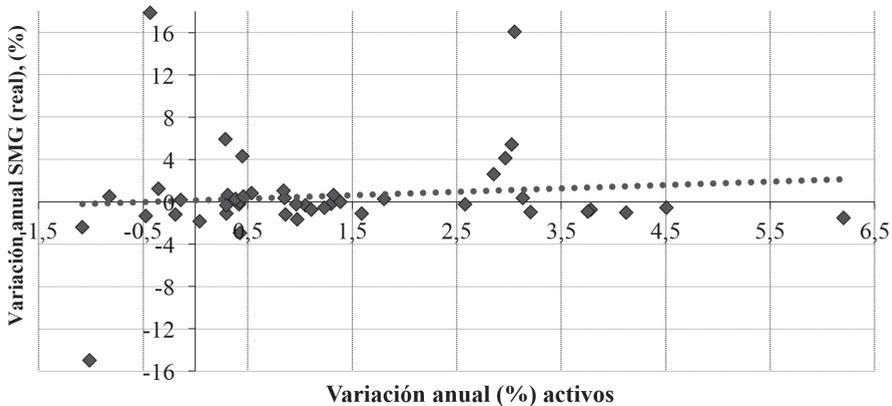
Fuente: Elaboración propia sobre datos OECD.Stats.

Esta reacción podría evitar que la brecha salarial –por cualificaciones– se incrementara en estos periodos de crecimiento, elevando el poder adquisitivo de los trabajadores que ostentan los puestos de menor cualificación e, impidiendo así, que se genere un segmento laboral con condiciones demasiado precarias en relación con el resto de trabajadores, al tiempo que refleja el efecto “natural” de un tirón de la demanda de trabajo, particularmente en un modelo productivo, como el español, intensivo en el uso de trabajo.

También es reseñable la pérdida de poder adquisitivo en términos reales que han experimentado los trabajadores que están en niveles salariales cercanos al salario mínimo. Este hecho implica que, a pesar de la tendencia alcista del salario mínimo en términos nominales, no se ha realizado un esfuerzo de mantenimiento de los estándares de vida de los trabajadores con salarios más bajos. De esto se puede inferir que, es probable que exista un margen de subida de estos salarios sin que se den las presumibles repercusiones sobre los niveles de empleo.

Y, por otro lado, conviene considerar que la incidencia relativa de las variaciones del SMG es escasa, en los últimos años, en tanto que el volumen de trabajadores (a tiempo completo) cuyas retribuciones salariales se sitúan por debajo este nivel mínimo el muy reducido. No obstante, a la hora de analizar el impacto de la reciente subida del SMG para 2019 habría que considerar los asalariados que en 2018 estaban retribuidos por debajo de los 900€, cuyo volumen sería algo superior a las cifras que refleja la figura 4. Según algunas estimaciones preliminares del gobierno español, la cifra de personas afectadas por la subida alcanzaría a un 8 por ciento de los asalariados, a finales de 2018, un a cifra significativa respecto a los registros anteriores (figura 4).

Figura 5. Relación entre la variación anual del SMG (real) y la variación anual de activos (1 año de retardo para activos), 1963-2017



Fuente: Elaboración propia sobre datos OECD. Stats.

En la perspectiva histórica, se encuentran escaso indicios de efectos adversos en la relación SMG y empleo. En las Figura 5 y 6 se representa la relación entre el las variaciones del SMG y de las tasas de actividad, en busca de una posible causalidad. Lo que se observa es que las correlaciones que se arrojan son prácticamente inexistentes, en el caso de la tasa de actividad (figura 5) y, todo caso positivas, si nos fijamos en la tasa de empleo (Figura 6). Si se realiza un análisis conjunto de ambos gráficos se llegaría a la conclusión de que hay un aumento de la contratación, manteniéndose los niveles de población activa. Esta supuesta relación probablemente se deba a la pérdida del poder adquisitivo de los segmentos peor valorados del mercado laboral que se atisbaba en la Figura 3. En todo caso, si se atiende a este análisis a largo plazo, no se observa un impacto negativo de la evolución del SMG las variables básicas del mercado laboral, en particular sobre los niveles de contratación.

Por otro lado, el inmovilismo relativo del salario mínimos, en gran parte auspiciado por las predicciones negativas de la corriente dominante del pensamiento económico, sí parece haber incidido negativamente en los niveles de desigualdad salarial (en términos reales) presentes en el mercado laboral español.

6. EN CONCLUSIÓN

La evidencia empírica internacional y la española, en particular, no avalan la existencia de resultados negativos claros y significativos sobre el nivel agregado de empleo, o de la actividad económica en general, derivados de un aumento del SMG. Ello no es óbice para entender que los posibles efectos en este sentido, de tener alguna significación se dejaran sentir más en aquellos colectivos de asalariados cuya remuneración se sitúa en el entorno del nivel de dicho SMG.

En cualquier caso, si bien es cierto que la subida del SMG de 2019 ha sido la más importante acaecida en España desde la existencia de esta institución laboral, aún es demasiado pronto para percibir posibles efectos económicos y laborales.

En efecto, la ausencia de una relación consistente entre evolución del empleo y dinámica cuantitativa del SMG, está sujeta a múltiples alteraciones de la coyuntura económica que no suelen tener reflejo en tales estudios, como hemos señalado más arriba, fuertemente condicionados por una interpretación del funcionamiento de los sistemas económicos sesgados en el análisis por el lado de la oferta. Bajo esta consideración resulta preciso ahondar en la investigación empírica sobre otros múltiples efectos posibles de las variaciones en el SMG sobre la masa salarial global –se pueden producir efectos redistributivos dentro de ella–, las alteraciones en la estructura del empleo por cualificación- también con efectos redistributivos en la misma-, el resultado sobre los salarios efectivos -a través de la internalización del cambio del SMG en la negociación colectiva-, variaciones en la dinámica del productividad de las empresas –como reacción de las misma, en coyunturas de bajo ocupación de la capacidad instalada, con posibles mejoras en la eficiencia de las más productivas y desplazamientos de las menos-. Y, en última instancia, tampoco conocemos mucho sobre el efecto de una subida del SMG sobre la dinámica del consumo privado y de la demanda agregada en general, cuestión determinante a la hora de calcular elasticidades y, por ende, el multiplicador del SMG sobre el crecimiento económico global.

Curiosamente, algunos estudios, que se asientan en el paradigma de la economía de la oferta, abundan en este hecho de la indeterminación, con carácter general, de los efectos de una subida del salario mínimo sobre el empleo y la actividad económica, e incluso interpretan los diferentes discursos (o enfoques) analíticos sobre los efectos del salario mínimo en el empleo y la economía, como un indicador de la ausencia de ideología en los estudios económicos (sic). “El hecho de que los investigadores en economía laboral no lleguemos a un consenso sobre los efectos del salario mínimo en el mercado de trabajo, y en particular, sobre el empleo, es una prueba evidente de que no es un tema dominado por una determinada ideología liberal, ni otra cualquiera. Los resultados dependen esencialmente, y no sólo, del tamaño relativo de la subida, del momento del ciclo, lugar, y colectivos sobre los que se pretende medir el impacto.”(Felgueroso y Jansen, 2018:6).

Sin duda, éstos son carencia de la investigación empírica de la que disponemos, que convendría subsanar, considerando también la reacción empresarial en diferentes contextos, ante una subida del SMG. Conviene recordar la existencia de múltiples situaciones sectoriales de perfil monopsonico en sus respectivos mercados laborales, donde es perfectamente factible absorber los posibles impactos en costes con incrementos de la productividad interna o, incluso, desplazamiento en la distribución salarial, sin alterar el monto de la masa salarial global. Y, en última instancia, en un contexto más competitivo, la hipotética pérdida de empleo en algunas empresas, menos eficientes, podría ser absorbida por la creación en otras más eficientes, al amparo de un efecto expansivo de la demanda agregada. Es decir, que en el marco de nuestra estructura empresarial –de variada caracterización en sus respectivos mercados internos y externos- las diversas reacciones de los gestores no han de llevar necesariamente a un descenso del empleo neto en combinación con un retroceso o estancamiento de la actividad productiva. Al contrario, hay razones para pensar que el efecto, al menos en una fase expansiva como la actual, puede ser el inverso.

Y, en última instancia, una análisis global de los efectos de una medida como la que aquí se analiza, habría de incorporar también el impacto que la misma en la dinámica de la distribución de la renta, en general, y de los salarios en particular. Porque un objetivo tan relevante como crecer y crear empleo es hacerlo reduciendo la pobreza.

Así pues, con información estadística desagregada, transcurrido un periodo de al menos un año, será posible abundar en el análisis de los efectos, no solo agregados sobre el empleo, sino también algunos otros que afectan a determinados colectivos inmersos salarialmente en el entorno del nivel del SMG, como apuntan algunos estudios empíricos para periodos anteriores (González, I, 1997; González, Pérez y Jiménez, 2003; Cebrián, I. Pitarch, C., Rodríguez y Toharia, L., 2010; Felgueroso y Jansen, 2018; Archondo, García y Ulloa, 2016, o Lacuesta Izquierdo y Puente, 2019).

Finalmente, y no obstante lo dicho, habría que ser prudentes en este terreno y, tras la subida de 2019, lo razonable a mi entender, ante las indeterminaciones de los efectos esperados, sería no reproducir en 2020 o 2021 subidas del SMG de la cuantía de la promulgada para 2019, de modo tal que el objetivo de los 1000€ se alcanzara en un horizonte bianual, por ejemplo.

Referencias bibliográficas

- Aaronson, D. (1997). Price pass-through and minimum wages, *Federal Reserve Bank of Chicago*, Working Paper, No. 1997-03, 1997. URL: <https://ideas.repec.org/p/fip/fedhma/wp-97-03.html>

- Abowd, J.M., Kramarz, F. y Margolis, D.N. (2000). Minimum wages and youth employment in France and the United States, en D.G. Blanchflower y R.B. Freeman (eds.), *Youth employment and joblessness in advanced countries*, National Bureau of Economic Research. DOI: 10.3386/w6111
- Acemoglu, D. y Pischke, J.S. (1999). The structure of wages and investment in general training, *Journal of Political Economy*, 107, 539-72. DOI: 10.1086/250071.
- Archondo, I., García, J. R. y Ulloa, C. (2017). Repercusión del aumento del salario mínimo en España. *Observatorio Económico de España*, 1 marzo 2017 (www.bbvaesearch.com, última consulta 8/05/2019).
- Arulampalam, W., Booth, A.L. y Bryan, M.L. (2004). Training and the new minimum wage”, *Economic Journal*, 114, 87-94. DOI: 10.1111/j.0013-0133.2003.00197.x
- Askenazy, P. (2003): Minimum wage, exports and growth, *European Economic Review*, 47:147-164. DOI: 10.1016/S0014-2921(02)00187-3
- Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) (2018). *Informe sobre las Líneas Fundamentales de los Presupuestos de las Administraciones Públicas 2019*. Informe 45/18, de 26/10/2018. Madrid (<http://www.airef.es/es/centro-documental/informes/informe-sobre-las-lineas-fundamentales-de-los-presupuestos-de-las-administraciones-publicas-2019/>, última consulta 17/05/2019)
- Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) (2019). *Informe sobre la actualización del programa de Estabilidad 2019-2022*. Informe 32/19, 9 de mayo. Madrid (<http://www.airef.es/es/centro-documental/informe-sobre-la-actualizacion-del-programa-de-estabilidad-ape-2019-2022/>, última consulta 17/05/2019)
- Azam, J.P. (1992). The agricultural minimum wage and wheat production in Morocco (1971-89), *Journal of African Studies*, 1, 171-91. DOI: 10.1093/oxfordjournals.jae.a036747
- Baker, M., Benjamin, D. y Stanger, S. (1999). The highs and lows of the minimum wage effect: a time-series cross-section study of Canadian law, *Journal of Labor Economics*, 17, 318-50. Doi: 10.1086/209923
- Banco de España, (2005): *Boletín económico*, enero 2005, Banco de España. ISSN: 1579 - 8623
- Bazen, S. y Skourias, N. (1997). Is there a negative effect of minimum wages in France? *European Economic Review*, 41, 723-32. DOI: 10.1016/S0014-2921(97)00004-4
- Bell, L.A. (1997). The impact of minimum wages in México and Colombia. *Journal of Labor Economics*, 15, 103-135. DOI: 10.1086/209878
- Belman D. y Wolfson, P. J. (2014): What Does the Minimum Wage Do? Kalamazoo, MI: W.E. Upjohn Institute for Employment Research. DOI: 10.17848/9780880994583.
- Bernstein, J. y Schmitt, J. (1998): Making work pay: the impact of the 1996-97 minimum wage increase, *Economic Policy Institute*. ISBN: 0-944826-80-6
- Bhaskar, V. y To, T. (1999): Minimum wages for Ronald McDonald monopsonies: a theory of monopsonistic competition, *Economic Journal*, 109, 190-203. DOI: 10.1111/1468-0297.00427.
- Boadway, R. y Cuff, K. (2001). A minimum wage can be welfare-improving and employment-enhancing, *European Economic Review*, 45, 553-76. DOI: 10.1016/S0014-2921(00)00066-0

- Boschen, J., & Grossman, H. (1981). The Federal Minimum Wage, Inflation, and Employment. (DOI): 10.3386/w0652
- Brown, C. (1999). Minimum wages, employment, and the distribution of income, en O. Ashenfelter y D. Card (eds.), *Handbook of Labor Economics*, North Holland Press. DOI: 10.1016/S1573-4463(99)30018-3
- Brown, C., Gilroy C. y Kohen, A. (1982). The effect of the minimum wage on employment and unemployment. *Journal of Economic Literature*, 20, 487-528. DOI: 10.3386/w0846
- Bruno C. y Cazes, S. (1997). Le chômage des jeunes en France: Un état des lieux. *Revue de l'OFCE*, 62, 75-107. DOI: 10.3406/ofce.1997.1467
- Burkhauser, R.V., Couch, K.A. y Wittenburg, D.C. (2000). A reassessment of the new economics of the minimum wage literature with monthly data from the current Population Survey. *Journal of Labor Economics*, 18, 653-80. DOI: 10.1086/209972
- Cahuc, P. y Michel, P. (1996). Minimum wage: unemployment and growth. *European Economic Review*, August, 1463-1482. DOI: 10.1016/0014-2921(95)00035-6
- Card, D. (1992a). "Using regional variation in wages to measure the effects of the federal minimum wage", *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 22-37. DOI: 10.1177/001979399204600103
- Card, D. (1992b). Do minimum wages reduce employment? a case study of California, 1987-1989. *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 38-54. DOI: 10.1177/001979399204600104
- Card, D. y Krueger, A. (1994). Minimum wages and employment: a case study of the fast-food industry in New Jersey and Pennsylvania. *American Economic Review*, 84, 772-93. DOI: 10.3386/w4509
- Card, D. y Krueger, A. (1995). Myth and measurement: the new economics of the minimum wage. *Princeton University Press*. DOI: 10.1177/001979399504800414
- Cebrián, I. Pitarch, C., Rodríguez y Toharia, L. (2010). Análisis de los efectos del salario mínimo sobre el empleo de la economía española". *Revista de Economía Laboral*, 7:1-37. DOI: 10.21114/rel.2010.01.01
- Cubit, R.P. y Hargreaves-Heap, S.P. (1999). Minimum wage legislation, investment and human capital. *Scottish Journal of Political Economy* 46, 135-157. DOI: 10.1111/1467-9485.00125
- Cunningham, J. (1991). The impact of minimum wages on youth employment, hours of work, and school attendance: cross-sectional evidence from the 1960 and 1970 Censuses en S. Rottenberg (ed.), *The economics of legal minimum wages*, American Enterprise Institute. ISBN: 9780844721972
- Currie, J. y Fallick, B.C. (1996). The minimum wage and the employment of youth. *Journal of Human Resources*, 31, 404-28. DOI: 10.2307/146069
- Deere, D.K. Murphy, M. y Welch, F. (1995). Employment and the 1990-1991 minimum-wage hike. *American Economic Review*, 85, 232-37. URL: <https://www.jstor.org/stable/2117924>
- Deere, D.K., Murphy M., y F. Welch (1996): "Examining the evidence on minimum wages and employment," en M. Koster (ed.), *The effects of the minimum wage on employment*, American Enterprise Institute. ISBN: 978-0844770642

- Dickens, R. Machin, S. y A. Manning, (1999). The effects of minimum wages on employment: theory and evidence from Britain. *Journal of Labor Economics*, 17, 1-22. DOI: 10.1086/209911
- Dickens, R. y Manning, A. (2002): Has the national minimum wage reduced UK wage inequality? *London School of Economics*. ISBN: 0 7530 1554 4
- DiNardo, J., Fortin, N.M. y Lemieux, T. (1996). Labor market institutions and the distribution of wages, 1973-1992. *Econometrica*, 64, 1001-44. DOI: 10.3386/w5093
- Fields, G.S. (1994). The unemployment effects of minimum wages. *International Journal of Manpower*, 15, 74-81. DOI: 10.1108/01437729410059323
- Fraja, G. de (1996). Minimum wage legislation, work conditions and employment. *CEPR Discussion Paper 1524*. URL: https://cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=1524
- Freeman, R. (1994). Minimum wages: again! *International Journal of Manpower*, 15, 8-25. DOI: 10.1108/01437729410059305
- Freeman, R. (1996). The minimum wage as a redistributive tool. *Economic Journal*, 106, 639-649. DOI: 10.2307/2235571
- García Vega, M.A. (2013). ¿Destruye empleo el salario mínimo? *El País*, 29 diciembre. URL: https://elpais.com/economia/2013/12/27/actualidad/1388170984_005743.html
- García, N. y Ruesga Benito, S.M. (2014): ¿Qué ha pasado con la economía española? *La Gran Recesión 2.0 (2008 – 2013)*, Editorial Pirámide. ISBN: 978-84-368-3185-6
- González Guemes, I. (1997). “Los efectos del salario mínimo sobre el empleo de los adolescentes, jóvenes y mujeres: evidencia empírica para el caso español”. *Cuadernos Económicos de ICE*, 63:31-48. DOI: 10.32796/cice.1997.63.5783
- González, I., Pérez, S. y Jiménez, S. (2003). Los efectos del salario mínimo sobre el empleo juvenil: nueva evidencia con datos de Panel”. *Revista Asturiana de Economía*, 27:147-168. ISSN 1134-8291
- Gordon, R.J. (1995): Is there a trade off between unemployment and productivity growth? *National Bureau of Economic Research*. DOI: 10.3386/w5081
- Hyslop, D. y Stillman, S. (2004). Youth minimum wage reform and the labour market. *New Zealand Treasury*. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=527004>
- Islam, I. y Nazara, S. (2000): Minimum wage and the welfare of Indonesian workers, Occasional Discussion Paper Series, No. 3, *International Labour Organization*. ISBN 92-2-112198-4.
- Joliet, A. (2015): “The Myth of Manipulation. The Economics of Minimum Wage” (<https://es.scribd.com/document/54970861/The-Myth-of-Manipulation-The-Economics-of-Minimum-Wage>)
- Jones, S.R.G. (1987). Minimum wage legislation in a dual labor market. *European Economic Review*, 31, 1229-46. DOI: 10.1016/S0014-2921(87)80015-6
- Jorrián, J.G. (2019). “La subida del salario mínimo no ha provocado un aumento de los despidos”, *elconfidencial.com*, 5/10/2019. URL: <https://www.elconfidencial.com/economia/2019-04-26/subida-smi-despidos-enero-epa-primer-trimestre-q964602/>, última entrada 10/05/2019)
- Katz, L. y Krueger, A. (1992). The effect of the minimum wage on the fast-food industry. *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 6-21. DOI: 10.1177/001979399204600102

- Kim, T. y Taylor, L. (1995). The employment effect in retail trade of California's 1988 minimum wage increase. *Journal of Business and Economic Statistics*, 13, 175-82. DOI: 10.1080/07350015.1995.10524591
- Klerman, J.A. (1992). Employment effect of mandated health benefits. en *Health benefits and the workforce*, U.S. Government Printing Office. ISBN: 978-0160379529
- Komlos, J. (2015): "Why raising the minimum wage is good economics", December, en <http://www.pbs.org/newshour/making-sense/why-raising-the-minimum-wage-is-good-economics/>
- L'Horty, Y. y Raults, C. (2004). Inflation, minimum wage and other wages: an econometric study on French macroeconomic data. *Applied Economics*, 36, 277-290. DOI: 10.1080/00036840410001674213
- Lacuesta, A., Izquierdo, M. y Puente, S. (2019). Un análisis del impacto de la subida del salario mínimo interprofesional en 2017 sobre la probabilidad de perder el empleo. Banco de España. Documentos Ocasionales (ISSN: 1696-2230). N.º 1902.
- Lee, D.S. (1999). Wage inequalities in the U.S. during the 1980s: rising dispersion or falling minimum wage? *Quarterly Journal of Economics*, 224, 941-1023. DOI: 10.1162/003355399556197
- Lemos, S. (2003). Political variables as instruments for the minimum wage. *University College London*. URL: <http://hdl.handle.net/10419/20373>
- Lemos, S. (2004a). Are wage and employment effects robust to alternative minimum wage variables? *University of Leicester*. URL: <http://hdl.handle.net/10419/20305>
- Lemos, S. (2004b). The effect of the minimum wage on prices in Brazil, *University of Leicester*. URL: <http://hdl.handle.net/10419/20307>
- Lester, R. (1946). Shortcomings of Marginal Analysis for Wage-Employment Problems. *American Economic Review*, 36, 62-82. URL: <https://www.jstor.org/stable/1802256>
- Lucas, R. (1988). On the Mechanics of Economic Development. *Journal of Monetary Economics*, 21, 3-42. DOI: 10.1016/0304-3932(88)90168-7
- MacDonald, J.M. y Aaronson, D. (2000). How do retail prices react to minimum wage increases? *Federal Reserve Bank of Chicago*. URL: <https://EconPapers.repec.org/RePEc:fip:fedhwp:wp-00-20>
- Machin, S. y Manning, A. (1994). The effects of minimum wages on wage dispersion and employment: evidence from the UK Wages Councils. *Industrial and Labor Relations Review*, 47, 319-29. DOI: 10.1177/001979399404700210
- Machin, S. y Manning, A. (1996). Employment and the introduction of a minimum wage in Britain. *Economic Journal*, 106, 667-76. DOI: 10.2307/2235574
- Machin, S. y Manning, A. (1997). Minimum wages and economic outcomes in Europe. *European Economic Review*, 41, 733-42. DOI: 10.1016/S0014-2921(97)00032-9
- Machin, S., Manning, A. y Rahman, L. (2003). Where the minimum wage bites hard: introduction of minimum wages to a low wage sector. *Journal of The European Economic Association*, 1, 154-180. DOI: 10.1162/154247603322256792
- Manning, A. (1995). How do we know that real wages are too high. *Quarterly Journal of Economics*, 110, 1111-25. DOI: 10.2307/2946650
- Mejeur, J. (2014). Maximum divided on minimum wage", *State Legislatures Magazine*, March, p.14-17. URL: ncsl.org.

- Meyer, R. y Wise, D. (1983a). The effects of the minimum wage on the employment and earnings of youth. *Journal of Labor Economics*, 1, 66-100. DOI: 10.1086/298005
- Meyer, R. y Wise, D. (1983b). Discontinuous distributions and missing persons: the minimum wage and unemployed youth. *Econometrica*, 61, 1677-98. DOI: 10.3386/w0711
- Mincer, J. (1976). Unemployment effects of minimum wages. *Journal of Political Economy*, 84(4, Part 2), S87-S104. DOI: 10.1086/260534?journalCode=jpe
- Neumark, D. y Wascher, W. (1992). Employment effects of minimum and subminimum wages: panel data on state minimum wage laws. *Industrial and Labor Relations Review*, 46, 55-81. DOI: 10.1177/001979399204600105
- Neumark D. y W. Wascher (2000). Minimum wages and employment: a case study of the fast-food industry in New Jersey and Pennsylvania: comment. *American Economic Review*, 90, 1362-96. DOI: 10.1257/aer.90.5.1362
- Neumark, D. y Wascher, W. (2003). Minimum wages, labor market institutions, and youth employment: a cross-national analysis. *National Bureau of Economic Research*. DOI: 10.1177/001979390405700204
- Nickell, S., & Layard, R. (1999). Labor market institutions and economic performance. *Handbook of labor economics*, 3, 3029-3084. December 1999. DOI: 10.1016/S1573-4463(99)30037-7
- OECD (1998). Chapter 2. Making the Most of the Minimum: Statutory Minimum Wages, Employment, and Poverty en *Employment Outlook*, OECD Publications, Paris. DOI: 10.1787/19991266
- OECD (2004). *Benefits and wages*, Organisation for Economic Cooperation and Development. ISBN: 92-64-01515-9
- OIT (2013). Guía sobre política en materia de salario mínimo. Oficina Internacional Del Trabajo. Ginebra. (Véase “Capítulo 7: Seguimiento de los efectos de los salarios mínimos”: 96-112). URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/genericdocument/wcms_542028.pdf, consulta: 14/05/2019
- Orazem, P.F. y Mattila, J.P. (2002). Minimum wage effects on hours, employment and number of firms: the Iowa case. *Journal of Labor Research*, vol. 23, 3-23. DOI: 10.1007/s12122-002-1014-6
- Pigou, A.C. (1920). *The economics of welfare*, Macmillan. DOI: 10.4324/9781351304368
- Portugal P. y Cardoso, A.R. (2001). Disentangling the minimum wage puzzle: an analysis of job accessions and separations from a longitudinal matched employer-employee data set, *Universidade do Minho*. URL: <http://hdl.handle.net/1822/11255>
- Rebitzer, J. y Taylor, L. (1995). The Consequences of Minimum Wage Laws: Some New Theoretical Ideas. *Journal of Public Economics*, February, 245-255. DOI: 10.1016/0047-2727(93)01411-3
- Ruesga Benito, S. M.; González Laxe, F. I.; Picatoste Novo, J. M. (2017). The debate on the economic effects of minimum wage. *European Journal on Government and Economics* Volumen 6-2. ISSN: 2254-7088.
- Ruesga, S.M. et al (2014): *Economía del trabajo y política laboral*, Editorial Pirámide (2ª edición). ISBN: 978-84-368-3247-1
- Schmitt, J. (2015): “Explaining the Small Employment Effects of the Minimum Wage in the United States”, *Industrial Relations*, Vol. 54, No. 4, October, 547-581. DOI: 10.1111/irel.12106

- Shepherd, A.R. (2000). Minimum wages and the Card–Krueger paradox. *Southern Economic Journal*, 67, 469-78. DOI: 10.2307/1061482
- Standing, G., Sender, J. y Weeks, J. (1996). *Restructuring the labour market: the South African challenge*, International Labour Office. ISBN: 92-2-109513-4
- Stewart, M. (2001). The impact of the introduction of the UK minimum wage on the employment probabilities of low wage workers. *University of Warwick*. DOI: 10.1162/154247604323015481
- Stigler, G.J. (1946). The Economics of Minimum Wage Legislation. *American Economic Review*, 36, 358-65. ISSN: 0002-8282
- Swinerton, K. A. (1996). Minimum Wages in an Equilibrium Search Model with Diminishing Returns to Labor in Production. *Journal of Labor Economics*, No. 2, 340-355. DOI: 10.1086/209814
- Teulings, C.N. (2000). Bridging the gap between ‘Joe Sixpack’ and ‘Bill Gates’: on the efficiency of institutions for redistribution. *De Economist*, 148, 603-24. URL: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1004105100439>
- Wellington, A. (1991). Effects of the minimum wage on the employment status of youths: an update. *Journal of Human Resources*, 26, 27-46. DOI: 10.2307/145715
- Werner, T. y Sell, F.L. (2015). Price Effects of the Minimum Wage: A survey Data Analysis for the German Construction Sector. *Labour*, 29 (3), 310-326. DOI: 10.1111/labr.12058
- Wihbey, J. (2016). “Minimum wage: Updated research roundup on the effects of increasing pay”, *Journalist’s Resource*, July 27
URL: <http://journalistsresource.org/studies/economics/inequality/the-effects-of-raising-the-minimum-wage>).

LA EXCLUSIÓN DEL DEBER DE SIGILO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE LA NOCIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES: A PROPÓSITO DE LA LEY 1/2019 DE SECRETOS EMPRESARIALES

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares

EXTRACTO **Palabras Clave:** Secretos empresariales, libertad sindical, derechos de información, deber de sigilo profesional

La Ley 1/2019, de 20 de febrero, delimita una noción de secreto empresarial que en determinadas situaciones puede concurrir con la figura del deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Los derechos de información y las facultades de consulta de los representantes de los trabajadores pueden en la práctica confluir con el poder empresarial de calificar secretos empresariales. En este sentido, la nueva regulación presenta una relación evidente entre la facultad de determinar secretos empresariales y las obligaciones empresariales de información a los representantes de los trabajadores en materias de contenido laboral. Asimismo, se plantea la posible concurrencia del secreto empresarial con la noción de deber de sigilo de los representantes de los trabajadores. La protección legal de los secretos empresariales no afectaría a la autonomía de los representantes de los trabajadores y a la consiguiente relación de información constante. Esta nueva regulación no restringiría los derechos colectivos de información a los representantes de los trabajadores, que son esenciales en nuestro modelo democrático de relaciones laborales.

ABSTRACT **Key Words:** Company secrets, syndical freedom, information rights, professional reservation duty

Law 1/2019, of February 20, delimits a notion of business secrecy that in certain situations may coexist with the figure of professional secrecy of workers' representatives. The information rights and powers of consultation of workers' representatives may in practice converge with the business power of qualifying business secrets. In this sense, the new regulation presents an evident relationship between the power to determine business secrets and business obligations to inform workers' representatives in labor matters. In the same way, the possible concurrence of the business secret with the duty of secrecy of the representatives of the workers is raised. The legal protection of business secrets would not affect the autonomy of workers' representatives and the constant information relationship. This new regulation would not restrict collective information rights to workers' representatives, which are essential in our democratic model of labor relations.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SIGNIFICADO Y ALCANCE JURÍDICO DE LA NOCIÓN DE SECRETO EMPRESARIAL
3. LA RELACIÓN ENTRE EL SECRETO EMPRESARIAL Y EL DEBER DE SIGILO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
4. LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN DE RESERVA PREVIA AL SECRETO EMPRESARIAL: EL DEBER DE SIGILO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
5. LA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA EN MATERIA DE SIGILO PROFESIONAL: REFLEXIONES GENERALES SOBRE LA DOCTRINA DEL TC
6. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO ELEMENTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA DE LOS TRABAJADORES
7. LA INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y SU CONCURRENCIA CON LA FIGURA DEL SECRETO EMPRESARIAL: EL REFORZAMIENTO DEL INTERÉS COLECTIVO LABORAL

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio analiza la repercusión de la nueva noción de secretos empresariales prevista por la Ley 1/2019, de 20 de febrero de 2019, de Secretos empresariales (LSE) y su posible proyección en el ámbito laboral. La citada Ley parte de una noción de secreto de empresa que viene a condicionar la determinación empresarial de aquellas posibles materias sometidas a reserva o confidencialidad. Precisamente la calificación de una concreta información como secreto de empresa estará condicionada al cumplimiento de los presupuestos legales, contenidos en la LSE y previamente previstos por la Directiva de la UE 2016/943. En este sentido, dicho nuevo marco regulador viene a condicionar el propio criterio empresarial de calificar una materia como secreto empresarial, objetivando dicha decisión empresarial a la presencia e identificación de los presupuestos previstos previamente por la ley. Ello evita, pues, una posible calificación subjetiva y arbitraria por parte de la empresa. Esta nueva regulación tendrá, pues, una evidente proyección en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, que aun teniendo un régimen jurídico propio y autónomo, concurre en esta materia con la posible calificación de los secretos de empresa. Ciertamente, tanto los derechos de información, como las facultades de los representantes de los trabajadores, gozan de su propio ámbito de protección especial y sus condiciones de ejercicio siguen plenamente garantizadas.

En el ámbito laboral el art. 65.2 del ET regula la figura del deber de sigilo de los representantes de los trabajadores. Dicho precepto regula legalmente esta obligación de reserva, que se manifiesta polémica en práctica y que ha llevado a la jurisprudencia a delimitar su alcance concreto ante situaciones problemáticas.

Sin duda, se trata de una ordenación especial, que ya se contemplaba con carácter previo a la aprobación de la Ley 1/2019 y que tienen un espacio propio y reservado de aplicación al margen de la noción de secretos empresariales. Con todo, esta nueva regulación de la Ley 1/2019 puede plantear problemas prácticos de interpretación, que intentaremos aclarar en las siguientes páginas.

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE JURÍDICO DE LA NOCIÓN DE SECRETO EMPRESARIAL

La LSE, que entró en vigor el pasado 13 de marzo, es el resultado de la transposición al Derecho español de la Directiva de la UE 2016/943, de 8 de junio, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícita¹. La finalidad de dicha Directiva comunitaria es fomentar el objetivo de la innovación tecnológica y la generación de conocimientos en Europa, estableciendo un régimen jurídico protector respecto de las prácticas ilícitas de apropiación, espionaje, copia o violación de confidencialidad. Dicha regulación supone una protección de los secretos comerciales contra su obtención, utilización y revelación ilícita. Se trata, sin duda, de una regulación que no contaba con un tratamiento normativo específico en nuestra legislación, sin que se abordara el concepto de secretos empresariales. No obstante, dicho interés empresarial se protegían indirectamente en virtud de normas de distinta naturaleza jurídica, tales como el Código Penal, el Código Civil, la Ley de Competencia Desleal o Ley de Enjuiciamiento Civil. En este punto, debemos también apuntar especialmente que en el ámbito laboral contábamos ya con una importante regulación de la materia en el ET, concretamente me refiero a la regulación del deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores (art. 65 ET). Dicho precepto actuaba en la práctica, de forma especialmente problemática, como contrapeso a los derechos de información colectiva previstos en el art. 64.1 ET.

Con carácter general, conviene tener en cuenta qué se entiende por secreto empresarial, a los efectos de su consiguiente tutela jurídica. El secreto empresarial se define en el artículo 1.1 de la LSE. Es secreto empresarial “cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en

¹ A los efectos de profundizar en el alcance general de la LSE, recomendamos la secuencia de estudios doctrinales publicados en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. En concreto, nos referimos a tres estudios que se refieren a los antecedentes previos, al proyecto de ley y al análisis del texto legal finalmente aprobado. Vid. Gascón, F., “Hacia una mayor protección jurídica de los secretos empresariales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 943/2018, BIB 2018\11748. Saldarriaga, J.I., “La protección del secreto empresarial a la luz de la nueva regulación”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 945/2018. BIB 2018\13734. Pérez Lluna, A., “Los secretos empresariales en la nueva ley española”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 950/2019. BIB 2019\2492

el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión ni es fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto”.

El secreto empresarial se define legalmente como cualquier información, relativa a cualquier ámbito de la empresa, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible. Asimismo, deberá tener un valor empresarial y, por tanto, ello permitiría calificar su carácter secreto, debiendo adoptarse las consiguientes medidas empresariales razonables para que permanezca ajeno a su conocimiento externo a la empresa. Esta delimitación de secreto tiene carácter extensivo y se proyecta sobre cualquier información, relativa a cualquier cambio de la empresa, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero. Respecto de esta información, siempre sensible, la empresa podrá defender adecuadamente sus derechos cuando puedan demostrar que cuenta con los correspondientes protocolos de protección² de carácter técnico y jurídico, que permitan delimitar la protección de una información confidencial. Igualmente, podemos destacar el carácter amplio de la noción de secreto empresarial, a diferencia de la fórmula empleada por la Directiva, que se refiere expresamente al secreto comercial. Sin duda, ello supone una mayor acción de la obligación de secreto, puesto que incluye el secreto comercial y el secreto industrial, y por extensión se ampara cualquier valor ligado al propio *know-how* de la empresa. Esta ampliación de la noción de secreto es importante en nuestro ámbito, puesto que en materia de secreto comercial serían menores los frente de concurrencia con el deber de información a los representantes de los trabajadores, y sin embargo, al incluirse una noción amplia de secreto empresarial, ello afectaría un conjunto mayor de informaciones empresariales que indudablemente pueden tener mayor influencia en aspectos ligados con el empleo y con el estatuto laboral de los trabajadores.

En este trabajo únicamente estamos analizando la proyección de la noción de secreto empresarial respecto de las relaciones colectivas de trabajo y sus efectos informativos en relación a los representantes de los trabajadores. Ciertamente, podemos deducir más aspectos laborales que pueden afectar a las relaciones individuales de trabajo. Ello se refiere especialmente a la necesidad de que la protección de los denominados secretos empresariales no pueda justificar jurídicamente afectaciones

² Sin duda, entre las vías de protección del deber de secreto empresarial cobra especial sentido, a efectos de protección jurídica, la calificación formal de secreto por parte de las empresas. Nos referimos a la aplicación de las medidas de diligencia, agravadas en el tratamiento de la información que la empresa estima de valor y que querrá proteger. Esta diligencia presupone la necesidad de conservar dichos secretos y de desarrollar sistemas basados en un protocolo jurídico-tecnológico. Es decir, la elaboración de mecanismos e instrumentos esenciales para realizar una adecuada gestión del potencial riesgo de revelación de los secretos empresariales.

en el estatuto profesional de los trabajadores individualmente considerados. Dichos secretos no podrían ser el fundamento de decisiones de empresa que limiten, por ejemplo, el mantenimiento del empleo consolidado a lo largo del tiempo por el ejercicio profesional del trabajo, o privar al empleado de su merecida promoción profesional en la empresa debido al desarrollo de su actividad en procesos donde existen secretos empresariales a proteger.

En este sentido, podríamos decir que prevalecería el interés de la promoción en el trabajo frente al secreto empresarial, lo cual supone que con carácter general la protección del secreto empresarial no puede justificar medidas de gestión ordinaria de los recursos humanos, que deberán basarse en la aplicación del principio de igualdad (arts. 14 y 17 ET) y la garantía del derecho al trabajo. Igualmente, los cambios de funciones o del contenido de la prestación laboral seguirán ordenándose bajo los parámetros de la movilidad funcional (art. 39 ET) y su consiguiente limitación por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). La gestión del secreto empresarial no puede entenderse como un instrumento que permita un mayor grado de gestión flexible del contrato de trabajo. Únicamente el secreto empresarial podría utilizarse como fundamento de adopción de medidas respecto del contrato de trabajo, en aquellos casos de incumplimiento del trabajador y de violación del secreto profesional que pudieran avalar el ejercicio del poder disciplinario.

Asimismo, debemos recordar que los trabajadores que prestan servicios en el ámbito de estas empresas que gestionan valores intangibles cuentan con medidas especiales de tutela. La propia Ley de Patentes protege las patentes producidas como consecuencia de la ejecución del contrato de trabajo, así como aquellas mejoras técnicas no patentables realizadas en el marco de una relación laboral o de servicios. En este punto, conviene también destacar que la LSE realiza una distinción entre secretos empresariales y conocimientos, habilidades y capacidades de los trabajadores. La LSE prevé dentro de la información sometida a secreto empresarial la experiencia y las competencias adquiridas por el trabajador durante el normal transcurso de su carrera profesional (apartado II, párrafo 5º del Preámbulo LSE). De este modo, los denominados secretos empresariales no pueden utilizarse para restringir la movilidad de los trabajadores, ni para imponer limitaciones al uso de su experiencia y competencia profesional. Por tanto, la protección jurídica de los secretos empresariales no se amplía a la utilización por parte de los empleados de su experiencia y capacidad después de la extinción de su contrato de trabajo y su desvinculación formal respecto de su empresa. Esta referencia se aplica tanto al desarrollo de dichos servicios especiales en virtud de un contrato de trabajo, así como a otras fórmulas contractuales reguladas extramuros de la legislación laboral. Ciertamente, dichas experiencias, destrezas y capacidades han sido adquiridas profesionalmente en el cumplimiento leal y de buena fe del prestador de servicios, como consecuencia del ejercicio de una prestación de trabajo que forma parte del

patrimonio profesional del trabajador y que no podría verse afectada por la nueva noción legal de secreto empresarial³.

Todo ello supone la necesidad de adoptar medidas concretas que permitan reforzar la seguridad de la información de carácter sensible en el ámbito laboral. En este sentido, podemos decir que la mayoría de los incumplimientos y violaciones en el ámbito de los secretos empresariales se producen por empleados que trabajan directamente con estos valores intangibles⁴. Efectivamente, el número de empleados que pueden desarrollar sus funciones sobre este tipo de productos o aplicaciones puede ser amplísimo. Dichos incumplimientos se pueden producir por antiguos empleados que trabajaron en dichos procesos. Incluso podemos ampliar el espectro de nuestro análisis, pudiendo violar dichos secretos empresariales colaboradores de la empresa, que sin una relación laboral, y por vínculos civiles o mercantiles, conocen dichos valores de la empresa y divulgan dicha información sensible con ánimo de lucro. Como quiera que la cadena de afectados puede ser amplia, es esencial que la empresa adopte las medidas específicas para evitar la revelación de la información que ella misma considera sensible y reservada, y en caso de que se produzca dicha revelación la empresa deberá contar con los medios de prueba adecuados para poder perseguir judicialmente dichas violaciones y buscar una compensación económica por el daño producido. Efectivamente, se trata de una labor que presupone un comportamiento diligente empresarial en la gestión y protección de sus secretos de empresa.

³ Otra cuestión será el uso de esta competencia profesional. En cualquier caso, se deberá salvaguardar la movilidad del trabajador, sin que ello imposibilite a la empresa a protegerse jurídicamente respecto de sus secretos empresariales, impidiendo un uso de la información obtenida que cause un daño objetivo e innecesario. Evidentemente, estamos ante un aspecto casuístico, siendo difícil trazar una línea nítida que delimite y separe la experiencia y competencia profesional de la información que constituye secreto empresarial.

⁴ Especialmente, se protege por la LSE la obtención de secretos empresariales sin el consentimiento de su titular mediante el acceso, apropiación o copia no autorizada (obtención ilícita) de cualquier soporte que contenga un secreto empresarial. Se trata de una trasgresión que permita posteriormente su entrega a otra persona o su reproducción, contraviniendo las prácticas comerciales leales. Estos comportamientos se pueden combatir cuando vengan precedidos de una obligación de confidencialidad fijada por la empresa. A estos efectos, la LSE contempla un sistema de responsabilidad objetiva, que permite accionar contra aquellos sujetos responsables que obtienen, utilizan o revelan el secreto empresarial, sabiendo previamente de que lo hacen sin contar con el consentimiento de su titular. Ciertamente, la calificación de información confidencial permite exigir responsabilidad a dichos sujetos infractores, teniendo, pues, conocimiento cierto de su origen ilícito. En este punto, la Ley deja al margen a los denominados terceros adquirentes de buena fe, a los que se les aplica el régimen de responsabilidad objetiva. Nos estamos refiriendo a aquellos sujetos que utilizan los secretos empresariales, que les son ajenos, pero que no tenían conocimiento de su origen ilícito. En este sentido, frente a estos terceros adquirentes de buena fe no se podrán ejercitar acciones de indemnización por daños y perjuicios. Y, en caso de resultar el adquirente de buena fe demandando, éste podrá solicitar al juez la sustitución de las acciones de cesación, remoción o embargo de bienes, por una indemnización pecuniaria compensatoria. Esta medida se podrá realizar cuando resulte razonable que dicha medida viene a satisfacer los intereses económicos del demandante.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL SECRETO EMPRESARIAL Y EL DEBER DE SIGILO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Desde la perspectiva de nuestro estudio, no cabe duda que esta materia tiene una clara proyección en las relaciones colectivas de trabajo, y muy especialmente en relación a los secretos empresariales en conexión con las obligaciones empresariales de información a los representantes de los trabajadores en materias de contenido laboral. Asimismo, inmediatamente se plantea su posible concurrencia con la noción de deber de sigilo de los representantes de los trabajadores. Ciertamente, la Ley intenta afrontar el problema de la necesidad de acotar la posible divulgación de los secretos de empresa, que no tienen registro, ni constancia oficial, pero que en el actual modelo de empresa abierta y sumida en la innovación constante y en las tecnologías de la información, la divulgación de determinados asuntos empresariales es especialmente sensible. Sin duda, ello repercute esencialmente en cuestiones que trascienden lo laboral, como sucede, por ejemplo, con las invenciones no patentadas, los algoritmos, las fórmulas matemáticas o químicas, los planes y estrategias de negocios, los procedimientos de fabricación, las listas de clientes y proveedores, la información sobre precios y costes, etc. Estamos, pues, ante un resultado propio de los efectos de la actual economía del conocimiento, donde cada vez tiene más importancia el valor de determinados productos, aplicaciones o instrumentos intangibles, que no se registran oficialmente y cuyo único valor puede mantenerse en el mercado a través del secreto en el ámbito de la empresa⁵. Sin duda, la protección legal de dichos activos intangibles es esencial e incluso permite que un proyecto empresarial pueda mantener su cuota de competitividad en el mercado.

Evidentemente, las creaciones o valores intangibles de las empresas es el ámbito natural de desarrollo de la noción de secreto empresarial. Sin embargo, evidentemente entra de lleno el debate paralelo de la afectación del nuevo concepto de secreto empresarial frente a las competencias informativas de los representantes de los tra-

⁵ En este sentido, es indudable que tienen mayor relevancia a efectos de los intereses económicos de las empresas el valor de los denominados activos intangibles. Ello supone, cada vez más, un mayor porcentaje relativo respecto del propio valor de las empresas. Entre estos activos intangibles nos encontramos con las marcas, las patentes y otros derechos de propiedad industrial, reconocidos legalmente mediante inscripción en registro público, pero también existen otros tipos de registros y valores empresariales que escapan de esta vía de protección y que tienen que ser protegidos. Precisamente sobre estos últimos recursos se proyecta, a efectos de su tutela jurídica, la delimitación del secreto empresarial. Precisamente, la propia LSE reconoce jurídicamente la naturaleza patrimonial de los secretos empresariales, que son susceptibles de transmisión, cesión o licencia de uso, otorgándoles un régimen análogo a los derechos clásicos de propiedad industrial, que se protegen registralmente en virtud de patentes o marcas. Ello amplía sensiblemente los denominados acuerdos de transferencia de tecnología entre empresas, que ya venían desarrollándose en el tráfico jurídico entre las empresas con anterioridad a la LSE. Sin embargo, ahora la LSE viene a determinar reglas jurídicas para solventar determinados conflictos que se plantean en la práctica. Se trata de supuestos relacionados con la cotitularidad, licencias y transmisión, así como con otros aspectos aplicables en caso de ausencia de acuerdos al respecto entre las partes.

bajadores en la propia dinámica de las relaciones laborales. La primera pregunta que debemos realizarnos es qué impacto tendrá a partir de la promulgación de la Ley 1/2019 la noción de secreto empresarial en el ámbito laboral. Debemos entender que dicha protección del secreto empresarial pensada esencialmente desde la perspectiva del Derecho mercantil, no afecta al sistema de información colectiva a los representantes de los trabajadores. Con carácter general, debemos decir que la protección de los secretos empresariales no afectará a la autonomía de los representantes de los trabajadores y a la consiguiente relación de información constante, que es esencial para conocer la dinámica de la empresa, valorar la proyección futura del mantenimiento del empleo y permitir el ejercicio consiguiente del derecho a la negociación colectiva. Por tanto, esta nueva regulación no vendría a restringir los derechos colectivos de información a los representantes de los trabajadores, que son esenciales, en nuestro modelo democrático de relaciones laborales y que tienen su asiento en el propio derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 Constitución Española).

Con todo, en el ámbito de las empresas que trabajan con bienes o derechos intangibles, a los que nos estamos refiriendo, la empresa puede contemplar especiales mecanismos de reserva. Nos referimos a la posibilidad de declarar secreto respecto de determinadas informaciones que pueden ser sensibles para la empresa, y que ésta debe proteger en beneficio de sus propios intereses. En relación a su proyección en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, debemos indicar que la LSE viene a garantizar que la empresa no pueda impedir que un secreto empresarial pueda ser conocido por los representantes de los trabajadores en el ejercicio legítimo de sus derechos de información. Sin duda, esta consecuencia se deriva de la propia primacía de los derechos de información respecto del interés empresarial de mantener una determinada materia fuera del conocimiento de los representantes de los trabajadores. Por todo, ello conviene destacar que aunque se califique un secreto empresarial, dicha información debería ser puesta en conocimiento de los representantes de los trabajadores, si ello se deriva de la necesaria observancia de la normativa relativa a los derechos de información y consulta. Ello supone tener en cuenta esencialmente la regulación contenida en el art. 64 del ET, así como las previsiones de la Ley 10/1997, de 24 de abril, relativa a los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Ciertamente, esta consecuencia deriva de la especial naturaleza de los derechos de información colectiva. Estamos en presencia de auténticos derechos y deberes de información basados en una relación de reciprocidad. Por todo ello, deberíamos decir que no estamos ante una regulación que suponga un tratamiento del concepto de secreto empresarial extramuros de la legislación laboral, sino que igualmente estará presente la ordenación específica de los derechos informativos y del deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores, que tiene su propia regulación y, que en determinadas circunstancias, puede concurrir con un secreto de

empresa en función del supuesto de hecho en cuestión. Desde esta perspectiva, y en estas circunstancias, la regulación de la LSE debería adaptarse y complementarse con la regulación preexistente relativa a los derechos de información y al deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Ello se debe a que la propia calificación del secreto empresarial a los representantes de los trabajadores supone que el propio deber de sigilo puede actuar como medida de protección de dicha información reservada frente a posibles utilizaciones o divulgaciones no autorizadas por la empresa y cuya difusión no estaría amparada, en principio, en el ejercicio de las funciones representativas.

En nuestra legislación laboral está problemática contaba ya con el correspondiente contrapunto en el ámbito laboral. Dicho tratamiento se asienta en el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores (art. 65.2 ET). Uno de las cuestiones que plantea la nueva regulación de la LSE es la posible concurrencia y conflicto que puede presentarse ante la coexistencia del secreto empresarial y el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores. Se puede producir, en determinadas circunstancias, una evidente confrontación entre el interés de la empresa a la reserva de ciertos datos o informaciones considerados como secretos, con el derecho a conocer y a ser informados por parte de los representantes de los trabajadores. La gran cuestión es determinar si la calificación de secreto empresarial cede o no ante los derechos informativos de los representantes de los trabajadores. Ciertamente, se trata de una cuestión que en muchos casos deberá analizarse casuísticamente por la jurisprudencia. Sin embargo, conviene subrayar la relevancia de los derechos informativos de los representantes de los trabajadores, que como derechos colectivos no se podrían ver restringidos injustificadamente, al estar vinculados directamente con nuestro modelo democrático de relaciones laborales.

Como luego explicaremos, el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores se presenta como reverso de las facultades informativas en las labores representativas y tiene en la práctica una aplicación especialmente controvertida. La aplicación de dicho deber se ha desarrollado de forma flexible con el fin de no restringir la libertad sindical y el canal participativo en la empresa. Todo ello, ha dado lugar a una importante jurisprudencia, cuya doctrina explicaremos brevemente a fin de aclarar su proyección práctica. En nuestro ámbito laboral, los tribunales de justicia, en especial nuestro Tribunal Constitucional, han insistido en la necesidad de delimitar el carácter de información reservada o el sometimiento de determinadas informaciones a sigilo profesional por parte de los representantes de los trabajadores. Se trataría de una información que no se podría deducir y que habría que calificar expresamente, así como gestionar y exigir en caso de demanda de responsabilidad. Ello presupone, pues, por parte de la empresa un comportamiento diligente, una gestión ordenada y prudencial de las informaciones objeto de reserva, sin que se pueda exigir a posteriori dicho comportamiento, una vez producida la situación controvertida.

4. LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN DE RESERVA PREVIA AL SECRETO EMPRESARIAL: EL DEBER DE SIGILO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Como ya hemos indicado, la LSE delimita una noción de secreto de empresa que puede tener importantes consecuencias jurídicas en el ámbito de aplicación de las relaciones colectivas de trabajo. Antes de la aprobación de la LSE, nuestra legislación laboral ya contemplaba una obligación de secreto profesional de los representantes de los trabajadores, que tiene su propio contenido y ámbito de aplicación especial en las relaciones laborales. Por ello, la nueva configuración de secreto empresarial previsto por la Ley 1/2019 no restringe automáticamente el ámbito de acción de las facultades informativas de los representantes de los trabajadores, ni afectaría al contenido de su deber de sigilo. La regulación del deber de secreto o sigilo de los representantes de los trabajadores se ha ordenado de forma amplia y ha sido interpretada jurisdiccionalmente en claro sentido favorecedor de la libertad sindical y de los derechos de información y participación, como veremos más adelante.

En concreto, el art. 65.2 del ET regula específicamente una modalidad de secreto profesional de los representantes de los trabajadores, que se proyecta como contrapunto a sus facultades informativas activas o divulgación de los representantes de los trabajadores. Expresamente, el precepto indica que “Los miembros del comité de empresa y este en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado”. En sentido amplio, se puede entender que el sigilo comprende el secreto —por ejemplo, los secretos industriales o intelectuales—, así como el uso discreto y prudente de una determinada información suministrada por la empresa en determinadas circunstancias. De igual modo, los órganos de justicia se refieren en algunas ocasiones a la “obligación de secreto y sigilo”, aunque es preciso decir que de un tiempo a esta parte se ha impuesto el uso mayoritario del término “sigilo”. El secreto no es otra cosa que silencio absoluto y el sigilo un comportamiento cauteloso, por tanto, el matiz es importante. Así, el deber de sigilo no equivale al deber de secreto, sino al deber de discreción. Ciertamente, la jurisprudencia ha reconocido en determinados casos un cierto margen de actuación a las competencias informativas de los representantes de los trabajadores, permitiendo dentro del deber de sigilo un uso discreto y reservado de la información⁶. Ciertamente, este posible uso de la información de forma prudente ahora debería igualmente conjugarse con la necesidad de respetar

⁶ Vid. STS (Social) de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9200). STSJ de Cataluña (Social) de 3 de febrero de 2003 (AS 2003, 1730). STSJ de Murcia (Social) de 23 de julio de 2001 (AS 2001, 3660).

el interés empresarial ante una posible calificación de secreto de empresa, debiendo tenerse en cuenta su ponderación con otros posibles intereses de carácter colectivo.

El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores no se corresponde con ningún derecho del empresario, sino que estaríamos ante un complemento del derecho de participación de los trabajadores (art. 129.2 CE y art. 4 y 61 ET). El deber de sigilo se entiende en tanto en cuanto la representación laboral participa en los asuntos propios de la empresa debido a su representación de los intereses colectivos de los trabajadores. La empresa tiene la obligación legal de informar a los representantes de los trabajadores (art. 64 ET), y dicho deber concurre con el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores⁷. El deber de sigilo debe adecuarse con su derecho a la libre expresión e información sindical. Estamos ante una relación derecho-deber, que se solapa y que difícilmente se pueden coordinar⁸. De este modo, no cabe duda de que todo ello dependerá del caso concreto, y así cuando se dé un mayor margen de acción al derecho de expresión e información se estará restringiendo el deber de sigilo profesional, y viceversa.

Conviene decir que legalmente la interpretación de la normativa sobre el sigilo es compleja, puesto que el deber de sigilo profesional del art. 65.2 del ET se contrapone con el art. 64.7.e) del ET, que establece la facultad del representante de informar a sus representados “en todos los temas y cuestiones” señalados legalmente. De igual modo, se contrapone con el art. 68 d) del ET, relativo al derecho de libertad de expresión de los representantes legales de los trabajadores, que les permite expresarse y opinar libremente “en las materias concernientes a la esfera de su representación”. En este sentido, conviene señalar que la obligación de sigilo profesional debe interpretarse adecuándola al contenido del derecho a la información sindical de los representantes de los trabajadores, máxime cuando estamos en presencia de un derecho constitucional previsto en la propia Constitución Española.

El TC entiende que no es posible interpretar extensivamente el art. 65.2 del ET, de suerte que el deber de sigilo profesional sea exigible respecto de cualquier información de la empresa que se conozca durante el desarrollo de la actividad de representación. El art. 65.2 del ET prevé, *strictu sensu*, que la obligación de sigilo se predica únicamente respecto de las materias consideradas legalmente como confidenciales, esto es, aquellas materias contenidas en el art. 64.1 del ET (párrafos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º). En este sentido, el contenido del deber de sigilo se refiere a las materias relacionadas con la libertad de empresa (art. 38 CE). Ciertamente, en los

⁷ En este sentido, cabe entender que las facultades del empresario de limitar las competencias informativas del comité de empresa han de estimarse restrictivamente. Vid. Ojeda Avilés, A., *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 163.

⁸ Vid. Fernández López, M.F., “El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores”, en *Actualidad Laboral*, núm. 9, Madrid, 1992, pp. 139-140. Vid. Duréndez Sáez, I., “Capacidad y sigilo profesional de los órganos de representación unitaria”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (T.II), 2000, pág. 1283.

aspectos comerciales y económicos el deber de sigilo tiene que recaer sobre los representantes de los trabajadores con mayor intensidad, ya que su difusión pública puede incidir en la situación económica y financiera de la empresa. Asimismo, como prevé el art. 65.2 del ET, el deber de sigilo se aplicará “en especial en todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado” (art. 65.2 ET)⁹. En este caso, únicamente será de aplicación el deber de sigilo profesional si el empresario prevé expresamente que es una materia confidencial. No cabe, pues, deducción posible sobre su carácter reservado.

Así pues, se contiene en el deber de sigilo cualquier materia calificada expresamente como reservada por el empresario por su interés para la empresa. El problema es que la Ley no prevé ningún límite a esta facultad empresarial, aunque lógicamente deberá referirse a materias de interés en las relaciones colectivas de trabajo. La empresa ostenta la facultad de poder sujetar a reserva determinadas informaciones con el fin de proteger los intereses empresariales. Esta relación de reciprocidad entre el deber empresarial a informar y el derecho de determinar ciertas materias como reservadas debe adecuarse de forma proporcionada en el ejercicio del poder de dirección del empresario¹⁰. Estaríamos en presencia de la figura del abuso de derecho, cuando el empresario “sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a tercero” (art. 6 del Código Civil).

Junto al art. 65.2 del ET, la Ley 10/1997, de 24 de abril, relativa a los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que transpuso a nuestro Derecho interno la Directiva 94/45/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, se contempla en su art. 22 el carácter confidencial de la información. El art. 22.2 de la Ley 10/1997 prevé que, excepcionalmente, la empresa podrá abstenerse de comunicar los datos relativos a los secretos industriales, financieros o comerciales si objetivamente perjudican los intereses de la empresa, salvo en los supuestos en que dichos datos “tengan relación con el volumen de empleo en la empresa”. Por su parte, la Directiva 2002/14/CE

⁹ En otros casos, relativos a materias de contenido económico, por ejemplo, los niveles de producción de la empresa, la confidencialidad se exige legalmente. No es necesario, pues, por parte de la empresa la declaración expresa de confidencialidad. Vid. STSJ de Murcia, de 23 de julio de 2001 (AS 2001, 3660). A estos efectos téngase en cuenta la STS (Social) de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9200), que expresamente se pronuncia sobre el contenido de la obligación de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores.

¹⁰ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya en su momento, se pronunció sobre la materia restringiendo las facultades de la empresa a fin de impedir abusos en la calificación de la información como confidencial. Así, el TS entiende que no es suficiente señalar unilateralmente el carácter confidencial de una información, sino que debe serlo desde un plano objetivo. No es suficiente que el empresario realice unilateralmente la calificación de una materia reservada, sino que será necesario que desde “un plano objetivo efectivamente lo sea”. Vid. STS, Social, de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9200). En este sentido, piénsese que la libertad de expresión e información puede limitarse si se causa un daño específico al empresario, siempre que se comprometa algún interés de empresa, legítimo e imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad productiva. Vid. Ojeda Avilés, A., *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 163.

del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, reguladora del marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Unión Europea, contempla que las legislaciones nacionales establecerán que los representantes de los trabajadores podrán no estar autorizados a revelar ciertas informaciones que les hayan sido comunicadas con carácter confidencial, ya sea en interés legítimo de la empresa o del centro de trabajo. Según esta línea, se debe comunicar expresamente el carácter confidencial de la información suministrada que se someta a la obligación de reserva (art. 6.1). No obstante, dicho deber relativo a la información confidencial no afecta a la totalidad de la información recibida. Los representantes de los trabajadores pueden disponer de determinadas informaciones en defensa de sus intereses, pudiendo difundir el contenido de la información en el seno de la empresa o externamente con fines divulgativos. Asimismo, cabe subrayar que el deber de sigilo se debe implementar en las legislaciones nacionales atendiendo a una especial relación de colaboración y cooperación entre el empresario y los trabajadores. Así, el art. 1.3 de la Directiva prevé que “el empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones”.

Finalmente, debemos tener presente la acción de la buena fe en la obligación legal de sigilo profesional. El trabajador debe cumplir sus obligaciones contractuales conforme a las reglas de la buena fe y la diligencia [art. 5 a) ET]. El deber de buena fe es un criterio de valoración de conductas¹¹, que dirige en gran medida los demás deberes del trabajador, entre ellos, el deber de sigilo profesional. Como sabemos, en este supuesto el trabajador debe abstenerse de divulgar ciertas informaciones, pero en otros casos el trabajador podrá estar obligado en virtud de las reglas de la buena fe a avisar o a comunicar a la empresa determinados acontecimientos, por ejemplo, los que puedan ocasionar un daño a la salud o a la seguridad laboral de los trabajadores. En este sentido, la citada Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, insiste en subrayar la necesidad de “fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa” (Exposición de Motivos). Así pues, desde esta perspectiva, el deber de sigilo podría conectarse con el principio general de la buena fe que vendría a delimitar el ejercicio del derecho constitucional de participación de los trabajadores en la empresa (arts. 129.2 CE y 4 y 61 ET)¹².

¹¹ Vid. SSTS, Social, de 4 de marzo de 1991 (RJ 1822) y de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10363). En el ámbito de la jurisprudencia menor destacamos las siguientes sentencias relativas a la proyección de la buena fe contractual. Vid. STSJ Cataluña (Social) de 23 de octubre de 2009 (AS 2009, 2982). STSJ Cataluña (Social) de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009, 2529). STSJ Madrid (Social) de 17 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 375160). STSJ Madrid (Social) de 25 de febrero de 2011 (AS 2011, 1462). STSJ Madrid (Social) de 19 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 19562).

¹² Ciertamente, el deber de sigilo profesional derivaría del deber de buena fe. No obstante, ya se cuestionó en nuestro Derecho la conexión del deber de sigilo con el deber de fidelidad. Como ya hemos visto, no cabe, según el TC, defender en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de un deber genérico de fidelidad o lealtad. Vid. STC 120/83, de 15 de diciembre. Alonso Olea, M., “Libertad de expresión del delegado de personal y la libertad de expresión durante la huelga”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. I, Civitas, Madrid, 1983, págs. 262 y ss.

5. LA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA EN MATERIA DE SIGILO PROFESIONAL: REFLEXIONES GENERALES SOBRE LA DOCTRINA DEL TC

Como hemos indicado, en el ejercicio de las facultades colectivas de información y consulta la única forma de condicionar el comportamiento de los representantes de los trabajadores se puede producir por la acción del sigilo profesional. Sin embargo, esta posibilidad cuenta con un margen de acción ciertamente limitado debido a la prevalencia práctica del derecho a la información, especialmente en aquellas cuestiones relativas al interés general. Precisamente, por esta razón la noción de secretos empresariales, acuñada por la Ley 1/2019, no guardaría una estricta relación con la idea de sigilo de los representantes de los trabajadores. Como ya hemos explicado, se trata de dos categorías jurídicas diversas, que operan en distintos ámbitos y que responden a distintas finalidades. En la práctica habrá que resolver la posible vulneración de los derechos fundamentales en juego: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho a la libertad de expresión y de información [art. 20.1, letras a) y d) CE] y el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE). No obstante, aun siendo éste el núcleo de las situaciones controvertidas, el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores actuará como límite legal al derecho fundamental de información. De ahí que la interpretación de dicha obligación legal se convierta en un aspecto central.

El TC ha abordado el ejercicio el derecho de libertad de información desde el requisito de la veracidad de la noticia (art. 20.1.d CE). El sujeto pasivo de la información emitida no se limita al ámbito de la empresa, esto es, a sus representados, sino que se dirige al público en general. Como sabemos, este supuesto es plenamente admisible, siempre y cuando la información cumpla el requisito de la veracidad y no se lesionen intereses de terceros. Es preciso transmitir una información exacta y veraz. Desde esta perspectiva, el límite al derecho de opinar está en su ejercicio atemperado en función de las reglas de la buena fe, puesto que a través de la opinión difícilmente se conculca el deber de sigilo¹³. En relación a esta materia debemos resaltar la importancia de la Sentencia del TC 213/2002, que vino a declarar que la obligación de sigilo no es ilimitada. El empresario no puede, pues, invocar esta obligación, en cualquier caso, sino que su acción tiene que ponderarse con la obligación de los representantes de los trabajadores de informar a sus representados. En todo caso, si el empresario quiere someter a reserva una determinada materia deberá cumplir previamente su obligación de indicar, como mínimo, que se trata de un asunto confidencial. En este sentido, se aprecia una relevancia del ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de información

¹³ Vid. STC 4/1996, de 16 de enero. Vid. Montoya Melgar, A., “Derecho del trabajador a informar e inexactitud de los datos comunicados”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XIV, Civitas, Madrid, 1996, págs. 28 y ss.

con el desarrollo de la libertad sindical (art. 28.1 CE) y la comunicación debe realizarse en materias de interés laboral y sindical, esto es, el “interés social o laboral” previsto en el art. 68, letra d) del ET¹⁴. Además, debe desarrollarse en el ejercicio de su derecho de representación, y ello forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical. Así pues, la posibilidad de crítica debería interpretarse en sentido amplio, según la tesis constitucional relativa a la defensa de los “intereses profesionales” de los trabajadores.

Los representantes de los trabajadores tienen el derecho a recibir información del empresario y sobre ellos pesa también el deber de mantener informados a sus representados, “en todos los temas y cuestiones (...) en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales” [art. 64.7.e) ET]¹⁵. Por tanto, después de ponderar los distintos derechos concurrentes, se deberá apreciar el ejercicio legítimo del “derecho de información sindical”, ante informaciones realizadas durante el desarrollo de funciones de representación sindical. Con todo, el derecho de información sindical no es ilimitado, puesto que su legítimo ejercicio depende de si el representante laboral se encuentra o no sometido al deber legal de sigilo profesional del art. 65.2 del ET. Como sabemos, el deber de sigilo o reserva de los representantes de los trabajadores consiste en una obligación de no divulgar determinadas informaciones de la empresa, que está debe proporcionarles para que puedan ejercer su labor de representación (art. 64.1 ET).

Desde la perspectiva de los trabajadores, el deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores se configura en nuestra legislación como una obligación de abstención. El TC recuerda que dicho deber de sigilo no es ilimitado, sino que debe interpretarse en los justos términos previstos en el art. 65.2 del ET, a fin de permitir el desarrollo de la actividad representativa. El TC no alude, pues, al término secreto, lo cual parece significativo respecto de su interpretación del sigilo. En este sentido, desde la STC 213/2002, en materia de sigilo el empresario tiene que indicar si existe reserva de divulgación, siempre que ello sea procedente según las circunstancias de cada supuesto concreto. En caso contrario, los representantes de los trabajadores pueden utilizar la información sin sujeción a límite alguno, salvo los genéricos predicados de la libertad de expresión e información. A nuestro juicio, la interpretación del TC es acertada, puesto que el legislador omite

¹⁴ La STC 213/2002 recuerda la doctrina del TC sobre esta materia. La alegación del art. 20.1 letras a) y d) de la CE no se puede escindir del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE). Así, el juicio de la causa se aborda desde la perspectiva de la libre expresión e información en el ejercicio de la libertad sindical. (Con cita a las SSTC 273/1994, de 17 de octubre y 201/1999, de 8 de noviembre). Igualmente, sobre el alcance del derecho de información sindical recomendamos las siguientes sentencias. Vid. SAN (Social) de 28 de octubre de 2010 (AS 2010, 2463). STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 30 de noviembre de 2009 (AS 2010, 1682). STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 29 de septiembre de 2009 (AS 2010, 250).

¹⁵ En este sentido, el TC subraya que este “es el fundamento de la participación y acción sindical, y constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical” (Con cita a las SSTC 94/1995, de 19 de junio y 168/1996, de 25 de noviembre). Vid. Boza Pro, G., *El deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 218 y ss.

la expresión secreto en el art. 65.2 del ET y se refiere al sigilo, o lo que es igual, sustituye el secreto por el término sigilo. Ello permite a los representantes de los trabajadores poder utilizar razonablemente los documentos dentro y, en algunos supuestos, fuera del ámbito empresarial, respetando los fines para los que han sido entregados. Efectivamente si la información está reservada no sería procedente su divulgación pública.

Con todo, debemos analizar la incidencia de la buena fe en el cumplimiento de la obligación de sigilo profesional. Como sabemos, el deber de sigilo profesional no es una obligación que esté conectada con el deber de buena fe, sino que es un deber independiente creado por la Ley y que puede sujetarse a limitaciones concretas. Así pues, el deber de sigilo no deriva, en sentido estricto, del contrato de trabajo, sino que se contempla en nuestra legislación como una carga vinculada al derecho de representación en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores. La buena fe es un deber genérico y no sometido a límites subjetivos, esto es, es un deber aplicable a cualquier trabajador sea o no representante laboral. Por el contrario, el deber de sigilo profesional se limita subjetivamente a los trabajadores que ejerzan labores de representación y, objetivamente, en relación a las materias previstas legalmente o clasificadas expresamente por la empresa como confidenciales. La buena fe se configura como un deber extensivo, puesto que salvo en los supuestos de actuación lesiva a los intereses legítimos de la empresa, el deber de buena fe no admite límites.

Según el TC, la buena fe es un límite al ejercicio de la libertad de expresión. Los representantes de los trabajadores, como cualquier trabajador, están también sujetos al deber de buena fe —por ejemplo, en sus declaraciones debe tenerse en cuenta si se atenta contra el prestigio o la reputación de la empresa—¹⁶. Por su parte, el TS entiende que es preciso distinguir entre la mera discrepancia y la difamación, ya que las declaraciones se pueden realizar en el ejercicio del derecho a la crítica. El TC considera en la sentencia 213/2002, que no es preciso exigir a los representantes de los trabajadores una actuación conforme a las reglas de la buena fe, ya que ello no se exige legalmente en relación con el deber de sigilo profesional¹⁷. Asimismo, se consideraba que requerir unilateralmente al trabajador

¹⁶ El TC ha dicho, en general, sobre la libertad de expresión que “no es un derecho ilimitado” y como tal debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Vid. SSTC 106/1996, de 12 de junio, 1/1998, de 12 de enero, 90/1999, de 26 de mayo, 241/1999, de 20 de diciembre, 120/1983, de 15 de diciembre. En este sentido, es muy interesante el comentario de Alonso Olea sobre el criterio del interés público, que puede justificar las manifestaciones del presidente de un comité de empresa. Vid. STC 1/1998, de 12 de enero. Alonso Olea, M., “La relación de trabajo y la libertad de expresión”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVI, Civitas, Madrid, 1998, págs. 25 y ss. Vid. STS, Social, 27 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3895).

¹⁷ En el Voto Particular a la STC 213/2002, emitido por el Magistrado Sr. D. García-Calvo y Montiel, se afirmaba que el tratamiento de la buena fe en la sentencia se “introduce a través de una confusa estructura argumental que limita para el futuro el espacio y el rendimiento de determinadas expresiones de la acción sindical, con independencia de la solución que ha tenido en este caso concreto”. En este sentido, dicho Magistrado consideraba que la sentencia no recogía un canon de interpretación

la observancia de la buena fe contractual no resulta conforme a las exigencias constitucionales. En caso contrario, se le exigiría al trabajador un “deber genérico de lealtad con significado omnicomprendivo” que no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales¹⁸.

A nuestro juicio, la posición general mantenida por el TC es acertada en relación a la interpretación de la noción de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. Efectivamente, la buena fe se ha configurado por la doctrina civilista y por la jurisprudencia como un deber extensivo, sin embargo, encuentra su modulación en su aplicación en el ámbito laboral. Así pues, en determinados supuestos podríamos pensar que la buena fe incidiese en la dinámica del deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores. La buena fe no remitiría en el transcurso de la relación laboral. Sin embargo, su acción en relación con el deber de sigilo profesional dependería de las circunstancias del caso concreto. Por tanto, en teoría es difícil que se pueda impedir con carácter general la acción de la buena fe, pero tampoco **ésta** puede servir, con carácter general, como instrumento para contener las facultades informativas y ampliar, en consecuencia, condicionar ilimitadamente el ámbito de acción del deber de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores.

Por su parte, la noción de secreto empresarial se configura con carácter general desde el punto de vista del interés empresarial. Sin embargo, dicha regulación plantea problemas de posible concurrencia con el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores. Es cierto, que el deber de sigilo del art. 65 del ET tiene su propio ámbito de aplicación, enmarcado en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pero en la práctica se puede plantear una acción conjunta de ambas figuras. En este sentido, podríamos destacar que el propio deber de sigilo puede en determinadas circunstancias solaparse con los secretos de empresa, produciendo la actuación conjunta de la regulación de la LSE y del propio ET. En estos supuestos se podría producir que el deber de reserva fuese exigible cuando la empresa pudiera acreditar que trasmite a los representantes de los trabajadores una información que tenga naturaleza de secreto empresarial en virtud de la LSE y que dicha información tenga, a su vez, una evidente transcendencia laboral. Dicho impacto laboral de la información puede implicar la necesidad de informar a los representantes de

del derecho de información sindical. Ciertamente, en el análisis de las exigencias de la buena fe, así como en la coordinación de los intereses de las partes, se producía un supuesto de valoración referido a un caso concreto. De este modo, difícilmente se puede pretender asentar un canon interpretativo, puesto que únicamente el fallo se remite en materia de buena fe a la doctrina del TC en la materia para fundamentar jurídicamente su posición final.

¹⁸ Es preciso remitirse a la línea asentada por la Sentencia TC 134/1994, de 9 de mayo. También cabría citar la STC 1/1998, de 12 de enero, que entiende que la buena fe no debe confundirse con el deber genérico de fidelidad o de sujeción omnimoda al interés de la empresa. En relación al ámbito de protección del derecho a la libertad sindical ante la proyección de la buena fe contractual. Vid. STSJ Cataluña (Social) de 23 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 374828). STSJ Castilla-La Mancha (Social) de 9 de julio de 2009 (AS 2009, 2339). En especial Vid. STSJ (Social) de 3 de febrero de 2003 (AS 2003, 1730).

los trabajadores y que estos deban guardar asimismo sigilo profesional en virtud de la relevancia del interés de la empresa. Con todo, el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores tiene un régimen especial de protección, muy influido por los intereses de fomento de las informaciones colectivas ligadas con el empleo y las relaciones laborales. Incluso, su interpretación por la jurisprudencia, especialmente por la jurisprudencia constitucional, permite un margen amplio de desarrollo de los derechos de información laboral, pudiendo verse excepcionalmente restringido de forma puntual y sin incidencia en el contenido del ejercicio del derecho a la libertad sindical.

6. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO ELEMENTO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA DE LOS TRABAJADORES

La LSE ampara expresamente el ejercicio del derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, en cuyo caso, la obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considera lícita [art. 2.1.c) LSE]. Ello no afecta a la necesidad de asegurar el desarrollo normal de los derechos de información a los representantes de los trabajadores, que se encuentran blindados por la propia regulación legal. Efectivamente, la legislación en su art. 64.4 del ET viene a recoger distintos supuestos de obligada información empresarial, que en ningún caso se pueden ver afectados por una calificación de secreto empresarial. De hecho, el derecho de consulta previa se articula en nuestra legislación laboral en virtud de las denominadas competencias informativas de los representantes de los trabajadores¹⁹.

Ciertamente, las competencias informativas, desde su dimensión pasiva, consistirían en la mera recepción de información, exigiéndose a la empresa la adopción

¹⁹ Dentro de las competencias de los representantes de los trabajadores ocupan un lugar importante las facultades informativas del comité de empresa reguladas en el art. 64.4 ET, que son, a su vez, compartidas por los delegados de personal (art. 62.2 ET). No obstante, y pese a la equiparación entre comités de empresa y delegados de personal en relación con las competencias informativas, conviene decir que muchas de estas competencias serán, en determinados casos, difíciles de ejercitar por los delegados de personal en las medianas y pequeñas empresas, puesto que el contenido de la consulta versa sobre aspectos inherentes a la gestión de las grandes empresas. Vid. Montoya Melgar, A. - Galiana Moreno, J. - Sempere Navarro, A. V. - Ríos Salmerón, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 5.ª ed., Thomson-Aranzadi, 2003, Pamplona, págs. 500-501. Palomeque López, M. C., “El comité de empresa y sus competencias (en torno a los artículos 63 y 64)”, en *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, T. II, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 1255. Por lo que se refiere a la posible extensión de las competencias consultivas a la representación sindical, conviene indicar que a pesar de la oposición tradicional, actualmente se considera que estas funciones pueden desarrollarlas los delegados sindicales (art. 10.3 Ley Orgánica de Libertad Sindical, Ley 11/1985, de 2 de agosto), si bien “limitada a las empresas o centros de trabajo que empleen más de 250 trabajadores, en los restantes casos (...) las funciones de información y consulta corresponden en exclusiva a los representantes unitarios”. Vid. Luján Alcaraz, J., *La acción sindical en la empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, págs. 196-198.

de medidas concretas tendentes al establecimiento de las vías de comunicación con los trabajadores y sus representantes a los efectos de poder entablar las necesarias consultas. Esta delimitación general de los derechos informativos tiene su asiento en nuestra legislación²⁰. Nuestro Estatuto de los Trabajadores contempla específicamente los derechos de información y consulta como competencias propias de los representantes de los trabajadores, siendo esta una información que se proyecta sobre cualquiera de las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como aquellas informaciones relativas a la situación de la empresa y a la evolución del empleo (art. 64.1 ET). Como señala dicho precepto, estamos, pues, ante una canal de información estable, que se debe desarrollar cooperando, tanto empresa como representantes de los trabajadores, en el cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, y a dichos efectos se tendrán en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores.

Dicha regulación encuentra su conexión igualmente con la delimitación de la noción de información contenida en la Ley 10/1997, de 27 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria²¹. El art. 3.1.7º de dicha disposición legal contempla la necesidad, por parte de la empresa, de transmitir a los representantes de los trabajadores aquellas informaciones relevantes, con el fin de que éstos puedan tener conocimiento y poder evaluar el impacto de las medidas empresariales. En este sentido, conviene señalar que dicha información debe permitir a los representantes de los trabajadores el poder evaluar pormenorizadamente el posible impacto de dichas medidas y, en su caso, poder preparar las consultas oportunas. Efectivamente, las competencias de información activa permiten a los representantes de los trabajadores expresar opiniones o juicios de valor a través del trámite de audiencia o consulta previa. Estas opiniones se van a manifestar en virtud del derecho de informe, que se ejercerá en aquellos supuestos en los que la Ley dispone que, ante determinadas decisiones de la dirección de la empresa, los representantes de los trabajadores dispongan del derecho a opinar con carácter previo a la ejecución de la decisión empresarial.

Obviamente, la emisión del informe requiere información, por tanto, estamos ante un cauce de comunicación recíproca entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La consulta es una actuación en interés del consultado y no del consultante, precisamente, porque son los representantes de los trabajadores,

²⁰ Esta regulación tiene en cuenta los estándares internacionales OIT, destacando en este punto la proyección de la Recomendación sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967 (núm. 129).

²¹ Con carácter general, conviene destacar que la Ley 10/1997 deriva de la transposición de la Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. Asimismo, la Ley 10/1997 ha sido modificada posteriormente por la proyección de la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009.

como sujetos especialmente interesados, quienes tienen que recibir aquellas informaciones que faciliten el conocimiento de una determinada situación sobre la cual tienen que pronunciarse. Desde esta perspectiva, conviene tener en cuenta que las mencionadas facultades consultivas previstas en el art. 64 del ET deberán ser interpretadas de forma que resulten más favorables al ejercicio de la función de representación de los órganos unitarios. Así pues, el ejercicio del derecho de consulta dependerá en última instancia de que el empresario suministre de modo eficaz la información necesaria para conocer el alcance de la medida empresarial y el contexto real de aplicación de la misma. Ello es preciso para el buen ejercicio de la función representativa y se deduce directamente del principio de buena fe, principio del cual se infiere también la obligación del empresario de aclarar determinados datos fácticos, así como aportar nuevos elementos de juicio a requerimiento de los representantes de los trabajadores²². De este modo, el comité de empresa o los delegados de personal -y en su caso los delegados sindicales- deberán recibir por parte de la empresa la información relativa a la decisión a adoptar y, posteriormente, y a partir del contenido informativo suministrado, se podrá emitir el correspondiente informe preceptivo, como respuesta a la información brindada²³. Podemos, pues, observar cómo la consulta-informe se configura jurídicamente como un derecho de información y opinión.

Nuestra legislación laboral no se pronuncia sobre la forma a observar por parte de la empresa a la hora de trasladar la información a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, generalmente se viene exigiendo el traslado por escrito de los elementos de juicio necesarios para que se pronuncie el comité de empresa o, en su caso, los delegados de personal. Asimismo, y en relación con el grado de información, el art. 64 ET no concreta un contenido mínimo objeto de información. De este modo, en principio, y salvo regla especial en contrario, la información que trasladará la dirección de la empresa tendrá que ser, al menos, la mínima razonable que permita emitir una opinión fundada por parte de la repre-

²² Lógicamente, si no existiera un correlativo deber empresarial de facilitar previamente a los órganos de representación unitaria los datos suficientes sobre la decisión adoptada sería imposible ejercer el derecho de audiencia en virtud de los informes reconocidos en el art. 64.4 del ET, ya que "nadie puede informar de aquello que desconoce". Vid. STS (Social) 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 108). STSJ Galicia (Social) de 2 de marzo de 2007 (AS 2007, 2713). STSJ Madrid (Social) de 26 de junio de 2006 (AS 2007, 681).

²³ En este sentido, el empresario se identifica legalmente como sujeto que debe suministrar información. Vid. Rivero Lamas, J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986, pág. 135. Monereo Pérez, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 386-388. García Murcia, J. y Martínez Moreno, C., *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 33-34. La información tiene que ser proporcionada por el empresario y tiene que ser "completa y presentada en forma inteligible" Vid. Alonso Olea, M. y Barreiro González, G., *El Estatuto de los Trabajadores*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 1987, pág. 311. Ello supone que la información se deberá trasladar por escrito, haciéndose constancia del recibo por parte de los órganos de representación en la empresa. Ello permitirá, pues, comprobar la congruencia entre la información suministrada y el informe emitido por los representantes de los trabajadores, o lo que es igual, que el informe en cuestión versa sobre los hechos consultados y sobre los términos planteados por la dirección de la empresa.

sentación laboral²⁴. La cuestión central inherente al derecho consulta previa, como límite al poder directivo del empresario, consiste en conocer los efectos jurídicos que tiene la adopción de una determinada decisión incumpliendo la obligación empresarial de solicitar el informe preceptivo de los representantes de los trabajadores. Este es un aspecto de máxima importancia, máxime si tenemos presente que el legislador no se ha pronunciado expresamente sobre esta materia. Como sabemos, los informes emitidos por los órganos de representación tienen carácter preceptivo y no vinculante, lo cual indica que, con carácter general, son necesarios para la validez del acto empresarial.

De este modo, la empresa verá limitado su poder directivo si no solicita en los supuestos previstos legal o convencionalmente los preceptivos informes de los órganos de representación. Con carácter general, la no solicitud de tales informes acarrea normalmente la nulidad de la actuación empresarial, retrotrayéndose los efectos a la situación originaria por ineficacia de la medida empresarial. No obstante, esta regla puede decaer excepcionalmente debido a que los supuestos sometidos a informe preceptivo del art. 64 ET son de naturaleza heterogénea, y, por tanto, no se puede sostener *a priori* una regla general en relación a los efectos de nulidad sobre las decisiones empresariales adoptadas sin el informe preceptivo, sino que se deberá estar al caso concreto. Así, por ejemplo, en determinadas materias, como sucede en relación con la fijación de medios de control del trabajo por parte del empresario, se sostiene que la invalidez o ineficacia de la medida empresarial puede ser un efecto excesivamente rígido²⁵. Pese a todo, podemos sostener como pauta

²⁴ Además, conviene subrayar que esta exigencia de información se exige igualmente en los modelos empresariales de estructura compleja, como sucede en los grupos de empresa donde se deben fijar cauces de comunicación entre la dirección y las empresas filiales del mismo grupo. Así, por ejemplo, conviene destacar la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 2004 [(Asunto *ADS Anker*) TJCE 2004, 192], sobre la aplicación de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. La sentencia reafirma la exigencia de que la dirección central en los grupos de empresas europeos proporcione a otra empresa del mismo grupo la información preceptiva, esto es, toda la información que permita formar la opinión de los representantes de los trabajadores. Asimismo, se insiste en que no se puede instar al comité a que obtenga la información solicitada acudiendo a los registros mercantiles u otras fuentes institucionales. Asimismo, es preciso destacar que la implantación de los comités de empresa europeos, traspuesta a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley 10/1997, de 24 de abril, tiene que suponer como refleja esta sentencia una garantía para la acción de los derechos de consulta e información en los grupos de empresa, sobre todo en aquellas legislaciones como la española que no desarrolla en profundidad dicho fenómeno de organización empresarial. Vid. Durán López, F. y Sáez Lara, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 105-111. Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Trotta, Madrid, 1992, págs. 210-212.

²⁵ Debido a que el legislador ordinario no ha abordado expresamente las consecuencias de la ausencia de solicitud del informe preceptivo, los tribunales de justicia se han pronunciado sobre esta cuestión en distintas ocasiones. Así, por ejemplo, y en relación con los sistemas de control de la prestación laboral, el Tribunal Supremo entiende que la omisión de la solicitud del informe preceptivo vicia la validez de dicho sistema, atenuando la responsabilidad de los trabajadores que no se sometan al control del trabajo. Vid. STS (Social) 1 de junio de 1988 (RJ 1988, 5203). Asimismo, en otros supuestos, se reafirma que debido al carácter obligatorio del informe, la omisión de su solicitud incide en la validez del acto empresarial. De este modo, se consideran anulables las actuaciones habidas o las medidas

general la invalidez o ineficacia de la decisión empresarial, y ello a pesar de la dificultad de determinar de forma rígida y categórica las consecuencias concretas de la ineficacia de la medida. En cualquier caso, conviene destacar que la omisión o trasgresión de los derechos de información colectiva supone una infracción laboral grave (art. 7.7 RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, LISOS).

7. LA INFORMACIÓN A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y SU CONCURRENCIA CON LA FIGURA DEL SECRETO EMPRESARIAL: EL REFORZAMIENTO DEL INTERÉS COLECTIVO LABORAL

Expresamente la LSE declara lícita la obtención, utilización y revelación de secretos empresariales en los supuestos que guardan relación con nuestro estudio. Concretamente, nos estamos refiriendo al ejercicio del derecho de los trabajadores y de sus representantes a ser informados y consultados. En este sentido, el art. 2.1.c) de la LSE prevé que “la obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considera lícita cuando se realice (...) [en virtud] del ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes”. Por tanto, el ejercicio de los derechos informativos por parte de los representantes de los trabajadores permanece intangible y tiene su propio ámbito de actuación, de suerte que el ejercicio de dichas facultades informativas no es más que un medio lícito de obtención de una información que puede constituir la calificación jurídica de secreto de empresa.

Con carácter general, el canal informativo colectivo prevalece legalmente como excepción al interés de patrimonial de la empresa de calificar como secreta o reservada determinadas informaciones. En estos casos, la LSE impide el ejercicio de acciones cuando se dirijan contra comportamientos que supongan la obtención, utilización o divulgación de un pretendido secreto empresarial. Ello igualmente afecta a los supuestos de revelación por parte de los empleados a sus representantes legales, cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso, podría cuestionarse si éstos igualmente estarán sometidos al deber de sigilo o secreto y no podrán difundir públicamente la información para evitar un daño a la empresa. Como indica la propia LSE, no referimos a los supuestos en los que el

adoptadas y ejecutadas por el empresario sin el correspondiente informe preceptivo. Vid. en este sentido la STSJ Canarias-Santa Cruz de Tenerife 19 de abril de 1994 (AS 1994, 1627). En sentido contrario, se prevé que la adopción de un sistema de organización del trabajo (en virtud de cámaras de vídeo) sin contar con el informe de los representantes de los trabajadores no puede invalidar la prueba, puesto que a juicio el órgano jurisdiccional en ese supuesto se considera que un mero informe no incide en el derecho de imagen. Vid. STSJ Galicia 22 de enero de 2000 (AS 2000, 59).

“secreto ha sido divulgado por los trabajadores a sus representantes en el marco del ejercicio legítimo de sus funciones de representación siempre que tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio” [art. 2.3.c) LSE]. Solamente, se permitiría esta difusión para otro supuesto previsto por la ley, relativo a la necesidad de divulgar la información en los supuestos de ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, lo que nos conduce igualmente al derecho constitucional de comunicación pública, prevaleciendo en estos casos el interés general a la información sobre el pretendido secreto empresarial. La misma LSE exceptúa del secreto en los supuestos de comunicación que tenga como finalidad descubrir alguna ilegalidad en defensa del interés general [art. 2.3.b) LSE].

Ciertamente, la excepción de la información a los representantes de los trabajadores tiene su fundamento en la relevancia del interés colectivo ligado a la libertad sindical. Ello permite el desarrollo del denominado derecho de consulta previa, asimismo calificado como derecho de información activa. Se trata de un derecho de naturaleza colectiva, que se presenta legalmente como un supuesto de participación cualificada. La consulta previa está comprendida dentro del concepto amplio de participación en la empresa previsto en los arts. 9.2 y 129.2 CE. El derecho de audiencia previa es uno de los supuestos de participación activa de los representantes de los trabajadores en el proceso de formación de las decisiones empresariales. Concretamente, esta fase implica la apertura de un plazo de audiencia a los representantes de los trabajadores, en virtud del cual se les permite participar y, en su caso, influir en el proceso decisorio inherente a la propia gestión de la empresa. En este sentido, conviene indicar que el procedimiento de consulta es un sistema de control del poder de dirección y organización del trabajo de baja intensidad, que sitúa a la participación de los trabajadores en una dimensión de colaboración, alejada de la confrontación o del conflicto²⁶. El grado de intensidad de la participación de los representantes de los trabajadores en el ejercicio del derecho de consulta es muy limitado debido al carácter no vinculante de los informes emitidos. Con todo, el ejercicio de este derecho permite a los representantes de los trabajadores la posibilidad de intervenir de alguna forma sobre los diversos aspectos de la actividad de la empresa y, en especial, en aquellas materias que afectan de una manera directa a los derechos e intereses de los trabajadores, haciendo uso del ejercicio de las competencias activas en virtud del art. 64.4 y 5 del ET²⁷.

²⁶ Precisamente, uno de los aspectos más interesantes del derecho de consulta previa a los representantes de los trabajadores reside en la posibilidad de instaurar en la empresa un contexto estable de colaboración, reduciendo las posturas extremadamente antagónicas y permitiendo la disminución del conflicto como cauce de expresión de la acción sindical. Vid. Rodríguez-Piñero, M., “Diálogo social, participación y negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, tomo II-1995, pág. 6.

²⁷ En sentido estricto, la doctrina sostiene que estaríamos ante supuestos de “participación negativa” en la empresa, en tanto en cuanto no se produce una codeterminación directa de la medida empresarial. Con todo, conviene destacar que el trámite de audiencia previa a los representantes de los trabajadores se diferencia nítidamente de aquellos supuestos en los que la participación de los trabajadores se reduce simplemente a la recepción de una mera información previa a la adopción de

Por lo que se refiere al contexto de aplicación del derecho de consulta previa de los representantes de los trabajadores, debemos indicar que su proliferación depende en última instancia de la superación de los tradicionales sistemas de empresa. La consulta previa, como mecanismo de influencia en el poder de dirección del empresario, se desarrolla generalmente en las grandes empresas, donde se implantan sistemas flexibles de representación, ampliándose en virtud de la negociación colectiva los cauces prototípicos de comunicación y diálogo entre la representación laboral y la dirección de la empresa. Estas nuevas instancias de representación y participación nacen con una decidida vocación de asentamiento y permanencia, y permiten que la opinión de los trabajadores se conozca anticipadamente. Así, los derechos de información y consulta se ejercitan en las fases previas del proceso de toma de decisiones²⁸. De igual modo, conviene indicar que este contexto está influido por las nuevas formas de configuración y organización de las empresas, donde la figura del empresario se despersonaliza en el sentido jurídico del término. La fuerte implantación de las estructuras societarias fomenta y estimula, en las relaciones colectivas de trabajo, la implantación de trámites de proceduralización del poder de dirección.

La consulta previa a través de los cauces de información permite ordenar el proceso de toma de decisiones en la empresa, teniendo en cuenta la participación de los representantes de los trabajadores. Los trámites de consulta incentivan la disminución de los problemas inherentes al conflicto de intereses y evitan, en determinados supuestos, la posible discrecionalidad del empresario, introduciendo procedimientos de objetivación de las decisiones empresariales. Así, se permite implicar a la representación laboral en la adopción de determinadas materias de contenido laboral que tienen un interés común tanto para la empresa como para los trabajadores de la misma. Los procedimientos de consulta previa posibilitan la proposición de medidas alternativas a la decisión originaria, estableciéndose una instancia de diálogo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, durante la cual la adopción de la decisión empresarial se suspende hasta que los trabajadores emitan el informe correspondiente.

El procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores se constituye en una fase de control previo al poder de dirección del empresario, que se

la decisión empresarial, siendo calificados por la doctrina como ejemplos de “intervención mínima de los representantes de los trabajadores en la formación de la decisión empresarial”. Por el contrario, en el ejercicio del derecho de consulta la actuación de los representantes de los trabajadores supone la posibilidad de participar activamente durante el proceso de formación de la decisión empresarial y, por tanto, nos encontramos ante una “participación cualificada”. Vid. Luque Parra, M., *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999. págs. 558-559 y 564.

²⁸ Estamos en presencia de una nueva concepción de los derechos de información y audiencia adaptados al actual modelo de empresa. Cada vez con mayor frecuencia, y generalmente en las grandes empresas, se aprecia la necesidad de crear nuevos mecanismos de participación colectiva, que vienen a convertirse en medios habituales y permanentes en los procesos de toma de decisiones empresariales. Vid. Monereo Pérez, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 33-34 y 46.

realiza en virtud del derecho de consulta-informe. Debido a la propia finalidad del derecho a la consulta-informe debemos diferenciarlo de otros supuestos de consulta a los representantes de los trabajadores a los que nos referiremos incidentalmente a lo largo de este trabajo. Mientras que en el derecho de consulta-informe prima la faceta informativa en la participación de los trabajadores, en los denominados períodos de consulta estaríamos en presencia de auténticas competencias en las que se conjugan aspectos informativos y de negociación, las cuales se pueden ejercer en virtud de distintos procedimientos previstos en el ET de manera asistemática (arts. 40, 41, 47 y 51 ET)²⁹. No obstante, conviene subrayar que el derecho de consulta-informe de los representantes de los trabajadores se subsumirá en determinados supuestos, a los que nos referiremos más adelante, con las fases de consulta-negociación. Ello se debe a que el concepto amplio de derecho de consulta puede tener distintas manifestaciones en su aplicación, aunque la nota común a destacar es la garantía de una fase de influencia, de mayor o menor entidad según los supuestos, de los representantes de los trabajadores ante determinadas medidas empresariales con proyección laboral³⁰. De igual modo, es preciso destacar que el período de consulta también puede servir como instancia de control del cumplimiento de la legislación laboral vigente, en tanto en cuanto los representantes de los trabajadores pueden advertir en sus informes presuntas irregularidades o determinados aspectos que no se ajustan a derecho. Estas irregularidades se pueden proyectar en momentos posteriores a la ejecución de la decisión empresarial, sirviendo, en su caso, el contenido de los informes o dictámenes para fundamentar la posición de la representación laboral en sus intervenciones judiciales o extrajudiciales.

Por todo ello, la delimitación de la LSE de la noción de secreto de empresa de la información de los representantes de los trabajadores es esencial debido al propio desarrollo de la gestión del empleo en la empresa. La legislación labo-

²⁹ Este estudio se limita a analizar el derecho de consulta previa desde la perspectiva de la legislación laboral española. Sin embargo, debemos reseñar que la implementación legal de los trámites de consulta se ha institucionalizado y fomentado en virtud de distintas Directivas comunitarias. Concretamente, debemos destacar la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. Vid. Durán López, F. y Sáez Lara, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 69-99. García Murcia, J. y Martínez Moreno, C., *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 23-27. De igual modo, conviene tener presente la Directiva 2002/14/CE, de 1 de marzo, relativa al establecimiento de un marco general sobre información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, así como las Directivas 2001/86/CE, de 8 de octubre, sobre sociedad anónima europea y 2003/72/CE, de 22 de junio, sobre sociedad cooperativa europea.

³⁰ Asimismo, el ejercicio del derecho de consulta por medio de informe, encauzado posteriormente en virtud de los períodos de consulta, pueden finalizar en un pacto o acuerdo de contenido laboral. Aspecto éste especialmente importante si tenemos en cuenta, como veremos, que las materias objeto de audiencia previa corresponden al poder empresarial de dirección y, por tanto, no son susceptibles de negociación, salvo mejora en convenio o pacto colectivo. Estaríamos ante materias que se corresponden con la esfera de libre disposición del empresario. Vid. Rivero Lamas, J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986, págs. 126-127. Precisamente, la razón esencial de la consulta es la necesidad de promover la influencia de los trabajadores en las decisiones empresariales.

ral procedimentaliza el poder de dirección de la empresa y contempla una canal constante de información colectiva para poder ejercer el derecho de audiencia a la representación laboral en las empresas. En efecto, la configuración de la noción del secreto empresarial no sólo abarcaría a la información a los representantes de los trabajadores, sino que está igualmente se proyecta en su siguiente manifestación que se refiere a la propia consulta a los órganos de representación laboral y sindical en las empresas.

PROPUESTAS PARA RELANZAR LA PRESENCIA SINDICAL EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS PENADOS QUE DESARROLLAN ACTIVIDAD EN TALLERES PENITENCIARIOS*

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO **Palabras Clave:** Trabajo penitenciario, libertad sindical, sección sindical, responsabilidad social en cadena de contratación

Aunque no hay una prohibición expresa, los derechos de participación y especialmente, la huelga y la negociación colectiva de los trabajadores de talleres penitenciarios, carecen de efectividad, más allá de que el derecho de libertad sindical no sea cuestionado directamente. Por ello, la intervención sindical externa constituye una valiosa herramienta para mejorar y proteger los derechos laborales de los internos. La intervención debería potenciarse en primer lugar a través del derecho de acceso del representante electo del sindicato más representativo a los talleres de los centros penitenciarios. De otra parte, la participación institucional, constituye una valiosa herramienta sindical. Como complemento a lo anterior se propone, de un lado, la colaboración de las secciones sindicales de los empleados públicos de instituciones penitenciarias en funciones de control y denuncia. Finalmente, una vía adicional de intervención sindical se centraría en las contrataciones de empresas colaboradoras del exterior con la administración laboral penitenciaria. Así, los representantes de los trabajadores de estas empresas, deberían desempeñar algún papel en el control de las condiciones de ejecución de las contrataciones. Además, los representantes de los trabajadores de las empresas ubicadas al inicio de la cadena deberían exigir el cumplimiento de estándares de trabajo decente en base a criterios de responsabilidad social empresarial.

ABSTRACT **Key Words:** Penitentiary work, trade-union freedom, union representation bodies, social corporate responsibility

The rights of participation and especially the rights to strike and collective bargaining of penitentiary workshop workers are ineffective, although there is no prohibition. With this regard the trade-union freedom is not directly forbidden either. Therefore, external trade union intervention is a valuable tool in order to improve the precarious rights of inmates. First of all, intervention should be strengthened through the right of access of the elected representative of the most important trade union to workshops in prisons. Furthermore, institutional participation is a valuable trade union tool. As a complement, it is proposed the collaboration of the union representative bodies of the public employees of penitentiary institutions in functions of monitoring and complain. Finally, one last way of union intervention would be focused on the so called external partner companies, which agree outsourcing with the penitentiary workshops. Hence, the representatives of the workers of those external companies should play some role monitoring the working conditions of inmates involved in its outsourcing agreements. In addition, the representatives of the workers of the companies located at the starting point of the outsourcing chain, should demand compliance with decent work standards in penitentiary workshops, on the grounds of corporate social responsibility criteria throughout the outsourcing chain.

* El artículo constituye una versión ampliada de la comunicación presentada al Congreso Interuniversitario sobre el futuro del trabajo organizado por la OIT y la Universidad de Sevilla, celebrado en esa misma ciudad los días 7 y 8 de febrero de 2019; y forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación “La representación laboral en la empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras”, DER2017-83189-R, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ÍNDICE

PLANTEAMIENTO

1. EL TRABAJO PENITENCIARIO EN ESPAÑA. CLAVES JURÍDICAS Y ALGUNAS CIFRAS
2. EL SILENCIO DE LA NORMA RESPECTO A LA CONSTITUCIÓN DE REPRESENTACIONES UNITARIAS. ESPACIOS PARA LA PARTICIPACIÓN. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA HUELGA
3. LIBERTAD SINDICAL EN EL ENTORNO DE LOS TALLERES PENITENCIARIOS
 - 3.1. Consideraciones generales
 - 3.2. Fundación de sindicatos y constitución de secciones sindicales
 - 3.3. Una breve referencia a otros derechos vinculados a la acción sindical
4. LA INTERVENCIÓN SINDICAL EXTERNA
 - 4.1. El aprovechamiento de la acción sindical de secciones ya constituidas en entornos penitenciarios
 - 4.2. La intervención externa mediante estructuras representativas de las organizaciones sindicales
 - 4.3. La intervención sindical a través de órganos de participación institucional de la entidad empleadora. El modelo del Consejo Asesor del Centro de Iniciativas para la Reinserción
 - 4.4. El papel de las empresas colaboradoras del exterior y de los representantes de sus trabajadores
 - 4.4.1. Posibilidades de intervención directa de los representantes de las empresas colaboradoras del exterior
 - 4.4.2. Responsabilidad social en cadena de contratación e intervención sindical indirecta
5. CONCLUSIONES

PLANTEAMIENTO

El artículo pretende efectuar una aportación dirigida a paliar una importante disfunción de los talleres de trabajo de las prisiones: la ausencia de instrumentos que reequilibren los amplios poderes organizativos de la administración laboral penitenciaria, aporten transparencia y permitan una dignificación de las condiciones de trabajo. Evidentemente, la introducción de reformas normativas constituye un ingrediente fundamental para alcanzar este objetivo.

Ahora bien, qué duda cabe que explorar las posibilidades de intervención colectiva —preferentemente desde instancias sindicales— puede ser una vía de mejora de la situación. Para ello, el artículo se abre 1) con una referencia a los elementos más problemáticos de la relación laboral penitenciaria y su dimensión cuantitativa para pasar seguidamente a 2) un análisis de las referencias —y los silencios— del

Decreto regulador de la relación laboral especial a la participación, la negociación colectiva y la huelga.

Seguidamente, el artículo entra en su bloque central en el que las reflexiones se mueven en una doble dirección. De una parte, 3) se analizan las posibilidades del ejercicio de la libertad sindical —especialmente de la acción sindical mediante la presencia de trabajadores afiliados y, en su caso, la constitución de secciones—, entre los trabajadores de los talleres penitenciarios, un espacio con posibilidades limitadas, por razones jurídicas y “ambientales”. El último apartado 4) se mueve en torno a las posibilidades de una intervención sindical externa, que podría alcanzar mayores cotas de eficacia, en especial si se activan algunas posibilidades, para lo cual es necesario no solo explorar las vías jurídicas, sino apelar a la responsabilidad de las centrales en un espacio necesitado de intervención sindical y con escasas alternativas a la misma.

1. EL TRABAJO PENITENCIARIO EN ESPAÑA. CLAVES JURÍDICAS Y ALGUNAS CIFRAS

En la actualidad, el trabajo de los internos se desarrolla en talleres productivos instalados en prisiones, y su promoción se fundamenta en el artículo 25.2 de nuestra Constitución, que consagra el derecho a un trabajo remunerado de los penados y a los beneficios de la Seguridad Social. Desde una perspectiva jurídica, el trabajo desarrollado en estos talleres penitenciarios se rige por una relación laboral especial regulada mediante el Real Decreto 782/2001 de 6 de julio (en adelante DRLP). Como es sabido, las relaciones laborales especiales son un estatuto de carácter específico mediante el cual se regulan prestaciones de servicios que el legislador considera *a priori* como laborales pero que se entienden necesitadas de una cierta adaptación de la normativa general, a la sazón el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en adelante TRLET), a las necesidades de cada caso concreto. En ocasiones, la existencia de una determinada relación especial puede derivar del carácter dudoso de su laboralidad, a caballo quizás entre la prestación autónoma y la prestación laboral. No es este el caso de la relación laboral especial de los penados que desempeñan prestaciones en talleres penitenciarios, dado que *a priori* no se cuestiona que concurren en las mismas los requisitos previstos en el artículo 1.1. del TRLET: a saber, la voluntariedad¹, la dependencia, la ajenidad y la retribución salarial.

¹ De particular interés son las reflexiones a propósito de la voluntariedad jurídica —y voluntariedad real, ya que no hay puesto de trabajo disponible para cada solicitante— del trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios señaladas por Fernández Artiach, P.: “Los motivos de la especialidad de la relación laboral penitenciaria”, en Agustí Julià, J. y Pumar Beltrán, N. (Coordinadores): *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 214 a 221, donde analiza el alcance del ambiguo deber de trabajar previsto en el artículo 29 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiem-

La Ley atribuye la capacidad de regular esta prestación al Gobierno, mediante Decreto, sin perjuicio de que dicha regulación deberá respetar los derechos básicos reconocidos por la Constitución (art. 2.2. TRLET), cuestión que como tendremos oportunidad de constatar, no está clara en el caso de la relación laboral objeto de comentario Y de este conjunto de mandatos -y de límites-, emerge la relación especial penitenciaria, regulada mediante el DRLP y que se justificaría en una serie de circunstancias connaturales al medio penitenciario. De modo particular el tratamiento penitenciario, -es decir, el conjunto de pautas y actividades establecidas en favor de los penados que así lo acepten-, apuntala la necesidad de una relación especial y la condiciona en su desarrollo. En este sentido, la reinserción social del preso proyectada sobre el tratamiento penitenciario justifica un acceso preferente a las vacantes de puestos (art. 3.2 DRLP) y puede justificar suspensiones de la prestación de servicios (art. 9.2 b] DRLP) e incluso extinciones contractuales, en aquellos casos en que la actividad laboral penitenciaria no redunde positiva o adecuadamente en el tratamiento (art 10.2 c] DRLP). Ahora bien, las características de empleador y empleado añaden justificación a la relación laboral y a algunas de sus peculiaridades; en particular, la especificidad del entorno penitenciario -y las omnipresentes razones de seguridad y disciplina penitenciarias- planean sobre el régimen jurídico de la relación laboral y sobre su puesta en práctica².

El problema fundamental es el de un régimen laboral que alimenta y cronifica la precariedad laboral potenciada por la ausencia de elementos de tutela que podrían mitigarla, a lo que contribuye la opacidad connatural al medio penitenciario. Las deficiencias en el estándar laboral del trabajo penitenciario derivarían de una opción que no es inocua: de acuerdo con el artículo 1.4 del DRLP, el Estatuto de los Trabajadores -pero también “las demás normas de la legislación laboral común”-, será de aplicación supletoria únicamente cuando se produzca una remisión expresa del DRLP, una técnica que aísla a los trabajadores/internos en una suerte de burbuja de precariedad. Asimismo, en la relación laboral penitenciaria no hay margen para la autonomía individual -y por lo tanto, para la fijación de condiciones más beneficiosa (art. 3.1 c] TLRET)- pero tampoco se reconoce expresamente margen a la autonomía y a la negociación colectivas, como tendré ocasión de detallar.

Dicho lo anterior, entre los puntos que generan una mayor precarización, derivada del DRLP o bien de su propia aplicación tenemos en primer lugar a) una regulación mejorable en lo que concierne a las reglas de prelación para acceder

bre Penitenciaria y en el artículo 133 de su reglamento de desarrollo (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el reglamento penitenciario). Comparte también la concurrencia de voluntariedad Elías Ortega, A.: “Comentario sobre el mandato al Gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados”, Aranzadi Social, V/1999, consultada en su versión electrónica accesible a través de la referencia BIB 1999/1818, pág. 13.

² Fernández Artiach, P.: “Los motivos de la especialidad.”, ob. cit., pág. 225 señala que la singularidad de los dos sujetos de la relación incide también en la especialidad. Abunda en estas razones Elías Ortega, A.: “Comentario sobre el mandato...” ob. cit., AS 1999/V, pág. 12 quien apunta a que las posibilidades de traslados, liberaciones, etc justifican un tratamiento legal diferente.

a un puesto de trabajo vacante³ en el supuesto de que haya varios aspirantes (art. 3 DRLP). Asimismo, otro elemento particularmente comprometido es el de la b) retribución salarial o módulo retributivo que se fijará por parte del empleador en base a una serie de circunstancias establecidas en el art 15 del DRLP y que puede perfectamente –como así acaba sucediendo en la práctica-- quedar por debajo del salario mínimo interprofesional, posibilidad esta que ha recibido el visto bueno de la STS de 5 de mayo de 2006 (recud 728/2005). Una doctrina según la cual en este ámbito productivo el salario mínimo interprofesional sería simplemente una referencia, pero no un mínimo de derecho necesario⁴. Llama la atención este planteamiento teniendo en cuenta que el artículo 2.2 TRLET subraya que la regulación reglamentaria de las relaciones laborales especiales deberá respetar los derechos básicos reconocidos en la Constitución, debiéndose recordar a este respecto cómo la Constitución reconoce expresamente el derecho a un salario suficiente en su artículo 35.1, una noción por lo demás conectada íntimamente a la figura del salario mínimo interprofesional (art. 27.1 TRLET). A lo anterior cabe señalar que el DRLP implica un régimen laboral falto de garantías en materia de despido disciplinario en el que no se dispone ni de un detallado sistema de causas, ni de un procedimiento, ni tan siquiera de un esquema que garantice indemnizaciones o la reintegración en el puesto (art. 10, especialmente apartado 3 DRLP)⁵. En fin, aunque sean elementos más anecdóticos no deja de ser llamativos algunos supuestos en los que el Decreto regulador rezuma un notable desprecio por la estabilidad y la calidad en el empleo. A título de ejemplo cabe citar la inexistencia de subsidios en caso de incapacidad temporal por contingencias comunes (art. 19 DRLP) o bien un áspero sistema extintivo por traslado temporal, teniendo en cuenta que el artículo 10.2 c) DRLP prevé como causa de extinción de la relación laboral penitenciaria el traslado temporal con una duración superior a los dos meses⁶. El paso del tiempo ha mejorado algunas cuestiones ya que en la práctica

³ Fernández Artiach, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 328-337 lleva a cabo un exhaustivo análisis del proceso de cobertura de vacantes y de los criterios de selección.

⁴ En realidad, bajo este planteamiento subyace una lógica en la que abunda la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 14 de enero de 2003 (rec 1663/2002), confirmada por el Tribunal Supremo, según la cual el trabajo penitenciario “*tiene un componente reeducativo o de reinserción social, y como tal forma parte del tratamiento aplicado a quienes se han apartado de los parámetros de convivencia social, permitiendo alcanzar otros beneficios que los meramente económicos, en orden al cumplimiento de la pena*”. En otras palabras, lo importante no es el cumplimiento de niveles de calidad en el empleo, sino que, de algún modo, se trabaje.

⁵ Sobre el particular puede verse Gil Plana, J.: “*Vicisitudes del trabajo penitenciario: suspensión y extinción*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 150/2011, págs. 467 y ss.

⁶ Obsérvese que estos traslados van a derivar a menudo de la necesidad de que el interno testifique o participe en alguna diligencia en una sede judicial alejada del centro penitenciario en el que cumple condena y trabaja. Se trata, en este sentido, de traslados que están fuera del control del interno y que en ocasiones se prolongan por circunstancias totalmente ajenas al interés del preso y, sin embargo, van a comportar la extinción del contrato de trabajo de un modo automático. Un excelente ejemplo

las prestaciones en los servicios auxiliares comunes de los establecimientos penitenciarios —economatos, cafeterías, cocinas y otros— que podían mantenerse fuera del ámbito laboral a total discreción de la administración penitenciaria (art. 305 del RD 190/1996, de 9 de febrero, mediante el que se aprueba el Reglamento Penitenciario) se han ido laboralizando⁷.

No ayuda a la situación de precariedad la dispersión de órdenes jurisdiccionales implicados en la tutela de los derechos de los internos. En la práctica se detecta un peso preponderante del orden jurisdiccional social en la tutela de los derechos laborales de los trabajadores de talleres, salvo en materia de atribución de puestos vacantes, un ámbito en el que se detecta la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa⁸ y de los juzgados de vigilancia penitenciaria⁹. En relación con el objeto de este artículo, se ha de destacar que los juzgados de vigilancia penitenciaria estarían llamados a una intervención preponderante en materia de protección de los derechos colectivos de los internos/trabajadores, teniendo en cuenta que por un lado, el artículo 76 de la Ley Orgánica, 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP), les atribuye con carácter general la “salvaguarda de los derechos de los internos”, y por otro lado el artículo 76.2 g] de la misma Ley les atribuye competencia en materia de peticiones o quejas de los internos en relación con el régimen penitenciario en cuanto afecte a sus derechos fundamentales. De todos modos, en la práctica no ha trascendido la imposición de sanciones por actos derivados de la constitución de secciones sindicales, reuniones sindicales u otros¹⁰. Tampoco constan quejas de los internos porque se les haya impedido la realización de actividades sindicales o parasindicales, si bien en estos casos cabría reivindicar la intervención de los juzgados de vigilancia penitenciaria, entre otras cosas, por la celeridad en su actuación. Sí es cierto que consta en España la realización de algunas huelgas de trabajadores/internos que se han acabado fundiendo en conflictos generales, que han desbordado el conflicto

de la crudeza con la que opera la causa extintiva puede verse en la STSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2005 (rec 63/2005)

⁷ De hecho, el reglamento prevé también la posibilidad de una gestión externalizada, que ha ido desapareciendo para favorecer la creación de puestos de trabajo. Una crítica de esta situación en López Gandía, J.: *Las relaciones laborales especiales*, Albacete, Bomarzo, 2008, pág. 67.

⁸ El documento de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA): *Trabajo en prisión. Guía práctica sobre los derechos laborales de las personas presas*, APDHA, 2015, pág. 36, sugiere para este caso, si no sería más razonable la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo que está claro es que la jurisdicción social no debe intervenir porque propiamente no hay todavía una relación laboral.

⁹ Al menos ese es el planteamiento de la STSJ de Cataluña (Social) de 3 de enero de 2011 (rec 6847/2009), que confirma el criterio del Juzgado de lo Social al declararse incompetente y sugerir la intervención del juzgado de vigilancia penitenciaria.

¹⁰ De todos modos, sucede en ocasiones que el juzgado de vigilancia penitenciaria se pronuncia sobre la sanción derivada de la normativa penitenciaria pero tampoco se produce un pronunciamiento a propósito de las consecuencias de esa conducta en el ámbito contractual laboral.

de carácter laboral¹¹. En todo caso, no consta la presentación de quejas ante estos juzgados centradas en vulneraciones del derecho de huelga.

Dejando de lado consideraciones jurídicas generales, cabe efectuar alguna referencia a los datos, que están divididos entre los de Cataluña, que tiene competencias en materia de gestión de sus prisiones, y los del resto de España, es decir, el ámbito de gestión correspondiente al Ministerio de Justicia. En este sentido, en Cataluña, los talleres están bajo la responsabilidad del denominado *Centre de Iniciatives per a la Reinserció* (en adelante CIRE) que es la empresa pública que gestiona los talleres penitenciarios, regulada mediante la Ley catalana 23/2009, de 23 de diciembre. En este ámbito los datos más recientes son de 2018 y señalan que hay una media de 3842 internos empleados¹². De otro lado, para el territorio del Ministerio de Justicia los talleres penitenciarios se articulan bajo la gestión de la entidad de derecho público, Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante entidad TPFE), cuyo estatuto fue aprobado por el Real Decreto 122/2015, de 27 de febrero. En este espacio territorial los datos nos indican que en 2018 había un total de en torno a 12.300 trabajadores penitenciarios¹³. Por lo tanto estamos hablando de un entorno penitenciario en el que desarrollan actividad unos 16.200 reclusos en toda España, la mayoría de ellos penados, que en general desempeñan su actividad a tiempo parcial.

Al sucinto retrato jurídico del trabajo penitenciario y a los datos cuantitativos es importante añadir dos elementos remarcables que suscitan muchas cuestiones. De un lado, se ha de resaltar que el trabajo penitenciario puede desarrollarse en relación con empresas del exterior (11.5 DRLP), es decir, en una suerte de colaboración en la que empresas instalan actividad en los centros penitenciarios. Ahora bien, aunque estas prácticas se justifiquen en la responsabilidad de la administración penitenciaria a la hora de proveer de trabajo a los internos, suscitan serias dudas de diversa índole, a las que me referiré con detalle más adelante, lo que hace todavía más conveniente algún tipo de control o supervisión sindical. De hecho, por una serie de circunstancias -entre las que destaca el abultado lucro obtenido por grandes empresas-, la colaboración de las empresas del exterior con el CIRE y con la entidad TPFE es uno de los puntos más inquietantes en el régimen de trabajo de los internos.

De otra parte, la administración laboral penitenciaria -a la sazón el CIRE y la entidad TPFE- representa un papel que va más allá de ser un mero empleador. Se trata de entidades que gestionan los talleres de producción pero también están al cargo de cocinas, economatos y otros servicios dentro de las prisiones¹⁴ -que tam-

¹¹ Pueden verse los datos citados en el último párrafo del apartado 2.

¹² Puede consultarse los datos en : <http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/c>

¹³ Datos extraídos de <http://oatpfe.es/>. En concreto, de su apartado de estadísticas.

¹⁴ Respecto a la entidad TPFE puede verse la información detallada que se facilita al respecto en el apartado "Producción propia y servicios" accesible en: <http://oatpfe.es/portada/Produccion/Pro>

bién son talleres penitenciarios- , lo que convierte a estas entidades en un pujante, aunque modesto, agente económico. Además, al menos en Cataluña la posición y la política del CIRE genera críticas generalizadas de las organizaciones sindicales ya que, como si se tratase de una aislada colonia industrial¹⁵, los internos -trabajadores o no-, están obligados a adquirir productos en los economatos del CIRE a unos precios elevados, lo que ha suscitado quejas y contribuye a un sostenido malestar entre la población reclusa.

Tras este breve presentación de la realidad del trabajo penitenciario en España, pasaré a un análisis que permita detectar los márgenes de lo colectivo en los talleres de trabajo penitenciario.

2. EL SILENCIO DE LA NORMA RESPECTO A LA CONSTITUCIÓN DE REPRESENTACIONES UNITARIAS. ESPACIOS PARA LA PARTICIPACIÓN, LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA HUELGA

Uno de los elementos especialmente llamativos de la relación laboral especial penitenciaria es el muy bajo calado de la perspectiva colectiva, así como el silencio más absoluto en materia de representaciones unitarias¹⁶, que son deliberadamente ignoradas por el redactor del DRLP. Se trata de un aspecto problemático pero bastante generalizado en el derecho de los países de nuestro entorno, en el que la cuestión no aparece como prioritaria¹⁷. A este respecto, una mirada global solo me ha permitido detectar una realidad colectiva laboral “asumida” en las prisiones de

duccion_Talleres_de_servicios/seccion=1182&idioma=es_ES&id=2014121716360002&activo=10.do (consultado el 27 de julio).

¹⁵ El símil entre el CIRE y las colonias Industriales, está extraído de los artículos publicados en *Talp* (órgano de expresión de la Sección Sindical de CCOO en el centro penitenciario Brians 2): “El CIRE no reinsereix, es forra explotant els interns (1 y 2), publicado en los números 7 y 8 de, respectivamente, noviembre y diciembre de 2014, ejemplar fotocopiado, pág. 1. Refiere el artículo cómo algunos centros penitenciarios han sido obligados por el *Sindic de Greuges* de Cataluña a rebajar precios abusivos de productos de primera necesidad que tomaban como referencia el establecimiento más cercano, que en ocasiones era una gasolinera o establecimiento similar con precios bastante por encima de los habituales en supermercados. Asimismo, los artículos critican la política de supresión de cafeterías en los centros penitenciarios y su substitución por máquinas de *vending*.

¹⁶ Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, Granada, Comares, 2000, pág. 470.

¹⁷ El informe del Senado francés, *Le travail des detenus* de 2002 (https://www.senat.fr/lc/lc104/lc104_mono.html, consultado el 5 de julio de 2019), mostraba un panorama bastante generalizado de precariedad en diversos países de la Unión Europea como Francia, Países Bajos, Reino Unido o Dinamarca. En lo que respecta a Francia el informe del Institut Montaigne *Travail en prison: préparer (vraiment) l'après*, Institut Montaigne, Paris, 2018, accesible en <https://www.institutmontaigne.org/publications/travail-en-prison-preparer-vraiment-lapres> (consultado el 5 de julio de 2019), refleja una realidad más preocupante que en España lo que lleva a propuestas (págs 117 a 119) que priorizan intervenciones más básicas, obviando las cuestiones colectivas. El resumen del informe, también accesible en dicha página web formula nueve propuestas y ninguna de ellas se refiere a aspectos de intervención sindical o de libertad sindical. Las cuestiones colectivas tampoco afloran ni directa ni indirectamente en el Libro Blanco: *El trabajo en las prisiones europeas*, Barcelona, CIRE, 2008.

Argentina, donde opera el denominado Sindicato Único de Trabajadores Privados de Libertad Ambulatoria (SUTPLA) en funcionamiento desde 2012¹⁸, aunque tampoco existen allí órganos de participación de orden unitario.

Ciertamente, el derecho a la participación de los trabajadores mediante representaciones unitarias del título II del TRLET no se contempló en el Decreto, opción que dispone de algunos asideros jurídicos. De un lado, el artículo 1.4 del DRLP prevé una supletoriedad restrictiva del TRLET, limitada a las materias que cuenten con remisión expresa, lo que no es el caso en lo referente a las representaciones unitarias. Además, la participación mediante representaciones unitarias no es un derecho constitucional básico a respetar por el Consejo de Ministros en la regulación de relaciones laborales especiales. Antes al contrario, la participación a través de comités de empresa o delegados de personal no es sino un derecho de configuración legal¹⁹ que estaría vinculado al artículo 129 de nuestra Carta Magna. Por lo tanto, ante la falta de órganos unitario, la alternativa para potenciar la participación de los trabajadores de talleres penitenciarios podría ser la sección sindical o bien la disponibilidad de internos afiliados a sindicatos fin de llevar a cabo algún tipo de interlocución. En todo caso, cabe efectuar algunas puntualizaciones a propósito de cuáles son los márgenes expresos, pero también tácitos que podrían dar cabida a la participación de los trabajadores, mediante estructuras internas —no estrictamente laborales— de participación, o bien, a través de secciones sindicales que se pudiesen constituir a nivel de los talleres penitenciarios, cuestión, esta última a la que me referiré en el siguiente apartado.

El Decreto es muy parco en lo que respecta a la posible participación colectiva —y también individual— de los trabajadores en el funcionamiento de los talleres penitenciarios. En este sentido, el artículo 5.1 e] DRLP reconoce una suerte de derecho individual a la participación en la organización y la planificación del trabajo, que se canalizará bajo la forma y condiciones de la legislación penitenciaria, afirmación que entronca con el artículo 24.1 de la LOGP en el que se establece una suerte de principio de creación y estimulación de sistemas de participación de los internos, que no parecen haberse puesto en marcha, lo que amplía enormemente el campo de juego de la administración laboral-penitenciaria en el día a día del funcionamiento de los talleres. No obstante esa realidad, el artículo 13 DRLP se refiere a diversas esferas de implicación de los internos en los talleres penitenciarios:

¹⁸ El sindicato está centrado fundamentalmente en reivindicaciones laborales, lo que incluye la insistencia a propósito de la generación de empleo en los talleres penitenciarios. Se puede acceder a más datos a través del blog de la organización: <http://sutplanacional.blogspot.com/>, (consultado el 5 de julio de 2019).

¹⁹ Agut García, C.: *La sección sindical*, Albacete, Bomarzo, 2004, pág. 8 subraya que el derecho a la representación, no cuenta con un precepto constitucional en que apoyarse.

- a) La aportación, colectiva o individual, de ideas sobre los planes de trabajo y los sistemas laborales.
- b) La participación en la evaluación y análisis de los sistemas de producción, lo que incluiría la aportación de propuestas para la fijación anual del módulo retributivo. Se trata sin duda de un aspecto de notable sensibilidad, aunque en este caso no se especifica si la participación será individual o colectiva.
- c) Finalmente se sugiere que los trabajadores de talleres podrán formar parte de los equipos encargados del control y mantenimiento de los sistemas de seguridad y prevención de riesgos laborales. Parece que nos hallamos ante una integración “individual” en los mencionados equipos.

En fin, el artículo 17 DRLP establece un espacio para la negociación/consulta menor en la gestión de algunas materias de tiempo de trabajo al señalar que “Previo acuerdo con los trabajadores, el Director del centro penitenciario podrá modificar, cuando las circunstancias excepcionales de producción lo exijan, el calendario laboral aprobado o la jornada habitual”.

Ahora bien, no obstante los espacios mencionados por el Decreto y algunas valoraciones positivas ante sus posibilidades²⁰, documentos bien fundados señalan que la participación de los trabajadores de talleres penitenciarios es inexistente²¹, más allá de que esa misma participación sea reivindicada por los propios internos²². En el trámite de consulta anterior a la elaboración del DRLP, el Consejo Econó-

²⁰ Woolpert, S.: “Prisoners’ Unions, Inmate Militancy and Correctional Policymaking”, *Federal Probation* 43/1978, pág. 43 y ss apunta algunos elementos positivos derivados de la participación de los internos en estructuras de participación estables como son la obtención de información por parte del centro penitenciario; la prevención de violencia y/o motines y, en fin, una mejora en el sentido de responsabilidad personal de los internos, lo que reduce su sensación de victimismo. Centrándonos en la regulación española (DRLP), Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los derechos colectivos...*, ob. cit., pág. 395, apunta a que la diáfana mención de la participación en materia preventiva debería generar la designación de Delegados de Prevención ente los trabajadores internos, lo que a mi juicio es bastante cuestionable, ya que al fin y al cabo el Decreto se está refiriendo a otros espacios de participación –los equipos de control y mantenimiento, que “suenan” más a comité de seguridad y salud–, sin olvidar que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, parte de la previa existencia de representaciones unitarias para que se pueda designar Delegados de prevención (art. 35).

²¹ Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA): *Trabajo en prisión*, ob. cit., pág. 50, resalta cómo “Los trabajadores en la práctica no participan en la organización del trabajo”. El documento citado está accesible en la red: <https://apdha.org/media/guia-trabajo-en-prision-2015.pdf> (consultado el 17 de abril de 2019). Es cierto que desde hace años se han puesto en marcha en los denominados “módulos de respeto”, comisiones de participación mediante las que se impulsa la implicación de los internos en cuestiones de funcionamiento de los módulos. Ahora bien, la observación de la experiencia permite indicar que no consta la constitución de comisiones de participación vinculadas a los talleres penitenciarios. Sobre los módulos de respeto, puede verse: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/modulosRespeto.html> (consultado el 25 de junio de 2019).

²² AAVV.: *Trabajar en prisión*, Barcelona, Icaria, 2007, págs 109 y 110 señala que para un 10’1 por 100 de los trabajadores de talleres penitenciarios, las cuestiones relativas a la organización del trabajo son prioritarias. La reivindicación se concentra entre los trabajadores que tienen formación y las mujeres.

mico y Social informó señalando la conveniencia de garantizar de modo efectivo la participación de los internos a través de algún “cauce específico”, circunstancia que brilla por su ausencia en la versión aprobada de DRLP²³. Atendiendo a las limitaciones prácticas que tiene la acción sindical en el entorno de los talleres laborales penitenciarios, sería razonable articular alguna estructura de participación “unitaria”. Sin embargo, se constata que la participación laboral de los reclusos no es una prioridad ni para el legislador ni para la administración laboral penitenciaria.

Por otra parte, el DRLP socava aparentemente las posibilidades de negociación colectiva porque omite al Convenio Colectivo de entre las fuentes reguladoras de la relación laboral penitenciaria (art. 1.4 DRLP), sin perjuicio de la modesta remisión a la negociación/consulta del artículo 17 DRLP. Así, no obstante planteamientos más optimistas expresados por otros autores²⁴, mi impresión es que el redactor del Decreto ha pretendido privar de todo papel a la negociación colectiva. En esta línea, la STS de 5 de mayo de 2006, (recud 728/2005) cerró la puerta a la aplicación de los niveles salariales de Convenios Colectivos sectoriales al interpretar que, precisamente, el convenio colectivo no era fuente de la relación laboral penitenciaria (art. 1.4 DRLP)²⁵ y mucho menos el Convenio negociado *extra muros* de la realidad penitenciaria.

Otra cosa es que dicho planteamiento tenga sentido en un espacio en el que es difícil negar totalmente el derecho a la libertad sindical y en el que tampoco cabe extraer esta prohibición de la LOGP y más en particular de su artículo 34, precepto que señala que los internos asumirán individualmente la defensa de sus intereses ante organismos administrativos y tribunales, lo que no es óbice a un espacio de negociación²⁶. De este modo, sobre el papel debería de haber un mínimo margen para la negociación colectiva, ya sea llevada a cabo por secciones de trabajadores de talleres penitenciarios²⁷, ya sea llevada a cabo entre centrales sindicales y la

²³ CES: *Dictamen 1/2001, Sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad*. Accesible en www.ces.es (consultado el 25 de junio de 2019), pág. 6.

²⁴ Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los derechos colectivos...*, ob. cit., pág. 404 y ss, defiende la vigencia de la negociación colectiva partiendo de que el DRLP no la prohíbe estrictamente. Asimismo, apunta a su carácter compensador teniendo en cuenta la falta de autonomía individual en esta relación laboral. Más cauto se muestra Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, ob. cit., págs. 481 y ss, propugnando la conveniencia de constituir “un sistema negociador” ante el silencio de la norma.

²⁵ Por su parte, la STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2004 (rec 3474/2003), casada por el TS, había defendido precisamente la aplicación de niveles salariales del Convenio de referencia de la actividad en base a la defensa del acceso a los derechos fundamentales, expresada en el artículo 25.2 CE.

²⁶ Y es que, como señala Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, ob. cit., pág. 484, la negociación colectiva de condiciones no debe entenderse incluida en las acciones colectivas prohibidas por la LOGP.

²⁷ Negociación que sería extraestatutaria porque -- Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los derechos colectivos*, ob. cit., pág. 407—no hay remisión a la normativa laboral ordinaria y, también,

administración laboral penitenciaria, entre otras cosas por la exigencia de dignificar el trabajo penitenciario unida a la necesidad de concretar aspectos aplicativos del DRLP²⁸ y de mejorar los módulos retributivos. La reciente STS de 31 de enero de 2019 (recud 1243/2017) es un excelente ejemplo de la conveniencia de una mínima negociación que precise algunas materias ya que de lo contrario, la amplitud y vaguedad del DRLP en materia extintiva se vuelve contra la administración laboral penitenciaria²⁹.

Más allá de los márgenes para la participación y la negociación cabe plantearse si el derecho de huelga dispone de algún espacio en las prisiones ya que la normativa penitenciaria guarda un espeso silencio al respecto. Es más, parecería que las manifestaciones de conflicto colectivo escapan a los talleres de reclusos ya que el artículo 34 del Reglamento Penitenciario subraya que los trabajadores asumirán individualmente sus derechos sin hacer ninguna referencia al conflicto colectivo, aunque tampoco parece razonable aceptar que el Reglamento Penitenciario sea la herramienta adecuada para cuestionar el derecho de huelga de los internos. Antes al contrario, ante una cuestión aplicativa o ante un espacio menor de negociación-consulta, como los previstos en el DRLP parecería abrirse un espacio para el derecho de huelga. Sin embargo, para algunas voces, la alargada sombra del orden y la seguridad penitenciarios, parecerían excluir del ejercicio de este derecho a los reclusos, salvo cuando trabajen para empresas fuera del recinto penitenciario³⁰. Ahora bien, otros autores³¹ han analizado al detalle la cuestión llegando a la conclusión de que el simple ejercicio de la huelga, entendido como la suspensión de actividad en tanto que mera manifestación de conflicto estricta-

porque la falta de elecciones a órganos unitarios en los talleres penitenciarios no va a dar margen para que las secciones pudiesen realizar una negociación colectiva adaptada a los requisitos del TRLET.

²⁸ Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, ob. cit., pág. 482, se refiere a la necesidad de negociación para la adaptación a situaciones nuevas, así como para paliar las imprecisiones legislativas y reglamentarias. Y razón no falta para ello ya que las nuevas tecnologías abren expectativas notables y quizás inquietantes para el trabajo penitenciario. Asimismo, muchos preceptos del DRLP otorgan a la administración laboral penitenciaria un margen de actuación excesivo, en el que la negociación daría más sentido a su aplicación práctica. Destacan en este terreno la determinación del alcance de algunas causas de extinción y de suspensión, sobre todo las derivadas de razones de disciplina y seguridad penitenciaria (arts. 9 y 10 DRLP), o bien la identificación de detalles en los criterios de prelación para la cobertura de las vacantes (art. 3 DRLP).

²⁹ La STS de 31 de enero de 2019 confirma la declaración de nulidad de una extinción contractual acordada por la entidad TPFE en base a incumplimientos laborales básicos, a causa de la falta de contenido de la comunicación extintiva. Se trata de una circunstancia propiciada por el propio DRLP, un texto carente de pautas en el terreno de la formalización de la extinción del contrato de trabajo.

³⁰ López Melero, M.: *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Madrid, Edisofer, 2015, pág. 297. Ahora bien, en tal caso, no nos hallaremos en el espacio de la relación laboral especial, sino en relaciones ordinarias, ya que la autora se está refiriendo a trabajadores-reclusos clasificados en tercer grado que llevan a cabo actividad en empresas ordinarias

³¹ Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, ob. cit., págs. 487-495 reflexiona ampliamente sobre la cuestión. Elías Ortega, A.: "Comentario sobre el mandato...", ob. cit., AS 1999/V, págs. 26 y 27, vincula la vigencia del derecho de huelga a la de la libertad sindical, que también defiende.

mente laboral, no debería entenderse ni como una insubordinación, ni como un atentado a la seguridad y orden del establecimiento penitenciario, planteamiento que comparto. Eso sí, en el plano práctico mi modesta impresión es que es muy difícil discernir entre el malestar laboral y el malestar general de los reclusos³² de modo que puede suceder que una huelga laboral de internos/trabajadores vaya más allá de las reivindicaciones laborales; o a la inversa, podría suceder que el “malestar penitenciario” genere una huelga en los talleres³³, lo que activaría los expansivos resortes de la seguridad y disciplina penitenciarias³⁴.

3. LIBERTAD SINDICAL EN EL ENTORNO DE LOS TALLERES PENITENCIARIOS

3.1. Consideraciones generales

Aunque nada se señala al respecto en el DRLP, la libertad sindical sí es, sin lugar a dudas, un derecho constitucional básico (art. 28.1 CE) que deberá respetarse en las relaciones laborales especiales. Ahora bien, no parece que el redactor del reglamento tenga las cosas tan claras al respecto porque el artículo 1.4 DRLP señala que “las demás normas de la legislación laboral común (...) sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo”. Ahora bien, a favor de la vigencia de la LOLS cabría entender que la regulación de la libertad sindical está más allá de “legislación laboral común” porque, entre otras cosas, nos hallamos ante un derecho

³² Woolpert, S.: “Prisoners’ Unions...”, ob. cit., FP 43/1978, pág. 40 y ss, parte de una idea de asociacionismo/sindicalismo de internos en establecimientos penitenciarios, en donde no se vislumbran fronteras entre los diversos intereses –laborales/extralaborales– de los reclusos.

³³ A este respecto, Casellas Ramón, A.: *Un reflejo de la Sociedad. Crónica de una experiencia en las cárceles de la democracia*, Barcelona, El Grillo Libertario, 2014, págs. 125 a 136, da cuenta de la huelga de brazos caídos organizada en las prisiones catalanas en 1993 y de otra huelga organizada en 1994, que sugiere una mezcla de conflictos, en el que el paro laboral estaba subordinado a otras reivindicaciones de los presos. Otro tanto cabe señalar a propósito de la huelga de la prisión catalana de *Quatre Camins* en 2002 que derivó hacia un motín. Puede encontrarse información comprensiva con la actitud de los presos en algunas crónicas –“La otra memoria histórica. La huelga de Quatre Camins”, accesible en: <https://radiorecuperandomemoria.com/2017/02/17/la-otra-memoria-historica-la-huelga-de-quatre-camins/> (consultado el 26 de julio de 2019), a su vez que otro tratamiento de la prensa de información general subraya el carácter de motín de esa huelga. Puede verse al respecto la noticia del diario *La Vanguardia* de 7 de mayo de 2018 “El motín de 2002 en Quatre Camins se salda con penas mínimas para 16 expresos”, accesible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180507/443352277241/el-motin-de-2002-en-quatre-camins-se-salda-con-penas-minimas-para-16-expresos.html> (consultada el 26 de julio de 2019) En todo caso se deduce que aquí se mezcló la paralización en la actividad de talleres y de servicios con la protesta generalizada.

³⁴ López Melero, M.: *Los derechos fundamentales de los reclusos*, ob. cit., pág. 72, da cuenta de que algunos autores han reivindicado la conculcación de los derechos de los internos como necesaria y consustancial a la gobernanza de las prisiones y a la necesidad de someter a los reos, a fin de garantizar el orden y buen funcionamiento de los establecimientos penitenciarios.

constitucional básico, de los que debe respetarse en la regulación de las relaciones laborales especiales (art. 2.2. TRLET)³⁵. Además, el Tribunal Supremo -- STS de 5 de mayo de 2006, recud 728/2005—ha señalado la posible aplicación de otras normas cuando el DRLP no regule una determinada materia.

A lo anterior se ha de añadir el peso de los Convenios de la OIT en la materia y el propio contenido de la LOLS. A este respecto, el Convenio OIT núm. 87 de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación establece que los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen el derecho de constituir “las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Asimismo, la LOLS no establece prohibiciones ni limitaciones al respecto³⁶, circunstancia que como es sabido sí se produce en otros ámbitos en los que se prevén prohibiciones justificadas por la propia OIT -miembros de las fuerzas armades- o limitaciones más o menos amplias, que afectarían a algunos grupos de funcionarios que ejercen funciones de autoridad (art. 1.3 LOLS), pero nada se dice de los trabajadores de talleres penitenciarios. Ese derecho a la libertad sindical individual implicaría al menos (art. 2.1 LOLS) la libertad de afiliación, la de fundación del sindicato y la participación en el mismo y, en fin, la de la acción sindical, que como es sabido, beneficiaría a trabajadores afiliados y no afiliados.

Respecto a la posibilidad de que los trabajadores penitenciarios puedan afiliarse a un sindicato no albergo dudas³⁷, ya que se trataría de un derecho de carácter político o socio-político básico que no debería discutirse, más allá que la condición de recluso podría limitar las posibilidades de la persona afiliada de cara, por ejemplo, a participar en la vida de su sindicato, incluyendo la libertad de elegir a sus representantes (art. 2.1 LOLS). No en vano, el artículo 3.1 de la LOGP reconoce el ejercicio de derechos políticos y sociales -entre otros- salvo que fuesen incompatibles con el cumplimiento de la condena, lo que por razones evidentes no es el caso. Es más, la LOGP prevé la posibilidad de que los reclusos puedan ser privados del derecho de sufragio activo o pasivo pero nada se dice a propósito del mantenimiento de la afiliación a partidos políticos, de modo que otro tanto deberá aplicarse a la afiliación sindical. Y como se vera, la posibilidad de afiliarse a un sindicato no es un tema menor. Por lo demás, debería velarse por evitar que la afiliación sindical, de ser conocida, sea un elemento que perjudique a los trabajadores afiliados a la hora de acceder a vacantes y a mantenerse en el empleo, ya que la afiliación sindical no se menciona entre las cláusulas de discriminación que aparecen en el artículo 5.1

³⁵ Como señala Elías Ortega, A.: “Comentario sobre el mandato...”, ob. cit., AS 1999/V, págs. 6 y 7, el espacio regulador de las relaciones laborales es muy amplio pero la Constitución funciona como referencia obligada, de ahí que cabría exigir un escrupuloso respeto a los derechos constitucionales.

³⁶ Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, ob. cit., pág. 464.

³⁷ Tampoco las expresan Elías Ortega, A.: “Comentario sobre el mandato...”, ob. cit., AS 1999/V, págs. 23 a 25 ni Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los derechos colectivos...*, ob. cit., pág. 372.

a] DRLP -lo que no deja de ser un dato llamativo³⁸- si bien eso no significa que el artículo 12 LOLS no sea de aplicación a la relación laboral especial, dado que se trata de una materia -la libertad sindical- huérfana de regulación especial.

En todo caso, cabe subrayar que la defensa del derecho a la libertad sindical en el entorno de los talleres penitenciarios tiene valor no solamente desde la perspectiva del ejercicio de actividad sindical por parte de los internos en defensa de sus intereses. Tiene también importancia para sustentar y legitimar la posibilidad de que otros sujetos -en general sindicales, aunque pueda haber espacio para las representaciones unitarias- puedan llevar a cabo actividad en defensa y representación de los intereses de los internos, de modo la titularidad del derecho por parte de los internos no es a mi juicio, un tema menor. Analizaré a continuación algunos extremos vinculados al postergado derecho a la libertad sindical de los internos empleados en talleres penitenciarios.

3.2. Fundación de sindicatos y constitución de secciones sindicales

Algunas voces han negado con carácter general el derecho de asociación de los reclusos en base a las limitaciones de la normativa penitenciaria, al sugerir que dicho derecho sería contrario al orden y a la seguridad penitenciarios. De todos modos, hay que subrayar que el contenido del artículo 3.1 de la LOGP y el impulso de normalización subrayado por el DRLP en su artículo 11.3, deberían dar su apoyo a la actividad sindical como ingrediente normalizador.

A partir de aquí y en lo concerniente a la fundación de sindicatos, las circunstancias pueden dificultar el ejercicio del derecho, especialmente cuando se pretenda crear un sindicato específico de presos, sean trabajadores penitenciarios o internos que aspiren a un puesto de trabajo. Sin duda, las peculiaridades del trabajo penitenciario podrían justificar la puesta en marcha de un sindicato específico; sin embargo, considero que la opción de que los sindicatos de clase vehiculen las pretensiones laborales de los internos sería la más adecuada en perspectiva de eficacia y en perspectiva de también, de normalización de la actividad laboral penitenciaria. Todo ello no significa, por lo demás, que se subestime la capacidad de autoorganización de los reclusos que se puso de manifiesto hace ya años, a través de la célebre COPEL, -Coordinadora de Presos Españoles en Lucha- y que concentró su actividad a finales de los años setenta³⁹. En este sentido, no va a ser fácil

³⁸ Evidentemente, cabe deducir que el redactor del Decreto no concebía que los trabajadores de talleres penitenciarios pudiesen estar afiliados a sindicatos en un contexto de “normalidad” penitenciaria, si bien eso no significa gran cosa de cara a la virtualidad del derecho de libertad sindical porque la exclusión de derechos básicos reconocidos en la Constitución no puede realizarse caprichosamente y mucho menos de manera tácita mediante reglamento aprobado por Consejo de Ministros.

³⁹ Casellas Ramón, A.: *Un reflejo de la Sociedad*, ob. cit., pág. 339, da cuenta de alguno de los rasgos de la COPEL, creada a finales de 1976 por presos con el apoyo de abogados, grupos de apoyo

la gestión de la puesta en marcha de una organización sindical y de los requisitos marcados por el artículo 4 de la LOLS por parte de personas que están privadas de libertad⁴⁰, sin perjuicio de que luego puedan adherirse a un sindicato de mayor alcance mediante la vinculación o la federación (art. 2.2 b] LOLS).

En lo que respecta a que los trabajadores penitenciarios se agrupen en secciones sindicales de conformidad con la LOLS (art. 8. 1), cabe señalar que la creación de la sección sindical no constituye un acto jurídico de gran complejidad, si bien en el medio penitenciario cualquier cuestión es susceptible de “complicación”. Vaya por delante que la constitución de una sección de centro o de empresa suscita una cuestión de partida ya que no deja de ser una suerte de acto de asociación,-o de para-asociación”- que se he señalado como plenamente lícito a la luz del artículo 3.1 de la LOGP. Es decir, los trabajadores afiliados al sindicato no crean un sindicato pero se agrupan formalmente bajo el paraguas del sindicato y bajo la cobertura legal del artículo 8.1 LOLS, lo que no deja de ser un acto de (para)fundación sindical amparado por el artículo 28.1 CE, por la LOLS y por la normativa penitenciaria. Dicho eso, la reflexión a propósito de la constitución de secciones de trabajadores penitenciarios permite identificar al menos tres cuestiones.

La primera, que ese derecho se reserva a los trabajadores afiliados, de conformidad con lo establecido en los Estatutos de los sindicatos. Por lo tanto, la primera cuestión problemática es contar con trabajadores afiliados teniendo en cuenta que por la escasa retribución prevista⁴¹, la afiliación sindical debe ser una circunstancia muy excepcional, y lo cierto es que el legislador no permite la constitución de secciones sin afiliados en el entorno productivo; es más, con frecuencia la normativa sindical exige la presencia de más de una persona afiliada al sindicato⁴², lo que se

y familiares con el objetivo de conseguir la amnistía para presos políticos y sociales y cambiar las formas de vida en el interior de la cárcel.

⁴⁰ Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los derechos colectivos...*, ob. cit., pág. 374. Así, la creación de una organización sindical de presos se verá afectada por dos obstáculos. El primero, las gestiones de depósito de estatutos, para las cuales se debería contar con colaboración en el exterior. El segundo obstáculo, contar con la autorización del centro penitenciario para permitir la reunión en la que se levante acta de la fundación, cuestión a la que posteriormente se hará referencia.

⁴¹ APDHA *Trabajo en prisión*, ob. cit., pág 49, ofrece el dato de un promedio salarial de 222 euros, circunstancia que debe matizarse en la idea de que ese salario corresponde por lo general a jornadas al 50 por 100, aunque no siempre. Ahora bien, si contrastamos esos salarios con la cuota de afiliación de cualquier sindicato podemos concluir que la afiliación no va a ser una prioridad con los trabajadores de talleres penitenciarios. A título de ejemplo, UGT prevé una cuota básica confederal de 12'50 euros y CCOO establece su cuota general ordinaria en 13 euros, si bien esta última central fija una cuota super reducida de 3 euros para personas con ingresos muy bajos, inferiores a 7000 euros anuales. UGT prevé una cuota mensual reducida para trabajadores por cuenta ajena de 8'75 euros.

⁴² A este respecto, los Estatutos de la Confederación de Comisiones Obreras en Cataluña (CONC) (art. 15.2) se inclinan por un modelo de sección de notoria implantación –o si se quiere, de notoria presencia de afiliados-- si tenemos en cuenta que la constitución de secciones solo se contempla en empresas de más de veinte afiliados, sin olvidar que los propios Estatutos garantizan el control de la constitución de la sección teniendo en cuenta que ésta deberá contar con el aval de la federación del ramo y ser reconocida por la Confederación a través de su inscripción en el Registro de Estructura de la Secretaría de Organización de la CONC (art. 15.3). Por lo contrario, centrales de menor dimensión

convierte en un requisito complicado de cumplir⁴³. De otro lado, en lo que concierne al ámbito y dado el notable margen ofrecido por la Ley⁴⁴, parece razonable escoger el ámbito de la entidad encargada de la organización del trabajo penitenciario, es decir, un ámbito de “empresa” -CIRE y entidad TFPF-, una posibilidad aceptada sin grandes problemas por la STC 173/1992, de 29 de octubre, pero sin que se puedan designar Delegados Sindicales⁴⁵. No obstante, me temo que por diversas razones sería más viable optar por secciones de centro⁴⁶, en el bien entendido de que la noción centro, debería agrupar en una única unidad productiva a los diversos talleres o subtalleres penitenciarios que se ubiquen en la misma prisión. En fin, se ha señalado que la constitución de secciones exige una cierta holgura en el ejercicio del derecho de reunión en medio penitenciario para llevar a cabo el acto constitutivo y funcionar como sección, una cuestión a la que se dedicará atención en el siguiente apartado.

Más allá de los obstáculos de cara a la puesta en marcha de secciones sindicales de trabajadores de talleres penitenciarios, lo cierto es que esta instancia sindical sería un instrumento que podría vehicular los escasos márgenes de participación y de negociación previstos en el DRLP⁴⁷ a los que se ha aludido. Asimismo, el

parecerían adaptarse más a la realidad del trabajo en los talleres penitenciarios y en otros ámbito de escasa implantación, teniendo en cuenta que su Estatutos no plantean grandes exigencias. Valga el ejemplo de los Estatutos de CNT (art.33) que no exigen mínimo alguno -entiéndase que será suficiente con un afiliado al sindicato- o los estatutos de CGT Cataluña en la que se prevé la exigencia de un mínimo de dos afiliados. La normativa vigente de UGT prevé la figura de la sección sindical básica -una suerte de modelo subsidiario de sección- con la exigencia de un mínimo de dos trabajadores afiliados en el ámbito de implantación. Dicha indicación se encuentra en el documento UGT: *Resoluciones 42 Congreso*, Madrid, UGT, 2016, pág. 522.

⁴³ Entre otras cosas porque como señala Woolpert, S.: “Prisoners’ Unions, ...”, ob. cit., FP 43/1978, pág. 43, con carácter general, el deseo de una acción reivindicativa concertada y normalizada es más bajo entre los internos que entre la población en general. Ahora bien, se ha de matizar que las reflexiones del autor, se llevan a cabo en el análisis del asociacionismo “general” de presos, no en el de cariz estrictamente laboral. La diferencia puede ser relevante porque los reclusos que trabajan, en general, muestran un perfil personal más estructurado y quizás más deseoso de participar.

⁴⁴ Cid Babarro, C.: *La representación sindical en la empresa*, Pamplona, Lex Nova/Thomson Reuters, 2014, pág. 103.

⁴⁵ La no celebración de elecciones a representantes unitarios a nivel de los talleres penitenciarios permite augurar que no va a haber Delegados Sindicales LOLS en el espacio del trabajo de los internos. A este respecto, la LOLS condiciona que se pueda escoger delegados de los internos/trabajadores con atribuciones (art. 10) cuando se haya obtenido algún puesto en el comité de empresa -cosa hoy por hoy imposible dado que no existe el derecho a participar en elecciones a órganos unitarios- y, además, se cuente con más de 250 trabajadores, requisito que a nivel de “empresa” sí se cumple, dadas las plantillas presentes tanto en el CIRE como en el organismo TFPF. Todo ello no impide que las secciones puedan nombrar a un delegado o representante, como se expresa en buena parte de los Estatutos sindicales, pero no será posible el nombramiento de Delegados a nivel de “empresa”, bajo la flexible interpretación impulsada por la STS de 18 de julio de 2014 (rec. 91/2013)

⁴⁶ Las restricciones de movimiento de los internos, connaturales al régimen penitenciario, dificultarían una reunión constitutiva de los trabajadores afiliados a sindicatos presentes en diversos centros penitenciarios, y además, dicho aislamiento y dificultad de comunicación entre internos de diversos centros puede desaconsejar un ámbito “de empresa”.

⁴⁷ Otra cosa es que la afiliación exigida para constituir secciones de sindicatos más representativos dificulte este tipo de operaciones.

derecho a un tablón que la LOLS (art. 8.2 a)) reconoce a las secciones de sindicatos más representativos sería de particular interés considerando que el riguroso control respecto a la presencia y deambulación de los internos en el medio penitenciario podría laminar notablemente -por no decir que anular-, la capacidad de los trabajadores de distribuir información sindical (art. 8.1 b) LOLS), información en “formato papel” que por lo demás puede ser difícil de obtener. Por todo ello, el derecho a tablón debería ser una prerrogativa de toda sección sindical constituida en este entorno.

3.3. Una breve referencia a otros derechos vinculados a la acción sindical

Se examinarán a continuación el margen y las herramientas de acción previstas para los trabajadores afiliados que integren las plantillas de talleres penitenciarios. Como en los apartados anteriores, se parte de que estas reflexiones son fundamentalmente una aproximación teórica antes que una realidad frecuente, pero de nuevo es importante subrayar, al menos sobre el papel, el interés por la presencia de afiliados para impulsar y legitimar la intervención sindical externa -“o desde fuera”- en entornos laborales penitenciarios.

A este respecto, existen otros derechos relacionados con la promoción sindical en la empresa, que en realidad no son derechos de las secciones, sino de los trabajadores afiliados a cualquier sindicato. Así, el artículo 8 de la LOLS reconoce a los trabajadores, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad productiva de: a) celebrar reuniones, previa notificación al empresario, b) recaudar cuotas y distribuir información sindical. y c) recibir información que les remita su propio sindicato.

Respecto al derecho de reunión de los trabajadores afiliados a sindicatos, debe recordarse que en el medio penitenciario los internos no disfrutaban de libertad ambulatoria ni *a priori*, de un margen flexible para reunirse con cualquier objeto, todo ello en base a las consabidas razones de orden y seguridad penitenciarios. Ahora bien, dada la amplitud del reconocimiento de derechos fundamentales por parte del artículo 3 de la LOGP, esta circunstancia exige de la administración penitenciaria la autorización para realizar reuniones. Y lo señalado vale no solamente para reuniones constitutivas de sindicatos o secciones sino también para reuniones de trabajadores afiliados a sindicatos (art 8 LOLS). Ante la más que presumible baja afiliación, el exiguo número de participantes en las reuniones difícilmente cuestionaría el orden y la seguridad en el centro.

Asimismo, los trabajadores afiliados a una central tendrían derecho a recibir información de su sindicato, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.1 c) LOLS. Dicha información, que en este caso llegaría por vía postal, debería ser recibida por el trabajador no solamente en base a la previsión del artículo 8.1 c)

LOLS sino también porque así lo prevé el artículo 45.7.4ª del Reglamento Penitenciario, regulador de la recepción de la información postal.

La distribución de la información sindical a los trabajadores de talleres se me antoja más complicada por todas las razones señaladas, -a las que debe añadirse las restricciones imperantes en el medio penitenciario a internet y al correo electrónico que aconseja una lectura adaptada a la realidad penitenciaria. De este modo, la presencia de trabajadores afiliados debería llevar a facilitar un tablón de anuncios a fin de difundir de manera gestionable, la información de que se disponga o que se reciba del sindicato. Respecto al derecho de recaudación de cuotas, me parece fuera de lugar en entornos penitenciarios.

De cualquier modo, debe tenerse en cuenta que todas las reflexiones llevadas a cabo hasta este momento sustentan la posibilidad de una defensa colectiva de los derechos de los internos, aunque se trata de vías sindicales lastradas por las dificultades connaturales a tal actividad en el medio penitenciario, y por ende, de dudosa viabilidad. A ello se añade la falta de puesta en marcha de algún tipo de órgano o estructura de participación no sindical, a la que se ha aludido anteriormente. En todo caso, las cortapisas hacia las iniciativas sindicales tomadas por internos/trabajadores, podrían merecer la especial protección de los juzgados de vigilancia penitenciaria a los que se ha aludido en el primer apartado.

Llegados a este punto, en el siguiente epígrafe se llevarán a cabo algunas reflexiones a propósito de la articulación de una representación sindical “externa” de los intereses de los trabajadores de talleres penitenciarios.

4. LA INTERVENCIÓN SINDICAL EXTERNA

En este apartado se formularán diversas vías de intervención que podrían, de un modo combinado, favorecer la representación y la tutela de los intereses de los internos/trabajadores desde la acción de centrales sindicales; por lo general de carácter más representativo. En este sentido, he de señalar que las reflexiones que vienen a continuación se mueven en una doble dirección:

- De una parte, las propuestas no pretenden “enterrar” la iniciativa y el papel de los trabajadores penitenciarios. Bien al contrario, creo que la afiliación y la acción sindical que pueda desarrollarse en los talleres penitenciarios sería de gran interés y daría sentido a la acción sindical externa. En este sentido, creo que debe huirse de una visión paternalista en la que los trabajadores de los talleres penitenciarios sean meros sujetos pasivos en las acciones de mejora de sus condiciones de trabajo.
- De otra parte, las propuestas de intervención sindical externa que se exponen a continuación se inspiran en la potenciación de figuras ya existentes -la

participación institucional en Cataluña- con otras que, mediando reforma legislativa o sin ella, podrían proyectar sobre la administración laboral penitenciaria una cierta presión combinada que vaya desde la intervención de las secciones sindicales de funcionarios de prisiones, hasta la intervención de Delegados o Secretarios provinciales o estatales de trabajo en talleres penitenciarios, sin olvidar finalmente el peso que en todo este conjunto pueden representar los comités de empresa y secciones sindicales de las empresas colaboradoras que contratan con la administración laboral penitenciaria, es decir, con el el CIRE o la entidad TPFE.

Se ha de decir que esta intervención puede tener un interés añadido porque las trabas y carencias en materia de participación y de autotutela no disponen de fácil alternativa. Ahora bien, la experiencia nos indica que la intervención sindical externa no ha gozado en el pasado de mucha aceptación. Valga como ejemplo la propuesta que en su día lanzó el Consejo Económico y Social, dentro el proceso de elaboración del DRLP, en el sentido de que los sindicatos más representativos fuesen consultados por cada administración competente antes de fijarse el módulo retributivo del trabajo penitenciario⁴⁸, propuesta que no obtuvo respuesta por parte del Consejo de Ministros. Asimismo, existe el riesgo de que una intervención en manos de los sindicatos más representativos, sea rechazada por parte de los internos/trabajadores, que muy probablemente los ven como estructuras lejanas y burocratizadas. No abundaré en el rechazo de algunos colectivos especialmente precarizados hacia las centrales más tradicionales -riders, camareras de pisos en el sector de hoteles, etc.- que pueden reproducirse en los talleres laborales penitenciarios. A esta corriente general, se añade el dato de la relación entre estos sindicatos y los funcionarios de prisiones, cuestión a la que dedicará un comentario en el siguiente apartado.

A pesar de todo, creo que la intervención externa puede generar un balance positivo. Ahora bien, la viabilidad de las propuestas que se realizan a continuación es variable pero para lograr algún resultado son imprescindibles elevadas dosis de sensibilidad, coordinación y responsabilidad por parte de las centrales sindicales.

4.1. El aprovechamiento de la acción sindical de secciones ya constituidas en entornos penitenciarios

El volumen de plantilla -fundamentalmente funcionario- de los centros penitenciarios, así como las peculiaridades de la actividad llevada a cabo, dan lugar a una importante presencia sindical y a la frecuente constitución de Secciones

⁴⁸ CES: *Dictamen 1/2001, Sobre el Proyecto de Real Decreto...* cit., págs. 8 y 9.

Sindicales que en principio tendrían como finalidad la de actuar, en defensa y representación del personal funcionario pero también del personal laboral de la estructura penitenciaria.

A partir de aquí, una posibilidad de tutela sindical de los internos/trabajadores de los talleres penitenciarios no pasaría por la constitución de secciones o de centrales por parte de los propios internos, sino más bien, se trataría de seguir una cierta economía de escala y reclamar la tutela indirecta a través de las secciones sindicales que actúen en el medio penitenciario. Ese es el planteamiento sugerido por algún estudio, en el que se se ha apelado a las secciones ya creadas en centros penitenciarios a fin de que promuevan los derechos de los internos/trabajadores⁴⁹. Más allá de las dificultades técnicas que dicha actuación podría suscitar⁵⁰, está la cuestión la tensión latente entre los internos/trabajadores y los empleados públicos -funcionarios o laborales- que desempeñan su actividad en las prisiones⁵¹ ya sean encargados de la gestión del trabajo penitenciario ya formen parte del núcleo duro de la organización penitenciaria. En este sentido, es fácil intuir que aquella central sindical que a través de sus secciones se muestre especialmente beligerante en la defensa de los derechos de los internos/trabajadores podría verse perjudicada en la afiliación y en los resultados electorales de las elecciones sindicales.

A este respecto, el artículo 4.1 c] LOGP marca de modo sutil una relación no siempre fluida entre los funcionarios de prisiones y los internos al recordar que los internos deberán “*Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y (...) o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos con ocasión de traslado, conducciones o prácticas de diligencias.* En la práctica, se detecta un repunte de las agresiones, aunque se limiten a de un perfil determinado de interno⁵², de manera que desgraciadamente no parece que las secciones sindicales de los funcionarios

⁴⁹ Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA): *Trabajo en prisión. Guía práctica sobre los derechos*, ob. cit., pág. 20, recuerda que en las prisiones hay presencia sindical de modo que “Se está invitando a los sindicatos a realizar un acompañamiento sindical a todos los trabajadores, habiendo obtenido respuesta positiva por algunos de ellos”.

⁵⁰ Aunque quizás no demasiadas, teniendo en cuenta que cabría argumentar que los empleados de los talleres de internos podrían ser considerados también *grosso modo*, empleados públicos -indirectamente, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA): *Trabajo en prisión*, ob. cit., pág. 22- , de modo que bajo una mirada flexible del funcionamiento de las secciones de funcionarios, estas últimas podrían tomar iniciativas en favor de los intereses de los internos. De hecho, no es infrecuente la existencia de Secciones mixtas -de personal laboral y funcionario- en administraciones públicas.

⁵¹ Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los derechos colectivos...*, ob. cit., pág. 377, recuerda cómo “el papel que el ordenamiento hace ejercer a los funcionarios penitenciarios provoca distancia entre estos y los reclusos que les coloca en posiciones irreconciliables”.

⁵² Refleja con frecuencia esta problemática la revista *Tribuna Penitenciaria*, publicada por la federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO. A título de ejemplo cabe señalar los artículos “Menos agresiones y más plantillas”, publicado en *Tribuna Penitenciaria* núm. 13, 2014., pág. 4 así como el artículo “Por qué Instituciones Penitenciarias no tiene un plan contra las agresiones”, publicado en el número 22 de 2016 de la misma revista, pág. 4 y ss . La publicación es accesible en <http://www.sae.fsc.ccoo.es/Prisiones> (consultado el 20 de mayo de 2019).

de prisiones -y otro personal laboral- sean la alternativa sindical prioritaria para defender a los internos.

Ahora bien, la sensibilidad hacia la problemática de los internos mostrada por algunas centrales sindicales con implantación entre el personal funcionario, -incluso mostrada en materia laboral en algunas denuncias hechas públicas sin muchos complejos⁵³-, recuerda que las secciones deberían ser como mínimo un instrumento de conexión y de información del sindicato sobre la realidad del trabajo en los talleres penitenciarios. Como he señalado y como insistiré más adelante, la acción sindical en favor de los trabajadores/internos ha de articularse mediante la conexión y el aprovechamiento de todos los recursos posibles. Y un recurso posible ha de ser la sensibilidad de algunas centrales hacia la problemática laboral de los internos si bien, insisto, creo que esa sensibilidad debe de utilizarse como vía para potenciar la acción sindical “estrictamente externa”, a la que me referiré a continuación.

4.2. La intervención externa mediante estructuras representativas de las organizaciones sindicales

Ciertamente, la libertad sindical comprende la libertad de las centrales sindicales de organizar su actividad como estimen conveniente, lo que se hace evidente al observar las disparidades existentes en la normativa interna de los sindicatos en materia de secciones sindicales. En este sentido, el artículo 9.1 c) LOLS constituye una vía para que los sindicatos más representativos puedan efectuar acción sindical “desde fuera”. Al respecto, como es sabido el artículo 9.1 c) LOLS establece que quienes ostenten cargos electivos a nivel sindical en el marco de sindicatos más representativos tendrán derecho a asistir y a acceder al centro de trabajo a fin de participar en actividades propias de su sindicato, o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo”. Pues bien, esta posibilidad abre la puerta a que exista una cierta interacción entre la estructura del sindicato a nivel exterior y la estructura o presencia sindical dentro de la prisión, por muy modesta que esta sea. En este sentido, el simple derecho del secretario provincial o supraprovincial del sector de Servicios Públicos -o cargo sindical que pueda escogerse a estos efectos de ese u otro sector- de acceder a talleres penitenciarios a fin de intercambiar impresiones con el o con los trabajadores afiliados al sindicato

⁵³ Son de particular interés las denuncias a propósito de la explotación laboral llevadas a cabo a través de la revista el Talp: “*El CIRE no reinsereix, es forra explotant els interns*” ob. cit., publicado en dos entregas, y en las que la Sección Sindical de la central CCOO en el centro penitenciario Brians 2 pone de manifiesto una muy deficiente situación laboral de los internos. Una perspectiva más complaciente en: Via Empresa: “Empresas en la prisión: más allá de la RSC”, 18 de diciembre de 2018, accesible en https://www.viaempresa.cat/es/empresa/empresas-en-la-prision-mas-alla-de-la-rsc_205634_102.html. (consultado el 21 de junio de 2019).

-o más allá de los afiliados- podría ser una llamada de atención a propósito de la existencia de un mínimo contrapeso sindical al vasto poder organizativo del CIRE o de la entidad TFPF. Asimismo, la vía del artículo 9.1 c] LOLS debería facilitar la articulación de alguna suerte de contacto, no solo con los trabajadores afiliados o con la sección sindical -de constitución incierta en muchos casos-, sino también con la organización penitenciaria empleadora⁵⁴. En suma, se trataría de trasladar al ámbito penitenciario una lógica que se ha impuesto en algunos sectores de actividad en los que la difícil articulación de representaciones sindicales o unitarias a nivel de empresa ha llevado a la consolidación de Delegados Sindicales de sector pactados en Convenio⁵⁵. Evidentemente, este no es un sector “normal” pero ello no quita que precisamente este más necesitado de intervenciones de esta índole.

Ahora bien, la previsión del artículo 9.1 c] LOLS se limita a los sindicatos más representativos al tiempo que comporta la ventaja de que no es necesario que se haya procedido a constituir una sección sindical en cada centro o bien en el conjunto de la organización productiva: TFPF o CIRE. En este sentido, la LOLS se refiere al acceso de los cargos electos sindicales para participar en actividades de su sindicato, de modo que podría tratarse a) de una reunión sindical, para la que no hace falta la constitución de una sección, o b) para mantener una entrevista con el o los trabajadores afiliados al sindicato en el taller penitenciario⁵⁶, todo ello sin perjuicio de las propuestas que se realizan más abajo.

Eso sí, en este caso debería evitarse interpretaciones estrictas del artículo 9,1 c] LOLS en diversos sentidos. Por ejemplo, la obligación del representante provincial de preavisar al empleador debería suavizarse en este caso teniendo en cuenta las rígidas reglas que regulan el acceso a las prisiones. Asimismo, la eficacia de la medida debería potenciarse en conexión con lo previsto en el artículo 51.1 LOGP, regulador de las comunicaciones de los internos “con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación

⁵⁴ Fernández López, M.F.: “Sobre la representación sindical...”, ob. cit., pág. 77, analizando la potencialidad del artículo 9 LOLS ha llamado la atención a propósito de que la presencia del representante sindical no debería limitarse al mero proselitismo, sino de defensa y reivindicación de los intereses que le son propios al sindicato, lo que incluiría la fijación de reuniones con el empleador, lo que en el caso que nos ocupa es fundamental.

⁵⁵ Este es el caso de el III Convenio Colectivo de ámbito estatal regulador de las relaciones entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan servicios en las mismas. Resolución de la Dirección General de Empleo de 3 de mayo de 2016, BOE de 16 de mayo. Asimismo, cabe destacar el caso del Convenio Colectivo del personal al servicio de Salas de Fiestas Se trata de un Convenio con vigencia prevista hasta diciembre de 2014, no parece haber sido denunciado porque sigue negociándose la actualización de tablas salariales. Publicado por la Resolución de la Dirección General de Empleo de 26 de abril de 2012 (BOE de 18 de mayo de 2012).

⁵⁶ También se refiere la Ley a la posibilidad de que el cargo electo del sindicato participe en actividades del conjunto de los trabajadores, lo que cabría interpretar, entre otras, por asambleas del artículo 77 y ss TRLET, que no se prevén en la regulación del DRLP. Obsérvese que una reunión de los trabajadores afiliados al sindicato no parece generar, *a priori*, tantos problemas como una asamblea de trabajadores por la sencilla razón de que los trabajadores afiliados serán, en el mejor de los casos, un grupo muy reducido.

penitenciaria”. A este respecto, la Ley no define qué es un organismo o institución de cooperación penitenciaria, pero dadas las circunstancias del trabajo en prisión, no me caben muchas dudas a propósito del valor de la colaboración de los sindicatos en el buen funcionamiento del trabajo penitenciario y en la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los internos⁵⁷, lo que encaja perfectamente en la filosofía de la LOGP. Por lo tanto, una interpretación combinada de ambas leyes orgánicas -LOGP y LOLS- debería llevar a los sindicatos más representativos a obtener el estatus de “organismo o institución” de colaboración penitenciaria, lo que permitiría evitar, por ejemplo, la exigencia de que haya trabajadores afiliados en el centro penitenciario para que el representante sindical pueda acceder al mismo.

Por lo demás, no debe olvidarse que este tipo de comunicaciones contribuye a la resocialización de los presos⁵⁸ y a afianzar la acción sindical en los talleres teniendo en cuenta que de conformidad con la LOGP⁵⁹, las reuniones-comunicaciones se suelen llevar a cabo siguiendo el formato “vis a vis” lo que evitaría las limitaciones formales de las reuniones efectuadas mediante comunicación “por cristales”⁶⁰, poco adecuadas para normalizar contactos de carácter sindical.

4.3. La intervención sindical a través de órganos de participación institucional de la entidad empleadora. El modelo del Consejo Asesor del Centro de Iniciativas para la Reinserción

Una vía de intervención sindical tradicionalmente reivindicada ha sido la de la participación institucional⁶¹, que cuenta actualmente con una modesta manifestación en la administración penitenciaria catalana, a través del Consejo Asesor del

⁵⁷ De hecho, una de las preocupaciones manifestadas por los representantes sindicales entrevistados para la elaboración de este artículo, ha sido el de la arbitrariedad de los criterios seguidos en cada prisión para establecer el precio de los productos de economato. Así, con carácter general, los servicios penitenciarios de Cataluña toman como referencia los precios del establecimiento comercial más cercano al centro penitenciario, lo que genera disparidades inaceptables de cara a la dignidad de la población penitenciaria y a unos precios asequibles en todos los economatos. Sobre esta cuestión puede verse el artículo: Talp: “*El Cire no reinsereix, es forra explotant els interns (II)*”, ob. cit..

⁵⁸ López Melero, M.: *Los derechos fundamentales de los reclusos*, ob. cit., pág. 220. En otro punto de su obra, López Melero (pág. 67) subraya cómo el régimen penitenciario debe potenciar al máximo los lazos de los reclusos con el mundo exterior.

⁵⁹ Señala la Ley que “Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”

⁶⁰ A propósito de los tipos de comunicaciones en el entorno penitenciario, puede ser de interés la consulta de: <https://www.infoprision.com/comunicaciones-y-vis-vis> (consultado el 23 de abril de 2019)

⁶¹ Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los Derechos Colectivos...*, ob. cit., pág. 390, reivindicaba esta vía y lamentaba la falta de organismos que contasen con presencia sindical y que repercutiesen en el trabajo penitenciario.

CIRE. Como se verá la figura tiene un notable interés, que se ve acrecentado ante la ausencia de otras vías de presencia sindical.

Así, el artículo 10 de la Ley Catalana 23/2009, reguladora de la empresa pública Centro de Iniciativas para la Reinserción (en adelante Ley CIRE) establece un Consejo Asesor en su artículo 10, figura que como su nombre indica es un órgano para fomentar la participación, asesoramiento e información en y sobre el CIRE de las administraciones competentes y de los representantes de las organizaciones empresariales y sindicales interesadas en materia de reinserción. Ello comporta la participación en este órgano consultivo de, entre otras⁶², las organizaciones patronales y sindicales más representativas de Cataluña⁶³ -con, respectivamente, dos y tres asientos-, participación que la norma extiende a otras entidades, sin perjuicio de que el Consejo Asesor dispone de la capacidad de convocar para sesiones concretas a expertos a fin de que asistan con voz pero sin voto (art. 10 Ley CIRE).

Entre las funciones del Consejo Asesor destacan las de impulsar la colaboración entre el CIRE y las organizaciones empresariales y sindicales para alcanzar los objetivos de inserción y rehabilitación social de las personas internas así como elevar al Consejo de administración recomendaciones y propuestas que se consideren necesarias para el cumplimiento de los objetivos del CIRE (art. 10.7 a) y b] Ley CIRE) entre los cuales se prevé el objetivo de velar para que en el ámbito del CIRE se respeten los derechos fundamentales de las personas sometidas a medidas judiciales. Estas competencias están sirviendo para que los miembros de las organizaciones sindicales lleven a cabo visitas regulares a los talleres penitenciarios de Cataluña, a fin de verificar las condiciones de trabajo y elevar recomendaciones de mejora, que muchas veces se centran de un modo especial en el terreno de la seguridad y salud en el trabajo, así como en el del módulo retributivo, que constituye un elemento fundamental dada la distancia entre los módulos retributivos imperantes y el salario mínimo interprofesional⁶⁴.

Por lo tanto, es evidente que el Consejo Asesor del CIRE es una herramienta de gran interés por su potencialidad a la hora de facilitar una intervención sindical “desde fuera” que redunde en la mejora de las condiciones de trabajo de los internos. Ahora bien, no hemos de olvidar que el Consejo Asesor del CIRE es un órgano que tiene prevista una reunión ordinaria anual (art. 15.1 Decreto catalán

⁶² El artículo 10.2 de la Ley del CIRE prevé la participación de un máximo de quince miembros en representación de otros entes, como es el caso de la administración de la Generalitat, las entidades asociativas de los entes locales de Cataluña o el Consejo General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña.

⁶³ A este respecto, el artículo 13 del Decreto catalán 210/2013, de 30 de julio, regulador de los Estatutos del CIRE reserva dos asientos a las organizaciones sindicales más representativas de Cataluña y tres para las organizaciones empresariales más representativas en Cataluña. La designación de los integrantes la decidirá el Consejo de Administración del CIRE a propuesta de las organizaciones sindicales y de las organizaciones empresariales.

⁶⁴ Datos recabados en la entrevista llevada a cabo al Sr Toni Mora, representante de CCOO en el Consejo Asesor del CIRE el pasado día 1 de abril de 2019.

210/2013, de 30 de julio, en adelante Reglamento del CIRE), de modo que la capacidad de aprobar acuerdos con recomendaciones y propuestas va a ser limitada, más allá de que otras propuestas o sugerencias puedan tramitarse de modo informal, fuera de las reuniones formales del Consejo Asesor. Además, la posición sindical en el Consejo Asesor del CIRE es muy minoritaria teniendo en cuenta que en la actualidad, de quince asientos solo dos se reservan a las centrales sindicales más representativas en Cataluña, de modo que en estas materias podría ser de especial interés una cierta sensibilidad de las organizaciones empresariales, -que cuentan con tres asientos- en el cumplimiento de ciertos estándares de trabajo decente y de evitación de competencia desleal entre las empresas que recurran al CIRE en tanto que proveedoras y las que no⁶⁵.

Todo ello sin olvidar que la tarea sindical de mayor interés -las visitas de los representantes sindicales del Consejo Asesor del CIRE a los talleres penitenciarios- no están estrictamente previstas en la normativa reguladora del Consejo y no dejan de ser una prerrogativa graciable, que va a depender de la buena voluntad de la persona titular de la Dirección del CIRE. Por lo demás, es de lamentar la ausencia de un órgano de participación institucional en la estructura de la entidad estatal Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, dado que en su estructura regulada en el RD 122/2015 de 27 de febrero, no se prevén órganos de participación, consejos asesores o entidades de índole similar, que permitirían algún tipo de intervención de las organizaciones sindicales para la mejora de las condiciones de trabajo o para ejercer tareas de vigilancia en esa materia. Asimismo, la existencia de órganos de participación institucional en las dos administraciones competentes permitiría una estrategia concertada de los sindicatos en toda España, lo que sin duda aumentaría la eficacia de esta intervención.

4.4. El papel de las empresas colaboradoras del exterior y de los representantes de sus trabajadores

Otro vector de acción sindical que no podemos dejar de lado es el que deriva del destacado papel que representan las denominadas empresas colaboradoras del exterior, a las que se refiere el DRLP. Así, de conformidad con el artículo 11.5 del Decreto, cuando "(...) el trabajo se organice en colaboración con personas físicas o jurídicas del exterior, éstas vendrán obligadas a asegurar que se cumplan

⁶⁵ Esa circunstancia, que debería poner en guardia a las organizaciones empresariales, ha sido expresada por un representante de la Asociación Andaluza Pro Derechos Humanos, Valentín Aguilar, "El proceso tiene un punto perverso ya que puede darse el caso de que una misma empresa tenga a trabajadores dentro de prisión haciendo el trabajo por un tercio del salario por el que lo haría fuera". Se trata de una opinión recogida en el artículo publicado por el diario El Mundo "Así trabajan los presos en las cárceles españolas", de 25 de junio de 2015. Se ha consultado la versión digital del artículo, accesible en <https://www.elmundo.es/espana/2015/06/25/557e901722601d29518b4570.html>, (consulta realizada el 10 de abril de 2019).

las obligaciones, de evaluación de riesgos y planificación de su prevención en el trabajo, de formación preventiva y de cumplimiento de las medidas preventivas que correspondan en función de la actividad desarrollada, de acuerdo con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Asimismo, estarán obligadas a respetar la intimidad y dignidad del interno trabajador, a conservar adecuadamente las instalaciones que ocupe, a colaborar con el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente en cuantos aspectos e informaciones le sean requeridas y, en general, a cumplir los compromisos acordados en el acuerdo de colaboración suscrito por ambas partes”. Todo ello sin olvidar que el Reglamento penitenciario mantiene bajo la responsabilidad de la administración laboral penitenciaria importantes atribuciones, y sin perder de vista que formalmente, esa administración va a mantener su condición de empleadora en la relación laboral especial (art. 11.2 DRLP).

Nos hallamos ante una colaboración “intensa” y de gran importancia para la garantía del derecho al trabajo de los internos porque la provisión de puestos de trabajo no es desdeñable⁶⁶. Asimismo, tal “colaboración” comporta una importante implicación de las empresas del exterior en la actividad lo que se deduce del propio Decreto regulador de la relación especial pero también de las pautas que el efecto tiene publicada la entidad TPFE⁶⁷. De hecho, la organización penitenciaria aporta los locales y la mano de obra, mientras que la empresa del exterior se encarga de organizar y dirigir la actividad⁶⁸, lo que en una perspectiva jurídico-laboral no es un fenómeno fácil de calificar, especialmente cuando a la organización y dirección reales de la actividad se añade la aportación de maquntaria, equipos, útiles y herramientas por parte de las empresas colaboradoras. Por lo tanto, podríamos afirmar que según los términos del acuerdo, nos hallaremos ante una cesión impropia o sin desplazamiento de trabajadores de la cedente a la cesionaria, porque los internos/trabajadores son cedidos en bloque, si bien en lugar de desplazarse a desarrollar actividad en la empresa “cesionaria”, será esta última la que desplaza

⁶⁶ El artículo del diario El Mundo “Así trabajan los presos...”, cit., manejando datos de la entidad TPFE de 2015, apunta a que había 9158 personas trabajando en talleres de producción propia y 2960 personas trabajando para empresas externas. Ahora bien, el potencial para empresas externas era muy alto porque había 12.500 trabajadores en plantilla pero espacio e instalaciones para llegar a 20.000 trabajadores.

⁶⁷ Se trata del documento de la entidad TPFE: *Condiciones generales de colaboración entre el organismo autónomo trabajo y penitenciario y formación para el empleo y empresas y entidades privadas en la gestión de talleres productivos*, TPFE, documento fotocopiado sin fecha, consultable en: http://oatpfe.es/docs/repositorio/es_ES/empresas/condiciones.pdf (consultado el 7 de mayo de 2019).

⁶⁸ TPFE: *Condiciones generales...* cit., pág. 2 se señala que en la Memoria de colaboración entre empresas y la entidad TPFE deberá hacerse constar el “Personal laboral propio que aportará en concepto de monitor, coordinador o figura asimilada para dirigir y controlar la actividad”. Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, ob. cit., pág 199, subraya cómo en este esquema, se atribuye a una persona ajena a la relación laboral, facultades de dirección y organización.

su actividad productiva al centro penitenciario⁶⁹, salvo alguna llamativa excepción que no encaja, al menos formalmente, en el modelo de la norma⁷⁰.

Alternativamente, intentando abrir espacios para la intervención colectiva cabría plantearse si esta colaboración entre empresas del exterior y los talleres penitenciarios podría ser asimilable a la contrata, y más en concreto a la contrata de propia actividad. En este sentido, una primera impresión lleva a pensar que entre las empresas colaboradoras y los talleres penitenciarios no existe en sentido formal una contrata, sino un contrato de suministro⁷¹, aunque tampoco estamos hablando de un contrato de suministro al uso⁷². En cualquier caso el DRLP establece que la responsabilidad en materia preventiva recae en la empresa colaboradora y, por lo tanto, las condiciones de ejecución -e incluso la organización y la dirección de la actividad- son una cuestión que atañe principalmente a las empresas del exterior, por lo que lo razonable sería la asimilación de los contratos de suministro a contrata del artículo 42 TRLET a los efectos de la intervención colectiva.

A ello cabe añadir que las empresas colaboradoras son con frecuencia medianas y grandes empresas que contratan con el CIRE y/o con la entidad TPFE para que sean proveedoras, a precios de mano de obra imbatibles y con buen rendimiento de los trabajadores implicados. Todo ello debería activar al menos dos resortes en perspectiva de una mayor protección de todos los empleados/penados del CIRE y de la entidad TPFE, especialmente de los que trabajen para atender encargos de las empresas del exterior. Las vías de intervención sindical sugeridas son: la del papel de los representantes de los trabajadores de la empresa exterior a

⁶⁹ No en vano Soler Arrébola, J.A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, ob. cit., págs. 202-203, ha sugerido otras vías de articulación de estas relaciones jurídicas, lo que pasaría por la posibilidad de contratación directa entre las empresas colaboradoras y los trabajadores penitenciarios.

⁷⁰ A este respecto, en la localidad de Raïmat (Lleida) existe un taller penitenciario fuera de las instalaciones de la cárcel de Ponent (Lleida), aunque el taller esté adscrito a este centro penitenciario. Se trata de una experiencia singular en este sentido. Por lo demás, también desplazan actividad a ese centro empresas “colaboradoras” del exterior. Pueden verse datos de la experiencia en la noticia de La Vanguardia de 25 de julio de 2013: “*El CIRE de Lleida donarà feina a 20 reclusos més gràcies al conveni signat amb l’empresa ALTE per doblar la producció*” Noticia disponible en <https://www.la-vanguardia.com/local/lleida/20130725/54378856108/el-cire-de-lleida-donara-feina-a-20-reclusos-mes-gracies-al-conveni-signat-amb-l-empresa-alte-per.html> (consultado el 22 de mayo de 2019). El auge del taller y la insuficiencia de trabajadores en el centro penitenciario de Lleida (Ponent) está llevando a desplazar presos de otras cárceles de Cataluña al centro de Ponent. Puede leerse la noticia *Reclusos de tot Catalunya es traslladen a la presó de Ponent per fabricar palets*, accesible en: https://cadenaser.com/emisora/2016/07/11/radio_lleida/1468254110_017458.html (consultada el 1 de julio de 2019).

⁷¹ Gala Durán, C.: “Subcontratación de obras y servicios” en AA.VV.: Del Rey Guanter, S. (Director); Agote Eguizábal, R.; Gala Durán, C y Luque Parra, M. (Coordinadores): *Estatuto de los trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2013, pág. 940, recuerda cómo se han incrementado las figuras cuya calificación jurídica puede ser compleja. La autora pone como ejemplo determinadas formas de trabajo *just in time* y ciertos contratos de suministro combinados con la prestación de una determinada actividad laboral por parte de los trabajadores del subministrador. En nuestro caso, ya se ha apuntado que algunos trabajadores de la colaboradora organizan y dirigen la actividad en los talleres penitenciarios.

⁷² López Gandía, J.: *Las relaciones laborales especiales*, ob. cit., pág. 68 ha subrayado también la proximidad a la contrata.

través del a] artículo 42 TRLET y/o a través de su conexión con las centrales y b] la del seguimiento sindical de la responsabilidad social empresarial.

4.4.1. Posibilidades de intervención directa de los representantes de las empresas colaboradoras del exterior

En primer lugar, cabe reflexionar a propósito del papel a desempeñar por parte de los representantes de los trabajadores -unitarios y/o sindicales- de las “empresas colaboradoras” del exterior, en el seguimiento de los estándares de condiciones de trabajo de los trabajadores de talleres penitenciarios. Cabe señalar que efectivamente los trabajos no son desempeñados en las instalaciones de la empresa colaboradora, razón por la cual no cabría activar la facultad de representación del comité de empresa de la principal, previsto en el artículo 46.6 TRLET a fin de que los trabajadores de los talleres penitenciarios les puedan formular cuestiones relativas a las condiciones de ejecución laboral. Para ello, en sentido estricto sería necesario que los trabajadores fuesen desplazados a los locales de la colaboradora, lo que no es el caso -y tampoco sería suficiente, dada la exclusión general de la aplicación del TRLET en base al artículo 1.4 DRLP⁷³-, aunque como veremos existen argumentos para abordar alguna reforma que facilite esta intervención, dada la ambigüedad de la figura. De este modo, cabría sugerir dos vías de actuación:

–De un lado, *de lege ferenda* la posibilidad de que los representantes de los trabajadores de las empresas del exterior pudiesen recibir peticiones de los trabajadores de los talleres penitenciarios en lo referente a las condiciones de ejecución de la actividad, en base a una aplicación “extensa” del artículo 42 TRLET. Lo que a su vez, debería de generar el derecho de esos representantes a acceder a los talleres penitenciarios, del mismo modo que en Cataluña se permite dicho acceso a los representantes de los sindicatos en el Consejo Asesor del CIRE. En conexión con lo anterior, se ha de advertir que la normariva preventiva general sí es de aplicación a la relación laboral especial, ya que el artículo 11.4 DRLP prevé que “La actividad desarrollada en los talleres penitenciarios estará sometida a la normativa correspondiente en materia de prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de las adaptaciones que fueren necesarias en función de las especificidades del medio penitenciario”. Por lo tanto, dado que la actividad se desempeña en una instalación penitenciaria, sería conveniente apoyar la intervención de los Delegados de prevención de la colaboradora. Y es que en tales supuestos nos vamos a hallar ante situaciones de coordinación de actividades empresariales del artículo 24.1 de la

⁷³ Cabe señalar que de acuerdo con el DRLP solamente serán aplicables a la relación laboral penitenciaria los preceptos del TRLET que cuenten con remisión expresa.

- LPRL, considerando que en un mismo centro de trabajo desarrollarán actividad “trabajadores de dos o más empresas”, lo que va a exigir la información a los trabajadores concernidos y a los representantes de los trabajadores (art. 18.1 LPRL), circunstancia que implica a las claras la necesidad de informar, al menos, a los Delegados de prevención de la “empresa colaboradora”⁷⁴.
- Mucho más prácticas se me antojan las posibilidades que otorgan los derechos de información pasiva de los representantes de los trabajadores de la empresa colaboradora, del artículo 64.2 c] TRLET. Como es sabido, este precepto establece el derecho a recibir información trimestralmente sobre los supuestos de subcontratación. Por lo tanto, y sin perjuicio de la ambigüedad de la colaboración de empresas con instituciones penitenciarias, cabría asimilar dicha actividad a la contrata⁷⁵, de manera que las “colaboraciones” con la administración laboral penitenciaria deberían ser objeto de información puntual y transparente. Más allá de otras finalidades clave⁷⁶, estos datos son importantes de cara a que los representantes en la empresa faciliten información puntual a los sindicatos⁷⁷, pero también para los representantes de los trabajadores de las empresas que estén al inicio de la cadena⁷⁸, que a su vez permita dibujar un mapa de contrataciones existentes entre empresas del ex-

⁷⁴ Evidentemente, los problemas aparecen al intentar identificar a los representantes de los trabajadores de los talleres penitenciarios, ya que estos brillan por su ausencia. Por lo tanto, podemos concluir que no los hay, o bien cabría plantearse recurrir a la intervención de los órganos de participación de los funcionarios del centro penitenciario o bien al órgano de representación de los empleados del CIRE o de la entidad TPFE. Aunque ambas posibilidades parecen forzadas. En todo caso, más allá de lo previsto en el artículo 24 LPRL y concordantes, puede verse también el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, de coordinación empresarial en materia preventiva.

⁷⁵ Máxime teniendo en cuenta que el alcance de esta información incluye a las contratas que no sean de propia actividad, como señala Preciado Domènech, C.H.: *Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores*, Albacete, Bomarzo, 2012, pág. 53. Por su parte Romeral Hernández, J.: *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETT y contratas*, Madrid, Dykinson, 2006, pág. 97 apunta a que lo más razonable es interpretar que la información procede siempre que el empresario recurra a una empresa externa.

⁷⁶ Romeral Hernández, J.: *Efectos de la descentralización...*, ob. cit., pág. 97, remarca la importancia de esta información de cara a controlar la incidencia de la externalización en el volumen de empleo de la empresa. Esta circunstancia es de especial interés en nuestro caso porque carga de legitimidad al comité de empresa y a los delegados sindicales para obtener información al respecto, más allá de que su capacidad de incidencia en lo que suceda en los talleres penitenciarios sea muy limitada.

⁷⁷ En este sentido, Preciado Domènech, C.H.: *Derechos de información...* ob. cit., pág. 53 centra los objetivos de la información en la posibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan velar por el cumplimiento de la normativa laboral o preventiva. Y lo cierto es que su capacidad de influencia puede ser directa –lo que dependerá de la receptividad de su empresa- ejerciendo presión para que las condiciones salariales o preventivas mejoren-, como indirecta, potenciando una intervención de sindicatos de sector o confederaciones, facilitando información, como se señala en el texto principal. Otro tanto puede decirse de la información que se podría transmitir a los representantes de los trabajadores de la empresa en origen de la cadena, para poder actuar a nivel de RSE.

⁷⁸ A este respecto, los derechos de información del artículo 64.2 c] TRLET deberían intepretarse de modo compatible con el espíritu de artículo 42.4 TRLET de modo que cuando la contratista establezca un subcontrata con el CIRE o la entidad TPFE, los representantes de la empresa principal que se encuentra al inicio de la cadena deberían acceder también a esta información mediante, por ejemplo, documentación facilitada por la empresa principal y transmitida a esta última por la contratista.

terior y la entidad TPFE y el CIRE. Téngase en cuenta que la opacidad es uno de los hándicaps que acompañan al trabajo penitenciario, siendo importante potenciar toda vía de información al respecto para engrasar la intervención sindical más arriba señalada. Asimismo, como se vera, esta información puede servir para activar los resortes de la responsabilidad social empresarial.

4.4.2. Responsabilidad social en cadena de contratación e intervención sindical indirecta

En perspectiva empresarial, creo que deberían de activarse algunas precauciones desde la responsabilidad social empresarial en cadena de contratación, teniendo en cuenta que los códigos de conducta que algunas de las empresas que recurren directa o indirectamente al trabajo en prisión, se proyectan sobre la cadena de suministros⁷⁹, lo que debería llevar a estas empresas a mantener una preocupación -y una sincera apuesta, con sus costes añadidos- por la mejora de condiciones de trabajo de los empleados de talleres penitenciaros⁸⁰. A mi juicio, la responsabilidad en cadena de contratación no ha de limitarse necesariamente a los proveedores que desarrollan su actividad fuera de España, sino que debería poner también el foco sobre los proveedores internos. Ahora bien, en este caso se trata de una RSE en cadena más sutil, porque no se trata preferentemente de controlar el cumplimiento de la legalidad -lo que en el terreno de los talleres penitenciaros parecería fácil,

⁷⁹ Ese es el caso del Código de conducta de SEAT, que expresa esa inquietud en su apartado de Derechos Humanos (pág. 11) inquietud que también deberá inspirar a las proveedoras de servicios. Asimismo, el código ético de El Corte Inglés (2017) efectúa una llamada a la colaboración en cadena con que respete la dignidad de las personas y los derechos humanos (apartado 2.3). Otro tanto puede decirse del VI CC del Grupo Eroski (BOE de 26 de febrero de 2018) en cuyo artículo 63 la empresa se manifiesta en favor de un compromiso social en diversos ámbitos, entre los que destaca la cadena de contratación. Por su parte el Código Ético del *Groupe Renault* (2019) prevé en su apartado séptimo, que la empresa comprobará que sus proveedores respetan los derechos sociales fundamentales y la política de prevención de riesgos profesionales. Obsérvese cómo al parecer, varias de estas empresas han establecido colaboraciones directas o indirectas, a través de subcontratistas, con los talleres penitenciaros, como se constata en la siguiente nota.

⁸⁰ A este respecto, a falta de datos fiables dada la opacidad en este terreno, la consulta de algunos artículos publicados en la red sugiere que las grandes firmas de la automoción, entre otras, contratan indirectamente suministros a talleres penitenciaros. En este sentido, el artículo publicado en la revista *Atlántica XXI*, *Revista Asturiana de Información y Pensamiento*, núm. 34, septiembre de 2014 “El negocio oculto de las cárceles españolas”, accesible en, <https://www.atlanticaxxii.com/el-negocio-oculto-de-las-carceles-espanolas/> (consultado el 4 de abril de 2019), señala entre otras a SEAT, Volvo, Renault, Citroën o a Supermercados Eroski. Casellas Ramón, A.: *Un reflejo de la Sociedad*, ob. cit., pág. 337, incluye a El Corte Inglés entre las empresas que mantienen una relación de cadena con los talleres de la administración laboral penitenciaria. El artículo del diario *La Vanguardia*: “*El CIRE de Lleida donarà feina...*” cit. señala a empresas auxiliares en la cadena de producción de material ferroviario como es el caso de la empresa ALTE, lo que potencialmente implicaría a RENFE y a otros operadores ferroviarios. Finalmente, la noticia publicada en el *El Diario.es*: “120 empresas emplean a miles de presos sin apenas derecho laborales”, 16 de abril de 2017, accesible en https://www.eldiario.es/economia/presos-derechos-laborales_0_632037038.html, ofrece un amplio listado de empresas que contratan con la entidad TPFE.

dado que los estándares son muy bajos- sino de velar por mejorar la calidad en el empleo. En este sentido, creo que en el terreno de la colaboración con los talleres penitenciarios, la filosofía debe ser la seguida por la RSE en el ámbito de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: impulsar una mejora de las condiciones de trabajo, no alentar su degradación.

A título de ejemplo, a pesar de lo que parece deducirse del DRLP, los módulos retributivos varían según la actividad, pedido, etc, de modo que las empresas colaboradoras pactarán un precio específico con la administración laboral penitenciaria, un precio o coste que debería repercutir sobre los salarios⁸¹. En estos casos, las empresas colaboradoras, bajo la presión y el apoyo de las empresas que están al inicio de la cadena de contratación⁸² -deberían mostrar especial sensibilidad-, ya que los encargos efectuados a talleres penitenciarios pueden constituir una manifestación de responsabilidad social empresarial al optar por una “compra social”⁸³, más allá de que al parecer las empresas implicadas en la cadena no muestren entusiasmo por la publicidad de su opción⁸⁴; seguramente porque las cárceles mantienen un peso de estigma que puede perjudicar la imagen de esas empresas ante un determinado tipo de público; pero también por mala conciencia ante un lucro poco estético.

No me extenderé en la cuestión de la RSE porque no integra la temática central de este trabajo, aunque está relacionada con la acción sindical en sentido amplio. Así, algunos Convenios Colectivos y acuerdos están llamando de un modo creciente a la participación sindical en materia de responsabilidad social empresarial⁸⁵, de

⁸¹ El documento TPFE: *Condiciones generales...* cit., pág. 2, señala que en los acuerdos se hará constar la “Oferta económica valorando en su conjunto la actividad productiva, mano de obra y demás conceptos vinculados”.

⁸² Téngase en cuenta que con frecuencia las empresas colaboradoras que contratan directamente con el CIRE o con la entidad TPFE no son las grandes empresas que están al inicio de la cadena de contratación, aunque podrían serlo. En el caso de la automoción, de la información disponible es evidente que quien contrata con la administración penitenciaria son las empresas auxiliares. Así se refleja claramente en el artículo publicado en el Diario .es “120 empresas emplean a miles de presos sin apenas derecho laborales”, 16 de abril de 2017, consultable en https://www.eldiario.es/economia/presos-derechos-laborales_0_632037038.html (consultado el 25 de mayo de 2019).

⁸³ Opinión compartida por el responsable del CIRE expresada en Vía Empresa: “Empresas en la prisión...” cit.

⁸⁴ El Diario .es: “120 empresas emplean a miles de presos sin apenas derecho laborales”, cit., señala las dificultades de este medio para obtener información de las empresas colaboradoras con la entidades estatal TPFE.

⁸⁵ Este es el caso del artículo 8.2 del XXV Convenio del Sector de Banca que apela a la más estrecha colaboración con los sindicatos en este terreno, aunque nada se señala sobre la cadena de contratación ya que el contenido de la cláusula se centra en aspectos de gestión de las entidades y del crédito. Por su parte, el Convenio Colectivo del Sector del Calzado (vigencia 2019-2021, BOE 9 de julio de 2019) establece la obligación de consulta de los representantes en el proceso de elaboración de códigos de conducta (disposición adicional segunda). Más interesante en materia de cadena de contratación es el artículo 16 del XIX Convenio de la Industria Química (BOE de 8 de agosto de 2018), donde se muestra un claro interés en la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral en cadena de contratación (art. 16) y donde quizás no encajaría el esquema de “empresa colaboradora”. Por su parte el artículo 44 del Convenio del Grupo PSA (Citröen), con vigencia 2016-2019, contiene un compromiso general de participación de los sindicatos en materia de RSE. Para una visión general sobre la interacción entre

modo que este interés y está llamada de los Convenios Colectivos debería poner en guardia a los representantes de los trabajadores -especialmente de las empresas que están en el origen de la cadena, que son marcas con preocupación por su reputación- a la hora de presionar e incentivar a las empresas de la cadena, especialmente a las que contratan directamente con la administración laboral penitenciaria, para que se vele por una mejora de condiciones⁸⁶, especialmente en lo que concierne a la determinación del módulo salarial de la actividad de colaboración. En este sentido, los derechos de información en materia de subcontratación deberían de servir para que los representantes de la empresa en el origen de la cadena recuerden al empleador la obligación de velar por unas condiciones dignas -especialmente en materia retributiva y preventiva- en el ámbito de los encargos que se formalicen, directamente o de forma interpuesta, con la administración laboral penitenciaria.

De este modo, la preocupación por la calidad en el empleo en la cadena de suministros inspirada en la responsabilidad social empresarial no puede restringirse a los contratos ejecutados en países terceros, sino que debe extenderse por razones obvias a los encargos concertados para ser ejecutados en territorio español en ámbitos sin presencia sindical o con presencia testimonial de la misma, como es el caso de los talleres penitenciarios.

A lo anterior es imprescindible añadir dos consideraciones importantes relacionadas con la viabilidad de la propuesta. De un lado, sería necesaria la convicción compartida por parte de las organizaciones sindicales más representativas, de su responsabilidad en un ámbito especialmene problemático. Al éxito de esta intervención podría contribuir el hecho de que en la cadena de contratación suelen participar empresas de cierta dimensión, con órganos de representación susceptibles de intervenir y de obtener información. En esta línea, sería importante un cambio normativo que alimente un mayor protagonismo sindical a través de la participación institucional en todas las entidades laborales penitenciarias (CIRE y entidad TPFE) y/o mediante la consideración del sindicato como entidad de colaboración penitenciaria. Ahora bien, sin un apreciable grado de determinación y de responsabilidad por parte de las centrales sindicales, las cosas van a continuar como hasta ahora

De otro lado, cabe suponer que una intervención en la cadena de contratación podría retraer el interés de las empresas en contratar con la administración penitenciaria, lo que a a postre podría dar lugar a una caída o a un estancamiento en el volumen de puestos de trabajo. Ciertamente, ese es un riesgo latente si se

negociación colectiva y RSE puede verse Valdés Alonso, A.: *Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 245 y ss.

⁸⁶ Como señala Sanguinety Raymond, W.: “Globalización y regulación colectiva de las condiciones de trabajo: los derechos básicos de los trabajadores en sectores deslocalizados” en Escudero Rodríguez, R.: *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Madrid, CINCA/CCOO, 2008, pág. 459, la implicación sindical constituye un rasgo esencial de cualquier iniciativa de responsabilidad social que se precie.

insiste en la mejora de las retribuciones de los trabajadores/internos vinculados a contrataciones con empresas del exterior. Por lo tanto, se trata de poner en marcha una estrategia en la que debe combinarse la transparencia con la implicación socialmente responsable de las empresas que se encuentran en el origen de la cadena de suministro, porque al fin y al cabo es fácil concluir que los estándares salariales de nuestras cárceles no encajan en la noción de trabajo decente. A ello podría ayudar la intervención de las organizaciones empresariales presentes en los órganos de participación institucional (CIRE de Cataluña) o que suscriban convenios con la administración penitenciaria⁸⁷. Aunque no sea fácil e incluso pueda parecer una ingenuidad, se trata de lograr un resultado que se ha alcanzado en el ámbito de la cadena de contratación de algunas administraciones públicas: reducir el lucro empresarial a través de una cierta traslación del mismo a la mejora de las condiciones de trabajo.

5. CONCLUSIONES

El diseño de la relación laboral especial penitenciaria –justificada por su vinculación al tratamiento penitenciario y por el entorno donde se lleva a cabo la actividad– genera evidentes dosis de precariedad laboral, que se agravan ante la opacidad del medio penitenciario y la falta de espacios para una intervención colectiva –sindical o unitaria– que sirva de contrapeso a las amplísimas atribuciones de las entidades empleadoras. La colaboración de algunas empresas del exterior con los talleres penitenciarios suscita cuestiones adicionales y genera efectos perversos más allá de que pueden facilitar una intervención sindical externa.

El planteamiento del RD 782/2001 de 6 de julio (DRLP) invisibiliza casi al completo los derechos colectivos de los trabajadores de talleres penitenciarios. La nula previsión respecto a la constitución de órganos unitarios, es levemente matizada por la referencia del DRLP a modestas posibilidades de participación y de negociación que en la práctica permanecen desactivadas. Respecto a la negociación colectiva y a la huelga, el espeso silencio de la normativa, acompañado de alguna pista que apunta a su prohibición, sugieren que el redactor del DRLP y del Reglamento Penitenciario pretenden suprimirlas en este ámbito. La cuestión es si puede prohibirse el ejercicio de derechos constitucionales mediante referencias indirectas en disposiciones reglamentarias; todo ello sin perjuicio de las dificul-

⁸⁷ La página web de la entidad TFPF da interesante información respecto a los contactos con organizaciones empresariales “cuyo objeto es que éstas colaboren en la difusión de las posibilidades de realización de actividades productivas en los talleres penitenciarios y, en su caso, en la canalización de las iniciativas de empresas interesadas en su gestión, al que se adhieren mediante protocolos de adhesión donde se fijan las condiciones concretas con las empresas interesadas”. Pueden verse más datos sobre esta cuestión en: http://oatpfe.es/seccion=1181&idioma=es_ES (consultada el 27 de julio de 2019)

tades que el entorno penitenciario genera en el ejercicio de los derechos de huelga y de negociación colectiva. En este contexto, sería más simple y más coherente activar y regular alguna modesta estructura de participación unitaria, en la línea de lo propuesto en su día por el Consejo Económico y Social, opción que tampoco se ha tomado.

Por otra parte, considero que hay pocos argumentos para negar el derecho de los internos/trabajadores a la afiliación sindical, dada la contundencia del reconocimiento del derecho en la LOLS y, sobre todo, en la normativa internacional. Este derecho vendría acompañado del derecho a la fundación de sindicatos y a la constitución de secciones sindicales, que posibilitarían el ejercicio de los escasos derechos de participación reconocidos en el DRLP. Ahora bien, las exigencias de afiliación sindical en un entorno tan poco proclive, condicionan la puesta en marcha de las secciones o -incluso más- de sindicatos específicos.

Aunque tengan un peso menor, algunos derechos de acción sindical reconocidos en la LOLS pueden cobrar virtualidad ante la presencia de uno o más afiliados a una organización sindical en un determinado centro penitenciario. En tal caso, debería respetarse el derecho de los trabajadores a reunirse y a recibir información de su sindicato a través del correo postal. En lo que concierne a la distribución de información sindical, considero que las limitaciones ambulatorias y de disponibilidad de información sindical en formato papel, deberían llevar a facilitar tabloneros de anuncios a los trabajadores afiliados, así como a las secciones que puedan constituirse. Por lo demás, el derecho a la recaudación de cuotas carecería totalmente de sentido en un centro penitenciario.

Sin perjuicio de las posibilidades de ejercicio de derechos colectivos por parte de los internos, su virtualidad es bastante limitada en la práctica. Por ello, la intervención sindical externa puede constituir una valiosa herramienta de cara a la mejora de la tutela de los derechos de los trabajadores y en el logro de mayores niveles de transparencia.

La presencia sindical externa en los talleres penitenciarios debería potenciarse en primer lugar a través del derecho de acceso del representante provincial o supraprovincial del sindicato más representativo a los talleres de los centros penitenciarios (art. 9.2 c) LOLS). Para facilitar este acceso, así como el contacto con las plantillas y con los responsables de la “empleadora”, se propone que el mismo no esté condicionado a la presencia de trabajadores afiliados o a la existencia de actos colectivos convocados por los internos. Además, las centrales sindicales más representativas deberían contar con la condición de entidades de colaboración penitenciaria previstas en la LOGP, con el fin de reforzar la eficacia del artículo 9.1 c) LOLS o bien como vía alternativa que facilite el acceso y el contacto con los trabajadores/interinos. En segundo lugar, la participación institucional, allí donde está regulada (CIRE de Cataluña), constituye una valiosa vía de entrada sindical para obtener información e incidir en una mejora de las condiciones de trabajo

desde una perspectiva más general. Por ello, es muy importante que se modifique la normativa de la entidad TPFE a fin de que se regule la participación institucional en la entidad laboral penitenciaria del Estado.

Como complemento a estas dos vías principales de intervención sindical “externa”, se proponen dos estrategias adicionales. La primera, de carácter político-sindical, debería consistir en una dinámica de colaboración de las secciones sindicales de los empleados públicos de instituciones penitenciarias en funciones de denuncia y, particularmente, de información a las federaciones o sindicatos con los que estén vinculados, a propósito de las condiciones del trabajo de los reclusos en los talleres penitenciarios. Algunas experiencias demuestran que la tensión latente entre internos y funcionarios de prisiones no debe ser un obstáculo para esta colaboración.

La segunda, de alcance más jurídico, se centraría en las contrataciones que las empresas del exterior -las denominadas “empresas colaboradoras”- concertan con la administración laboral penitenciaria. Así, los representantes de los trabajadores de las empresas del exterior, deberían desempeñar algún papel en el control de las condiciones de ejecución de las contrataciones, especialmente en materia preventiva, a pesar de que la actividad se lleve a cabo en un taller productivo penitenciario. Asimismo, la información obtenida por los representantes de los trabajadores de las empresas del exterior -en toda la cadena de contratación-, debería articularse para potenciar la actividad sindical a nivel “de sector”, sin perjuicio de que debería servir también para que los representantes de los trabajadores de las empresas ubicadas al inicio de la cadena -normalmente, grandes organizaciones conocidas por el gran público y deseosas de salvaguardar su reputación- exijan el cumplimiento de estándares de trabajo decente fundamentados en criterios de responsabilidad social empresarial, y asuman también los costos de esta opción. Ciertamente, este planteamiento puede limitar el entusiasmo de las empresas colaboradoras a la hora de concertar contrataciones, por lo que sería necesario impulsar una mejora de las condiciones de trabajo a la luz de la responsabilidad social de las empresas que se encuentran al principio de la cadena de suministro.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Trabajar en prisión*, Barcelona, Icaria, 2007.
- Agut García, C.: *La sección sindical*, Albacete, Bomarzo, 2004
- APDHA (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía) *Trabajo en prisión. Guía práctica sobre los derechos laborales de las personas presas*, APDHA, 2005.
- Atlántica XXI, Revista Asturiana de Información y Pensamiento, núm. 34, septiembre de 2014 “El negocio oculto de las cárceles españolas”, accesible en <https://www.atlanticaxxii.com/el-negocio-oculto-de-las-carceles-espanolas/> (consultado el 4 de abril de 2019).

- Cadena Ser: *Reclusos de tot Catalunya es traslladen a la presó de Ponent per fabricar palets*, consultable en: https://cadenaser.com/emisora/2016/07/11/radio_lleida/1468254110_017458.html (consultada el 1 de julio de 2019).
- Casellas Ramón, A.: *Un reflejo de la Sociedad. Crónica de una experiencia en las cárceles de la democracia*, Barcelona, El Grillo Libertario, 2014.
- CES: *Dictamen 1/2001, Sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad*. Localizable en www.ces.es (consultado el 25 de junio de 2019).
- Cid Babarro, C.: *La representación sindical en la empresa*, Pamplona, Lex Nova-Thomson Reuters, 2014.
- El Diario .es: “120 empresas emplean a miles de presos sin apenas derecho laborales”, 16 de abril de 2017, accesible en https://www.eldiario.es/economia/presos-derechos-laborales_0_632037038.html (consultado el 25 de mayo de 2019).
- El Mundo: “Así trabajan los presos en las cárceles españolas”, de 25 de junio de 2015. versión digital del artículo, accesible en <https://www.elmundo.es/espana/2015/06/25/557e901722601d29518b4570.html>, (consultado el 10 de abril de 2019).
- Elías Ortega, A.: “Comentario sobre el mandato al Gobierno para una nueva regulación reglamentaria de la relación laboral de los penados”, ARANZADI SOCIAL, 1999/V, consultada en su versión electrónica accesible a través de la referencia BIB 1999/1818.
- Fernández Artiach, P.: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- “Los motivos de la especialidad de la relación laboral penitenciaria”, en Agustí Julià, J. y Pumar Beltran, N. (Coordinadores): *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- Fernández López, M.F.: “Sobre la representación sindical en la pequeñas y microempresas en el marco de la legislación española”, en AAVV.: *Representación y libertad sindical. Presente y futuro*. Madrid, Comisión Ejecutiva Confederal UGT, 2008.
- Gil Plana, J.: “Vicisitudes del trabajo penitenciario: suspensión y extinción”, *Revista Española De Derecho del Trabajo*, 150/2011.
- Institut Montaigne: *Travail en prison: préparer (vraiment) l'après*, Institut Montaigne, Paris, 2018, accesible en <https://www.institutmontaigne.org/publications/travail-en-prison-preparer-vraiment-lapres> (consultado el 5 de julio de 2019).
- La Vanguardia: “El CIRE de Lleida donarà feina a 20 reclusos més gràcies al conveni signat amb l'empresa ALTE per doblar la producció”, noticia publicada el 25 de julio de 2013, accesible en <https://www.lavanguardia.com/local/lleida/20130725/54378856108/el-cire-de-lleida-donara-feina-a-20-reclusos-mes-gracies-al-conveni-signat-amb-l-empresa-alte-per.html> (consultado el 22 de mayo de 2019).
- La Vanguardia: “El motín de 2002 en Quatre Camins se salda con penas mínimas para 16 expresos”, accesible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20180507/443352277241/el-motin-de-2002-en-quatre-camins-se-salda-con-penas-minimas-para-16-expresos.html> (consultado el 26 de julio de 2019)
- López Melero, M.: *Los derechos fundamentales de los reclusos*, Madrid, Edisofer, 2015

- Preciado Domènech, C.H.: *Derechos de información, audiencia, consulta y participación de los representantes de los trabajadores*, Albacete, Bomarzo, 2012.
- Recuperando memoria: “La otra memoria histórica. La huelga de Quatre Camins”, accesible en: <https://radiorecuperandomemoria.com/2017/02/17/la-otra-memoria-historica-la-huelga-de-quatre-camins/> (consultado el 26 de julio de 2019).
- Rodríguez Sánchez, R.: *La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales*, Tarragona, tesis doctoral inédita. Consultable a través del catálogo de la Universitat Rovira i Virgili, 2018.
- Romeral Hernández, J.: *Efectos de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas de trabajo: ETT y contratas*, Madrid, Dykinson, 2006.
- Sanguinety Raymond, W.: “Globalización y regulación colectiva de las condiciones de trabajo: los derechos básicos de los trabajadores en sectores deslocalizados” en Escudero Rodríguez, R. (Coordinador): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Madrid, CINCA/CCOO, 2008.
- Senado de la República Francesa, *Le travail des détenus*, 2002 (https://www.senat.fr/lc/lc104/lc104_mono.html, consultado el 5 de julio de 2019),
- Soler Arrébola, José A.: *La relación laboral especial penitenciaria*, Granada, Comares, 2000.
- Talp (órgano de expresión de la Sección Sindical de CCOO en el centro penitenciario Brians 2): “*El CIRE no reinsereix, es forra explotant els interns* (1 y 2), ejemplar fotocopiado.
- UGT: *Resoluciones 42 Congreso*, Madrid, UGT, 2016.
- Woolpert, S.: “Prisoners’ Unions, Inmate Militancy and Correctional Policymaking”, FEDERAL PROBATION 43/1978.
- Valdés Alonso, A.: *Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Via Empresa: “Empresas en la prisión: más allá de la RSC”, 18 de diciembre de 2018, accesible en https://www.viaempresa.cat/es/empresa/empresas-en-la-prision-mas-alla-de-la-rsc_205634_102.html (consultado el 27 de mayo de 2019).

FOMENTO DEL EMPLEO EN LOS “VIERNES SOCIALES”. A PROPÓSITO DEL RD-LEY 8/2910

ANTONIO COSTA REYES

T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO **Palabras Clave:** Política económica, salario mínimo, empleo y desigualdad económica

Tras la no aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019 hemos asistido a una continua actuación normativa en forma de “goteo” por parte del Ejecutivo que desde la disolución de las Cortes fue calificada como “*viernes sociales*” (...).

En el presente trabajo hacemos una valoración de las medidas de fomento del empleo recogidas esencialmente en el RD-Ley 8/2019, pero con referencia a las contempladas también en el RD-L 28/2018.

El planteamiento de nuestro estudio pretende el análisis de tales actuaciones en el marco de los diversos instrumentos y planes en materia de empleo existentes en nuestro país y a partir de las recomendaciones comunitarias al respecto. La conclusión que venimos a extraer podría resumirse en la frase “*mucho ruido y pocas nueces*”, ya que se echa en falta una actuación más coherente y profunda, evitando el efectismo y los lugares comunes que han evidenciado los errores e insuficiencias en una materia tan necesitada de una apuesta normativa novedosa y multifactorial.

ABSTRACT **Key Words:** Economic policy, minimum wage, employment and economic inequality

After the non-approval of the State General Budgets Act for 2019 we have witnessed a continuous regulatory action in the form of “drip” by the Executive that since the dissolution of the Courts was classified as “social Friday” (...).

In this paper we make an assessment of the employment promotion measures set out essentially in DR-Law 8/2019, but with reference to those also referred to in DR-L 28/2018.

The approach of our study is intended to analyse such actions within the framework of the various employment instruments and plans in our country and on the basis of Community recommendations on this issue. The conclusion we come to draw could be summed up in the phrase “a lot of noise and few nuts”, since a more coherent and profound action is lacking, avoiding the effectism and common places that have highlighted the errors and inadequacies in such a matter need a novel, multi-factor regulatory gamble.

ÍNDICE

1. ALGUNOS DATOS DEL CONTEXTO
2. MARCO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO: DE LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO A LOS PLANES DE EMPLEO, PASANDO POR EL PROGRAMA NACIONAL DE REFORMAS Y LAS RECOMENDACIONES COMUNITARIAS
3. EL FOMENTO DEL EMPLEO ¿HACIA UN CAMBIO DE TÁCTICA? ALGUNAS NOTAS INTRODUCIDAS EN EL RD-L 28/2018
 - 3.1. Flexibilidad de entrada: ¿fin de etapa?
 - 3.2. Fomento del emprendimiento, *rectius*, autoempleo
 - 3.3. Otras medidas: jubilación forzosa y garantía juvenil
4. EL FOMENTO DEL EMPLEO INDEFINIDO EN EL RD-L 8/2019
 - 4.1. Valoración de conjunto: sobre las ayudas económicas a la cotización (reducciones y bonificaciones)
 - 4.2. Medidas concretas para fomentar la contratación indefinida
 - 4.2.1. Plan de conversión de contratos temporales de trabajadores eventuales agrarios en contratos indefinidos
 - 4.2.2. Contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración
 - 4.2.3. Prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores vinculados al turismo
5. BIBLIOGRAFÍA

1. ALGUNOS DATOS DEL CONTEXTO

El RD-Ley 8/2019 que vamos a analizar contempla, como expresamente señala en su capítulo II, “diferentes medidas dirigidas a fomentar el empleo indefinido en determinados sectores de actividad y de personas desempleadas de larga duración”. Como tendremos oportunidad de analizar en más detalle, las medidas que recoge no parece que tengan una especial incidencia ni originalidad, al menos si las analizamos aisladamente. Sin embargo, y precisamente por ello, creo oportuno ponerlas en conexión con otras actuaciones en este ámbito del empleo que, desde el RD-L 28/2018 han ido produciéndose de manos del legislador-ejecutivo, especialmente en el periodo posterior a la disolución de las pasadas Cortes y que se han dado a recoger dentro de la conocida expresión “viernes sociales”.

Previamente a desgarnar las medidas que contemplan, es preciso mencionar algunos elementos de orden socio-laboral y económico que puedan situarnos en el contexto que vendría a justificar el instrumento normativo utilizado en todas esas intervenciones del ejecutivo. Por razones de extensión, simplemente mencionaremos, por un lado, las razones políticas esgrimidas; y por otro lado, algunos datos estadísticos del mercado de trabajo español, especialmente sobre los colectivos o sectores a los que van dirigidos las medidas.

Respecto a las primeras, la propia E.MM del RD-Ley 8/2019 (E.MM. I y IV), viene a justificarse en el contexto de la no aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado¹, y por tanto, la imposibilidad de llevar a cabo algunas de las medidas sociolaborales que el mismo contemplaba. Y junto a esa genérica causa, se añaden específicas razones de orden sociolaboral y económico. En resumen, y atendida la doctrina constitucional en la materia, no parece aventurado afirmar que no merecerán el reproche constitucional, al menos, en lo que respecta a la justificación exigida al Gobierno para quedar habilitado a hacer uso del mismo (art. 86 CE)².

Sin embargo, y pese a no ser objeto de este comentario la adecuación de este instrumento normativo para las medidas de fomento del empleo contempladas, si nos parece oportuno criticar en esta introducción la falta de una actuación normativa en materia de empleo con el rigor, el tiempo y la visión de conjunto que serían exigibles. Ciertamente, nos parece criticable al extremo la permanente yuxtaposición de medidas, algunas como veremos de sentido contrario y muchas con escasa conexión entre ellas; y que como ha demostrado la práctica, han carecido de la capacidad de incidir realmente en el empleo (ni cuantitativa ni cualitativamente, en términos de calidad). En nuestra opinión, y más allá de otros factores, ese pobre bagaje responde también a ese permanente aluvión de medias y reformas sin una idea clara y mantenida de lo que se pretende y de cuál sea el objetivo y a esa nefasta idea asentada en el ejecutivo legislador de que los cambios legales en el ámbito laboral, si no dan resultado en el corto plazo, es que no funcionan. En otras palabras, “la inestabilidad crónica de las normas sobre política de empleo y modalidades de contratación laboral (...) prueban la radical e innegable incapacidad de esas urgentes y fragmentarias normas reformadoras sucesivas para conseguir los fines que quieren alcanzar. En su reforma continua está el reconocimiento mismo de su fracaso”³.

Con todo, como pretendemos explicar más adelante, si observamos una variación en la perspectiva desde la que el fomento del empleo pretende operar entre este conjunto de RD-Ley que aquí comentaremos con respecto a la que venía guiando las actuaciones y reformas que en este ámbito se desarrolló desde 2010 y principalmente, 2012-2014.

En cuanto al contexto del mercado laboral en el que estas medidas de fomento tienen su origen, debemos destacar los correspondientes al último trimestre de 2018

¹ Al igual que ocurrió con el RD-Ley 28/2018 (E.MM. I y II)

² Muy crítico, en todo caso, con el uso de este instrumento normativo, Molina Navarrete, C., “¿‘Espíritu social’, ‘técnica maquiavélica’?: el ‘derecho’ que queda de las ‘leyes de viernes social’ al desvanecerse su ‘humo político’”; RTSS-EF, CEF, nº 433, 2019, págs. 6-7.

³ Casas Baamonde, M.E., Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III, 2012.

y el primero de 2019 (no obstante, también tendremos en cuenta los del segundo trimestre, al objeto de seguir la pretendida incidencia inmediata):

a) Desempleo juvenil⁴

Desde finales de 2018 se evidenciaban las mejoras en el mercado de empleo juvenil, tanto en lo que ha incremento de la tasa de actividad se refiere, como el descenso del desempleo. Sin embargo, se subraya la creciente pérdida de importancia de los contratos formativos (en prácticas y, sobre todo, para la formación y el aprendizaje), cuyo número es de por sí muy marginal. El dato negativo también les afecta en relación al trabajo autónomo, tendencia que empezó a evidenciarse desde 2017⁵.

b) Trabajo autónomo y pluriempleo

En términos absolutos puede subrayarse el crecimiento permanente de trabajo autónomo desde al menos 2014 (año en que se pondrán en marcha diversas medidas para favorecer el empleo autónomo, motivado en gran medida por la situación de crisis y el desplome que con desde el año 2008 venía aconteciendo)⁶. No obstante, en datos relativos, el empleo autónomo pierde importancia en el total, aspecto al que tendremos que añadir el hecho del incremento en más de 1 punto de las situaciones de pluriactividad (desde menos del 5% de los autónomos, a en torno al 6% en el primer trimestre de este año)⁷.

c) Parados de larga duración

En relación a este colectivo, si bien los datos apuntan a que representan un porcentaje menor en relación a la totalidad de desempleados en el caso español que en la UE28, ello se debe esencialmente a los altos niveles de desempleo que en general muestra nuestro país, pues el desempleo de larga duración en España duplica el de UE28⁸. Sin duda el colectivo más castigado es el de mayores de 45 años (quien

⁴ Para este apartado haremos usos de los diversos informes Jóvenes del MTSS, en particular, el Informe Jóvenes nº 19/Diciembre 2018 y el nº 20/Marzo 2019 (ambos en Estudios e Informes de Análisis del Mercado de Trabajo) y

⁵ CE, Informe España, 2019, pág. 57.

⁶ *Vid.* al respecto la evolución contemplada en los datos que trimestralmente ofrece el MTSS, Personas físicas trabajadoras por cuenta propia afiliadas a la Seguridad Social (en concreto, hemos analizado desde el primer trimestre de 2007 -cuando se alcanzaron los 2.214.660 autónomos- pasando por el primer año donde la cifra anual descende, en 2008 -con 2.091.733-, y cuyo peor resultado se da en 2013 -con 1.895.527-, y tras la aplicación de las medidas de fomento del trabajo autónomo, comienza una subida en 2014 que llega hasta el primer trimestre de 2019 -con 1.995.690 autónomos-).

⁷ Es importante subrayar el efecto que en tal incremento ha supuesto el régimen de ayudas a la pluriactividad previsto en la Ley 14/2013.

⁸ INE, Mujeres y hombres en España 2018 (1.9 Parados de larga duración (mayor o igual a 12 meses) según grupos de edad)

además también se ha visto muy afectado por la temporalidad), singularmente, “los que incluso antes de la crisis tenían ya una carrera laboral inestable”⁹.

d) Agricultura y turismo¹⁰

Cabe subrayar, por un lado, la importancia de ambos sectores en el conjunto de la contratación en nuestro país: el turístico dentro de los servicios¹¹, y el agrícola por su peso absoluto en volumen de contratos celebrados en relación a otros sectores (superando a la industria o al de la construcción). A finales de 2018, el sector de la agricultura destacaba ya por la importancia en la reducción en la cifra de paro con respecto al año anterior (-10,53 %, solo superado por la del de la construcción).

Pero dicho dato hay que ponerlo en relación con el altísimo nivel de temporalidad en la contratación anual que acontece en estos sectores: en torno al 90% en la hostelería, y más del 95% en la agricultura¹². En relación a este último sector, contrasta el importante número de contratos celebrados (superior como hemos señalado a otros sectores -duplicando en ocasiones a la construcción-), con el escaso número de ocupados, lo que refleja una alta rotación¹³.

2. MARCO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO: DE LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO A LOS PLANES DE EMPLEO, PASANDO POR EL PROGRAMA NACIONAL DE REFORMAS Y LAS RECOMENDACIONES COMUNITARIAS

Antes de entrar en las concretas medidas de fomento del empleo desgranadas por el anterior ejecutivo, principalmente en el RD-L 8/2019 y, en menor medida en el RD-Ley 28/2018, y precisamente para valorar con mayor rigor su oportunidad y coherencia, consideramos de interés conocer el marco general en el que aquéllas debieran insertarse, esto es, el correspondiente a la política de empleo diseñada y regulada hasta ese momento.

Como sabemos, la política de empleo se configura como espacio de la acción de los poderes públicos dirigida al mercado de trabajo. Es claro el sostén constitu-

⁹ Sobre su explicación, Bentolila/García-Pérez/Jansen, “El paro de larga duración de los mayores de 45 años”; Estudios sobre la Economía Española, 02/2018, págs. 7 y sgs.

¹⁰ Utilizaremos como referencia los Referentes de información del Mercado de Trabajo publicados por el SEPE, en concreto tanto el Anual 2018 y 2017 como los correspondientes a los meses de 2019 disponibles (hasta abril).

¹¹ De hecho, el PAPE 2019 (pág 6) lo reconoce como el principal sector en términos absolutos (con unos 399.500 empleos nuevos desde 2014)

¹² SEPE, Referentes de información del Mercado de Trabajo, Anual 2018.

¹³ Conforme a los datos del INE correspondientes al 1T de 2019 y 2018, en el campo se ocupan algo más de 830 mil, frente a los en torno a 2.700.000 de la industria y los 1,2 millones de la construcción.

cional a dicha actuación; y en este sentido, siquiera resumidamente, podemos destacar la genérica cláusula del Estado social (art. 1.1) y el objetivo de una intervención pública dirigida a la igualdad sustancial de individuos y grupos sociales (art. 9.2), cuya efectividad exige, en lo que aquí interesa, de la intervención (reguladora y de actuación) de los diversos poderes públicos para incidir en el *mercado de trabajo*, ya que las meras reglas de mercado y ciertas tendencias sociales y económicas sobre el mismo pueden excluir los principios y derechos que contemplan tales preceptos constitucionales. Junto a ellos, y a modo de concreciones de tales mandatos generales, encontramos en diversos pasajes del texto constitucional derechos y principios rectores que proporcionan apoyo a las intervenciones de los poderes públicos en el mercado de trabajo (*v.gr.* arts. 40 y 41 CE)¹⁴.

Como puede inferirse, el carácter transversal de las políticas de empleo implica un conjunto diverso de medidas y actuaciones de orden social, económico, formativo, organizativo, ... y por tanto, el mandato hecho a los poderes públicos lo es a los diversos entes territoriales para que, en ejercicio de las competencias que les son propias, incidan en el mercado de trabajo. A tal efecto y para garantizar una actuación coherente y coordinada de todos ellos contamos, como también sabemos, con un marco normativo e institucional específico en nuestro sistema de relaciones laborales, singularmente, el Real Decreto Legislativo 3/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE)¹⁵.

Como también es conocido (y al igual que acontecía en la original Ley Básica de Empleo 51/1980 y las posterior Ley 56/2003, de Empleo), la actual regulación se ocupa intensamente de las políticas activas de empleo (PAE), si bien, como corresponde a su carácter de Ley marco o básica, sin concreción de actuaciones. Así, en su Capítulo II del Título III se limita a conceptualizarlas y clasificarlas (arts. 36-39), pero también enumera los colectivos prioritarios destinatarios de los programas específicos de fomento del empleo (art. 30 LE).

En definitiva, las PAE son el conjunto de medidas y programas de orientación, empleo y formación dirigidas, en lo que a nosotros interesa, a favorecer la creación de empleo por cuenta propia o ajena. Obviamente, eso implica un importante abanico de programas y medidas a desarrollar: por un lado, medidas que se centran sobre la figura del trabajador (en la demanda de empleo), en aras a favorecer la contratación del trabajador haciéndola más atractiva para el empresario. Son ejemplos destacados desde la perspectiva del fomento del empleo aquellas que se centran bien en incentivos económicos a las empresas para favorecer la contratación de tra-

¹⁴ Sobre el tema, Cavas Martínez, F., "Política de empleo como responsabilidad de los poderes públicos: el objetivo del pleno empleo"; AA.VV. (Monereo/Márquez, Dirs.), *La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del Trabajo*; Temas Laborales-Monografías (nº 56), 2016, págs. 49 y sgs.

¹⁵ Una breve perspectiva de la evolución que ha llevado al actual texto legal, en Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M., "El texto refundido de la Ley de Empleo"; *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8/2015 (EDC 2015/1007549). En todo caso, el texto de 2015 ha sido objeto de varias modificaciones posteriores.

bajadores en el incentivo, o bien mediante intervenciones reguladoras que inciden sobre la normativa laboral (v.gr., en las modalidades contractuales -flexibilidad de entrada y estabilidad-, o la flexibilidad interna y de salida -facilitando el despido¹⁶).

En unas y otras son de destacar las medidas de carácter especial (*políticas selectivas*), es decir, aquellas que toman en cuenta las particularidades personales o sociales (v.gr. territoriales) que dificultan o agravan la inserción laboral de ciertos sujetos con mayor dificultad en el mercado laboral (colectivos vulnerables), al objeto de que las medidas llevadas a cabo permitan superar los concretos problemas/desventajas que estas personas (colectivos) manifiestan sobre el general, pues de otra forma (aplicando exclusivamente medidas generales), se ignorarían los obstáculos reales y concretos que como añadido tienen y que a la postre les impide un trato igual en el mercado (art. 9.2 CE). Se infiere así que la política de empleo, también en este ámbito, tiene un sentido reequilibrador de las disfunciones (personales, sociales, territoriales), propio de un Estado social (art. 1 CE), y encuentra clara conexión con la dignidad y desarrollo de la persona (art. 10 CE)¹⁷.

Siguiendo esta ya clásica clasificación¹⁸, encontramos, por otro lado, medidas que inciden sobre la figura del empresario (oferta de empleo). Se parte de la consideración de que la empresa es una vía de generación de trabajo, y de entre las diversas medidas, destacamos aquellas orientadas al fomento del autoempleo, no solo por incluirse como Eje de la Estrategia Española para la Activación del Empleo (art. 10.4, LE: Eje 5)¹⁹; sino por su interés para el Ejecutivo desde los inicios de su intervención con ocasión de la crisis, y ello pese a la escaso tratamiento que dicho Eje tuvo en la última EEAE 2014-2020 y entre cuyas medidas no se recogen expresamente las que mayormente se han llevado a cabo (bonificaciones o exenciones a la cuota y mejoras en la cobertura prestacional)²⁰.

Pues bien, y como acabamos de recordar, el carácter transversal de las políticas que inciden en el empleo y la conceptualización de este más allá del trabajo por cuenta ajena, supone que la intervención en materia de empleo puede desarrollarse

¹⁶ Una crítica a este último bloque como mecanismo de lucha contra la dualidad y la segmentación, en Valdés Dal-Ré, F., “La regulación del despido (1980-2012): debates y embates” (Editorial); Derecho de las Relaciones Laborales, 6/2015.

¹⁷ Sobre la constitucionalidad de tales medidas de *acción positiva*, vid. STC 269/1994, de 3 de octubre.

¹⁸ Sobre las mismas, García Murcia, J., “Enquadramiento del Derecho del Empleo en el ordenamiento jurídico: determinación de su ámbito material y relación con otros sectores normativos”; AA.VV. (Monereo/Márquez, Dirs.), La política y el Derecho del Empleo...; cit., págs. 268 y sgs.

¹⁹ En coherencia con la Orientación 5 de empleo (Impulsar la demanda de mano de obra, favoreciendo y fomentando “el espíritu emprendedor responsable y auténtico, y, en particular, el apoyo a la creación y el crecimiento de microempresas y pequeñas empresas”); Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo, de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DUE 05/09/2018; L 224/4).

²⁰ RD 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020.

a través de diversos títulos competenciales y por distintos sujetos territoriales. Este aspecto reclama que el desarrollo de las políticas de empleo debe de contar con unos adecuados niveles de coordinación, tanto en la identificación de los problemas (diagnóstico), como en las actuaciones a desarrollar.

Ciertamente, y como como requisito previo, es imprescindible una adecuada evaluación o diagnóstico de las necesidades y problemas que afectan a nuestro mercado de trabajo, al objeto de poder también diseñar e implementar adecuadamente las diversas medidas que se pretendan, en función de los objetivos de empleo planteados.

En este sentido, aunque no pretendemos aquí un análisis pormenorizado de los mecanismos e instrumentos que para una y otra cuestión existen, sí nos parece de interés apuntar lo que los mismos contemplaban (en especial, en relación al año 2019), al objeto de poder posteriormente analizar con mayor rigor la oportunidad de las medidas implementadas en el RD-L 8/2019 y algunas de las señaladas en el RD-L 28/2018.

Debemos comenzar por ello refiriéndonos al Plan Anual de Política de Empleo (PAPE) para 2019 (BOE 15/03/2019), en el que no solo subraya la positiva evolución del empleo y el desempleo, sino muy particularmente, que desde el inicio del llamado *periodo de recuperación* “se ha recuperado casi el 100 % del empleo indefinido perdido durante la crisis. Todo el empleo neto creado en la recuperación es a tiempo completo”. Pese a tal afirmación, no puede negarse, como señala en su marco u *objetivos estratégicos* (es decir, los de especial relevancia en un momento determinado y de carácter temporal), que el principal objetivo debe ser el de la “creación de empleo, con carácter inclusivo y de mayor calidad”, particularmente, en relación a jóvenes y parados de larga duración (y con una perspectiva de género)²¹. En concreto, y por lo que respecta al fomento del empleo, se plantea como medidas en relación a las personas desempleadas de larga duración y mayores de 45 años, la inmediata puesta en marcha de instrumentos como el Plan de Empleo para personas paradas de larga duración (concretados, como luego veremos, en el *Plan Reincorpora-T*)²². Y por lo que se refiere a los jóvenes, se prevén actuaciones que favorezcan la “formación dual y en alternancia con la actividad laboral que permitan al beneficiario adquirir competencias o mejorar su experiencia profesional, la creación de un marco de contratación laboral que dote de mayor calidad a las relaciones laborales (...) o las medidas destinadas a fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social” (todo ello se recoge en

²¹ Una crítica a las medidas que durante la crisis fomentaron una cultura empresarial en favor de la precariedad del empleo juvenil, Alemán Páez, F., “Las estrategias de empleo juvenil. Bases teóricas, políticas e institucionales”; Derecho de las Relaciones Laborales, 2/2015.

²² Recuérdese que, conforme al art. 2.d TRLE (y fruto de la reforma de la Ley 18/2014), se distinguió a los ‘parados de larga duración’ de los ‘mayores de 45 años’ como colectivos prioritarios diferentes ex art. 30.1 TRLE.

el Plan de choque por el Empleo Joven 2019-2021 y con ciertos cambios, en la Garantía Juvenil).

Por otro lado, y una vez más, se contempla dentro de los *objetivos estructurales* (como Eje 5.- Emprendimiento -art. 10.4, e) TRLE-), “el fomento del empleo autónomo y el emprendimiento y la eficacia en términos de inserción en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)”.

En segundo lugar, es preciso referirnos igualmente al posterior Programa Nacional de Reformas 2019²³, que abiertamente señala a la alta tasa de desempleo como el principal problema de nuestro mercado de trabajo, además de “una profunda segmentación entre trabajadores temporales e indefinidos, así como entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, en una alta rotación, en una falta de intensidad en el trabajo, y en una indiscutible brecha de género”. Es más, aventura que esta “dualidad responde a factores institucionales relacionados con la regulación del mercado de trabajo, y a factores económicos relacionados con el modelo productivo”; y para dar solución a ello, remite a una futura reforma del Estatuto de los trabajadores²⁴, en la que se incluirán, entre otras medidas laborales, cambios en la regulación de los mecanismo tanto de entrada como de salida: sobre los primeros, se anuncia -reiterada en otras ocasiones- la simplificación y reordenación del “menú de contratos de trabajo, con el objetivo de avanzar hacia tres fórmulas contractuales básicas -indefinido, temporal estructural y formativo-”; y respecto a las segundas, se abordará “la implantación gradual de un sistema de cuentas individuales de capitalización para la movilidad”.

Del mismo modo, el mencionado PNR 2019 reitera igualmente el diagnóstico en relación al problema que en términos de empleo y calidad afecta a jóvenes y parados de larga duración, y subraya como instrumentos para ordenar medidas que den solución a los mismos, respectivamente, tanto el *Plan de choque por el empleo joven 2019-2021* (BOE 08/12/2018), como el *Plan Reincorpora-T* (BOE 09/04/2019) -particularmente, respecto a los mayores de 45 años-. En relación al primero, y por lo que aquí interesa, parece centrar su actuación en materia de *contratación en alternancia* (Medias 24-26 y 31), singularmente y de un lado, a través del contrato para la formación y el aprendizaje, ya sea vía Talleres de Empleo o Casas de Oficio, ya sea sobre la base de convenios de colaboración con empresas de formación y pymes; o ya sea por vincularlo a la llamada formación profesional dual²⁵; y como complemento, de otro lado, a través de la elaboración de un estatuto de las *prácticas no laborales*, en aras a evitar el abuso y garantizar la

²³ Programa Nacional de Reformas, 2019, pág. 31

²⁴ Que, como sabemos, comienza con la creación de la ya clásica comisión o grupo de expertos, ex RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo

²⁵ Planteamiento que, como indicábamos, nos parece más acertado que el actual sistema de becas o prácticas, Costa Reyes, A., “El modelo español de Formación Profesional Dual”; RDS, 68/2015, especialmente, págs. 34-36.

formación (lo que da a entender que el RD 1543/2011 no lo ha servido de manera suficiente)²⁶. Pero junto ello, también con una reforma del contrato de relevo, que incluya la posibilidad de formación al relevado por parte del relevista. En relación a esto último, además de cuestionar la anunciada simplificación del señalado *menú de contratos*, parece no tener muy en cuenta que la amplia flexibilidad en esta modalidad hace probable que la funciones y horarios del relevista no coincidan con las de aquél (art. 12.7, c-d LET).

En otro orden de cosas (Medias 28 y 29), dicho *Plan de choque* anuncia el establecimiento de límites y controles, tanto en la contratación temporal como en el marco de incentivos y ayudas a la contratación y el emprendimiento. Y a tal efecto, afirma condicionar en el futuro los nuevos incentivos que puedan establecerse a una previa evaluación de su incidencia y, en todo caso, ajustados a la lógica de políticas selectivas, y por tanto, limitadas en el tiempo y destinadas especialmente a jóvenes con mayores problemas de inserción.

Finalmente, es de destacar el *Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020* (BOE de 28/07/2018), dirigido, en lo que aquí interesa, a luchar contra el abuso y el fraude en la utilización de la contratación temporal y la contratación a tiempo parcial²⁷. Al respecto, si bien debe subrayarse el esencial papel de la ITSS en el importante incremento de los datos de conversión de contratos indefinidos, de igual manera, debe recordarse que el mismo no parece suficiente para afrontar el problema de la temporalidad y la actitud empresarial en el abuso de la misma, como nos señalarán las instancias comunitarias, ni por volumen (pese a que como hemos indicado, es uno de los principales mecanismos de mejora del empleo indefinido) ni por eficacia disuasoria. Se comprenderá así que el propio Plan señale que “debe ponerse fin a la situación actual en la que las actuaciones inspectoras no llevan aparejada una sanción y solo dan lugar, la mayoría de las veces, a la conversión de los contratos temporales en indefinidos, porque ello puede conducir a prácticas

²⁶ No se trata de un problema específico de nuestro país, sino una consecuencia añadida a la actuación empresarial durante la crisis y, sobre todo, a su escasa diferenciación respecto al trabajo por cuenta ajena; una visión comparada, en Núñez-Cortés Contreras, P., “Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (I) Legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado”; *Temas Laborales*, 128/2015, págs. 52 y sgs. Una perspectiva de los diversos agentes, en Sanz de Miguel, P., “Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español”; *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Vol. 37 Núm. 1 (2019), especialmente, págs. 81 y 82.

²⁷ No debe olvidarse que hasta tiempos recientes esta modalidad de contratación a tiempo parcial se planteaba como una manifestación paradigmática de la flexiguridad, sin embargo, el tiempo ha terminado por confirmar los peores pronósticos de tal oxímoron, al fomentar en una lógica económico-empresarial tal contrato, “olvidando” implementar los mecanismos de tutela que evitasen la precarización (véase al respecto Ortiz Lallana, M.C., “El mercado laboral y las políticas sociales en Europa”; AA.VV., *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; MTIN, 2010). Una vez más (como ocurre con la contratación temporal de fomento), cual Penélope, volvemos a tener que desandar lo hecho, quien sabe si para volver a tejerlo en un breve plazo, cuando de nuevo las meras estadísticas sean lo importante; sobre este proceso de precariedad legal o normativa; Cabeza Pereiro, J., “La fuerza de trabajo y su segmentación, como condicionante socioeconómico de la regulación jurídica”; AA.VV. (Monereo/Márquez, Dirs.), *La política y el Derecho del Empleo...*; cit., págs.154 y sgs.

fraudulentas en determinadas empresas en materia de contratación temporal y desincentivar la realización de contratos indefinidos iniciales para cubrir necesidades permanentes de las empresas” (Apartado 5.4).

Por concluir este apartado de menciones, se hace preciso también referirnos a las exigencias y análisis que, desde el ámbito comunitario, se nos vienen realizando. Pero convendría igualmente no olvidar que, en dicho espacio, con especial rapidez con ocasión de la crisis económica, el empleo y las políticas orientadas a la mejora de la calidad del mismo quedaron de nuevo relegadas a las políticas economicistas, volviendo una vez más a considerar el empleo a un mero efecto de las medidas que incidan en la oferta y la demanda del mercado²⁸.

En todo caso, y como antecedentes, es importante recordar que la Comisión Europea viene detectando desde tiempo atrás los siguientes problemas en materia de empleo²⁹: el alto porcentaje de parados de larga duración (en 2017 y 2018 representaron más del 40% del total de desempleados), y de jóvenes que ni trabajan ni siguen estudios ni reciben formación («ninis») -con especial incidencia del desempleo en los escasamente cualificados-; la preocupante situación de los trabajadores desempleados maduros (mayores de 50 años) o de la escasa repercusión del trabajo por cuenta propia, sobre todo en la creación de puestos de trabajo adicionales³⁰; así como una peligrosa situación de segmentación, esencialmente perjudicial por implicar una excesiva contratación parcial involuntaria y una alta temporalidad (con contratos especialmente cortos, inferiores a 3 meses, y que no responden a la estructura productiva de nuestro país). Junto a ello, parece señalar algunas fortalezas y oportunidades en nuestro mercado laboral: por un lado, la importante incidencia que en la lucha contra el fraude en la contratación temporal está teniendo la intervención de la autoridad pública (particularmente, y como hemos señalado, a través de la Inspección de Trabajo); y por otro lado, el rápido descenso de la tasa de desempleo (fruto de las reformas del mercado de trabajo realizadas especialmente en 2010 y 2012, y que habría implicado la “moderación salarial” necesaria para esa mejora).

²⁸ Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo, de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DUE 05/09/2018; L 224/4). Recuérdese que tales orientaciones (que en principio están en consonancia con los principios del Pilar Europeo de derechos sociales de 2017), junto con la Recomendación (UE) 2015/1184 del Consejo, conforman las orientaciones integradas para la aplicación de la Estrategia Europa 2020.

Una crítica a este planteamiento, en Alfonso Mellado, C.L., “Estrategia Europea del Empleo”; AA.VV. (Monereo/Márquez, Dirs.), *La política y el Derecho del Empleo...*; cit., págs. 336 y sgs.

Sobre esta tendencia a la subordinación del trabajo a la economía, Monereo Pérez, J.L., “Organización de la política de empleo en la Constitución Española”; AA.VV. (Monereo/Márquez, Dirs.), *La política y el Derecho del Empleo...*; cit., págs. 92 y sgs.

²⁹ Comisión Europea, Informe específico de 2018 sobre España; SWD(2018) 207 final, págs. 43 y sgs. Previsión que, aunque con alguna moderación, vuelve a reiterarse, Comisión Europea, Informe sobre España 2019, de 27/02/2019, SWD(2019) 1008 final, págs. 50 y sgs. (en adelante, CE, Informe España 2019)

³⁰ Aunque la misma mejoró levemente, al parecer, gracias también a la prolongación de la *tarifa plana*; Comisión Europea, Informe sobre España 2019, pág. 57.

En esta línea, el propio Consejo de la Unión vino a confirmar tal radiografía, insistiendo en la necesidad de profundizar en medidas sobre el mercado de trabajo, ya que durante el presente año se prevé que sigamos a la cabeza de la UE en materia de desempleo y manteniéndose “una persistente atonía del mercado laboral”³¹. En concreto, viene a reclamar ciertas medidas en relación a los colectivos más castigados en materia de empleo: por un lado, favorecer la inserción laboral de los jóvenes, particularmente ante el interés que a tal objetivo supone la Garantía Juvenil, la cual debe coordinarse con la intervención de los servicios de empleo y una mayor implicación de las empresas³². Y, por otro lado, la necesidad de evitar cierta contratación laboral atípica³³, en concreto, la excesiva contratación temporal, debido a su perjudicial incidencia tanto en la productividad como en la posibilidad de transición a empleos estables y con derechos (particularmente, en aras a garantizar unos mínimos de suficiencia salarial -lo que también ocurre con la contratación a tiempo parcial-), y en esta línea, afea la escasa atención real a la excesiva temporalidad en la Administración Pública. Sobre la excesiva temporalidad y la poca incidencia en minorarla, el Consejo critica fuertemente el sistema español de incentivos, al no centrarse en el fomento de la contratación indefinida, de ahí que reclame una necesaria simplificación del mismo, y concluye subrayando que no parece ser suficiente para disuadir a los empresarios de acudir a la contratación temporal la importante labor llevada a cabo por la Inspección de Trabajo.

En definitiva, y a modo de conclusión-resumen, en el diagnóstico de los diversos instrumentos podemos encontrar ciertos elementos comunes: por un lado, la especial preocupación en relación a dos colectivos especialmente castigados en materia de empleo en nuestro país: jóvenes y parados de larga duración. Por otro lado, la temporalidad y los efectos que implican (tanto en la productividad y la economía, cuanto en los derechos de las personas trabajadoras), y en relación ello, la necesaria revisión del marco legal (ante la insuficiencia de otras medidas), como del peso y sentido de las ayudas económicas al empleo (bonificaciones, reducción a la cotización, etc.). Y por último, un necesario impulso al emprendimiento y el trabajo autónomo, tanto para mejorar sus datos cuantitativos como cualitativos (en términos de calidad y condiciones de trabajo)

³¹ Recomendaciones del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 y 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2018 y 2019 de España; respectivamente, de 13 de julio de 2018 (2018/C 320/08) COM(2018) 408/3; y de 5 de junio de 2019 COM(2019) 509 final.

³² Dicha medida vino a introducirse en la DA 120ª y 121ª Ley 6/2018, PGE 2018. No debe olvidarse que tal garantía pretende una “mejora estructural en la transición de la enseñanza al trabajo”; Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo, de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros; cit., orientación 6.

³³ En consonancia con la Orientación 7, Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo; cit.

Dicho lo cual, la pregunta obligada es obvia: ¿qué de todo ello han contemplado la legislación del ejecutivo en los *viernes sociales*, particularmente, en el RD-L 8/2019?

3. EL FOMENTO DEL EMPLEO ¿HACIA UN CAMBIO DE TÁCTICA? ALGUNAS NOTAS INTRODUCIDAS EN EL RD-L 28/2018

Entrando ya a valorar las medidas llevadas a cabo en el RDL 8/2019 -y en el RDL 28/2019- creemos que es posible reconocer un cambio en el planteamiento. Así, en las llevadas a cabo desde 2012 (y las posteriores reformas de 2013-2014), cabe subrayar el protagonismo de aquellas orientadas a la reforma de la regulación laboral, al objeto de que la mano de obra resulte atractiva a las empresas, y con ello, reducir los niveles de desempleo. En definitiva, “la regulación de materias directamente laborales conformó el núcleo de las políticas de fomento del empleo”, en una lógica ya presente en las reformas impulsadas desde los años ’80, en virtud de la cual las normas e instituciones del DT son orientadas a tal objetivo³⁴. Podría decirse que con tal actuación se asumía “que en nuestro país fomentar la contratación temporal es la única vía eficaz de crear empleo, pese a que durante décadas se han intentado paliar sus consecuencias”³⁵.

Frente a este planteamiento, la orientación, aunque escasa en su incidencia y medidas, parece al menos dibujar un cambio, en el sentido de evitar que sean los mecanismos de “flexibilidad de entrada” y la consiguiente multiplicación de contratos de escasa estabilidad, el mecanismo para fomentar el empleo por cuenta ajena. Del mismo modo, el impulso al trabajo autónomo, como ahora veremos, también manifiesta un cierto cambio, o más acertadamente, una actuación también en otros ámbitos, más allá de una lógica economicista y generalista (bonificaciones y exenciones) y superando el enigmático *emprendimiento*.

3.1. Flexibilidad de entrada: ¿fin de etapa?

Comienzo señalando que hemos utilizado la nomenclatura clásica de flexibilidad de entrada para referirnos a aquellas medidas de fomento del empleo que se centran en las modalidades de contratación. Sin embargo, compartimos la opinión de que tal expresión no es acertada, pues no se puede decir en rigor que se reduz-

³⁴ García Gil, M.B., Los instrumentos jurídicos de la Política de Empleo; Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 21 y sgs.

³⁵ López Terrada, E. “Crisis económica y medidas de fomento a la contratación: los ‘estímulos’ del RD-Ley 4/2013”; Revista Española de Derecho del Trabajo, 160/2013 (BIB 2013/2236), singularmente desde el apartado V.

can o eliminen rigidices existentes en materia de contratación laboral, ya que lo realmente importante o de interés es la posibilidad que ofrecen de menores costes extintivos (económicos, procedimentales o formales)³⁶.

Pues bien, como sabemos, el RDL 28/2018 procedió a derogar expresamente diversas modalidades y medidas de estímulo al uso de ciertos contratos de trabajo, cuyo denominador común era, a nuestro parecer, su escasa estabilidad laboral y el menor coste³⁷. Nos referimos al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), el contrato de primer empleo joven (Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo); y en menor medida, aquéllas dirigidas a favorecer la contratación formativa: las ayudas económicas al contrato en prácticas o la posibilidad de celebrar contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de treinta años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad general (DT 2ª TRLET en relación a su art. 11.2.a).

Cabe señalar que sí se mantienen otros mecanismos indirectos favorecedores de esta contratación, en concreto, nos referimos a la posibilidad de que puedan ser objeto de un contrato de puesta a disposición entre ETT y empresa usuaria (L 11/2013 y art. 10.2 de la LETT 14/1994).

Por lo que respecta a la señalada derogación de las modalidades contractuales, no desconocemos que el propio ejecutivo basó su eliminación por el descenso de la tasa de desempleo por debajo del 15%, y como tal dato fue el inicialmente señalado en las normas que los crearon para justificar expresamente su vigencia e introducción; el RDL-28/2018 procedió a derogarlos en aras (E.MM) a “garantizar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre de empresarios y trabajadores sobre la vigencia de dichas medidas” (hecho que además servía de apoyo a la extraordinaria y urgente necesidad que avala el uso de tal instrumento normativo). Pero es evidente que ya sea por un cambio de planteamiento (evitar el “supermercado” de contratos), ya sea por los malos resultados estadísticos de la práctica totalidad de ellos; su extinción responde más a una voluntad que a una exigencia normativa, ya que nada impedía haberlos mantenido³⁸. En esta línea, no debe olvidarse que el

³⁶ Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3/2016.

³⁷ Una descripción de todos ellos, en López Insua, B.M., “La política de fomento del empleo de los trabajadores jóvenes”; *Temas Laborales*, 128/2015. En todo caso, (DT 6ª RD-L 28/2018) se consideran válidos los contratos, así como en su caso los incentivos correspondientes, que se hayan celebrado hasta la fecha de entrada del señalado RD-L.

³⁸ Sobre los datos del CIAE, *vid.* Costa Reyes, A., “La precarización del contrato de trabajo como medida de favorecimiento del emprendimiento: el caso del contrato de apoyo a emprendedores y del contrato a tiempo parcial”; *RDS*, 82, 2018, págs. 223 y sgs.

Cabe advertir que según señala el Informe de Randstad Research sobre el mercado de trabajo en nuestro país en los primeros 5 meses de 2019, por primera vez desde 2013, ha caído la contratación indefinida de los jóvenes menores de 25 años (aunque en términos absolutos sea la segunda mejor cifra

señalado Plan de choque por el empleo joven 2019-2021 señalaba expresamente como variables condicionantes de la situación laboral de este colectivo, un “marco legal favorable a la temporalidad”; en concreto, afirmaba que las sucesivas reformas laborales han generado diversas opciones de contratación temporal que han convertido estos contratos en una de las variables más utilizadas de ajuste empresarial”.

En otro orden de cosas, cabe señalar la derogación de aquellas otras medidas formalmente presentadas como contratos temporales de fomento (*ex* Ley 11/2013), pero que en realidad no dejan de ser, en esencia, estímulos económicos, ayudas o beneficios en materia de cotización³⁹. En esta línea cabe incluir las medidas establecidas en los arts. 9 a 13 y DT Primera a Ley 11/2013, que afectan a la contratación indefinida de jóvenes por microempresas y empresarios autónomos y contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven.

3.2. Fomento del emprendimiento, *rectius*, autoempleo

Como ha sido destacado, desde la aprobación de la LETA en 2007, “las reformas en materia de trabajo autónomo han sido intensas y extensas” y en gran medida orientadas a la promoción del trabajo autónomo. En este sentido, “la acción legislativa en pro del trabajo por cuenta propia aparece unida a iniciativas en favor del *emprendimiento* y se presenta al trabajo autónomo como panacea de salida de la crisis, especialmente, a partir de 2012”⁴⁰. Más allá de la prácticamente nula relevancia jurídica de tal concepto de emprendimiento en relación al clásico trabajado autónomo⁴¹, lo que sí pusieron de manifiesto las reformas es una especie de “huida del Derecho del trabajo hacia el emprendimiento”, es decir, que el propio legislador

desde 2013), y simultáneamente se incrementan considerablemente los contratos temporales, lo que pudiera hacernos pensar en un efecto desplazamiento desde el CIAE a estas modalidades. Sin embargo, negamos que así sea o en todo caso, que ese efecto es pírrico, pues si bien en el 1T de 2019 se realizaron 77.131 contratos indefinidos frente a los 83.590 de 2018, la diferencia entre ambos (- 6.459□ contratos) no se explica por la desaparición del CIAE, ya que la caída de esta modalidad en 2019 respecto a 2018 es de 21.411□; de modo que lo que cabe concluir que el desplazamiento es sobre todo hacia el contrato indefinido ordinario. Hecho positivo que además se ve reforzado por la mayor probabilidad de estabilidad de esta modalidad ordinaria frente a la del CIAE; Costa Reyes, A., “La precarización del contrato de trabajo...”, cit., pág. 225.

³⁹ También, Selma Penalva, A., “Dudas sobre los incentivos económicos para la ‘contratación con vinculación formativa’ de la Ley 11/2013; Revista Doctrinal Aranzadi Socia, 8/2013 (BIB 2013/2372), apartado V. Conclusiones).

⁴⁰ Alameda Castillo, M.T., “Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo”; Trabajo y derecho; 49/2019 (LA LEY I5181/2018).

⁴¹ Costa Reyes, A., “Impulso al emprendimiento o precarización del trabajo: incidencia (del nuevo objetivo) de las reformas laborales en materia de contratación indefinida y a tiempo parcial”; AA.VV. (Gómez Muñoz, Dir.); El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas; Bomarzo, 2019, págs. 282-284. La realidad ha puesto en evidencia que dicho concepto quedaba lejos de aquello a lo que en principio parecía querer referirse: “más próximo al empresario y a la empresa, de cierto tamaño además, que al trabajador autónomo”; Casas Baamonde, M.E., “El Derecho del Trabajo

reserva su actuación de fomento del empleo respecto al trabajo autónomo⁴². En un primer momento tal impulso se manifiesta en relación a los costes, a través de diversas medidas orientadas a reducir las cargas sociales e incluso el alcance de su responsabilidad patrimonial⁴³.

En un segundo momento, y sin excluir como veremos las anteriores, asistimos a un impulso desde otra perspectiva, en la que se pretende mejorar las condiciones en la que se presta el trabajo (*v.gr.*, favoreciendo las medidas de conciliación en el ámbito del trabajo por cuenta propia, incluyendo la cobertura respecto a contingencias profesionales, etc.)⁴⁴. Dicho de una manera muy simplificada, aquellas medidas centradas en los costes seguían una lógica centrada en el empleo, esto es, en su consideración economicista (actividad laboral inserta en el sistema económico), como *input* en el mercado; éstas en cambio atienden a la idea de trabajo, y por tanto, en la persona de quien presta personal y directamente los servicios⁴⁵. Con ello, se pretende también desde el legislador reducir los elementos de ventaja que tradicionalmente han hecho más atractivo el trabajo por cuenta ajena que por cuenta propia⁴⁶. También cabe destacar una cierta tendencia *selectiva* en relación a las ayudas, teniendo en consideración ahora también factores territoriales o la pertenencia a ciertos colectivos (víctimas de violencia de género, discapacitados, etc.), y en particular, el específico tratamiento del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, seguramente muy determinado por los problemas graves de envejecimiento en este sector⁴⁷.

Lo dicho no significa que desaparezca la idea de impulsar el trabajo autónomo en cuanto empleador, pues las ayudas que se contemplan para este colectivo

y el empleo asalariado en los márgenes: de nuevo el emprendimiento y el autoempleo”; Relaciones Laborales, 11/2013, págs. 142 y 143.

⁴² Rodríguez Piñero/Casas Baamonde/Valdés Dal-Ré, “La huida del derecho del trabajo hacia el ‘emprendimiento’, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L. 11/2013 y el RDL 11/2013”; Relaciones Laborales, 10/2013, pág. 27.

⁴³ Particularmente, *v.gr.*, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, o Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo (que afecta a la Ley 20/2007).

⁴⁴ Alameda Castillo, M.T., “Empleo autónomo en la hibridación...”; cit. Subrayando esta tendencia, Monereo Pérez, J.L., “Organización de la política de empleo en la Constitución Española”; cit., págs. 78-80.

⁴⁵ Sobre la distinción empleo y trabajo, muy sugerente, Lyon-Caen, G., “¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?”, en AA.VV., *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, 1997, págs. 265 y sgs. Del mismo modo, sobre la insuficiencia de las reglas del mercado para resolver la cuestión del desempleo (singularmente, de larga duración y en periodos de recesión), Herrador Buendía, F.M., “Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración”; RMTAS, n° 35, 2002, págs. 124 y sgs.

⁴⁶ Costa Reyes, A., “La precarización del contrato de trabajo...”; cit., pág. 227. Sobre esos elementos tradicionalmente más ventajosos en una y otra forma de trabajo, Navajas-Romero/ López-Martín/ Ariza-Montes, “Los trabajadores autónomos dependientes en Europa”; Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, 89/2017.

⁴⁷ *Vid.* el Informe PwC, “El futuro del sector agrícola español”, AEPLA, 2019

(singularmente las recogidas en la DF 3ª RD-Ley 28/2018), son “de aplicación aun cuando los beneficiarios de esta medida, una vez iniciada su actividad, empleen a trabajadores por cuenta ajena”.

Pese a todo, los datos parecen evidenciar la escasa importancia en cuanto empleadores de los autónomos surgidos al amparo de tales ayudas⁴⁸. Lejos de ello, dichas medidas de fomento del autoempleo, singularmente aquellas dirigidas a la reducción costes y a la limitación de responsabilidad, han corrido paralelas al fenómeno creciente de los falsos autónomos (incluso vía cooperativas de facturación y de trabajo asociado⁴⁹), como a la aparición de *nuevas* figuras -como los llamados *freelance proletarizado*- claramente diversas a los caracteres tradicionales del trabajo autónomo (actividad discontinua, a veces informal), a los que termina haciendo competencia⁵⁰. En otros términos, estas medidas de fomento coinciden con un fenómeno importante: la expansión de “trabajadores autónomos que ejercen actividades poco o muy cualificadas, sin recurrir a la contratación de asalariados, y cuya existencia se deriva de las estrategias de las empresas y en particular del desarrollo de la externalización de determinadas fases del proceso productivo”⁵¹.

Junto a ello, es importante subrayar la limitada repercusión que todas estas medidas de *huida hacia el emprendimiento* implican en términos de empleo y el efecto dependencia que reflejan⁵², así como los efectos indeseados a medio y largo plazo que este tipo de trabajo conlleva: precariedad y competencia con las formas de trabajo normalizado⁵³, así como “menores niveles de protección y, en última instancia, unas pensiones más bajas, con el consiguiente mayor riesgo de pobre-

⁴⁸ En 2018 “86 % de los trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo y el 81 % de los que tienen trabajadores a su cargo cotizaron por la base mínima” (CE; Informe España 2019, pág. 57). Adviértase, para una adecuada valoración del dato, que más de la mitad de los autónomos tienen más de 5 años de antigüedad en el RETA, en MTSS, Personas físicas trabajadoras por cuenta propia afiliadas a la Seguridad Social (en concreto, extraídos de los informes correspondientes al último trimestre de 2018 y al primero de 2019)

⁴⁹ CE; Informe España 2019, pág. 57.

⁵⁰ Rodríguez-Piñero Royo, M., “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”; Derecho, trabajo y creatividad, 26/2016. También, Alameda Castillo, M.T., “Empleo autónomo en la hibridación...”; cit. Sobre tal fenómeno y su importante crecimiento en los últimos años, *Vid.* Plan Director por un Trabajo Digno, 2018.

⁵¹ Dictamen CESE 639/2010, pág. 6.

⁵² En 2017, se dieron de alta un total de 10.500 nuevos trabajadores autónomos, lo que representa un aumento neto del 0,33 % (la cifra más baja desde 2014); Comisión Europea, Informe específico de 2018 sobre España; SWD(2018) 207 final, pág. 47 (nota 22). Solo a mediados de 2018 aparecen ciertos datos de mejora (fruto quizás de la generalización de la tarifa plana -más allá de la inicial limitación para jóvenes), si bien incluso con ellos se afirma el “limitado efecto de la ampliación de la tarifa plana” y otras medidas (CE; Informe España 2019, pág. 57).

⁵³ Costa Reyes, A., “Economía colaborativa, plataformas digitales y Derecho del Trabajo”; AA. VV. (Gosálbez Pequeño, Dir.), Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo; Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, págs. 303 y 304. En este sentido, Alameda Castillo, M.T., “Empleo autónomo en la hibridación...”; cit.

Sobre tal fenómeno y su importante crecimiento en los últimos años, *Vid.* Plan Director por un Trabajo Digno, 2018.

za”⁵⁴. En definitiva, todo lo señalado debe servir para poner al menos en cuestión la pretendida utilización por el legislador de incentivar este tipo de trabajo como alternativa al empleo por cuenta ajena⁵⁵; y sin que lo señalado suponga negar lo acertado de la mejora de derechos “laborales” por parte de este colectivo.

Ciertamente, y desde nuestro punto de vista, parecerían más acertadas otras medidas de fomento⁵⁶; entre otras, por un lado, una reforma del sistema de cotización de los trabajadores autónomos (vinculadas a sus ingresos), y evitando de esta forma la lógica de reducciones y/o bonificaciones generalizadas (y sin perjuicio de reservar estas últimas para ciertos colectivos)⁵⁷. Y del mismo modo, por otro lado, quizás sea de mayor interés la pronta puesta en marcha de la suspendida posibilidad de desarrollar trabajo por cuenta propia a tiempo parcial (art. 1.1 *in fine* LETA 20/2007 en relación a la DA 2ª RD-Ley 28/2018). No ignoramos la dificultad de tal medida y su materialización, sobre todo teniendo en cuenta el alto nivel de fraude que sobre esta modalidad se da incluso en el trabajo por cuenta ajena⁵⁸.

3.3. Otras medidas: jubilación forzosa y garantía juvenil

Por razones obvias de espacio y por no ser el RDL 28/2018 el objeto de nuestro comentario, nos vamos a referir tan sólo telegráficamente a otras medidas que el mismo contempla, y que en gran medida suponen una nueva rectificación al anterior Gobierno:

Por un lado, y bajo la llamada que en tal sentido contendrá el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva y que se plantea en el desarrollo del Diálogo Social, se procede al enésimo cambio en relación a la jubilación forzosa ligada a objetivos de política de empleo y relevo generacional⁵⁹. Con todo, al no

⁵⁴ CE; Informe España 2019, pág. 57.

⁵⁵ En muchas ocasiones, precisamente por la escasa relevancia material de los ingresos que implica, lo que se ha incrementado ha sido, más acertadamente, las situaciones de pluriempleo y pluriactividad (particularmente, con la combinación de la medida que contemplara la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), Costa Reyes, A., “Impulso al emprendimiento o precarización del trabajo...; cit., págs. 305 y sgs. Dicho fenómeno afecta particularmente, no por casualidad entendemos, a jóvenes y personas con escasa antigüedad (*vid.* datos estadísticos en MTSS, Personas físicas trabajadoras por cuenta propia afiliadas a la Seguridad Social; singularmente, 4º trimestre de 2018 y primer trimestre de 2019)

⁵⁶ También, Alameda Castillo, M.T., “Empleo autónomo en la hibridación...; cit.

⁵⁷ En este sentido, se han mantenido las ayudas derivadas de la Garantía Juvenil respecto a trabajadores por cuenta propia (arts. 31.10 y 31 bis.9 en redacción dada por el RD-L 28/2018)

⁵⁸ Como subraya el Plan Director por un Trabajo Digno, 2018 (singularmente, Anexo, 2.- Informe Diagnóstico) “en no pocos casos, el aumento de la parcialidad ha encubierto *infra* cotizaciones, tal y como se ha venido observando estos últimos años, en donde el ritmo de crecimiento del empleo era muy superior al de horas cotizadas y al de la recaudación por cotizaciones”

⁵⁹ Un esquemático repaso a las modificaciones sobre esta materia pone de relieve la falta de consenso en esta materia, de manera que, si se conectan las reformas y grupos políticos en el poder,

ser objeto de nuestro análisis, simplemente queremos subrayar el muy limitado alcance de la materia -más aún en el medio y largo plazo-, sobre todo teniendo en cuenta la escasa continuidad de las carreras profesionales y de cotización de nuestro actual mercado de trabajo, ya que tal posibilidad se deja en manos de la negociación colectiva (recordemos la menor cobertura de los mismos), y además, se condiciona a importantes requisitos de cotización de los sujetos a los que se les puede exigir la obligatoria jubilación (con derecho al 100% de la BR, es decir, y cuando concluya lo previsto en la DT 9ª LGSS, 37 años de cotización -desde los 35 años y medio actuales)⁶⁰. Junto a ello, la amplitud de las posibilidades en las que concretar los objetivos de política de empleo que son exigibles para la adopción de tales medidas hacen harto difícil un control y evaluación adecuada, ya que de manera ejemplificativa, se contemplan aquellas dirigidas a “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”

Por otro lado, el Sistema Nacional de Garantía Juvenil (creado por la Ley 18/2014, Cap.I del Tít. IV), sobre la que han incidido los dos RD-L que comentamos. En un primer momento (RD-Ley 28/2018), el propio Gobierno señaló algunos importantes problemas tras la experiencia acumulada, en concreto, en relación a las ayudas a la contratación para la formación y el aprendizaje, al constatar que “no ha resultado eficaz, tanto por el número de solicitudes (...), como por la tergiversación que ha introducido en el marco de las relaciones laborales de las empresas” (en particular, haciendo de mejor derecho a los tutelados que a los trabajadores que los tutelan), e igualmente, subraya los “conflictos suscitados con las Comunidades Autónomas en relación al encaje de la medida referida en el marco competencial fijado en materia de política de empleo”; todo lo cual le lleva a la derogación de tal medida (incluida la bonificación para el caso de conversión en indefinidos de los contratos formativos amparados en tal medida y sin perjuicio de mantener transitoriamente la situación de aquellos que tenían previsto tal beneficio-DT 8ª RD-L 28/2018-)⁶¹. Como continuación a esos cambios, el RD-L 8/2019 modificará diversos artículos de la Ley 18/2014 y procederá, por un lado, a hacer depender el Sistema Nacional de Garantía Juvenil del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo (a través de la Comisión Delegada de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Empleo), al objeto de mejorar la criticada falta de coordina-

apreciamos que “cual partido de tenis se actúa en la materia”, Sempere Navarro/Hierro Hierro, “Disposiciones sociolaborales al cierre de 2018”; Aranzadi Digital 1/2019 (BIB 2019\580).

⁶⁰ Sobre tales exigencias, como más garantistas para el *jubilable*, Barrios Gaudor, G.L., “El regreso de la jubilación forzosa”; Revista Aranzadi Doctrinal, 3/2019 (BIB 2019\1469).

⁶¹ Desde diversos sectores se criticaron los riesgos de precariedad que conllevaba este tipo de ayudas. Sobre el particular y con un análisis de la regulación ya derogada, Moreno Gené, J., “La ayuda económica de acompañamiento al contrato para la formación y el aprendizaje como mecanismo de inserción laboral de los jóvenes con baja formación”; RTSS-EF, N° 431, 2019.

ción y problemas competenciales, al tratarse el referido Consejo de un órgano de carácter tripartito (donde además de agentes sociales -patronal y sindicatos- están presentes la Administración del Estado y de las CCAA). Y por otro lado, se amplía el ámbito subjetivo de dicha garantía hasta los 30 años (antes limitada a los 25 años y sólo para el caso de personas con discapacidad de extendía hasta los 30)⁶², amén de simplificar ciertos aspectos formales (*v.gr.*, inscripción a directa o a propuesta del SPE correspondiente) que estaban generando una innecesaria burocratización⁶³.

En definitiva, para el grave problema del (des)empleo juvenil y su (mala) calidad y las expectativas abiertas por los señalados Planes y programas, encontramos el uso del RD-Ley para dejarlo (casi) todo por hacer...

4. EL FOMENTO DEL EMPLEO INDEFINIDO EN EL RD-L 8/2019

4.1. Valoración de conjunto: sobre las ayudas económicas a la cotización (reducciones y bonificaciones)

La Exposición de Motivos de dicha norma establece expresamente la inclusión de “diferentes medidas dirigidas a fomentar el empleo indefinido en determinados sectores de actividad y de personas desempleadas de larga duración”. Pese a tal afirmación, como ahora tendremos oportunidad de evidenciar, las medidas contempladas pasan todas ellas por la misma técnica: las criticadas ayudas económicas a la contratación, en esencia, vía bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social.

Ciertamente, si tuviéramos que identificar un elemento común a las medidas de fomento del empleo llevadas a cabo a finales de la anterior legislatura, especialmente, a través de los RD-L que comentamos, serían las ayudas centradas en la minoración de los costes de Seguridad Social (tanto del trabajo por cuenta ajena como, sobre todo, por cuenta propia). Subrayamos este aspecto porque plasman una pobre idea de las medidas de fomento del empleo⁶⁴, lejos en muchas ocasiones de los diversos instrumentos y planes diseñados y aprobados y que hemos tenido oportunidad de indicar; y con el criticable añadido de su generalización y, a lo sumo, con algún detalle para el caso de ciertos colectivos vulnerables (recuérdese en este sentido la pretensión principal del art. 17.3 LET).

⁶² Una crítica a la variable “edad” y su incidencia en el caso de los jóvenes; en Alemán Páez, F., “Las estrategias de empleo juvenil...”; cit., págs. 136 y 149.

⁶³ Sobre los riesgos de burocratización y escasa originalidad que contemplaba esta medida; por todos, Moreno Gené, J., “El Sistema Nacional de Garantía Juvenil como mecanismo de transición al empleo”; AA.VV. (Moreno Gené/Romero Burillo, Coords.), Empleo Juvenil. Entre el desempleo y la precariedad; Tirant (monografías 1032), 2016, págs. 231-233.

⁶⁴ También, muy crítico, Molina Navarrete, C., “¿‘Espíritu social’...”; cit., pág. 22.

Retomando la cuestión, no debe por eso olvidarse que tal medida de fomento está claramente cuestionada, tanto desde el ámbito comunitario como incluso en los propios documentos internos (como desvelábamos *supra*). Lo absurdo se evidencia en el hecho de que en cada norma que contempla ayudas de tal tipo viene acompañada siempre de una especie de *cláusula de estilo*, en la que se contempla que el Gobierno realizará un seguimiento económico y evaluación de tales ayudas a la contratación con el fin de conocer la efectividad de la medida a la realidad del mercado laboral⁶⁵. El caso es que sea porque no se hacen o porque no se tienen en cuenta tales evaluaciones, lo cierto es que, como veremos, siguen apareciendo y manteniéndose multitud de incentivos que se repiten en el tiempo o se presentan como novedosos⁶⁶.

Sin embargo, lo cierto es que, pese a esas proclamas, en nuestro país (tanto a nivel estatal como autonómico e inferior) pesan todavía demasiado aquellas que se centran en ayudas económicas a las empresas para favorecer la contratación (vía subvenciones, bonificaciones, etc.)⁶⁷. La falta de datos sobre la efectividad real de tales medidas y el hecho constatado de que las mismas terminan precarizando en términos de estabilidad el empleo creado⁶⁸, ha llevado a concluir que “debería hacerse menos énfasis en los subsidios pagados a los empleadores para así dedicar más recursos a las políticas de intermediación y gestión de colocaciones”⁶⁹.

En definitiva, resulta cuestionable la centralidad en la política de empleo de las ayudas a la contratación y al empleo (vía bonificaciones y reducciones a la cotización)⁷⁰. Y particularmente, como adelantábamos, su generalización y falta de lógica selectiva, entre otras razones, por las importantes consecuencias en materia de recaudación social derivada de la política exenciones y reducciones en la cuota, lo que pone en peligro el famoso equilibrio financiero del sistema público de la

⁶⁵ Por citar algunas recientes, *vid.* DA 9ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre; o la DA 3ª del RD-L 8/2019

⁶⁶ Un análisis de la pretendida contención y evaluación de tales incentivos y su ineficacia en la práctica, en López Terrada, E. “Crisis económica y medidas de fomento...”; *cit.* (singularmente desde el apartado II).

⁶⁷ Algo criticado desde hace lustros, entre otros, Alujas Ruiz, J.A., “Las políticas activas de mercado de trabajo en España en el contexto de la Unión Europea”; RMTAS, nº 61, 2006.

⁶⁸ Al respecto el Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social: *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por la flexibilidad y seguridad laborales efectivas*. MTAS. 2005 (especialmente, pág. 16), donde se constata que la menor tutela o coste laboral juega en detrimento de la mayor estabilidad (en concreto, se detecta una importante coincidencia entre la duración de las subvenciones/bonificaciones y el del contrato indefinido).

⁶⁹ Círculo de empresarios. *Nuevas soluciones para crear empleo*. 23 de marzo de 2009, pág. 38.

⁷⁰ Sobre el carácter de “peso muerto” de las ayudas a la contratación y particularmente, el escaso sentido de la generalización de las mismas y su incoherencia con las políticas selectivas de empleo, *vid.* en extenso y rotundo las conclusiones de AA.VV. (Toharia, Dir.) El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional; Universidad de Alcalá-MTAS, 2008, págs. 263 y sgs.

Seguridad Social⁷¹. Debemos recordar además que con ello vuelve a incumplirse el propio Pacto de Toledo (Recomendación 6), que establecía que la política de reducciones/exenciones estará condicionada al mantenimiento del equilibrio financiero del sistema, y por esa razón, se reclamaba que tales ayudas no se costeasen con los excedentes o recursos del sistema (vía exenciones o reducciones de la cuota, que serían con cargo a la parte de cotizaciones de la Seguridad Social –y en detrimento del propio Fondo de Reserva-), sino en su caso, vía *bonificaciones* (con cargo a la fiscalidad general)⁷². Pese a todo ello, las medidas contempladas en el RD-L 28/2018 siguen manteniendo a las reducciones como incentivos al empleo autónomo⁷³.

Por lo demás, el mecanismo de las bonificaciones no es un instrumento que genere especial interés para las empresas, cuando la consecuencia de su aplicación es la estabilidad de la relación laboral durante una cierta extensión temporal⁷⁴. Sin duda, la experiencia acumulada en relación al CIAE evidencia ese menor interés de la empresa, sobre todo de autónomos y pequeñas empresas; pues reveladores en este sentido son los datos de escaso uso de la modalidad bonificada, los cuales contrastan con el especial interés manifestado por las empresas por el poder disponer de la facultad de desistimiento durante el periodo de prueba que implicaba, y que precisamente parece valorar el que no se encuentre comprometido a estabilidad mínima ni incrementos de plantilla⁷⁵.

⁷¹ Hernández De Cos/Jimeno/Ramos, “El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma”; Documentos Ocasionales, Banco de España, 1701/2017, pág. 40. A título meramente ejemplificativo de lo sucedido estos últimos años: la llamada ‘tarifa plana’ para nuevos autónomos (Ley 14/2013) y contratos indefinidos (RD-Ley 3/2014); o la *Tarifa Joven* y la exención de cotizar por los primeros 500€ de sueldo (art. 8, RD-L 1/2015).

Recuérdese que el déficit de la Seguridad Social de los últimos años deviene de la caída de los ingresos del Sistema (no tanto su viabilidad), Del Pozo Sen/González/Suárez Corujo, “Pensiones: errores y manipulaciones”, *El Diario.es* (7 junio 2013).

⁷² Reiterándose en el Informe de la SESS de seguimiento de las recomendaciones de la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25/01/2011 (págs. 33 y 34); y en el Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo período 2011-2015. En similares términos, precisamente por el riesgo que implica para el sistema de Seguridad Social, Álvarez de Sotomayor, L.D., “El impacto de los incentivos económicos a la contratación y a la actividad autónoma en la sostenibilidad del Sistema Español de Seguridad Social”; DL, nº 103, 2015, especialmente, págs. 193.

⁷³ Crítica también con ello, Casas Baamonde, M.E., “El Derecho del Trabajo y el empleo asalariado...”, cit., págs. 157 y 158.

⁷⁴ “Entre 2010 y 2016, solamente el 2,3 % de todos los contratos fueron subvencionados y solamente el 7% de todos los contratos firmados por trabajadores jóvenes fueron indefinidos. Además, los trabajadores jóvenes con contratos indefinidos subvencionados tenían más probabilidades de no continuar en el empleo en el plazo de dos años que aquellos con contratos no subvencionados”; Comisión Europea, Informe sobre España 2019, de 27/02/2019, SWD(2019) 1008 final, págs. 54 y 55.

⁷⁵ Costa Reyes, A., “La precarización del contrato de trabajo...”, cit., págs. 224 y 225.

4.2. Medidas concretas para fomentar la contratación indefinida

4.2.1. Plan de conversión de contratos temporales de trabajadores eventuales agrarios en contratos indefinidos⁷⁶

En primer lugar, cabe llamar la atención sobre la razón que justifica la inclusión de esta medida a través de un RD-Ley -además de la ya señalada como general y que se refiere a la falta de aprobación de la Ley de Presupuestos generales-: “*las características del mercado laboral en el ámbito del trabajo agrario, donde priman la temporalidad y, por tanto, la precariedad. A este respecto, debe tenerse en cuenta que en este sector más de un 47% de los asalariados lo son con contratos temporales, mientras que los trabajadores con contratos indefinidos y fijos discontinuos representan solo el 32,9% y 15,9%, respectivamente*”.

Como adelantábamos, el sector agrícola tiene un importante peso absoluto respecto al volumen de contratos celebrados, en comparación a otros sectores con mayor ocupación, lo que explicábamos por su alta temporalidad y rotación.

Y en esta línea, destacábamos que, pese a ello, la agricultura esté a la cola en la cifra de contratos convertidos en indefinidos, con números muy alejados a las que proporcionalmente corresponde en comparación con el resto de sectores (hostelería, construcción o industria), y que no concuerda con el hecho de que en los últimos años el porcentaje de conversiones casi se ha duplicado, lo que no ha ocurrido en relación al sector del campo⁷⁷.

Con todo, esta circunstancia está lejos de ser algo nuevo o extraordinario, pues así acontece desde hace años, ya que basta con ver la tasa de temporalidad en este sector en los Referentes de información del mercado de trabajo (RMT) elaborados por el SEPE desde septiembre de 2010, para comprobar que incluso en años anteriores era superior a la existente en el primer trimestre de 2019. Por eso, en nuestra opinión, van a ser (además) otras las razones de las medidas que se contemplan en el art. 7 RD-L 8/2019.

Pero antes de exponer nuestra opinión sobre la razón que creemos (también) explica la intervención normativa, es preciso señalar el instrumento con el que pretende cambiar *radicalmente* esas cifras: una bonificación a las cotizaciones empresariales por contingencias comunes. En concreto, y de manera general, una

⁷⁶ Como cuestión colateral, debe recordarse la extensión a los trabajadores por cuenta propia agraria de los beneficios en la cotización de la tarifa plana de los trabajadores autónomos establecidos en los artículos 31 y 32 de la Ley 20/2007 (ex DF 3º RD-L 28/2018 que introduce dos nuevos artículos en la referida LETA: 31 bis y 32 bis). Igualmente, debe recordarse que el RD-L 8/2019 reduce la cuota correspondiente a los periodos de inactividad que deben asumir los trabajadores del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, con el objetivo, se entiende, de evitar los efectos del incremento de las bases mínimas de cotización fruto de la subida del SMI.

⁷⁷ *Vid.* la evolución en los últimos años, en SEPE, Estadística de contratos. Datos del mes mayo 2019 (vol. Primero), pág. 20. 2018 fue el año con mayor número de conversiones, precisamente coincidiendo con la puesta en marcha del Plan Director por el Trabajo Decente de la ITSS.

bonificación cuyo alcance varía en función de del encuadramiento del trabajador y de la modalidad de cotización así como que la conversión afecte a la contratación de hombre o mujer (más ventajosa para esta última); lo que tiene su explicación en el mandato que plantea el ya referido marzo de las políticas de empleo y en las diferencias claras de sexo en este sector, sobre todo en lo que a contratación indefinida se refiere. En todo caso, la bonificación se corresponderá con la cuantía necesaria para que la cuota resultante por contingencias comunes no supere un determinado valor, y evitar así, se entiende, afectar negativamente a quienes tengan una mayor remuneración, dado el bajo nivel salarial generalizado de este sector.

En concreto se prevé que “las empresas que ocupen a trabajadores encuadrados en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, que transformen, antes del 1 de enero de 2020, los contratos de trabajo de duración temporal suscritos con esos trabajadores, cualquiera que sea la fecha de su celebración, en contratos de duración indefinida, incluidos los contratos fijos-discontinuos, tendrán derecho a las siguientes bonificaciones en la cuota empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social, durante los dos años siguientes a la transformación del contrato⁷⁸:

GRUPO DE COTIZACIÓN	BONIFICACIÓN POR CONVERSIÓN DEL CONTRATO TEMPORAL	
	HOMBRE	MUJER
Grupo 1 (mensual) y BC < 1.800 €	40 €/mes (480 €/año)	53,33 €/mes (640 €/año)
Grupo 1 (jornada) y BCd < 81 €	2 €/día	2,66 €/día
Grupos 2-11 (mensual) y BC < 1.800 €	La necesaria para que la cuota no supere 88,15 €/mes	La necesaria para que la cuota no supere 58,77 €/mes
Grupos 2-11 (jornada real trabajada) y BC < d 81,82 €	La necesaria para que la cuota no supere 4,01 €/jornada	La necesaria para que la cuota no supere 2,68€/jornada

Adviértase pues que no se hace mayor distingo en la política de incentivos, olvidando así no solo lo planteado en los planes e instrumentos de empleo arriba señalados, sino la clara crítica comunitaria a esta política en nuestro país, ya que

⁷⁸ El precepto recuerda que tales bonificaciones no serán de aplicación durante las situaciones a que se refiere el artículo 5.7 del Real Decreto-ley 28/2018 (incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como nacimiento y cuidado del menor), por cuanto que ya en ellas se prevé bonificaciones más sustantivas.

debemos recordar una vez más que la virtualidad de las bonificaciones y reducciones reside, en realidad, en su capacidad para focalizar o canalizar el empleo hacia determinados colectivos, pues si sólo se tiene en cuenta el sexo nada más que para incrementar la cuantía ya generalizada, el efecto de peso muerto es evidente.

Por último, además de remitirse en lo no previsto a lo establecido en la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006 (salvo lo establecido en su artículo 2.7 respecto a la mejora proporcional en los contratos a tiempo parcial), añada la ya clásica garantía de que “para la aplicación de este incentivo la empresa deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de transformación del contrato”, so pena de tener que proceder al reintegro del incentivo. Es oportuno poner en conexión este aspecto con la experiencia acumulada del escaso interés por tales incentivos cuando los mismos implican periodos de compromiso extensos de mantenimiento de la contratación⁷⁹. Y junto a ello, la contradicción que implica (y la pérdida de recursos que para la seguridad Social supone) la redacción dada al art. 151 LGSS por el RD-L 28/2018, en concreto, en lo referente a la exclusión del incremento de cotización de los contratos temporales marginales a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios. Quizás esta excepción, si lo pretendido es evitar la contratación temporal en este ámbito, hubiera sido oportuno haberla eliminado.

En todo caso, y quizás para evitar problemas de antaño⁸⁰, parece que la conversión afecta no sólo a los contratos temporales vigentes al momento de la entrada en vigor del RD-L 28/2019, sino incluso los posteriores (“cualquiera que sea la fecha de su celebración”), siempre y cuando la conversión se realice antes del 1 de enero de 2020.

Obsérvese que, pese a la terminología utilizada en el título del artículo para referirse a la tipología contractual a convertir (eventuales), entendemos que tanto de lo que señalamos en el párrafo siguiente como de la redacción dada a tal precepto (que habla genéricamente de contratos de trabajo temporales o de duración temporal y su finalidad de reducir la precariedad en términos de temporalidad), debe entenderse extensible a cualesquiera contratos temporales, al menos, los estructurales (singularmente de obra o servicio determinado y eventual, también por lo que ahora veremos).

Pero más allá de la proclamada razón para incentivar ahora la transformación de contratos temporales agrícolas (EMM. “promocionar la contratación estable en el sector, reduciendo un volumen de precariedad que ha alcanzado niveles insostenibles desde la perspectiva social y promoviendo la estabilidad en el empleo como

⁷⁹ Costa Reyes, A., “Impulso al emprendimiento o precarización del trabajo...; cit., págs. 296 y 297.

⁸⁰ En relación a un incentivo similar -pero sin distinguir sector concreto-, en el RD-L 9/1997, Ramírez Martínez, J.M., “Conversión de contratos temporales en indefinidos de fomento de empleo: ante la proximidad del día 17 de mayo de 1998”; Actualidad Laboral, 2/1998 (LA LEY 2987/2001)

principio rector de nuestro ordenamiento laboral”); creemos que para entender este actual interés en bonificar tales conversiones, deben traerse a colación tanto las renovadas reglas sobre cotización de tales trabajadores (y que pretenden aumentar su base de cotización)⁸¹, como sendas sentencias del TS que han anulado ciertas cláusulas de varios convenios colectivos del sector del campo, pues conllevaban indirectamente una mayor posibilidad de contratación temporal, en detrimento de la que debería ser aplicable: contrato fijo discontinuo. Ciertamente, el TS pretendió poner fin a la admisión en suplicación de aquellas cláusulas convencionales del campo que establecen requisitos para el acceso a tal modalidad indefinida (desconociendo las exigencias objetivas de este tipo de contrato establecidas en el art. 15.8 del ET), y admitiendo para tales tareas contratos temporales (eventual o de obra o servicio) en tanto no se cumplan los requisitos previstos en el convenio del campo⁸². Frente a ello, el TS declaró ya en 2016 la nulidad de tales cláusulas convencionales sobre la base de que “la remisión que el artículo 15.8 ET (hoy artículo 16.4 ET) realiza a la negociación colectiva (lo es para) favorecer la estabilidad en el empleo de quienes han venido prestando servicios temporales lícitos en la empresa o de quienes han trabajado en campañas previas en la misma empresa; pero lo que no pueden hacer es establecer condicionamientos no previstos en la ley para la adquisición de la condición de fijos discontinuos, ni exigencias de permanencia previa en la empresa para adquirir tal condición en supuestos en los que la actividad contratada es, desde su principio, una actividad claramente estacional cíclica y permanente”⁸³. En definitiva, concluye la sentencia, la diferenciación clave está en la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque sea por periodos limitados; de modo que se utilizará el contrato temporal cuando se trate de atender circunstancias excepcionales u ocasionales (no hay ciclos de reiteración regular), de duración incierta, aunque limitada en el tiempo, y en el caso del contrato por obra o servicio con autonomía y sustantividad propia; mientras que el contrato fijo-discontinuo se utiliza para una actividad estacional, cíclica y permanente, con cierta homogeneidad, pero que se realiza sobre el volumen normal de la actividad de la empresa.

Nadie dudaba de la gran proyección práctica de tal pronunciamiento, pues “muchos convenios del sector de trabajo en el campo fijan, como ocurría en el caso, una limitación en el acceso a la condición de trabajador fijo discontinuo en función de la acreditación de un número determinado de días trabajados”⁸⁴. Sin embargo, el Alto Tribunal se ha visto obligado a dictar una posterior sentencia sobre el mismo tema y convenio, recordando que “la relación laboral de los trabajadores

⁸¹ Art. 5 RD-L 28/2018.

⁸² A modo de ejemplo, STSJ Andalucía/Granada, de 14/05/2014 (rec. 559/2014)

⁸³ STS, de 26 de octubre de 2016 (rec. 3826/2015).

⁸⁴ Goerlich/Estevez/López, “Contratación laboral”; REDT, 197/2017 (BIB 2017\11062).

que atienden la campaña agrícola en la empresa demandada, son trabajadores fijos discontinuos porque la actividad desplegada por ellos, aunque limitada en el tiempo, no es de duración incierta”. En definitiva, reitera que “la actividad de peón en la recolección (...) responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa durante la campaña agrícola (*correspondiente*) y no puede cubrirse a través del contrato eventual porque la misma no responde a necesidades extraordinarias por circunstancias de producción temporalmente limitadas, ni tampoco puede atenderse mediante contratos de obra o servicio determinados, porque no hay limitación temporal de la obra o servicio, sino reiteración en el tiempo de forma permanente de las tareas en determinados períodos que se repiten todos los años, aunque no en las mismas fechas”⁸⁵.

Ante esta rotunda negativa a admitir las referidas cláusulas convencionales, y teniendo en cuenta lo ya señalado respecto al escaso número de conversiones de contratos temporales en indefinidos que como adelantábamos caracteriza al sector del campo en comparación a otros, no parece descabellado concluir que el uso de este incentivo se verá “reforzado” ante la más que previsible intervención por parte de la ITSS en este sector (Medida 1 del Plan Director), y quizás sea la combinación de todo ello la que explique la urgencia de un incentivo a todas luces insuficiente por sí para el objetivo planteado.

4.2.2. Contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración

Como se afirma en la E.MM., “se pretende incentivar la contratación indefinida de personas desempleadas e inscritas en la oficina de empleo al menos 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación”, en línea a lo planteado tanto en la EEAE 2014-2020 como en los señalados documentos del Consejo UE.

La medida, una vez más, será la bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social. Por lo que respecta a la cuantía de la bonificación de la cuota empresarial a la Seguridad Social; se distingue según el sexo del trabajador contratado: en el caso de hombres, 108,33 euros/mes (1.300 euros/año), y cuando se concierten con mujeres, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año). Dichas cuantías se disfrutarán de manera proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato cuando el contrato se celebra a tiempo parcial.

Adviértase que en esta ocasión la ventaja parece ser superior a la acontecida en otras ocasiones, por un lado, porque los términos en los que se contempla hacen pensar que incluye tanto las cotizaciones por contingencias comunes como profesionales. Y por otro lado, porque si bien dicha bonificación está condicionada a mantener en el empleo al trabajador contratado al menos 3 años desde la fecha de

⁸⁵ STS, de 13 de febrero de 2018 (rec. 3825/2015).

inicio de la relación laboral, esa duración es la misma que la de la bonificación (a diferencia de lo acontecido en el general de los casos, donde ésta concluye antes que el periodo de mantenimiento del contrato).

Sin embargo, y a diferencia de la bonificación anterior (conversión en contrato indefinido en el sector del campo), en este caso sí se exige que el empleador mantenga “el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato durante, al menos, dos años desde la celebración del mismo”. Y como suele ser habitual, se añade que “no se considerarán incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato o por resolución durante el período de prueba”. Finalmente, y de nuevo, como cláusula cierre, se remite a en lo no establecido a la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006 (salvo el ya referido art. 2.7 del mismo -pues recordemos que se ha establecido una proporcionalidad pura con la contratación a tiempo parcial-).

En nuestra opinión, y pese a los matices que puedan plantearse, nos parece que la medida vuelve a visitar lugares comunes y evidencia una vez más la escasa creatividad y valor real de la misma para alcanzar el objetivo que pretende. Singularmente porque ese control, necesario, por parte de la Administración respecto al mantenimiento del contrato y el volumen de empleo, ha evidenciado tanto reticencias a la hora de optar a ellos por parte de las empresas como numerosas omisiones por aquélla⁸⁶. Igualmente, parece olvidar la escasa incidencia de tales medidas bonificadoras en comparación con otras de mayor relevancia, conectadas con la intermediación y la orientación laboral y aquellas ligadas a la formación y recualificación profesional⁸⁷.

Junto a ello, podría concluirse que la generalización de la medida desconoce quizás la necesidad de distinguir las características que, dentro de este colectivo, pueden explicar su situación, y además nos parece a todas luces insuficiente para la realidad de este colectivo⁸⁸.

⁸⁶ La falta de capacidad de control efectivo y periódico por parte de la Administración debiera hacer cuestionar este tipo de ayudas; en extenso, de la Villa Gil, L.E., “El fomento del empleo como objetivo del ordenamiento jurídico”; AA.VV. (Monereo/Márquez, Dirs.), *La política y el Derecho del Empleo...*; cit., págs. 248 y 249.

⁸⁷ Recordemos que son medidas planteadas en el señalado Plan Reincorpora-T, las cuáles además llevan reclamándose desde hace décadas, por todos, Herrador Buendía, F.M., “Aproximación teórica al fenómeno del desempleo...”; cit., págs. 138 y sgs.

⁸⁸ Sobre todo ello, Bentolila/García-Pérez/Jansen, “El paro de larga duración...”; cit., págs. 15 y sgs.

4.2.3. Prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores vinculados al turismo

La última medida “estrella”, contemplada en el art. 9 RD-L 8/2019, es “incentivar mediante bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social la prolongación de los contratos laborales de trabajadores fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería, en los meses de febrero, marzo y noviembre”. Llama la atención en este caso no sólo el obsoleto sistema de incentivos, sino también su reiteración. Y es que, por raro que parezca, esta medida coyuntural viene prolongándose desde 2012 (desde 2016 se incluyó también el mes de febrero), pese a que desde entonces se ha constatado -también por la propia patronal CEHAT- que esta medida ha generado “un óptimo resultado para la desestacionalización de la actividad turística y ampliación de los periodos de ocupación y cotización a la Seguridad Social” (de ahí que no dudara en exigir al Gobierno su inclusión, ante el hecho de que tal medida se contemplase anualmente en la LPGE y, por tanto, no poder disfrutarlos de prorrogarse los de 2018)⁸⁹. El propio Gobierno así lo reconoce, al justificar su inclusión en la “positiva acogida de la medida por parte de las empresas, contribuyendo así de forma importante al mantenimiento del empleo de dicho colectivo durante los citados meses”. Pero lo extraño, como decimos, es que, pese a tal constatación, también será objeto de evaluación para decidir sobre su mantenimiento, como ocurre con el resto de medidas de fomento del empleo indefinido del capítulo II (DA 3ª RD-L 8/2019)

En concreto se prevé que las empresas que no pertenezcan al sector público, “dedicadas a actividades encuadradas en los sectores de turismo, así como los de comercio y hostelería, siempre que se encuentren vinculados a dicho sector del turismo, que generen actividad productiva en los meses de febrero, marzo y de noviembre de cada año y que inicien o mantengan en alta durante dichos meses la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación en dichos meses del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta de Desempleo, FOGASA y Formación Profesional de dichos trabajadores”.

En nuestra opinión, constatada, como se afirma, la oportunidad y razonabilidad de la medida, que lejos de ser coyuntural parece apuntar a una característica estructural del sector, hubiera sido más razonable prever una medida de carácter más estable, careciendo de sentido una nueva evaluación de la misma cuando, como hemos visto, su justificación está precisamente en su positiva repercusión en la prolongación del empleo del sector.

⁸⁹ <https://cehat.com/frontend/cehat/LA-CONFEDERACION-ESPANOLA-DE-HOTEL-LES-REQUIERE-AL-GOBIERNO-MEDIDAS-URGENTES-PARA-EL-EMPLEO-DE-FI-JOS-D-vn8060-vst233>

5. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Monereo/Márquez, Dirs.), *La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del Trabajo*; Temas Laborales-Monografías (nº 56), 2016.
- AA.VV. (Toharia, Dir.) *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*; Universidad de Alcalá-MTAS, 2008.
- Alemán Páez, F., “Las estrategias de empleo juvenil. Bases teóricas, políticas e institucionales”; *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2/2015.
- Barrios Gaudor, G.L., “El regreso de la jubilación forzosa”; *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3/2019 (BIB 2019\1469).
- Bentolila/García-Pérez/Jansen, “El paro de larga duración de los mayores de 45 años”; *Estudios sobre la Economía Española*, 02/2018.
- Casas Baamonde, M.E., “El Derecho del Trabajo y el empleo asalariado en los márgenes: de nuevo el emprendimiento y el autoempleo”; *Relaciones Laborales*, 11/2013.
- Casas Baamonde, M.E., *Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Carlos III*, 2012.
- Costa Reyes, A., “Economía colaborativa, plataformas digitales y Derecho del Trabajo”; AA.VV. (Gosálbez Pequeño, Dir.), *Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo*; Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- Costa Reyes, A., “El modelo español de Formación Profesional Dual”; *RDS*, 68/2015.
- Costa Reyes, A., “Impulso al emprendimiento o precarización del trabajo: incidencia (del nuevo objetivo) de las reformas laborales en materia de contratación indefinida y a tiempo parcial”; AA.VV. (Gómez Muñoz, Dir.); *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*; Bomarzo, 2019.
- Costa Reyes, A., “La precarización del contrato de trabajo como medida de favorecimiento del emprendimiento: el caso del contrato de apoyo a emprendedores y del contrato a tiempo parcial”; *RDS*, 82, 2018.
- Cruz Villalón, J., “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”; *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3/2016.
- García Gil, M.B., *Los instrumentos jurídicos de la Política de Empleo*; Thomson-Aranzadi, 2006.
- Goerlich/Estevez/López, “Contratación laboral”; *REDT*, 197/2017 (BIB 2017\11062).
- Hernández De Cos/Jimeno/Ramos, “El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma”; *Documentos Ocasionales*, Banco de España, 1701/2017.
- Herrador Buendía, F.M., “Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración”; *RMTAS*, nº 35, 2002.
- López Insua, B.M., “La política de fomento del empleo de los trabajadores jóvenes”; *Temas Laborales*, 128/2015.
- López Terrada, E. “Crisis económica y medidas de fomento a la contratación: los ‘estímulos’ del RD Ley 4/2013”; *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 160/2013 (BIB 2013\2236).

- Lyon-Caen, G., "¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo?", en AA.VV., Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, 1997.
- Molina Navarrete, C., "¿'Espíritu social', 'técnica maquiavélica'? el 'derecho' que queda de las 'leyes de viernes social' al desvanecerse su 'humo político'", RTSS-EF, CEF, nº 433, 2019.
- Moreno Gené, J., "La ayuda económica de acompañamiento al contrato para la formación y el aprendizaje como mecanismo de inserción laboral de los jóvenes con baja formación", RTSS-EF, nº 431, 2019.
- Moreno Gené, J., "El Sistema Nacional de Garantía Juvenil como mecanismo de transición al empleo", AA.VV. (Moreno Gené/Romero Burillo, Coords.), Empleo Juvenil. Entre el desempleo y la precariedad; Tirant (monografías 1032), 2016.
- Navajas-Romero/ López-Martín/Ariza-Montes, "Los trabajadores autónomos dependientes en Europa"; Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, 89/2017.
- Núñez-Cortés Contreras, P., "Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (I) Legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado"; Temas Laborales, 128/2015.
- Ortiz Lallana, M.C., "El mercado laboral y las políticas sociales en Europa"; AA.VV., Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; MTIN, 2010.
- Ramírez Martínez, J.M., "Conversión de contratos temporales en indefinidos de fomento de empleo: ante la proximidad del día 17 de mayo de 1998"; Actualidad Laboral, 2/1998 (LA LEY 2987/2001).
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M., "El texto refundido de la Ley de Empleo"; Derecho de las Relaciones Laborales, 8/2015.
- Rodríguez Piñero/Casas Baamonde/Valdés Dal-Ré, "La huida del derecho del trabajo hacia el 'emprendimiento', las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la L. 11/2013 y el RDL 11/2013"; Relaciones Laborales, 10/2013.
- Rodríguez-Piñero Royo, M., "El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal"; Derecho, trabajo y creatividad, 26/2016.
- Sanz de Miguel, P., "Falsos autónomos y falsos becarios: una aproximación institucional al caso español"; Cuaderno de Relaciones Laborales, Vol. 37 Núm. 1 (2019).
- Selma Penalva, A., "Dudas sobre los incentivos económicos para la 'contratación con vinculación formativa' de la Ley 11/2013; Revista Doctrinal Aranzadi Socia, 8/2013 (BIB 2013\2372).
- Sempere Navarro/Hierro Hierro, "Disposiciones sociolaborales al cierre de 2018"; Aranzadi Digital 1/2019 (BIB 2019\580).
- Valdés Dal-Ré, F., "La regulación del despido (1980-2012): debates y embates" (Editorial); Derecho de las Relaciones Laborales, 6/2015.
- Álvarez de Sotomayor, L.D., "El impacto de los incentivos económicos a la contratación y a la actividad autónoma en la sostenibilidad del Sistema Español de Seguridad Social"; Documentación Laboral, nº 103, 2015.

NUEVAS CAPACITACIONES PROFESIONALES PARA LA MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD EN EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN: UN DEBATE NECESARIO SOBRE LA FORMACIÓN Y LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

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

EXTRACTO

La digitalización de la economía es un reto ineludible en materia de políticas de empleo para dar respuesta a la demanda de nuevas capacitaciones profesionales. Este tema debería plantearse como prioritario, teniendo en cuenta, sobre todo, los problemas estructurales que presenta el mercado de trabajo en España.

El acceso a estas capacidades adquiere, por tanto, una dimensión esencial como mecanismo de remoción de obstáculos para alcanzar una igualdad efectiva de oportunidades y de inclusión social. En el presente trabajo se presentan una serie de propuestas en relación con el reto ineludible que supone la exigencia de nuevas capacitaciones ante la digitalización de la economía, integrando a todos los agentes implicados y buscando un marco normativo y de actuación adecuado.

ABSTRACT

The digitalization of economy is an unavoidable challenge for politics of employment and requires giving correct answers for new skills demands. This matter must be considered critical by politics, mainly, due to structural problems of labour market in Spain.

It is necessary to look for an appropriate normative and structural frame to attend the new requests of new professional and digital skills.

In the present article, we try to show a series of proposals about the challenge that new requests about skills in the digitalization process of economy suppose, by integrating all of implicated agents, public and private, and looking for a new and appropriate legal frame.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NUEVAS REALIDADES Y NUEVOS REQUERIMIENTOS DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES
3. LA IMPORTANCIA DE LA “DIGITALIZACIÓN” DE LA ECONOMÍA Y E CARÁCTER INELUDIBLE DE SU ATENCIÓN
4. LA NECESIDAD DE BUSCAR UN MARCO NORMATIVO Y DE ACTUACIÓN ADECUADO
5. EL RETO DE IDENTIFICAR LAS NECESIDADES FORMATIVAS EN RELACIÓN CON LAS NUEVAS DEMANDAS DE CAPACITACIONES PROFESIONALES Y DE INTEGRAR LA OFERTA FORMATIVA
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS SOBRE IDENTIFICACIÓN DE LAS CUALIFICACIONES REQUERIDAS Y LA NECESARIA ACTUACIÓN INTEGRADA EN MATERIA DE FORMACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Independientemente de otros aspectos estructurales que afectan a la comprensión del trabajo tal como lo entendemos¹, y sin perjuicio de posibles efectos sobre los que caben, sin duda, muchos interrogantes², el proceso constante de evolución y adaptación derivado de lo que genéricamente se ha denominado digitalización de la economía o “cuarta revolución industrial”³ conlleva la demanda de nuevas capacitaciones profesionales⁴; demanda que se torna imprescindible para garantizar

¹ Ya en el informe del Foro Económico Mundial (“The future of the jobs. Employment, skills and workforce strategy for the four industrial Revolution”, de enero de 2016) se destacaba la interrelación de los factores tecnológicos, socioeconómicos, geopolíticos y demográficos para la creación de nuevas categorías de empleos. Pág. 8 del citado informe. En su actualización de 2018 se incidía en esta cuestión, particularmente en relación con los retos demográficos, aunque destaca una mejor comprensión del potencial de las nuevas tecnologías, incluyendo la automatización y los algoritmos, para la creación de nuevos empleos de alta calidad y para mejorar más ampliamente la calidad del empleo y la productividad. Ello exige, sin duda, mecanismos para preparar un nuevo mercado de trabajo (global) y la necesidad de una mentalidad de aprendizaje ágil como parte de la estrategia ante la cuarta revolución industrial. http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf.

² Rocha Sánchez; “La Digitalización y el Empleo Decente en España. Retos y propuestas de actuación”; Conferencia Nacional de la OIT “El futuro del trabajo que queremos”. Conversación II. “Trabajo decente para todos”. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548595.pdf.

³ Término acuñado, inicialmente, por Klaus Schwab; “The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”. <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>.

⁴ En términos de la propia UNESCO: “Para aplicar las posibilidades que brinda la economía digital, los gobiernos deben comprender la manera en que los diferentes empleos, así como el conjunto de competencias requeridas, están evolucionando. Las competencias digitales, antes ‘opcionales’, se han convertido en ‘esenciales’ y deben completarse con ‘competencias blandas’ transversales como la capacidad de comunicarse eficazmente en línea y fuera de ésta”. <https://es.unesco.org/news/competencias-digitales-son-esenciales-empleo-y-inclusion-social>. Publicado en la web de la UNESCO el 15 de marzo de 2018 en relación con la “Semana del aprendizaje móvil”. En otro orden, la propia Comisión

la acomodación a nuevas necesidades en la configuración y conformación del empleo y para aprovechar las oportunidades que el mismo proceso puede presentar⁵.

Este tema debería plantearse como prioritario en la concreción de las políticas activas de empleo (teniendo en cuenta los problemas estructurales que presenta el mercado de trabajo en España)⁶, y centrarse en la formación, sabiendo que el primer aspecto que define este proceso en continua evolución es la adaptabilidad constante⁷. Al mismo tiempo, han de aprovecharse las oportunidades y aceptar las exigencias inevitables que se deducen de un contexto de desarrollo económico, organizativo, de prestación de servicios y de nuevos productos que indefectiblemente está ligado, con mayor o menor intensidad, a la irrupción y extensión de la digitalización.

Estamos ante un fenómeno ineludible que hace indispensable una actuación definida, coordinada, aunque siempre adaptativa, de las políticas de empleo, que deben superar, en lo posible, antiguos esquemas de funcionamiento y centrarse en las exigencias de formación que redunden en una preparación adecuada para un empleo de calidad y para el aprovechamiento de ideas emprendedoras de valor añadido en un mercado global.

europea sitúa las tres siguientes prioridades de acción dentro del Plan de Acción Digital: “1: Hacer un mejor uso de la tecnología digital para la enseñanza y el aprendizaje. 2: Desarrollar competencias y capacidades digitales pertinentes para la transformación digital. 3: Modernizar la educación mediante la previsión y un mejor análisis de los datos”. En Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de Educación Digital. Bruselas [17.1.2018. com (2018)22 final]. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0022&from=EN>

⁵ Téngase en cuenta a estos efectos, como ejemplo, las recomendaciones de DigitalEurope sobre la demanda de nuevas capacitaciones en la materia, “Digitaleurope and the EC’s skills strategy for the future of digital Europe”. Enero 2016. Disponible en <https://www.digitaleurope.org/wp/wp-content/uploads/2019/01/DIGITALEUROPE%20-%20Position%20paper%20on%20Digital%20Skills.pdf>.

En este sentido, tal como afirma en la presentación en web de dicho documento: la demanda de nuevas capacitaciones se configura como un auténtico “pre-requisito para el éxito”, aumentando “las oportunidades para jóvenes talentos en un hoy difícil mercado laboral”. Digitaleurope.org: <https://www.digitaleurope.org/resources/DIGITALEUROPE-Position-paper-on-Digital-Skills/>.

⁶ En relación con los problemas estructurales del mercado de trabajo (y formativo) de España en relación con el abordaje del reto que supone la digitalización de la economía y, particularmente, desde las demandas de nuevas cualificaciones profesionales, vid. el diagnóstico de que parte el informe 3/2017 del Consejo Económico y Social “Digitalización de la economía”; Madrid, 2017; págs. 97 y ss. En particular, sobre la incidencia de la digitalización en la industria española y las diferencias intersectoriales, así como su comparativa con el resto de países de la UE y de la OCDE, vid. el citado Informe 3/2017 del CES, especialmente en págs. 73 y ss. Sobre esta última cuestión y desde una perspectiva empresarial cita el estudio Roland Berger para Siemens, “España 4.0. El reto de la transformación digital de la economía, 2016. Disponible en: <https://w5.siemens.com/spain/web/es/estudioidigitalizacion/pages/estudio-digitalizacion.aspx>. Por su parte, pueden confrontarse los datos contenidos en los indicadores del Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI) 2018. Contenidos, por ejemplo, en el dossier de mayo de 2018 del Ministerio de Economía y Empresa. https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Indicadores%20DESI%202018_0.pdf.

⁷ “To prevent an undesirable lose-lose scenario—technological change accompanied by talent shortages, mass unemployment and growing inequality—it is critical that businesses take an active role in supporting their existing workforces through reskilling and upskilling, that individuals take a proactive approach to their own lifelong learning and that governments create an enabling environment, rapidly and creatively, to assist in these efforts”. “The future of jobs report”. 2018. WEF, cit. <http://reports.weforum.org/future-of-jobs-2018/preface/>.

Este trabajo pretende aportar algunas ideas que sirvan para contribuir a la conformación de un debate necesario sobre cuál debe ser el marco regulatorio y de actuación que sitúe como centro de las políticas de empleo a la formación en la adquisición de aquellas capacitaciones profesionales que previsiblemente vaya a ir demandando un mercado de trabajo en constante cambio y en un contexto ineludible de digitalización de la economía.

2. NUEVAS REALIDADES Y NUEVOS REQUERIMIENTOS DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES

El proceso de digitalización, entendido en sentido amplio⁸, requiere una adaptación constante a nuevos requerimientos y exigencias. Es un proceso en constante evolución donde la adaptabilidad surge como rasgo definitorio y permanente⁹.

Si algo puede caracterizar este proceso es que incorpora una imposible previsión objetiva concluyente¹⁰. Lo determinante es el proceso en sí y la reiterada exigencia de adaptación, que, por otro lado, es, aunque con distinta intensidad, transversal a todos los sectores productivos (no sólo a los que podría identificarse como sectores tecnológicos)¹¹.

⁸ Sobre el concepto más técnico de “digitalización”, entendido como “el conjunto de resultados derivados del uso de este formato que cambio tanto la forma de llevar a cabo tareas, la comunicación y el acceso al conocimiento”, Martín Quetglas. ARI 64/2019; Real Instituto Elcano; http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari64-2019-martinquetglas-que-es-la-digitalizacion.

⁹ Como define Rocha Sánchez (op. loc. cit.), “la digitalización de la economía puede considerarse en su fase actual como un *proceso social en construcción*, cuya extensión y posibles impactos en las diferentes esferas de la vida laboral permanecen todavía en buena medida por explorar”.

¹⁰ El citado Informe 3/2017 del Consejo Económico y Social (“La digitalización de la economía”), destaca precisamente que “una las conclusiones principales del informe es que el resultado final de toda la transición digital es incierto e imprevisible, pero que resulta evidente que el proceso es una realidad en continuo desarrollo”. Y continúa afirmando: “...los cambios que la digitalización provoca en la economía no están predeterminados, sino que dependen de la estrategia y la proactividad de los agentes involucrados”. Pág. 12 del citado Informe.

¹¹ Un estudio de la incidencia de las demandas de capacitaciones digitales por sector y por actividad, tanto desde la perspectiva de capacitaciones específicas o complementarias, en el informe de la OCDE “Digital skills for the digital economy. Measuring the demand and supply of ICT skills at work”. 2016 Ministerial Meeting. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jlwnkm2fc9x-en.pdf?expres=1560251006&id=id&acname=guest&checksum=3F5C1EDA15B03A25C0AFBF5FA271CE51>.

Para el Informe 3/2017 del Consejo Económico y Social (“Digitalización de la economía”, pág. 72), es en el sector industrial, “donde converge la tecnología digital con la producción material o física de bienes, parece ser el que enfrenta al reto más exigente”. Pero muchas otras actividades –por ejemplo, como destaca el informe, el sector servicios– “están experimentando transformaciones considerables en su producción y en los modelos de negocio”. En todo caso, como afirma más adelante (pág. 73) “...efectivamente, el reto de la transformación digital es compartido por todos los sectores”; aunque, como señala, “sin un desarrollo adecuado del denominado sector digital –que recoge a las actividades dedicadas a la generación, producción y mantenimiento de servicios, productos y tecnologías digitales– todo este proceso resulta imposible...”.

También hay que entender este proceso como una oportunidad¹². Entre otras razones porque es ineludible y porque la adaptación a las nuevas realidades que supone no es evitable. Aunque esta última valoración pueda entenderse excesiva en relación con cualquier aproximación académica que corresponde ahora, la planteamos en el sentido de destacar cómo debe dirigirse a esta realidad la actuación de las denominadas políticas activas de empleo en particular, y la actuación de los distintos poderes públicos encargados en general de la gestión y dinamización del empleo y del emprendimiento (afectando, en definitiva, a la propia gobernanza del mercado de trabajo¹³).

En este sentido, no es casual que el primero de los derechos recogidos en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales sea precisamente la educación, la formación y el aprendizaje a lo largo de toda la vida y que éste se defina sobre la base del reconocimiento de que “toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral”¹⁴.

En un mundo con cambios constantes, la definición de los mecanismos de identificación de nuevas capacitaciones (en una visión dinámica) y de su propia acreditación aparece como un aspecto que debería ser central en la definición de las denominadas políticas activas de empleo¹⁵. El aprendizaje y la formación para la obtención de nuevas habilidades o capacitaciones profesionales deben ser un elemento central de dichas políticas; sobre todo porque, además, habrá que aprovechar la oportunidad de tener en la creatividad, más allá de las exigencias de capacitaciones técnicas o matemáticas (STEM), uno de los aspectos diferenciales en la creación de valor añadido, y, por tanto, definitorio en la empleabilidad y en el desarrollo e implementación de ideas emprendedoras¹⁶.

¹² Como afirma el citado Informe, “el proceso de digitalización en España puede ser tomado como una oportunidad para lograr una composición de la actividad productiva más equilibrada y sostenible, sobre todo en términos de crecimiento y empleo”. Informe 3/2017 del Consejo Económico y Social, cit. pág. 72. La concepción como oportunidad llega a comprenderse como un instrumento para la inclusión social y corregir la brecha de género por parte de la propia UNESCO; “Las competencias digitales son esenciales para el empleo y la inserción social”; cit.

¹³ Sobre cuya reflexión es necesario acudir al trabajo de Cruz Villalón; “El futuro del trabajo y su gobernanza”; *Temas Laborales* nº 137/2017; págs. 13 y ss.

¹⁴ https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es.

¹⁵ Distintos estudios interesantes sobre nuevas capacitaciones y digitalización en <https://www.rand.org/randeurope/research/projects/game-changing-technologies-in-european-services-sectors.html>.

¹⁶ Son interesantes alguna de las reflexiones de Stephane Krasier, CEO de Upwork, en “Qué significarán los próximos 20 años para el empleo, y como prepararse”; World Economic Forum Annual Meeting, 2019. <https://es.weforum.org/agenda/2019/01/que-significaran-los-proximos-20-anos-para-el-empleo-y-como-prepararse/>. Entre ellas, la autora parte de que “la inteligencia artificial y la robótica finalmente crearán más trabajo, no menos”; que “no habrá falta de empleo sino, de no adoptar las medidas adecuadas, una escasez de personas calificadas para ocupar estos empleos”; que, “para el año 2027 la mayoría de los trabajadores será independiente” (citando el estudio “Freelancing in Ame-

Desde otra perspectiva, el proceso de digitalización de la economía aporta incertidumbres obvias en la medida en que afecta a la conformación de criterios clásicos sobre los que se desarrollaban las instituciones de la relación de trabajo con mayor o menor intensidad (recobrando en algunos casos, y pese a las relativas novedades, problemas ya planteados¹⁷).

En todo caso, independientemente del distinto grado de incidencia o de las dudas sobre sus consecuencias finales¹⁸, el carácter disruptivo que tiene este proceso en el mundo del trabajo es evidente. Su afectación presenta diferentes manifestaciones de carácter transversal, que van desde el proceso de selección a las formas de intermediación, y condicionan, con claridad, a la (forma de) determinación de las condiciones de trabajo y a la definición misma de los rasgos de la relación laboral tal como la conocemos¹⁹.

Una de estas manifestaciones tiene que ver con la automatización de formas tradicionales de trabajo y con la aparición de otras nuevas manifestaciones de empleo; especialmente, en relación con formas de organización del trabajo, que parten del reforzamiento de medios de intermediación en la contratación de servicios y que están afectando directamente a la conformación de la relación laboral, a su delimitación con el trabajo por cuenta propia y cuestionando la estructura definitoria de los sistemas de protección social, que deben dar respuesta a las nuevas situaciones.

Pero quizá el riesgo, y, por consiguiente, el temor más extendido sea la volatilidad de los presupuestos ante los que asistimos.

La irrupción transversal de las nuevas tecnologías en el mundo de trabajo (sin entrar ahora en el detalle de su incidencia en la determinación concreta de las condiciones de trabajo²⁰) trae de común, al menos por ahora y previsiblemente

rica 2017"); y, sobre todo, que "el cambio tecnológico seguirá aumentando, por lo que el aprendizaje de nuevas habilidades será una necesidad constante durante toda la vida". Entre las habilidades que hay que alcanzar en esta forma de "repensar la educación", la autora destaca las "metahabilidades como el espíritu empresarial, el trabajo en equipo, la curiosidad y la adaptabilidad". Asimismo, cfr. las reflexiones de Levy, F. y Murnane, R.; "The new division of labour: how computers are creating the new job market", 2015.

¹⁷ Como los que afectan a la definición de relaciones de prestaciones de servicios a través de plataformas. Sobre el tema, cfr., por ejemplo, Rodríguez Fernández; "Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital". Contribución a la Conferencia Nacional de la OIT "El futuro del trabajo que queremos" en la Conversación II "Trabajo decente para todos"; Madrid, 2017. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548596.pdf.

¹⁸ Rocha Sánchez; op. loc. cit.

¹⁹ Sobre el tema, por todos, Cruz Villalón; "El futuro del trabajo y su gobernanza"; op. loc. cit. Específicamente, sobre el trabajo en red, la descentralización productiva y la evolución de la flexibilidad laboral derivada de la digitalización de la economía, cfr. también, por ejemplo, F. Trillo; OIT, "Relaciones de trabajo en la economía digitalizada"; disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf.

²⁰ Sobre este tema es interesante el trabajo del Instituto de Estrategia Legal en RRHH de Cuatrecasas (del Rey Guanter, dir.); "Nuevas Tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Tecnos: impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico". Wolters Kluwer. 2018.

en el tiempo, una constante necesidad de adaptación a realidades en permanente evolución. Ello conlleva, sin duda, que la incertidumbre y la precariedad en sus diferentes formas sean unos de los riesgos inherentes a todas estas manifestaciones.

Pero, de cualquier análisis o aproximación que pueda hacerse, desde la perspectiva de la definición de las denominadas políticas activas de empleo, la medida que es ineludible para atender a estos problemas tiene que ver con las exigencias de formación y capacitación profesionales.

La aproximación a esta cuestión debe hacerse con planteamientos nuevos, centrados más en la búsqueda de un marco general adecuado y de un procedimiento también adecuado que evite caer, por una parte, en la relativa burocratización, si se nos permite la expresión, o encorsetamiento de la oferta formativa; y, por otra, en la banalización de la misma si no responde a unos requisitos de acreditación suficientes o, al menos, reconocibles por el sector productivo.

Como decimos, la adaptabilidad debe ser un complemento ineludible de la formación y capacitación profesionales, y, por supuesto, de los instrumentos a través de los cuales las administraciones públicas (y otros agentes del sistema) deben llevar a cabo su función. Ello incidirá ciertamente en la en la propia concepción de cómo identificar las “nuevas necesidades formativas” como valor intrínseco a esta formación requerida.

3. LA IMPORTANCIA DE LA “DIGITALIZACIÓN” DE LA ECONOMÍA Y EL CARÁCTER INELUDIBLE DE SU ATENCIÓN

Desde la perspectiva del constante y progresivo proceso de digitalización, la Comisión europea destaca distintos aspectos relacionados con la importancia de la digitalización de la economía –tanto en el sector TIC como en la influencia que tiene ésta en sectores tradicionales-²¹.

Tal como señala, con cerca del 4% del PIB de la Unión, el sector de las tecnologías de la información y la comunicación representa, por sí solo, un valor añadido de más de 580 000 millones de euros en la misma; estimado que la digitalización de productos y servicios aportará ingresos a la industria de más de 110 000 millones de euros al año en Europa²².

La creación de valor añadido a partir de innovaciones digitales se produce, según el citado documento, tanto en la aparición de nuevos productos, gracias, por ejemplo, al desarrollo de tecnologías (que supone, además, oportunidades de

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital” –SWD (2016) 110 final-]

²² Por ejemplo, cita cómo en el sector del automóvil, más de la cuarta parte del crecimiento del valor añadido se debe a la integración de innovaciones digitales en el diseño y producción de vehículos. “Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital”; cit.

creación de nuevas industrias y empresas de nueva creación); de nuevos procesos productivos, a través de la expansión de la automatización y la integración de los análisis de datos y simulación; y, por supuesto, de nuevos modelos empresariales (economía de las aplicaciones), adoptando comportamientos variables en relación con la propiedad, la creación conjunta y el intercambio

La convergencia de tecnologías conlleva un proceso de continuo cambio digital, en particular en Internet de las cosas, los macrodatos, la nube, la robótica, la inteligencia artificial y la impresión 3D, que suponen un cambio en la concepción del mercado de trabajo, nuevas oportunidades de empleo pero, al tiempo, una necesidad de adaptación ineludible en un mundo globalizado que trasciende cualquier comprensión local de los mercados²³.

Por consiguiente, estamos ante nuevos retos (complejos) a atender desde la perspectiva del empleo y, como estamos insistiendo, la adquisición de capacitaciones profesionales es fundamental.

Con estos presupuestos hay que tener en cuenta una serie de planteamientos más específicos.

Es necesario corregir los desfases que pueden plantearse entre las capacitaciones adquiridas tradicionalmente y las requeridas por el mercado de trabajo. Asistimos en muchas ocasiones a situaciones aparentemente contradictorias. Mientras que muchas personas tienen una cualificación por encima de la requerida para su trabajo o profesión, a muchas empresas les cuesta encontrar trabajadores con cualificaciones determinadas (en muchas ocasiones de carácter transversal o transferible)²⁴.

Es necesario hacer el planteamiento de adaptación permanente que exige un mundo en cambio. Estos se plantean de forma constante en los aspectos destacados: productos; formas (procesos) de producción y formas de intermediación (en la prestación de servicios) y, por supuesto, en la forma de “hacer negocios”.

La incidencia de la digitalización en general y de formas concretas de ella (por citar un solo ejemplo, internet móvil) es más que evidente y estar preparado para ello se concibe, ya, como una exigencia básica y transversal de capacitación.

Como destaca el Informe sobre el Futuro del Trabajo del Foro Económico Mundial de 2016 en muchos países e industrias, las especialidades más demandadas no existían hace diez años o, incluso, hace cinco años; es más, el 65% de los niños que asisten a la escuela primaria acabarán trabajando en nuevos trabajos que aún no existen. De esta forma, la habilidad o capacidad de anticiparse y prepararse para las exigencias de futuras capacitaciones es exponencialmente crítica para

²³ Aspectos que se retroalimentan y refuerzan su incidencia afectando a la propia comprensión de lo que Cruz Villalón denomina acertadamente “gobernanza del trabajo”; op. cit. pág. 18.

²⁴ Así lo destaca la propia Comisión Europea: “Una nueva agenda de capacidades para Europa. Trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 2016. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-381-ES-F1-1.PDF>.

empresas, gobiernos e individuos (para aprovechar plenamente las oportunidades que presentan las nuevas tendencias y mitigar los efectos no deseables).

Y, por supuesto, hay que tener en cuenta el objetivo de búsqueda de empleo de calidad y de un emprendimiento de oportunidad que evite la precarización y aporte condiciones de trabajo dignas²⁵.

La adquisición y el desarrollo de capacidades de calidad y adecuadas es un requisito previo y esencial para evitar la precarización.

Partiendo de una perspectiva inclusiva del mercado de trabajo, que tenga en cuenta a la totalidad de la población, tengan formación o no, el acceso a estas capacidades adquiere, por tanto, una dimensión esencial como mecanismo de remoción de obstáculos para alcanzar una igualdad efectiva de oportunidades y de inclusión social²⁶.

Todo lo anterior implica la necesaria identificación de las capacitaciones necesarias, en sus distintos niveles, como ejercicio ineludible de diagnóstico de la situación.

La “Nueva Agenda de Capacidades para Europa”, elaborada por la Comisión en junio de 2016²⁷ plantea, además de un diagnóstico actualizado de la precedente Agenda sobre nuevas capacidades de 2010, una serie de medida para alcanzar un adecuado grado de capacitaciones en el seno de la Unión²⁸.

En este documento la Comisión afirma que “el éxito depende del compromiso y la experiencia de numerosos actores: los gobiernos nacionales, las regiones, las autoridades locales, las empresas y los empleadores, los trabajadores y la sociedad civil, así como de las propias personas cuando aprovechan las oportunidades de sacar el máximo partido a su talento. Los interlocutores sociales, en particular, desempeñan una función fundamental a la hora de garantizar que la Agenda se desarrolle y se ponga en marcha con éxito, como también de que sea capaz de seguir el ritmo vertiginoso que caracteriza a la evolución de las necesidades de nuestro mercado de trabajo y de nuestra sociedad”.

²⁵ Como destaca Cruz Villalón, “...la acumulación aplicativa de los tres fenómenos hasta ahora descritos: globalización, procesos tecnológicos y transformaciones organizativas (...), al presionar con intensidad hacia la reducción del costo del trabajo desemboca en la aparición de un fenómeno hasta el presente desconocido, como es el de los denominados trabajadores pobres”. “El futuro del trabajo y su gobernanza”; cit. pág. 19.

²⁶ <https://es.unesco.org/news/competencias-digitales-son-esenciales-empleo-y-inclusion-social>.

²⁷ Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-381-ES-F1-1.PDF>.

²⁸ En relación con este documento, es interesante citar también la Comunicación de la Comisión sobre “Digitalización de la industria europea” y la conexión de las oportunidades de la misma con las capacitaciones profesionales. En el punto 4.2 del documento, se cita como camino a seguir la “inversión conjunta en el fomento de capacidades de innovación digital en Europa”, recogiendo las siguientes actuaciones: a) Promover la innovación digital en todos los sectores: centros de innovación digital en Europa; b) Asociaciones para el liderazgo en las cadenas de valor y las plataformas de las tecnologías digitales; c) Normalización: dar prioridad e intensificar los esfuerzos en las arquitecturas de referencia y la experimentación. Además, cita también como camino a seguir “un capital humano preparado para la transformación digital con las competencias necesarias al efecto”.

Las prioridades de actuación citadas en el documento insisten en el desarrollo de capacidades de mayor calidad y más adecuadas (fortalecimiento de capacidades básicas; definición de competencias clave y superiores más complejas; fortalecimiento de la formación profesional y, por supuesto, centrarse en competencias digitales); facilitar la visibilidad y la comparabilidad de las capacidades y las cualificaciones; así como impulsar la información estratégica y la documentación sobre las capacidades, y potenciar la toma de decisiones sobre las carreras profesionales con conocimiento de causa.

Dentro de la definición de las prioridades que recoge la Agenda, ésta cita una serie de actuaciones importantes para la consecución de las mismas, que bien podrían servir de referente en la construcción de un determinado modelo a nivel local. Por ejemplo: un Plan General de Cooperación Sectorial sobre capacidades, que, en conexión con otros planes nacionales o regionales, permita trasladar estrategias sectoriales a una determinación de las necesidades de capacidades y al desarrollo de soluciones concretas; y que permita apoyar la celebración de acuerdos para el reconocimiento de cualificaciones y certificaciones sectoriales²⁹.

En definitiva, cambiará –está cambiando- la forma de trabajar, la forma de gestión del trabajo y los servicios; y cambiarán los propios productos y la forma de producción; de igual forma, cambiará la forma de desarrollar las capacitaciones profesionales y la prestación de servicios. Nos enfrentamos a alteraciones socio-económicas (también de otra naturaleza, y, muy particularmente, demográficas –reto que exige un análisis detallado y sosegado-), pero sobre todo nos encontramos ya inmersos en la interiorización de las tecnologías en la forma de relacionarnos que exige una preparación para atender a nuestro mercado de trabajo, que, además, adolece de problemas estructurales que requiere atender.

4. LA NECESIDAD DE ADECUAR EL MARCO NORMATIVO Y DE ACTUACIÓN

En este contexto, ante estas necesidades, es conveniente adecuar el marco normativo existente así como los criterios de actuación que pueden derivarse de aquél, conforme las previsiones genéricas de la Ley de Empleo (en su artículo 40, principalmente), la Ley Orgánica de las Cualificaciones y la Formación Profesional y de su normativa de desarrollo (en este ámbito, fundamentalmente, el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero y, en relación con el reconocimiento de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio).

²⁹ Dicho plan lo sitúa en sectores concretos que parecen definirse por su carácter estratégico: automovilístico, de tecnologías marítimas, espaciales, de defensa, textiles y turísticas (por otra parte, con fuerte presencia en España y en Andalucía).

Es necesario insistir en instrumentos que permitan una mayor y mejor integración de los sistemas laborales de formación y los educativos, dotarlos de mayor flexibilidad y adaptabilidad, dado que los aspectos tradicionales (vigentes) incorporan elementos de complejidad importantes y, si se nos permite, de cierta rigidez aplicativa.

Los instrumentos del Sistema Nacional de Cualificaciones Profesionales y Formación Profesional (instaurado por la Ley Orgánica de Cualificaciones Profesionales y Formación Profesional citada) deben adaptarse a los nuevos requerimientos. Centrados en los mecanismos para la obtención del “certificado de profesionalidad” a que alude tanto la citada ley orgánica como el art. 40.7 de la Ley de Empleo, regulado en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, y ligado al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (o, en su caso, a través del reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral que regula el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio), estos deben adaptarse a las nuevas necesidades y exigencias tanto del sistema productivo como de la conformación del mercado de trabajo. Desde la perspectiva específica del sistema educativo, el modelo reglado de formación profesional se centra en la definición de los distintos niveles educativos, con los elementos de rigidez propios de un modelo estable de oferta educativa³⁰, más allá de los mecanismos de equivalencia que pudieran establecerse y en los que habría que insistir (por ejemplo, a los que se refiere la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y conforme dispone la disposición final del citado Real Decreto 84/2008).

El marco normativo y, sobre todo, de actuación en el que debiera desarrollarse cualquier programa de formación debería incidir en incorporar elementos de flexibilidad y nuevos criterios, instrumentos y resultados de certificación y acreditación de la cualificación y de la formación, partiendo de una serie de premisas importantes: que sea dirigida, al menos en un primer momento, por las administraciones competentes, que sea reconocida por el sector productivo y, sobre todo, que sea atractiva para sus destinatarios³¹.

Aun admitiendo la regulación vigente, la definición del marco de actuación ha de contemplar instrumentos suficientemente accesibles, que garanticen el conocimiento por parte de los posibles beneficiarios y de las empresas (teniendo en cuenta los rasgos de la conformación del tejido productivo de nuestro país) y, por consiguiente, que alcancen unos criterios de actuación que aúnen los objetivos de buscar una mejor empleabilidad de los desempleados y una mejor adaptabilidad de aquellos que ya tienen un empleo.

En este sentido, es siempre importante (re)definir cuál es el papel que corresponde a las administraciones en el ámbito de sus respectivas competencias y

³⁰ Algo recurrente en todos los sistemas educativos. Sobre el tema cfr. por ejemplo Cathleen Stasz; “Assesing skills for work: two perspectives”; Oxford Economic Papers n. 3 (2001); pags. 385 y ss. En particular, pags. 387 y ss.

³¹ Sobre la importancia de la certificación vid, asimismo, Cathleen Stasz; op. loc. cit.

de los roles que pudieran y debieran asumir. Es cierto que, a partir de aquí, hay que garantizar la implicación de otros agentes –como reconoce el propio marco normativo actual- y, en su caso y en su momento, el rol de las propias empresas, que continúa siendo complejo en las posibilidades de acreditación profesional, sobre todo para las pequeñas empresas. Pero no es menos cierto que las administraciones deben asumir un papel no solo procedimental en la instrumentalización de los mecanismos de acreditación de certificaciones profesionales (donde cede su iniciativa al sector privado) sino que deben liderar los contenidos formativos partiendo de su identificación y el establecimiento de itinerarios que permitan un mejor y mayor acceso a las cualificaciones profesionales demandadas por el sector productivo por parte de la población activa.

Los aspectos más importantes que deben tenerse en consideración a estos efectos son, de principio los siguientes: identificación de las necesidades o requerimientos de formación; derivado de lo anterior, determinación de los contenidos en sus distintos niveles; acreditación en el sistema educativo de dicha formación por la incidencia que la misma tiene en su propia validación efectiva en el mercado de trabajo (y, en definitiva, en la empleabilidad); y, por supuesto, necesaria interconexión de los distintos niveles de educación y de formación así como con la formación en la empresa.

Y ello, además, teniendo en consideración los problemas estructurales que tiene el mercado de trabajo de nuestro país, que, pese a los incrementos de las ocupaciones en los últimos años (moderándose en las previsiones futuras)³², como destaca la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020³³, presenta una serie de rasgos estructurales recurrentes: un alto nivel de desempleo (en relación con la media de la Unión Europea y con una distribución territorial desigual); unos índices muy altos de paro de larga duración, que demuestran las dificultades para el acceso al empleo, particularmente de este colectivo (parados de larga duración); una evidente relación entre nivel de formación y tasas de ocupación (con una concentración importante del desempleo en personas con bajo nivel de cualificación); y altos niveles generales de desempleo juvenil.

Al diagnóstico anterior coadyuvan otros factores, como las tasas de abandono educativo temprano (segundo país de la Unión Europea con los índices más altos pese a su reducción en los últimos años)³⁴, o, con una importancia destacable, la configuración de un tejido productivo basado en empresas de muy pequeña

³² Datos del Plan Anual de Política de Empleo para 2019 (Resolución de 12 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2019). BOE de 15 de marzo de 2019.

³³ Aprobada por Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre (BOE de 16 de diciembre).

³⁴ Ministerio de Educación y Formación Profesional. Datos y cifras del Curso escolar 2018/2019. <http://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:f17caadd-acf4-41e5-8143-8489ed4b0cf2/datosycifras-1819esp.pdf>.

dimensión (que dificultan la implicación en la formación, los procesos de certificación actuales, y, por supuesto, el acceso a la investigación, a la innovación, a la transferencia del conocimiento y a la implementación de nuevas tecnologías en su proceso de producción, organización y comercialización)³⁵.

En este contexto y ante estas necesidades, la definición de una correcta política de fomento del empleo debe ser un reto para cualquier administración con competencias en la materia. Es un deber de las administraciones públicas (y debe centrarse en ellas la inicial responsabilidad de las mismas)³⁶ atender la demanda evidente que, sobre adquisición de nuevas capacitaciones profesionales, exige el proceso de digitalización de la economía; sobre todo, como propuesta de anticipación a los retos que en materia de empleo y de desarrollo profesional (y como parte fundamental de las posibilidades de acceso a ambos) ésta plantea³⁷.

Este objetivo debe ser acompañado de un marco normativo y, sobre todo, de actuación adecuados, que, teniendo en cuenta la interrelación necesaria entre los niveles de formación reglada y la formación no reglada, aporte un modelo de certificación de la formación lo suficientemente ágil que sea correctamente recibida por el mercado de trabajo, por los colectivos destinatarios de la formación y, por supuesto, que redunde en una mayor y mejor empleabilidad de los demandantes de empleo. Para ello, de principio, es necesario (si se quiere, dentro de la actividad de planificación a que alude el artículo 40 de la Ley de Empleo), y desde la iniciativa de las distintas administraciones aunque con la implicación de todos los agentes afectados, una actuación integrada de aquéllas (educativas, de empleo, pero también territoriales y universidades), conformar una serie de itinerarios reconocibles por parte de los posibles beneficiarios, que sean, además, accesibles, teniendo en cuenta la conformación de nuestro tejido productivo y los referidos problemas estructurales de nuestra demanda de empleo: paro de larga duración, una vinculación evidente entre el nivel de formación y los niveles de empleo ligadas a

³⁵ Como destaca Cruz Villalón; “El futuro del trabajo y su gobernanza”; cit. pág. 18.

³⁶ De nuevo, al respecto, es ineludible la reflexión de Cruz Villalón; op. cit. particularmente en págs. 21 y ss. sobre la gobernanza en general del empleo y el rol que debe corresponder al Estado.

³⁷ En cuanto a los contenidos que pueden servir de referencia en esta materia se puede tener en consideración, por ejemplo, el informe del Foro Económico Mundial, de enero de 2016, “The Future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution”. En el mismo, se sitúa como conductores del cambio a nivel tecnológico los siguientes: Internet móvil y tecnología de la nube; Big data; Tecnologías y suministros relacionados con las nuevas formas de energía; Internet de las cosas; Economía colaborativa; Robótica y transporte autónomo; Inteligencia artificial; Actividad manufacturera a través de la impresión 3D y Biotecnología. En la actualización de dicho Informe, en 2018, se insiste en la necesidad de aumentar estas estrategias de digitalización. Para dicho informe, ello supone una oportunidad para la creación de valor a través de nuevas actividades, mejorar la calidad del empleo tanto tradicional como de ocupaciones emergentes y aumentar las cualificaciones de los empleados para alcanzar todo su potencial de forma que permita lograr nuevas tareas de alto valor añadido, algunas de las cuales no habrán sido desarrollada aún por trabajadores humanos (Foro Económico Mundial; “The Future of Jobs Report. 2018”).

amplias tasas de abandono escolar prematuro y una especial afectación del empleo en determinados sectores de población³⁸.

De ahí la necesidad de buscar un marco de actuación que permita la flexibilidad necesaria y la interrelación entre todos los niveles de formación y educativos en un contexto de cambio constante y de exigencia de adaptabilidad permanente, que exige un proceso necesario de modernización y reconfiguración de los sistemas de empleo y de formación. Debe permitir que se realice el “esfuerzo de reaprendizaje tanto para trabajadores como para demandantes de empleo que permita aportar capacidades demandadas en el presente y en el futuro” a que se refiere la citada Estrategia Española para la Reactivación del Empleo 2017-2020 y que lo reconoce como “uno de los principales retos”; y, por supuesto, “la mejora del nivel formativo y el cierre del desajuste de capacidades” derivado de la “incorporación del cambio técnico y organizativo a las empresas, en particular la digitalización y la apertura a mercados globales”³⁹.

5. EL RETO DE IDENTIFICAR LAS NECESIDADES FORMATIVAS EN RELACIÓN CON LAS NUEVAS DEMANDAS DE CAPACITACIONES PROFESIONALES Y DE INTEGRAR LA OFERTA FORMATIVA

Como decimos, quizá se debería contemplar como primera aspiración identificar las necesidades formativas en este ámbito y propiciar las condiciones para que los ciudadanos tengan las oportunidades de formación ante los cambios que plantea la digitalización de la economía, partiendo de la evidente conexión entre educación, formación, cualificaciones y capacitaciones profesionales y desarrollo de nuevas posibilidades de empleo y de emprendimiento de calidad.

En la identificación de las nuevas necesidades formativas y de cualificación profesional, hay, sin duda, un aspecto sectorial que no puede obviarse. La digitalización de la economía (y la pluralidad de aspectos y contenidos a que responde)

³⁸ Vid., al respecto, el diagnóstico de la Estrategia Española para la Activación del Empleo, aprobada por Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre (BOE de 16 de diciembre), fundamentalmente en relación con la configuración del mercado de trabajo, las dificultades de acceso al empleo y la relación entre nivel de cualificación o formación y ocupación.

³⁹ Conclusión a que llega la propia Estrategia Española para la Activación del Empleo en la única referencia directa a la digitalización de la economía como factor condicionante de nuevas necesidades de capacitaciones profesionales. Más adelante, dentro de las actuaciones previstas, sí destaca como uno de los “objetivos prioritarios”, “mejorar el nivel general de competencias de los trabajadores y demandantes de empleo y, en particular, reducir el desajuste de competencias”. Según afirma, “es preciso reducir el desajuste entre las competencias laborales demandadas por el tejido productivo y las ofrecidas por los trabajadores que buscan empleo, y también facilitar la recualificación profesional de las personas en paro de larga duración”.

En los Informes anuales de prospección y detección de necesidades formativas y en los trabajos prospectivos del Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, puede encontrarse más información sobre las actividades económicas y ocupaciones con mejores perspectivas de empleo, y las necesidades formativas detectadas.

requiere la actuación e intervención en distinta escala de diferentes actores. Por supuesto de la empresa, concebida en general, que ha de identificar cuáles serán sus necesidades en un futuro inmediato dado que el proceso de digitalización debe incorporarse como una decisión de carácter integral, centralizada y organizativa. Pero, además, por el carácter sectorial en que puede plantearse parte del reto, los agentes sociales en su concepción más clásica (además de por su tradicional rol en la formación) deben asumir un protagonismo importante en la definición de tales necesidades. Y, por supuesto, las administraciones públicas han de ejercer el rol de responsables máximos a la hora de asumir la iniciativa y de crear los contextos adecuados para que la población activa tenga una correcta preparación conforme las demandas del mercado de trabajo dentro de la definición de sus políticas activas de empleo.

En relación con las distintas administraciones públicas, el protagonismo a asumir en cada caso debe superar, en sentido amplio, el margen de las competencias que inicial o administrativamente tengan asumidas o dispuestas legalmente. La colaboración entre las distintas administraciones públicas (o entes del sector públicos encargados directa o indirectamente de las políticas de empleo o para el empleo y el emprendimiento) debe ser un elemento recurrente e ineludible. Por ejemplo, además de las competencias estatales o autonómicas en materia de políticas activas de empleo, las administraciones locales pueden asumir un rol importante, porque, dentro del papel de identificación de las necesidades transversales, tienen el conocimiento, por la proximidad al territorio, de las demandas específicas que puedan plantearse en la labor de prospección previa que es necesaria.

Cualquier actuación en relación con este tema debe partir de una concepción integral, que defina los distintos roles (por no hablar de competencias) que deben asumir los agentes implicados, aunque no siempre con perfiles estancos. El objetivo debe ser obtener un resultado adecuado que integre la oferta formativa en sus diferentes niveles. Se trata, en definitiva, de crear lo que generalmente se denomina ahora un “ecosistema” donde colaboren agentes públicos (las distintas administraciones en sus distintos ámbitos y competencias incluidas las universidades) y privados (partiendo de los agentes sociales y de la empresa).

Desde esta perspectiva, ha de plantearse una oferta formativa integrada, amplia, que contemple tanto la enseñanza reglada como, quizá con mayor importancia por su carácter más coyuntural y ágil, la enseñanza no reglada (formación para el empleo, formación para el emprendimiento, formación sectorial, la propia formación de las empresas -que deberían tener su encuadre en las distintas fórmulas de la formación no reglada-) y que contemple distintos niveles desde los más básicos hasta un nivel de referencia superior.

Uno de los principales escollos que hay que salvar tiene que ver con la estancidad de los distintos niveles de formación. La normativa ha previsto instrumentos desde la propia Ley Orgánica de las Cualificaciones y la Formación

Profesional, pero hay que profundizar en ellos; hay que vincular estos distintos niveles de formación para alcanzar una conexión que parece ineludible. Por otro lado, hay que tener en cuenta asimismo los distintos perfiles de las personas que acceden a la formación y en esta misma línea los diferentes objetivos que pueden intentar alcanzarse con ello.

En definitiva, son muchos aspectos que se interrelacionan en capas superpuestas que hay que coordinar.

En primer lugar, como estamos diciendo, hay un aspecto transversal y previo. Hay que partir de la identificación de nuevas necesidades formativas y permitir, cuando no asegurar, la accesibilidad de los distintos colectivos de demandantes de empleo (y de trabajadores en activo que requieren una adaptación formativa). Esta accesibilidad debe tener en cuenta la flexibilidad en la conformación de los distintos niveles educativos y el reconocimiento por parte de los beneficiarios de dichas acciones formativas en el sentido que expresamos.

Como decimos, de principio, hay que establecer una labor de prospección importante y hay que definir a quién puede corresponder la misma (más allá de lo previsto en el artículo 40.4 de la Ley de Empleo). Pero, al tiempo, hay que tener en cuenta, en relación directa con lo anterior, los perfiles de las distintas formas y niveles de formación.

La formación reglada, por un lado (en sus distintos niveles académicos), debe responder a un carácter estructural acorde a su propia consideración estable en el tiempo (con los matices propios que corresponden en relación a su mayor o menor conexión con el ámbito productivo o de servicios –donde la formación profesional dual, pero también la formación universitaria son la referencia- y sin perjuicio, por supuesto, de la necesaria adaptabilidad de contenidos). La formación no reglada, por otro, ha de responder a un perfil mucho más dinámico y adaptativo a las necesidades concretas (aunque no debe dejarse a la iniciativa exclusivamente privada).

Pero en todo caso, debería haber mecanismos de interconexión entre la formación reglada y la no reglada (si se quiere, al menos, como decimos, profundizando en el desarrollo del modelo de equivalencias previsto legal y reglamentariamente).

Estos mecanismos de interconexión deberían permitir el reconocimiento de los contenidos de la formación no reglada (al menos, de parte de ella) en los estudios reglados. O, de otra forma, por ejemplo, la integración de distintos módulos de formación no reglada debería poder servir de fórmula flexible para el reconocimiento de niveles básicos de formación (y, en especial, la formación profesional básica), incluyendo o reintroduciendo, de esta forma, en el nivel formativo reglado a las personas que hubieran abandonado sus estudios⁴⁰.

⁴⁰ Por citar un ejemplo de lo que decimos, partiendo del modelo contenido en la Ley Orgánica 2/2016, de 3 de mayo, de Educación, es cierto que el acceso a la formación profesional básica está limitada inicialmente por cuestiones de edad (un máximo 17 años). Sin embargo, el art. 44 de la citada Ley prevé la posibilidad de reconocimiento o convalidación a quienes, con más de 22 años, “tengan acreditadas las unidades de competencia profesional incluidas en un título profesional básico, bien a

Así, instrumentos que interrelacionen la formación no reglada con la formación reglada pueden ser especialmente útiles porque el dinamismo requerido por el proceso de digitalización puede encontrar mejor acomodo en esta última y, al tiempo, pueden dar solución a algunos aspectos básicos: la inclusión –flexible– de parte de la población activa demandante de empleo con mayores dificultades, como parados de larga duración sin formación, dentro del sistema educativo (y, en su caso, el reingreso al punto de partida de la formación reglada aun en su nivel más básico como ejemplo); y la instauración de mecanismos apropiados de certificación de la formación dada. De esta forma, la propia necesidad (y utilidad) de los requerimientos de “certificación” de la formación recibida puede encontrar un primer acomodo en esta interconexión. Es más, insistimos, sería acorde con las necesidades de formación y con los rasgos antes mencionados de abandono escolar temprano. Es cierto que existen legal y reglamentariamente fórmulas; pero éstas requieren de una mayor agilidad, flexibilidad y accesibilidad para determinados ámbitos de nuestra población activa.

El objetivo debe ser encontrar oportunidades para formarse en la adquisición de capacitaciones profesionales que estén relacionadas con el presente y el futuro más inmediato y sean una oportunidad para obtener un empleo o un desarrollo profesional de calidad, que aporte estabilidad, y en caso del emprendimiento, que cree valor añadido.

La propia propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Fondo Social Europeo Plus⁴¹, partiendo de la necesidad de afrontar una serie de retos recurrentes en el sentido que estamos viendo⁴², fija normativamente una serie de objetivos entre los que cita “mejorar el acceso al empleo de todos los demandantes de empleo, y en particular de los jóvenes y los desempleados de larga duración, y de las personas inactivas, promoviendo el empleo por cuenta propia

través de certificados de profesionalidad de nivel 1 o por el procedimiento de evaluación y acreditación establecido”. De esta forma, y conforme dicha previsión, podría recibir de las Administraciones educativas el título Profesional Básico. La conformación de la evaluación de los ciclos de formación profesional (y, entendemos, por tanto, que su convalidación en su caso conforme lo previsto en el referido art. 44) se realizará por módulos profesionales y por materias o bloques. Por consiguiente, la oferta formativa integral de la formación profesional podría tener en cuenta la conformación de dichos bloques, su validez a los efectos de convalidación para adquirir el título profesional básico (su acreditación), y ser acorde, en lo posible, con el sistema de cualificaciones profesionales. Téngase en cuenta, a estos efectos, que como dispone el art. 44.5 de la Ley Orgánica de Educación la superación de determinados módulos profesionales o bloques o materias, aunque no se hayan completado los estudios de formación profesional, tendrá efectos académicos y servirán de acreditación parcial acumulable de las competencias profesionales en relación con el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional.

⁴¹ Disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-382-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

⁴² Tal como cita en su exposición de motivos, “la Unión tiene que hacer frente a otro tipo de retos, relacionados con: las deficiencias en los niveles de capacidades; los insuficientes resultados de la política activa del mercado de trabajo y de los sistemas educativos; los desafíos que plantean las nuevas tecnologías, como la automatización y las nuevas formas de trabajo relacionadas con ella; la exclusión social de los grupos marginados, como los romaníes y los migrantes; y la reducida movilidad laboral”.

y la economía social”; “modernizar las instituciones y los servicios del mercado de trabajo para evaluar y prever las necesidades de capacidades y garantizar una asistencia oportuna y personalizada y el apoyo a la adecuación entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo, las transiciones y la movilidad”; o “mejorar la calidad, la eficacia y la pertinencia de los sistemas de educación y de formación para el mercado de trabajo, con vistas a apoyar la adquisición de competencias clave, incluidas las capacidades digitales”⁴³. Para la consecución de dichos objetivos, dentro de las acciones que define la propuesta, se cita como primera justamente la siguiente: “1. una Europa más inteligente mediante el desarrollo de capacidades relativas a la especialización inteligente, capacidades relativas a las tecnologías facilitadoras esenciales, la transición industrial, la cooperación sectorial sobre capacidades y el emprendimiento, la formación de investigadores, las actividades en red y las asociaciones entre instituciones de educación superior, los centros de educación y formación profesional, los centros de investigación y tecnológicos y las empresas y agrupaciones de empresas, y el apoyo a las microempresas y a las pymes y a la economía social”.

También a nivel de la Unión nos encontramos, por tanto, con una misma dirección –en grandes rasgos– tanto en el diagnóstico como en las medidas a adoptar o las acciones a llevar a cabo. De manera recurrente, la comprensión de la formación –en todos sus niveles, garantizando su interconexión y la garantía de accesibilidad, a lo que podría sumarse la necesidad de acreditación suficiente y adecuada–, como acción de política de empleo, junto a la consecución de fórmulas que permitan el acceso a capacitaciones demandadas, surge como aspecto esencial en la comprensión de una nueva forma de atender las políticas de empleo.

⁴³ Además de “promover la participación de la mujer en el mercado de trabajo, una mejora del equilibrio entre la vida laboral y la familiar, y especialmente el acceso a servicios de guardería, un entorno de trabajo saludable y bien adaptado contra los riesgos para la salud, la adaptación de los trabajadores, las empresas y los empresarios al cambio, y el envejecimiento activo y saludable”; “promover la igualdad de acceso a una educación y una formación de calidad e inclusivas y su culminación, en particular para los grupos desfavorecidos, desde la educación y la atención en la primera infancia hasta la educación y la formación generales y profesionales, incluyendo la educación superior, la educación y el aprendizaje de los adultos y la facilitación de la movilidad del aprendizaje para todos”; “promover el aprendizaje permanente, especialmente mediante oportunidades de mejora y reciclaje flexibles de las capacidades para todos, una mejor previsión de los cambios y nuevos requisitos de capacidades, habida cuenta de las necesidades del mercado de trabajo, facilitando las transiciones profesionales y promoviendo la movilidad profesional”; “fomentar la inclusión activa al objeto de promover la igualdad de oportunidades y la participación activa, y mejorar la empleabilidad”; “promover la integración socioeconómica de los nacionales de terceros países y de las comunidades marginadas, como la romaní; “mejorar la igualdad y la oportunidad del acceso a unos servicios de calidad, sostenibles y asequibles; modernizar los sistemas de protección social, y en especial promover el acceso a la protección social; mejorar la accesibilidad, la efectividad y la resiliencia de los sistemas de asistencia sanitaria y los cuidados de larga duración”; “promover la integración social de las personas en riesgo de pobreza o exclusión social, incluidas las personas más desfavorecidas y los niños”; o “corregir la privación material mediante alimentos o la prestación de asistencia material básica a las personas más desfavorecidas, mediante medidas de acompañamiento, entre otras cosas”.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS SOBRE IDENTIFICACIÓN DE LAS CUALIFICACIONES REQUERIDAS Y LA NECESARIA ACTUACIÓN INTEGRADA EN MATERIA DE FORMACIÓN

Los retos presentados, los riesgos que suponen estas nuevas realidades sociales y la necesidad de identificar estas nuevas capacitaciones y de dar respuestas a la demanda de las mismas con la suficiente adaptabilidad es algo que debe asumir la administración en primer término. Es, en nuestra opinión, la primera función institucional que ha de asumir la misma (además como parte de la necesaria la dotación de infraestructuras suficientes)⁴⁴.

Las distintas administraciones con competencias en la materia (tanto educativas como de fomento de la contratación, el empleo y el emprendimiento) y, en particular, las administraciones autonómicas en conexión con la nacional y en el marco de la propia Unión Europea, se deben anticipar a la incidencia que las mismas tienen en el empleo, garantizar la interconexión entre cualificaciones y capacitaciones profesionales y formación y proporcionar un marco normativo y de actuación que facilite e insista en la referida intercomunicación.

La recomposición, en la medida adecuada, del rol que corresponde a la formación, tanto reglada como no reglada, para atender las necesidades de cualificaciones profesionales de la población surge como una necesidad ineludible que debe partir, además, de un diagnóstico previo de la cuestión.

Debe corresponder al ámbito institucional (administraciones públicas con competencias en la materia de empleo y formación y educación), en su caso, con la participación e implicación de los agentes sociales y económicos, la identificación de las cualificaciones y capacitaciones requeridas, incorporando al estudio y análisis de identificación de éstas una perspectiva sectorial y, en su caso, territorial, e integrando en la oferta educativa y de formación, en sus distintos niveles e intensidades, estas nuevas capacitaciones profesionales. Las administraciones locales podrían identificar, por su vinculación al territorio, los contenidos más adecuados a su ámbito tanto en relación con la formación ligada al empleo como la relacionada con el emprendimiento de oportunidad que cree valor añadido.

En su caso, sería conveniente la identificación de empresas y sectores tractoros y, con ellos, de las cualificaciones específicas requeridas. En este sentido, el Plan general de cooperación sectorial sobre capacidades que promueve la Comisión Europea (al que se refiere en la Nueva Agenda de Capacidades para Europa de 2016) remite a un proceso orientado sobre la demanda en seis sectores: automóvil, defensa, tecnología marítima, textil-ropa-cuero, observación espacial y turismo. Además, plantea su posible extensión a otros sectores: construcción, salud, acero, tecnologías verdes y energías renovables.

⁴⁴ Rocha Sánchez; op. cit. pág. 6.

Son ejemplo de sectores tractoros definidos a priori por parte de la Comisión. Todos ellos tienen una importante presencia en nuestro país (y, en particular, en Andalucía), y pueden servir para liderar un proceso integral de formación y posterior implantación de un proceso de digitalización ineludible en el sector productivo, incidiendo en sus proveedores (de menor dimensión) y buscando la interconexión con los agentes del conocimiento para crear iniciativas de alto valor añadido.

Dentro de esta interconexión entre conocimiento y sector productivo debe destacarse el papel que puede corresponder a las Universidades. En este sentido, se pueden buscar fórmulas innovadoras que permitan una interrelación entre el conocimiento y su transferencia al sector productivo, modificando los vectores clásicos de disposición de unos a otros; intentado acercar la innovación al ámbito productivo, en particular a las pequeñas empresas y a emprendedores de tal forma que se pueda conseguir atender las demandas de innovación requeridas por éstos; propiciando, en lo posible, un dimensionamiento correcto del sector productivo e implementando medidas que permitan el desarrollo de capacitaciones de alto nivel de cualificación (por ejemplo, a través de programas de contratación de jóvenes para un primer empleo ligados a la obtención de capacitaciones digitales de alto nivel o de capacitaciones en materia de investigación e innovación)⁴⁵.

Partiendo de un análisis específico de las capacitaciones relacionadas con la digitalización de la industria y los servicios, es necesario asegurar la integración de la oferta educativa y de formación, de manera coordinada.

Los requerimientos de nuevas capacitaciones profesionales han de desarrollarse en sus distintos niveles: nivel básico, niveles transversales y superiores, y niveles específicos de cualificaciones profesionales. Ahí la interconexión entre los niveles formativos, entre la enseñanza reglada y la no reglada, debería permitir devolver al nivel educativo formal a las personas que abandonaron tempranamente la educación y no solo a través de los instrumentos previstos legalmente de certificación profesional al ser excesivamente administrativos⁴⁶.

En particular, se establecerían itinerarios formativos modulares, tal como prevé la propia normativa vigente (de carácter específico, en su caso, para personas con especiales dificultades de acceso al empleo, como mayores de 30 años, con el objetivo de que accedieran a la convalidación de su experiencia y formación profesionales y pudieran alcanzar la titulación profesional básica de forma accesible y reconocible –sin perjuicio del rigor exigible–). De esta forma, la formación no

⁴⁵ Dicho programa ya se implementó en Andalucía a través del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y sustentado, a través de las Universidades, con Fondo Social Europeo. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/otras_disposiciones/17/11/03.-%20Instrucciones%20DGITC%20%28Firmadas%29_2.pdf.

⁴⁶ Esta integración se haría por bloques o módulos formativos reconocidos por el Instituto de Cualificaciones Profesionales y dentro de los instrumentos de tales cualificaciones (por ejemplo, a través del reconocimiento de la experiencia y formación profesionales). Se haría de conformidad con la estructura que la normativa da al modelo de formación profesional y cualificaciones profesionales.

reglada (formación para el empleo y formación para el emprendimiento, además de la formación sectorial, incluso la formación a nivel de empresa) cubriría un objetivo más y se daría una oportunidad de retomar el acceso a otros niveles de formación reglada a estas personas.

La oferta formativa integral y el establecimiento de pasarelas (más que de “equivalencias”) o de requisitos para adquirir la correspondiente convalidación o adquisición del título profesional básico se diseñaría con carácter previo a cualquier oferta formativa (aunque no tiene por qué ser excluyente de cualquier oferta formativa). Se publicarían estos itinerarios formativos, con sus requisitos y, en su caso, convocatorias y de esta forma se conseguiría el objetivo de accesibilidad que estamos planteando. Ello deben asumirlo las distintas administraciones competentes, superando el modelo actual de regulación del procedimiento que cede la instancia del mismo al sector productivo (algo que, por otra parte, no es incompatible con lo que planteamos).

La idea sería, además, integrar este programa dentro de un programa especial de capacitación para los demandantes de empleo, para el emprendimiento de oportunidad y para la consecución de un empleo de calidad. De nuevo, en este punto, se relacionaría con el procedimiento de prospección de las necesidades formativas, haciendo especial hincapié en las capacitaciones necesarias antes la digitalización de la economía.

El objetivo sería permitir, a través de mecanismos o instrumentos específicos, el acceso a una formación de sectores de la población determinados, y, muy en particular, aquellos con especiales dificultades de empleabilidad que hubieran abandonado prematuramente la educación y tuvieran dificultades de acceder a una progresión formativa reglada (por ejemplo, mayores de 30 años, excluidos de los programas de garantía juvenil y especialmente afectados por la crisis). La búsqueda de fórmulas adecuadas de retorno a la formación (que conllevaría fórmulas implícitas de certificación de la formación recibida) puede ser un instrumento adecuado. Y el reto de la digitalización es una oportunidad; porque de contrario, podemos estar hablando de una exclusión prematura del mercado de trabajo no precario.

De esta forma podría ser un presupuesto esencial la integración, desde la perspectiva del Sistema de Cualificaciones Profesionales, de toda la oferta formativa, incluida, obviamente, la formación para el empleo, la formación a través de la empresa para el aprendizaje para toda la vida, o, específicamente, la formación para el emprendimiento⁴⁷.

⁴⁷ Que, en Andalucía, de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2018, de 8 de mayo, Andaluza de Fomento del Emprendimiento, se debe instrumentar a través del Programa Andaluz de Formación para Empezar (artículos 13 y siguiente de la misma) y se encomienda a los agentes del que debe conformarse como Sistema Andaluz para Empezar (definido y conformado según lo dispuesto en los artículos 4 y siguientes de la Ley).

En definitiva, se trataría, dentro de las exigencias de planificación a que alude la propia Ley de Empleo en su art. 40, de impulsar un plan, incardinado en las indicaciones contenidas en la Agenda europea de nuevas capacidades. Partiendo de la identificación de cualificaciones y capacitaciones transversales y específicas relacionadas con el cambio de paradigma que plantea la digitalización de la economía, se deben incorporar de manera integral y coordinada los distintos niveles educativos y de formación de tal forma que permitiera, por un lado, una mayor adaptación a las necesidades del mercado de trabajo y una mejor empleabilidad; y, por otro, un reconocimiento educativo que sirviera como instrumento clave de certificación de la formación recibida. Para ello, es esencial la colaboración de todos los agentes implicados, comenzando por las distintas administraciones públicas, que han de dirigir el proceso, y reconducir a este ámbito el protagonismo de las denominadas políticas activas de empleo.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CITADOS

- Catheleen Stasz; “Assesing skills for work: two perspectives”; Oxford Economic Papers n. 3 (2001); pags. 385 y ss. En particular, pags. 387 y ss.
- Comisión Europea; “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de Educación Digital”. Bruselas [17.1.2018. com (2018)22 final]. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0022&-from=EN>
- Comisión Europea; “Una nueva agenda de capacidades para Europa. Trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. 2016. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-381-ES-F1-1.PDF>.
- Comisión Europea; https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es.
- Comisión Europea; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Digitalización de la industria europea. Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital”. 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0180&-from=es>
- Consejo Económico y Social; “Informe 3/2017. Digitalización de la economía”; Madrid, 2017.
- Cruz Villalón; “El futuro del trabajo y su gobernanza”; Temas Laborales nº 137/2017; págs. 13 y ss.
- F. Trillo; OIT, “Relaciones de trabajo en la economía digitalizada”; disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf.

- Foro Económico Mundial; “The future of the jobs. Employment, skills and workforce strategy for the four industrial Revolution”, 2016
- Foro Económico Mundial; “The future of Jobs”, 2018. http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf.
- Digital Europe; “Digitaleurope and the EC’s skills strategy for the future of digital Europe”. Enero 2016. <https://www.digitaleurope.org/wp/wp-content/uploads/2019/01/DIGITAL-LEUROPE%20-%20Position%20paper%20on%20Digital%20Skills.pdf>.
- Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI) 2018. Dossier de mayo de 2018 del Ministerio de Economía y Empresa. https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Indicadores%20DESI%202018_0.pdf.
- Instituto de Estrategia Legal en RRHH de Cuatrecasas (del Rey Guanter, dir.); “Nuevas Tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Tecnos: impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico”. Wolters Kluwer. 2018.
- Klaus Schwab; “The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond”. <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>.
- Levy, F. y Murnane, R.; “The new division of labour: how computers are creating the new job market”, 2015.
- Martín Quetglas. ARI 64/2019; Real Instituto Elcano; http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari64-2019-martinquetglas-que-es-la-digitalizacion.
- OCDE; “Digital skills for the digital economy. Measuring the demand and supply of ICT skills at work”. 2016 Ministerial Meeting. <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jlwnkm2fc9x-en.pdf?expires=1560251006&id=id&accname=guest&checksum=3F5C1EDA15B03A25C0AFBF5FA271CE51>.
- Proyecto de Reglamento del Fondo Social Plus; <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-382-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>
- RAND; <https://www.rand.org/randeuropa/research/projects/game-changing-technologies-in-european-services-sectors.html>.
- Rocha Sánchez; “La Digitalización y el Empleo Decente en España. Retos y propuestas de actuación”; Conferencia Nacional de la OIT “El futuro del trabajo que queremos”. Conversación II. “Trabajo decente para todos”. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548595.pdf.
- Rodríguez Fernández; “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital”. Contribución a la Conferencia Nacional de la OIT “El futuro del trabajo que queremos” en la Conversación II “Trabajo decente para todos”; Madrid, 2017. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548596.pdf.
- Roland Berger (estudio para Siemens); “España 4.0. El reto de la transformación digital de la economía, 2016: <https://w5.siemens.com/spain/web/es/estudioidigitalizacion/pages/estudio-digitalizacion.aspx>.
- Stéphane Krasier; “Qué significarán los próximos 20 años para el empleo, y como prepararse”; World Economic Forum Annual Meeting, 2019. <https://es.weforum.org/>

agenda/2019/01/que-significaran-los-proximos-20-anos-para-el-empleo-y-como-prepararse/.

UNESCO; “Las competencias digitales son esenciales para el empleo y la inserción social”; <https://es.unesco.org/news/competencias-digitales-son-esenciales-empleo-y-inclusion-social>.

UNESCO; “Semana del aprendizaje móvil”; <https://es.unesco.org/news/competencias-digitales-son-esenciales-empleo-y-inclusion-social>.

EL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

MIRENTXU MARÍN MALO

Profesora Asociada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra

EXTRACTO **Palabras Clave:** Plataformas digitales; tiempo de trabajo; tiempo de disponibilidad; economía on-demand

El presente trabajo analiza el cómputo del tiempo de trabajo en las plataformas digitales, con el objetivo de estudiar los problemas que esto genera a efectos de encuadramiento del trabajador en los diferentes regímenes de seguridad social (trabajador autónomo, TRADE o asalariado). Para ello se describe, con apoyo en la reciente jurisprudencia, la forma en que se realiza la prestación del servicio y las condiciones en que se desarrolla la relación entre plataforma y colaborador. Una vez caracterizada la forma de prestación de servicios se analizan los conceptos de “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso” a la luz de las sentencias del TJUE en esta materia.

ABSTRACT **Key Words:** Digital platforms; working time; availability time; on-demand economy

This paper analyzes the computing working time on digital platforms, with the aim of studying the problems that this generates in order to include the workers in the different social security regimes (self-employed worker, TRADE or employee). For that, we describe, supported by the recent jurisprudence, the way in which the service is performed and the conditions in which the relationship between platform and collaborators are developed. Once the form of service delivery is characterized, the concepts of “working time” and “rest time” are analyzed in the light of the CJEU judgements in this field.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA. UNA BREVE CARACTERIZACIÓN GENERAL
 - 2.1. Tipos de empresa en la industria 4.0
 - 2.2. Economía on-demand. Forma de prestación del servicio a través de plataformas digitales
3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y SU CONFIGURACIÓN COMO RELACIÓN LABORAL
 - 3.1. La consideración de los colaboradores como trabajadores autónomos o trabajadores autónomos económicamente dependientes.
 - 3.2. Trabajadores asalariados. Una revisión de la figura tradicional para adaptarla a los nuevos tiempos
4. EL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES. RECUPERANDO LOS CONCEPTOS DE TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y DE PRESENCIA PARA ADAPTAR EL DERECHO DEL TRABAJO A UNA NUEVA ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA
 - 4.1. Los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso en nuestro ordenamiento jurídico
 - 4.2. El tiempo de disponibilidad y el tiempo de presencia. ¿Flexibilidad o precariedad?
 - 4.3. El tiempo de trabajo, disponibilidad y presencia en el sector transporte. ¿La solución a los problemas de la economía on-demand?
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el mercado laboral ha sufrido una importante transformación causada por la digitalización de la economía. Esta transformación ha supuesto cambios en la forma de organizar el trabajo por parte de las empresas, así como la aparición de nuevas formas de empleo que suponen un reto para el Derecho del Trabajo, que debe de adaptar sus paradigmas tradicionales a un nuevo escenario¹.

Entre las numerosas consecuencias que estos cambios han supuesto, la principal es que se genera una situación propicia para la fuga al empleo autónomo².

¹ En este sentido, Grau Pineda, C.: “La economía digital o de plataformas (Platform economy) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿Precario?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213/octubre 2018, p. 46. En similar sentido, véase el *Informe sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa de mayo de 2017 (A8-0195-2017)* del Parlamento Europeo, donde se pone de manifiesto que la economía colaborativa “ha replanteado la forma en que se suministran los productos y se prestan los servicios y constituye en numerosos sectores un desafío para los modelos económicos ya establecidos”.

² En los inicios del Derecho del Trabajo no era difícil distinguir la figura del trabajador por cuenta ajena del autónomo. Sin embargo, las características de una y otra figura se vuelven difusas

En la actualidad asistimos a una nueva revolución industrial que, junto a la crisis económica ha propiciado una nueva forma de organización laboral y ha fomentado la descentralización productiva extrema. El uso de las nuevas tecnologías y de la conexión digital en el trabajo ha traído consigo el aumento del número de trabajadores que prestan sus servicios de forma telemática³, lo que ha terminado por desdibujar la frontera entre trabajadores autónomos y asalariados⁴.

Este nuevo contexto laboral supone una ruptura con el modelo productivo anterior, pues no solo se desdibuja la línea que separa al trabajador asalariado del autónomo, sino que la propia empresa, el centro de trabajo, entendido como lugar en el que se desarrollan las relaciones laborales sufre una transformación. Así, deja de ser algo físico, material, para ser intangible⁵. Es el nuevo trabajo en red, a distancia, sin necesidad de un lugar físico al que acudir para la prestación del servicio⁶.

En este nuevo sistema productivo llaman la atención tres aspectos que tienen especial interés para el Derecho del Trabajo. En primer lugar, el trabajo es fragmentado en pequeñas tareas. A esto se le conoce como 'atomización del trabajo'⁷. Esto nos lleva al segundo aspecto: la despersonalización del trabajador a través de la economía digital. El trabajador no tiene contacto directo con la empresa; tampoco con el entorno laboral. Trabajador y empresa interactúan a través de dispositivos electrónicos. Ligado a esta despersonalización, surge el tercer aspecto que merece ser mencionado, aunque no sea el objeto del presente trabajo: el trabajo en la nueva era digital fomenta el individualismo del trabajador, que se ve obligado a competir con otros trabajadores para conseguir más trabajo y, por tanto, mayores ingresos. Esta individualización del trabajo, unida a la despersonalización del trabajador, hace que la dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores pase a un

en la economía digital. Cruz Villalón, J.: "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", en *Revista de Derecho Social*, núm. 83/2018, pp. 13 y ss.

³ Véase, Gala Duran, C. y Pastor Martínez, A.: "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva", en Del Rey Guanter, S. (Dir.); et. al.: *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, Ed. La Ley, Madrid, 2005, p. 255.

⁴ Un análisis más amplio de la evolución histórica del Derecho del Trabajo y el proceso de difuminación de la frontera entre trabajadores autónomos y asalariados puede encontrarse en Gutiérrez Arranz, R.: "Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE.UU.", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187/2016, pp. 161 y ss.

⁵ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], HP Segundo, donde se señala que "el trabajo tradicional acotado a su relación en un centro físico concreto, la fábrica o la oficina, y en un periodo de tiempo preestablecido por un horario fijo está dando paso a nuevas formas de trabajar en la que las dimensiones espacio-temporales son distintas".

⁶ Al respecto, entre otros, Grau Pineda, C.: "La economía digital o de plataformas...", op. cit., p. 48.

⁷ Así lo pone de manifiesto el documento *Simposio Iberoamericano OIT: El futuro del trabajo. Un escenario de cambios tecnológicos y transformaciones productivas. Conclusiones Generales*, 2018, Canarias; en sus conclusiones segundas y siguientes.

segundo plano, pues difícilmente se podrán invocar derechos colectivos cuando dicha colectividad no existe formalmente⁸.

Todo lo anterior tiene como consecuencia directa la precarización de las condiciones laborales de las personas que trabajan en este nuevo sistema productivo⁹. Por todo ello, es necesario que nuestro Derecho del Trabajo se adapte a las nuevas circunstancias, ofreciendo “*respuestas novedosas a realidades profesionales que superan, en muy diversos aspectos, esquemas de protección propios de actividades, en parte, del pasado*”¹⁰, con el objetivo de dar cumplimiento al Principio 5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales (en adelante, PEDS), donde se recoge, entre otras, la necesidad de evitar las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular, prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos. En este sentido se manifiesta la OIT al señalar que la transformación del mundo del trabajo exige que se tomen medidas dirigidas a “*mejorar la calidad de vida de los trabajadores, ampliar las opciones disponibles, cerrar la brecha de género o revertir los estragos causados por las desigualdades a nivel mundial*”¹¹.

Partiendo de este objetivo, el presente artículo persigue poner de manifiesto los problemas relacionados con el cómputo de la jornada de trabajo en estos nuevos empleos digitalizados y la importancia de trabajar para que el empleo del futuro sea un empleo digno, que respete los derechos de los trabajadores. Para ello, en primer lugar se analizará la forma en la que estos trabajadores prestan el servicio para, posteriormente, analizar las diferentes opciones para el cómputo del tiempo de trabajo a través de plataformas digitales y los problemas que surgen de esta cuestión. El objetivo último debe ser siempre el de asegurar unas condiciones de trabajo decentes a los trabajadores, independientemente del tipo de prestación de servicios que realicen¹².

⁸ Algunos autores hacen referencia a la posibilidad de estas nuevas formas de producción y empleo de “*condicionar los derechos fundamentales de los trabajadores*” y a la “*capacidad de los poderes empresariales de afectar a ellos de forma muy intensa*”. En Grau Pineda, C.: “La economía digital o de plataformas...”, op. cit., p. 49.

⁹ Así lo pone de manifiesto el preámbulo de la *Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, aprobada el 16 de abril de 2019 (COM 2017/0797), en su punto 4, donde hace referencia a que “*los mercados laborales han experimentado profundas modificaciones, inducidas por los cambios demográficos y la digitalización, que han conducido a la creación de nuevas formas de empleo, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables para los trabajadores afectados*”.

¹⁰ Suárez Corujo, B.: “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, en *Temas Laborales*, núm. 141/2018, p. 39.

¹¹ En *Informe de la comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019, pp. 10 y ss.

¹² Analizando ésta cuestión, Todolí Signes señala que “*la legislación no debería permitir que las ventajas competitivas de los modelos de negocio del X. XXI provengan de explotar vacíos legales para no tener que aplicar las protecciones a los trabajadores obtenidas en los últimos siglos*”. En *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 156.

2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA. UNA BREVE CARACTERIZACIÓN GENERAL

2.1. Tipos de empresa en la industria 4.0

Antes de abordar la cuestión central de este trabajo, conviene realizar una breve diferenciación entre los distintos tipos de empresas que se pueden encontrar en la Industria 4.0. Así, la llamada `economía colaborativa`¹³ se basa en sacar provecho a aquello que está infrautilizado, realizando un intercambio entre particulares¹⁴. El modelo más tradicional de economía colaborativa es aquel en el que se intercambia un bien infrautilizado por otro o por una cantidad económica pactada entre las partes. Es la llamada `economía de acceso`¹⁵. En estos supuestos, la plataforma pone en contacto a unos y otros sin realizar ninguna otra labor como intermediario y establece una tarifa vinculada al propio uso de la plataforma (cuentas Premium) o al intercambio realizado y el precio pactado por el mismo.

El problema para el Derecho del Trabajo surge cuando el bien que se intercambia es el tiempo de la persona. En estos casos, la relación que se establece a través de las plataformas digitales es la de una persona que pone su tiempo al servicio de otra para desarrollar una determinada tarea o función a cambio de una retribución pactada. A grandes rasgos, esta es la base de una prestación de servicios tradicional, por lo que se debe determinar si estamos ante un trabajador autónomo o ante un trabajador asalariado, así como la forma en la que deben protegerse los derechos, tanto de un tipo de trabajador como del otro¹⁶.

Dentro de la economía colaborativa basada en intercambiar el tiempo de la persona podemos diferenciar, de manera genérica, entre el `casual work`, el `portfolio work` y el `crowd work`¹⁷. El presente trabajo se centrará en el llamado `crowd work` o `crowd employment`. Se caracteriza por ser la plataforma la que sirve de nexo entre una persona con una necesidad específica y un trabajador que puede

¹³ Recibe otros muchos nombres, como share economy, gig economy o platform economy, sin que haya un acuerdo entre la doctrina para el uso de uno solo, pues ninguno parece abarcar todas las tipologías de este tipo de economía que existen. Font-Mas, M.: "Plataformas de capital vs plataformas sociales en la economía colaborativa: punto de vista jurídico internacional", en *CIREC International*, núm. 12/2018, p. 5. También sobre el concepto de `economía colaborativa`, Menor-Campo, A.P.; Hidalgo-Fernández, A. y Valverde-Roda, J.M.: "La economía colaborativa: análisis conceptual", en *Revista Espacios*, Vol. 40/núm. 3/2019, pp. 30-45.

¹⁴ Véase Suárez Corujo, B.: "La gran transición...", op. cit., p. 40.

¹⁵ Existen numerosas plataformas digitales que ponen en contacto a la persona poseedora de un bien con aquella que lo necesita, permitiendo el intercambio. Esto, en general, no produce grandes problemas en relación con el Derecho del Trabajo, más allá de si estos particulares poseedores del bien deben darse de alta como trabajadores autónomos o no. Ejemplo de este tipo de plataformas son Wallapop, AirBnB o BlaBlaCar.

¹⁶ Todolí Signes, A.: *El trabajo en la era...*, op. cit., pp. 5 y ss.

¹⁷ Para una clasificación más detallada, véase Álvarez Cuesta, H.: *El futuro del trabajo vs. El trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0*, Colex, A Coruña, 2017, pp. 43 y ss.

dar respuesta a la necesidad a cambio de un pago. Estas plataformas juegan un papel realmente importante en esta relación comercial y en el medio laboral, pues se organizan alrededor de un gran número de trabajadores (que son considerados autónomos) que responden a las peticiones de los clientes y cobran, solo, por los servicios realmente prestados. Este sistema hace que, por una parte, el coste laboral de estas empresas sea mínimo, pues solo paga a la mano de obra autónoma en función del servicio prestado; y por otra, que los ingresos de los trabajadores sean irregulares, pues solo se generan con la prestación efectiva del servicio, que resulta imprevisible. Así, *“los ingresos que se obtienen pueden ser escasos e irregulares, insuficientes para cumplir su función de asegurar los ingresos suficientes para la economía doméstica”*¹⁸.

Cuando la plataforma digital ponga al servicio del usuario el tiempo del trabajador estaremos hablando de un tipo de economía colaborativa específico, conocido como *“economía on-demand”*¹⁹. Es en este supuesto en el que se va a centrar el presente trabajo; en concreto, en determinar cómo se concreta la prestación del servicio dentro de las mismas, para analizar los problemas derivados del modo de computar el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso de estos trabajadores – independientemente de su consideración como trabajadores autónomos o asalariados – con el fin de proteger sus derechos. En definitiva, con el objetivo de proteger el derecho a unas condiciones de trabajo y de vida dignas en la era digital.

2.2. Economía on-demand. Forma de prestación del servicio a través de plataformas digitales

Antes de abordar el cómputo del tiempo de trabajo en el empleo a través de plataformas digitales es conveniente apuntar algunas de las principales características en cuanto a la forma en que se realiza la prestación del servicio y las condiciones generales que rigen la relación entre plataforma y colaborador. Si bien es cierto que cada empresa tiene sus propios criterios y forma de organizar el trabajo, hay aspectos que son comunes a todas ellas. Con el objeto de simplificar este análisis, se hará referencia a aquellos aspectos que se conocen a través de la doctrina judicial; en concreto, en relación a la empresa Glovo.

La relación entre plataforma y colaborador se inicia cuando éste manifiesta a la empresa su interés en trabajar con ella a través de un formulario disponible en la web de la misma. Una vez aceptado, el colaborador debe acudir a una sesión informativa inicial a cargo de la empresa, donde se le indica el funcionamiento

¹⁸ En Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales”, en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138/2017, p.147.

¹⁹ Además de otros como “gig economy”, “sharing economy” o “uber economy”.

interno, la forma de pago o la manera en que deben realizar los pedidos²⁰. En este momento, la empresa le solicita la documentación que certifique que se encuentra dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) y la forma en que realizará la prestación del servicio (moto, coche o bicicleta)²¹. Igualmente, la empresa le facilita un usuario y una contraseña con los que acceder a la plataforma para la prestación del servicio.

A partir de este momento, el trabajador pasa a formar parte de la base de datos de colaboradores de la plataforma, y la comunicación entre el colaborador y la empresa se realiza a través de dos vías: la aplicación informática²² y el correo electrónico²³.

Periódicamente, la plataforma pone a disposición de los colaboradores las franjas horarias para prestar servicio, asociadas a una zona geográfica. Estos horarios y zonas son preestablecidos por la empresa de manera unilateral²⁴. Además, el colaborador no tiene acceso a todos los horarios disponibles, ni puede cambiar una franja horaria por otra unilateralmente. La empresa establece un orden de acceso a estos horarios en función de lo que llaman 'sistema de excelencia'²⁵.

Una vez seleccionada una franja horaria, el colaborador debe estar disponible en ese horario en el lugar seleccionado para prestar servicios. Es decir, no puede decidir, unilateralmente, prestar servicios en esa franja horaria, pero en otro lugar. Tampoco puede cambiar la franja horaria sin justificar la causa por la que lo hace. Durante este tiempo, el trabajador debe encontrarse geolocalizado²⁶ y con la

²⁰ SJS Valencia núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero, ap. 6. Además, se le hace entrega de la equipación distintiva de la empresa que, en general, consta de una mochila para el transporte de mercancías, abrigo o camiseta. La empresa descuenta al colaborador unos 40 € en concepto de fianza por este material.

²¹ SSJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], HP Cuarto y núm. 128/2019 de 3 de abril [aut. 944/2018]. También, SJS Valencia, núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero, ap. 7.

²² Mediante la misma se transmite información relacionada con la tarea a realizar, el modo de realizarla u otra información durante la prestación efectiva del servicio. SJS Madrid SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto.

²³ Normas de funcionamiento interno, ausencias del trabajador, o recomendaciones de la empresa respecto a seguridad y salud laboral y del producto. SJS Madrid SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto.

²⁴ SSJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], HP Tercero y núm. 128/2019 de 3 de abril [aut. 944/2018]. Igualmente, SJS Valencia, núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero.

²⁵ Este sistema valora varios aspectos y asigna una puntuación al colaborador aplicando un algoritmo. Los aspectos que se valoran son: puntuación del partner, valoración del cliente, antigüedad en la empresa, pedidos realizados en horas de alta demanda y eficiencia del colaborador. Para más información en relación al sistema de excelencia, véase la página web de la empresa. Este sistema puntúa, específicamente, el cumplimiento del colaborador del horario que ha seleccionado para trabajar. El propio algoritmo valora también las ausencias, de manera que penaliza a aquellos colaboradores que se apuntan a un horario concreto y posteriormente no realizan servicios en ese horario.

²⁶ SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto.

aplicación activada para que le sean asignadas tareas. La aceptación de tareas por parte del colaborador se puede realizar de manera manual o automática; aunque la propia empresa recomienda que se haga de forma automática. Así, aunque la propia empresa señala que el colaborador es libre para apuntarse a aquellas franjas horarias que quiera, depende de una puntuación diseñada unilateralmente por ella, lo que limita su libertad para elegir cuando realizar la prestación del servicio²⁷.

Una vez aceptado un pedido por parte del repartidor, *“éste debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con él de forma directa”*. También señala la jurisprudencia que *“el trabajador puede rechazar un pedido previamente aceptado a media ejecución, en cuyo caso el recado es asignado a otro repartidor”*²⁸. Tras la realización de la tarea asignada, el colaborador recibirá una retribución establecida por la empresa por cada servicio realizado, así como un precio por kilómetro recorrido y por el tiempo de espera para la retirada del producto por parte del repartidor. El colaborador no marca el precio del servicio, y tampoco cobra el dinero al usuario, que paga directamente a la plataforma. La parte de los ingresos que corresponde al colaborador es abonada por la empresa quincenalmente. Para ello, el colaborador debe presentar una factura a la empresa, pero es la empresa quien le facilita a través del email los datos e importes que deben aparecer en la misma en relación a los kilómetros recorridos, los pedidos realizados y el importe de cada uno de ellos²⁹.

Por último, se debe señalar que el colaborador no puede elegir libremente los pedidos que realiza, pues para repartir con ciertos partners es necesaria la autorización previa de la empresa. Además, la empresa da unas pautas específicas para la realización del trabajo, entre las que se incluye la imposibilidad de aceptar varios pedidos si se trabaja para unos partners concretos, instrucciones relativas al correcto mantenimiento de los equipos de trabajo o a la forma en que debe realizarse el transporte de alimentos y paquetería³⁰.

²⁷ Se observa esa insinuación, por ejemplo, en la explicación de cómo se puntuarán las horas de alta demanda, donde señala un documento interno de la empresa que *“tienes plena libertad para escoger horas de alta demanda”*, sin añadir que solo cuando por la puntuación obtenida puedas acceder a ellas antes de que las hayan seleccionado otros colaboradores. A favor de esta falta de libertad se postula la SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Undécimo. También Poquet Catalá, R.: En *“Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa”*, en Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (Dir.); et. al.: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 184.

²⁸ SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto. Es cierto que no existe penalización directa por cancelar un pedido. Sin embargo, de la citada sentencia, en su HP Séptimo, se extrae la existencia de una penalización *“de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada”*. Además, tal como se extrae de la SJS Valencia, núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero, epígrafe octavo, si el repartidor no entrega el pedido completo, en el caso de Deliveroo, la empresa le incluirá una *“incidencia”* en su ficha.

²⁹ SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Quinto.

³⁰ SJS Madrid núm. 134/2019, de 4 de abril [autos 946/18], HP Cuarto.

3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y SU CONFIGURACIÓN COMO RELACIÓN LABORAL

Tal como se ha visto, la organización del tiempo de trabajo en este tipo de prestación del servicio no responde a la organización tradicional del mismo, con un horario de entrada y salida preestablecido, y durante el cual, los tiempos muertos dentro de la empresa se computan habitualmente como tiempo de trabajo efectivo. Por ello es necesario analizar cómo computar el tiempo de trabajo en este supuesto, tanto en el caso de considerar al trabajador como autónomo como si se le considera trabajador por cuenta ajena.

3.1. La consideración de los colaboradores como trabajadores autónomos o trabajadores autónomos económicamente dependientes

Como se señalaba en la introducción, la prestación de servicios a través de plataformas digitales ha supuesto un nuevo reto para la doctrina iuslaboralista. Así, la consideración de los colaboradores de plataformas digitales como trabajadores autónomos o asalariados es un debate de actualidad³¹, pues calificar a un grupo de trabajadores en una u otra categoría supone, en la práctica, numerosas implicaciones económicas, así como el reconocimiento al trabajador del elenco de derechos reconocidos a los trabajadores por cuenta ajena que, de ser considerado autónomo, no le serían aplicables.

En la práctica, estas empresas consideran a los colaboradores como trabajadores autónomos – en algunas ocasiones, como TRADES – pero nunca como trabajadores asalariados. Sin embargo, las posturas son muy diversas, y los tribunales parecen no estar de acuerdo en considerarlos dentro de una u otra figura. De cualquier modo, no es objeto de este trabajo analizar el encuadramiento de estos trabajadores en uno u otro grupo. Lo que se pretende es analizar cómo afecta el cómputo de la jornada laboral de estos trabajadores en su encuadramiento, poniendo de manifiesto los problemas derivados de la forma en que se realiza dicho cómputo.

La Ley 20/2007, de 11 de julio que establece el Estatuto del Trabajo Autónomo define trabajador autónomo, en su art. 1.1, como *“las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”*. De esta

³¹ Tal como apuntan algunos autores, *“prácticamente desde los inicios del Derecho del Trabajo, ha sido necesario reflexionar acerca de los criterios que sirven para establecer”* la diferencia entre trabajador autónomo y asalariado. En González Ortega, S.: *“Trabajo asalariado y autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”*, en *Temas Laborales*, 138/2017, p. 87; entre otros.

definición se extrae que, para que una persona sea considerada trabajador autónomo debe realizar una actividad de manera personal, con el objetivo de obtener un beneficio económico, siendo ella misma quien toma las decisiones sobre qué trabajos aceptar y cómo realizarlos, así como asumiendo el riesgo y ventura de dicha operación y, por último, que todo ello debe realizarse de forma habitual.

Por otra parte, no es escasa la doctrina que apuesta por reforzar la figura del TRADE como solución a los problemas surgidos a raíz de esta nueva revolución laboral tecnológica. Esta modalidad de trabajador autónomo se sitúa a medio camino entre una relación laboral común y un trabajador por cuenta propia. El art. 11 del LETA define a estos trabajadores como *“aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”*. Su normativa específica regula, además, aspectos relacionados con la jornada de trabajo y establece medidas de protección para estos trabajadores. Lo que parece interesar de éste régimen a la jurisprudencia es el encaje que la relación colaborador-plataforma parece tener en el mismo. La realidad es que, la gran mayoría de los colaboradores de plataformas, aunque no tengan firmado un contrato de exclusividad con su plataforma, en la práctica actúan como si lo tuviesen. Esto se debe, por una parte, a la exigencia de estar constantemente disponible para prestar servicios, y a la necesidad de auto explotación a la que estos trabajadores son expuestos para conseguir unos ingresos que permitan unas condiciones de vida y un salario digno. En definitiva, cumplen con el requisito de que al menos el 75% de sus ingresos provenga de una sola plataforma; de un solo cliente. Pero, como la plataforma se presenta a sí misma como una simple intermediaria, el cliente del trabajador no sería la plataforma (con la que tiene un contrato como TRADE suscrito), sino el usuario del servicio. Si esto es así realmente, el contrato de prestación de servicios que el trabajador tiene suscrito con la empresa no sería válido, pues ni esta es su cliente ni alcanza el 75% de los ingresos de un cliente necesarios para ser considerado TRADE.

Analizando en conjunto la forma en que los trabajadores prestan servicios, puede señalarse que, si bien es cierto que ellos eligen la franja horaria en la que trabajar, estas horas vienen predeterminadas por las plataformas, por lo que la libertad de elección está limitada. Además, el trabajador debe permanecer activo durante la franja horaria seleccionada, y no puede trabajar en una distinta a esta. En este supuesto se mezcla la habitualidad de la prestación y la dependencia; pues la libertad del trabajador autónomo se ve limitada por la capacidad de organización de la plataforma, que establece unos criterios de manera unilateral a la hora de prestar el servicio. Por tanto, el trabajador depende de la plataforma. Esto supone que, si una jornada concreta no está recibiendo un número elevado de pedidos,

el trabajador no puede dejar de prestar el servicio. Aunque esté en un periodo de inactividad, de espera, se encuentra a disposición de la plataforma, y el número de pedidos que reciba no es determinante para que él decida abandonar el servicio sin una causa que lo justifique.

Además, en el caso de los TRADE, su contrato pone de manifiesto cómo la empresa utiliza una doble vía para determinar la jornada del trabajador. Por una parte, en el contrato de trabajo establece que deberá realizar una jornada de 40 horas semanales, ampliables en 30 horas de disponibilidad del trabajador. Es decir, el contrato establece las horas que el trabajador debe estar activo en la plataforma, dispuesto para realizar encargos. Sin embargo, a efectos retributivos solo computa el tiempo de trabajo efectivo, pese a que el compromiso adquirido en el contrato es otro³².

Al margen de todo lo anterior, un problema añadido es que, para la inclusión de los trabajadores en el RETA se requiere, como se ha señalado anteriormente, la habitualidad en la prestación del servicio. Algunos tribunales consideran que una prestación de servicios profesionales es habitual y, por tanto, que requiere el alta en el RETA cuando los ingresos superen el SMI anual³³; aunque como señala la Sala en la STS de 20 de marzo de 2007, esto no es un criterio único³⁴ y, por tanto, no excluye otros que puedan ser determinantes para establecer la existencia o no de habitualidad en la prestación del servicio; como la continuidad en el tiempo de la prestación del servicio. En definitiva, *“el criterio de la percepción de ciertas cantidades dinerarias no constituye por sí solo dato suficiente que obligue al encuadramiento del trabajador en el RETA”*³⁵. Por tanto, se debe valorar en conjunto que el trabajo sea periódico o estable, por una parte, y que permita al trabajador vivir de ello, por otra. Es decir, que permita unos ingresos mínimos como para consistir en su medio de vida, y no en una actividad complementaria a aquel³⁶.

En relación a los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales resulta difícil determinar la habitualidad en función de los ingresos, pues

³² SJS Madrid núm. 12/2019 de 11 de enero [rec. 418/2018], HP Primero.

³³ Así se manifiesta la STS de 29 de octubre de 2007 [rec. 406/1997], en su FD Tercero, al señalar que *“la superación del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad”*.

³⁴ Como señala el Tribunal, superar el SMI es un indicio de habitualidad que resulta útil para determinar si el trabajador debe considerarse autónomo y darse de alta en el RETA, pero por sí sola no es determinante. STS de 29 de octubre de 2007 [rec. 406/1997].

³⁵ Ballester Pastor, I.: *“¿Existe una medida de “habitualidad objetiva” que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿Existe para los subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7683) y de 29 de abril de 2002 (RJ 2002, 5681)”*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 20/2002, p. 1136.

³⁶ En este sentido, STSJ Castilla-León de 27 de mayo de 1997 o STSJ Castilla-La Mancha de 19 de junio de 2000 (RJ 23817). También Cavas Martínez, F.; Rodríguez Iniesta, G. y Fernández Orrico, F.: *“Campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”*, en Barrios Baudor, G.L. (Dir.); et. al.: *Tratado del trabajo autónomo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

al tratarse de una prestación de servicios remunerada en función de las micro-tareas realizadas, en numerosas ocasiones el trabajador tiene unos ingresos mínimos, que difícilmente superarán el umbral del SMI. Además, podría superarlo un año, pero no al siguiente, puesto que la actividad no está asegurada ni tiene una continuidad temporal. Sin embargo, este criterio jurisprudencial contradice al que defiende Inspección de Trabajo y Seguridad Social que afirma que, independientemente de los ingresos, hay otros indicios de habitualidad que harían necesario que el trabajador tramitase el alta en el RETA.

3.2. Trabajadores asalariados. Una revisión de la figura tradicional para adaptarla a los nuevos tiempos

Como es sabido, el art. 1.1 TRET recoge las notas características que debe tener una prestación de servicios para que sea considerada laboral lo que conllevará, de manera directa, que se considere como trabajador por cuenta ajena a aquellas personas que realizan dicha prestación y, por tanto, que se les aplique la normativa laboral en su conjunto, reconociéndoles derechos y obligaciones que no están reconocidos para la figura del trabajador autónomo. Así, entiende que serán trabajadores por cuenta ajena aquellos que presten sus servicios de manera voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y gestión de otra persona que será el empresario. De la jurisprudencia y doctrina se desprende que, en definitiva, lo determinante es la ajenidad y la dependencia del trabajador en la prestación del servicio.

Sin embargo, estos conceptos de ajenidad y dependencia son conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan de una interpretación constante por parte de la jurisprudencia y un análisis de cada supuesto concreto planteado, pues la ajenidad y la dependencia pueden manifestarse de muy diversa manera en los diferentes sectores productivos atendiendo a sus características concretas. Sin entrar a valorar estos conceptos de ajenidad y dependencia a la luz de la jurisprudencia más reciente está claro que, por la forma en la que se presta el servicio on-demand, existen indicios para entender que hay subordinación, en tanto que el trabajador no tiene libertad para decidir dónde y cuándo realiza la prestación del servicio.

Como se ha señalado, en el trabajo a través de plataformas digitales la jornada se computa desde el inicio de la prestación del servicio efectiva, la realización de la micro-tarea asignada, hasta que esta micro-tarea finaliza. Una vez finalizada, el trabajador pasa a situarse en un estado de espera, de disponibilidad digital, que no es considerada como tiempo de trabajo efectivo y que tampoco es retribuido por parte de estas plataformas. Esta forma de organización del tiempo de trabajo supone la precarización laboral del trabajador a causa de la incertidumbre respecto al horario y a los ingresos que va a percibir, además de una enorme inestabilidad laboral.

Establecer formalmente esta organización del tiempo de trabajo no es tarea fácil. Una primera opción es realizar un contrato a tiempo parcial a estos trabajadores. Surge entonces el problema de qué jornada establecer, puesto que no es posible anticipar cuántas micro-tareas se le van a solicitar, ni tampoco el tiempo que el trabajador va a dedicar a cada una de ellas. Para solucionar este problema, se podría realizar un contrato con una jornada base mínima. Esta jornada base tendría que ser modificada mensualmente a través de una novación contractual pactada entre empresario y trabajador. Así, el trabajador sería retribuido cada mes por las horas realmente trabajadas, y cotizaría en la seguridad social por este importe. Se trata de realizar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del art. 41 TRET. Este artículo permite la modificación de la jornada de trabajo de manera unilateral por parte de la empresa cuando existan “*probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*”. Por tanto, realizar esta novación contractual requiere, por una parte, de causas que lo permitan y, por otra, de la notificación al trabajador de la misma, y a sus representantes legales, con una antelación mínima de 15 días a su fecha de efectos, lo que resulta imposible ante la imprevisibilidad de estos empleos on-demand. Además, puesto que sería una medida generalizada en toda la empresa, no se trataría de una modificación sustancial individual, sino colectiva, lo que supondría cumplir, por parte de la empresa, con otra serie de requisitos. Sin embargo, en la práctica, la normativa interna de funcionamiento de la TGSS permite la novación del contrato de trabajo (tipo o coeficiente) durante los 6 primeros días de cada mes con carácter retroactivo, siempre y cuando esta novación se refiera a todo el mes inmediatamente anterior³⁷. Esto supone una doble irregularidad. En primer lugar, porque el trabajador se verá obligado a firmar novaciones con fechas pasadas para que el empresario pueda justificar el movimiento en la TGSS. En segundo lugar, este sistema solo aumenta los problemas que se busca eliminar a tenor de los últimos informes de la OIT, el PEDS o la recientemente aprobada *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, como la inestabilidad laboral y la precariedad en el empleo. Además, se correría el riesgo de llegar a implantar como sistema de contratación generalizado el denominado “contrato de 0 horas”³⁸, ya utilizado en otros países y que “*no especifican límites y ni siquiera existe obligación alguna de llamar al trabajador*”³⁹.

³⁷ Véase *Boletín Noticias Red 4/2014*, Tesorería General de la Seguridad Social, p. 5. En caso de que el trabajador cause baja durante el mes, esta novación debe hacerse en los 6 días inmediatamente posteriores a la baja.

³⁸ Estos contratos pactan jornadas garantizadas que, habitualmente, van entre una y ocho horas de trabajo semanalmente. En Beatson, M.: “Zero-hours and short-hours contracts in the UK: employer and employee perspectives”, en *Technical Report*, December/2015, p. 13.

³⁹ Tal como señala Álvarez Cuesta, “*ésta forma de empleo ha tenido una importancia creciente en la última década en Irlanda, Italia, Países Bajos y Suecia*”, que ha establecido diferentes derechos para este tipo de trabajadores. En *El futuro del trabajo...*, op. cit., p. 43.

Otra opción relacionada con el contrato a jornada parcial, sería la de establecer una jornada base y, sobre ella, que el trabajador realizase horas complementarias al amparo del art. 12.4.c TRET. Estas horas complementarias deberán respetar los límites establecidos en el art. 12.5 TRET. Así, para que el empresario pueda exigir su realización, deben estar pactadas en el contrato de trabajo con el trabajador, y la jornada mínima del contrato inicial deberá ser de 10 horas semanales en cómputo anual. En el propio contrato debe especificarse el número de horas complementarias que puede realizar el trabajador, que nunca podrá exceder del 30% de la jornada pactada⁴⁰. Además, la suma de la jornada habitual y las horas complementarias no puede ser igual ni superior que la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Por último, el art. 12.5.d TRET señala que *“el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior”*. Este último requisito impide su uso en la actualidad para formalizar la jornada en este tipo de empleos, pues la principal característica de la prestación de servicio a través de plataformas digitales es la posibilidad de contar con el trabajador a demanda. Es decir, al obligar al empresario a preavisar de cuándo realizará esas horas, imposibilita su uso en este sector, puesto que es imposible que el empresario prevea los encargos que van a entrar cada día y en cada horario a través de la plataforma, así como el tiempo que el empleado tardará en realizar cada uno de ellos. Sin embargo, la *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea* establece, en su art. 2.m que, en aquellos trabajos en los que el patrón de trabajo sea imprevisible (entre los que se incluyen este tipo de empleo atípico), el empleador deberá informar al trabajador sobre *“a) el principio de que el calendario es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas, b) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y c) el periodo mínimo de preaviso a que tienen derecho el trabajador antes del comienzo de cada tarea”*. No es sencillo, de cualquier manera, aplicar esta forma contractual al empleo a través de plataformas digitales, aunque, a día de hoy, parece lo más razonable.

Por otra parte, este tipo de jornadas no acaba con los problemas ya mencionados de la precarización en el empleo, la imprevisibilidad de la jornada y de los ingresos o la inestabilidad laboral contra la que se debe luchar para promover un futuro laboral seguro y digno.

⁴⁰ Se prevé la posibilidad de que el convenio colectivo establezca otro porcentaje, siempre y cuando se encuentre entre el 30 y el 60% de las horas ordinarias contratadas. Art. 14.5.c TRET.

4. EL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES. RECUPERANDO LOS CONCEPTOS DE TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y DE PRESENCIA PARA ADAPTAR EL DERECHO DEL TRABAJO A UNA NUEVA ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA

4.1. Los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso en nuestro ordenamiento jurídico

Más allá de la consideración de estos trabajadores como autónomos o asalariados y del debate doctrinal y jurisprudencial que ello está provocando, el trabajo a través de plataformas digitales y, en concreto, el trabajo `on-demand` trae consigo otros muchos problemas en el mundo laboral, ligados en su mayor parte, a la precarización que el uso de estas nuevas tecnologías supone para los trabajadores. Todo ello afecta, no solo a los ingresos, sino también a los derechos colectivos, al derecho al descanso o a la conciliación de la vida familiar y laboral⁴¹.

Esto hace necesario analizar la forma en que se computa el tiempo de trabajo en este sector y las implicaciones y problemas derivados de ello; con independencia de la consideración del trabajador como autónomo o asalariado.

Como se viene poniendo de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la prestación de servicios a través de plataformas digitales tiene lugar a través de micro-tareas, y, en consecuencia, el tiempo de trabajo solo se computa cuando se está realizando una micro-tarea, por tanto, el tiempo de trabajo se computa en función a un número indeterminado de micro jornadas, vinculadas a cada micro-tarea efectivamente realizada. Estas micro jornadas, ya se materialicen a través de una relación de carácter mercantil o de un contrato laboral, suponen una nueva forma de organización del tiempo de trabajo y, por tanto, de la forma de remuneración por el trabajo realizado. Antes de esta Cuarta Revolución Industrial lo que se remuneraba era el tiempo que el trabajador pasaba en las instalaciones de la empresa prestando, previsiblemente, el servicio para el que había sido contratado. Sin embargo, con la prestación del trabajo a través de plataformas digitales no es necesario el control directo y continuo del trabajador, ni su presencia física en un centro de trabajo concreto para la realización de la tarea asignada. Como señalan los tribunales, *“todo ello permite vincular la retribución compensatoria del trabajo, no al tiempo en el que el trabajador está a disposición de la empresa, sino al resultado de su actividad. El salario fijo da paso al salario variable en función del resultado de la actividad personal del trabajador”*. Esto difumina más aún la línea entre trabajador asalariado y trabajador autónomo, pues al establecer la retribución variable

⁴¹ En este sentido, además de la doctrina en la materia, STS 379/2017, de 28 de abril [rec. 124/2016] o SAN de 23 de diciembre de 2015 (proc. 299/2015).

en función del resultado de la prestación del servicio se trasladan al trabajador los riesgos que, anteriormente, asumía de manera clara el empresario⁴².

La concreción adecuada del tiempo de trabajo es de gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico, pues es el objeto principal de la prestación laboral. Así, trabajador y empresario acuerdan, mediante el contrato de trabajo, que el primero esté a disposición del segundo durante un tiempo concreto, para realizar las funciones que éste establezca⁴³. Por tanto, el tiempo de trabajo determinará, entre otros derechos, el salario a percibir por el trabajador. Es la base sobre la que se sustenta el resto de la prestación laboral, y a la que están supeditados otros derechos laborales como la reducción de jornada o las excedencias. Sin embargo, establecer cuándo empieza y cuándo acaba la jornada laboral en los servicios prestados a través de plataformas digitales no es tan sencillo, pues al tratarse de una prestación de servicio a demanda formada por diferentes micro-tareas, la línea que separa el tiempo de trabajo del tiempo de no trabajo queda enormemente desdibujada⁴⁴.

Como es sabido, el tiempo de trabajo y de descanso se regula en el TRET. Esta regulación del tiempo de trabajo persigue garantizar el descanso necesario a los trabajadores mediante la limitación de la jornada laboral y el establecimiento de un descanso mínimo entre jornadas, así como otros derechos, como las vacaciones anuales. Por lo anterior es necesario definir, de manera clara, ambos conceptos antes de abordar en profundidad el cómputo del tiempo de trabajo y el de descanso en la prestación de servicios a través de plataformas digitales.

El TRET establece, en su art. 34.5, que “*el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*”. Por tanto, es muy relevante determinar cuál es el puesto de trabajo del empleado, más aún, como se verá, tras la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al concepto ‘*tiempo de trabajo*’ y los periodos que deben computarse como tal. Es decir, según el TRET, “*la jornada comienza a computarse desde el momento en el que el trabajador está listo para trabajar*”⁴⁵.

⁴² SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Segundo.

⁴³ Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Monreal Bringsvaerd, E.J.: “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58/2005, p. 57. Igualmente, Iglesias Cabrero, M.: “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en De la Villa Gil, L.E. (Coord.); et. al.: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Acari, Madrid, 1991, p. 291. También Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La ordenación del tiempo de trabajo; el caso del SIMAP”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102/2013, p. 151.

⁴⁴ Así lo manifiesta, entre otros, Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: Desconexión digital”, en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Derecho de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138/2017, p. 254.

⁴⁵ Aragón Gomez, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que al respecto ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2018, Parte Jurisprudencia, p. 113.

Para determinar correctamente qué es el tiempo de trabajo se debe atender a la Directiva 2003/88/CE⁴⁶ que establece, en su art. 2, las definiciones de tiempo de trabajo y tiempo de descanso, señalando que se entenderá como 'tiempo de trabajo' *"todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*, y 'tiempo de descanso' como *"todo período que no sea tiempo de trabajo"*.

El 'tiempo de descanso' se configura como lo contrario al tiempo de trabajo; es decir, como aquel tiempo que no debe ser computado como tiempo de trabajo a efectos de jornada laboral. En este sentido, Rodríguez Sanz De Galdeano señala que *"rige una concepción binaria del tiempo de trabajo, en virtud de la cual, solo cabe distinguir entre el trabajo efectivo, que se realiza en el lugar de trabajo y supone estar a disposición del empresario, y el tiempo de descanso que se define por exclusión, como el tiempo en el que el trabajador no se encuentra en el lugar de trabajo a disposición del empresario"*⁴⁷.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico nacional – así como el de otros Estados miembros – prevé la existencia de otros tipos de tiempo dentro de la relación laboral. Son los tiempos de presencia o de disponibilidad. Así, los tiempos de presencia se determinan a través del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y la negociación colectiva; y son aquellos en los que el trabajador está a disposición de la empresa, pero no prestando servicios de manera efectiva.

Tomando como base la definición de tiempo de trabajo recogida en la Directiva⁴⁸, para considerar que el trabajador se encuentra en 'tiempo de trabajo' se deberán cumplir tres requisitos: el trabajador debe estar en el ejercicio de su actividad, a disposición del empresario, y permanecer en su puesto de trabajo.

La cuestión que se ha planteado al TJUE es si estos tres requisitos deben darse conjuntamente o si no es necesario que se den todos ellos al mismo tiempo para considerar que un tiempo es 'tiempo de trabajo'⁴⁹. Son varias las sentencias del TJUE que han dado respuesta a cuestiones prejudiciales en relación a esta cuestión.

Así, en la Sentencia de 3 de octubre del 2000 (asunto C-303-98, SIMAP/ Conselleria de Sanidad Valenciana) (en adelante, asunto SIMAP), el Tribunal consideró que, cuando el trabajador estaba de guardia con presencia física en el lugar

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La ordenación...", op. cit., p. 154.

⁴⁸ La definición del art. 2 de la Directiva 2003/88/CE establece que se considerará tiempo de trabajo *"todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*.

⁴⁹ En éste sentido, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La ordenación del tiempo...", op. cit., pp. 151 y ss.

de trabajo, estos periodos debían ser considerados tiempo de trabajo; si bien es cierto que en el ámbito sanitario estas guardias suelen ser objeto de una regulación específica como jornadas especiales⁵⁰. Sin embargo, cuando el personal sanitario se encuentra en guardia localizada – no presencial – no puede ser considerado como ‘tiempo de trabajo efectivo’, pues *“durante estos tiempos si bien están a disposición de su empresario, puesto que deben estar localizables, los médicos pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a asuntos personales”*⁵¹. Pero no aclara el Tribunal si estos tiempos, en tal caso, deberían computarse como tiempo de descanso o si, *“como sugería el Abogado General, han de excluirse de tal cómputo con el fin de que los trabajadores disfruten de un período de descanso total no condicionado por la eventual llamada del empresario”*⁵².

Posteriormente, en la STJCE de 9 de septiembre del 2003 (C-151-02), asunto JAEGER, el Tribunal señaló, en su apartado 63, que *“el factor determinante para considerar que los elementos característicos del concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido de la Directiva 93/104, se dan en los periodos de atención continuada que efectúan los médicos en el propio hospital es el hecho de que están obligados a hallarse físicamente presentes en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad”*. Es decir, que lo condiciona a que el trabajador no pueda elegir el lugar en el que permanece a la espera y que esté a disposición del empresario para prestar servicios de manera inmediata. Por tanto, retoma el argumento del asunto SIMAP. En posteriores pronunciamientos (caso PFEIFFER y caso DELLAS⁵³), el Tribunal de Justicia reitera su argumentación, por lo que parece quedar claro que las horas de presencia del trabajador en el puesto de trabajo, aun siendo una guardia o periodo de espera, deben de computarse como tiempo de trabajo efectivo según el ordenamiento comunitario.

Parece que se apoya el Tribunal en el hecho de que, en este tipo de trabajos, la prestación del servicio *“va unida ineludiblemente a períodos de inactividad, pues las necesidades de intervención efectiva dependen de las circunstancias de cada momento y no pueden planificarse de antemano”*⁵⁴. Por tanto, la actividad desarrollada durante

⁵⁰ Así lo reconocen los tribunales nacionales, por ejemplo, en la STS de 14 de marzo de 1985 (RJ 1985/1339); donde se reconocen las guardias presenciales como jornadas especiales. Aplicando esta misma jurisprudencia, puede consultarse la STSJ Canarias, de 20 de septiembre de 1999 [rec. 594/1999]

⁵¹ STJCE de 3 de octubre del 2000 (asunto C-30398), Caso SIMAP, epígrafe 50. También, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno”, en *Justicia Laboral*, febrero 2010/ núm. 41, p. 62.

⁵² Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La ordenación del tiempo...”, op. cit., p. 152.

⁵³ STJCE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C397-01 a C403-01 y STJCE de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14-04.

⁵⁴ Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 105.

las horas que el trabajador permanece al servicio del empresario, es irrelevante. Lo importante para calificar este tiempo como tiempo de trabajo y no de descanso es que el trabajador permanece alerta y dispuesto para proceder a la realización del trabajo efectivo en cualquier momento⁵⁵. Y todo ello lo argumenta el Tribunal atendiendo a la necesidad superior de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, que “no puede quedar subordinada a consideraciones de tipo económico”⁵⁶.

De lo anterior puede concluirse que bastaría con que el trabajador esté a disposición del empresario y permanezca en su puesto de trabajo; aunque no se encuentre prestando su actividad de manera efectiva, inclusive cuando se encuentre en una sala de descanso habilitada al efecto para que este tiempo deba ser considerado como tiempo de trabajo.

Cuando la guardia sea localizada (no presencial), el supuesto es distinto. El TJUE, en la sentencia de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15 (caso MATZAK), señala que es tiempo de trabajo la guardia realizada por un trabajador en el lugar designado por el empresario, aun siendo este lugar el domicilio del trabajador por tener que acudir e incorporarse a su puesto de trabajo en un periodo de tiempo tan breve que no le permite libertad de movimientos ni disponer de su tiempo para realizar actividades fuera de su domicilio⁵⁷. Parece que se abre así el TJUE a nuevas interpretaciones de la hermética Directiva 2003/88/CE que no contempla posibles categorías intermedias entre el tiempo de trabajo y el de descanso. Tal como señala Igartua Miro, “podría ser el inicio de un complicado camino hacia una noción más flexible de tiempo de trabajo, que seguramente exigiría la revisión de la norma comunitaria y su estricta concepción binaria”⁵⁸.

Se trata, de alguna manera, de trabajos unidos, ineludiblemente, a periodos de inactividad⁵⁹. No cabe duda de que, para que los tiempos de inactividad sean considerados tiempo de trabajo, el trabajador debe permanecer a disposición del empresario, sin poder disponer de ese tiempo de manera libre o realizar otra actividad diferente fuera del lugar determinado por el empresario, que no necesariamente tiene que ser el centro de trabajo, sino que puede ser su domicilio u otro lugar⁶⁰.

⁵⁵ STJUE de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, caso Dellas, apartados 43 y 58. Esta línea ha sido aplicada por nuestros tribunales en diferentes sentencias, como las SSTs de 28 de marzo de 2006 [rec. 5114/2004]; de 24 de marzo de 2006 [rec 2714/2004] o de 12 de julio de 2004 [rec. 80/2003] entre otras.

⁵⁶ Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 116, aludiendo a los apartados 66 y 67 de la STJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, caso JAEGER.

⁵⁷ En este sentido, véase también Igartua Miro, M.T.: *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 328 y ss.

⁵⁸ *Ibidem...*, p. 329. Igualmente, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La regulación de los tiempos...”, op. cit., p. 105.

⁵⁹ Haciendo referencia a ello, Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 105.

⁶⁰ Tal como señala Martínez Yáñez, cosa distinta son los tiempos de guardia localizada cuando el trabajador puede dedicarse a otras cuestiones ajenas al trabajo o descansar, siendo determinantes para

Lo determinante es, en definitiva, la imposibilidad del trabajador para administrar el tiempo durante el que no se requieren sus servicios efectivos⁶¹.

4.2. El tiempo de disponibilidad y el tiempo de presencia. ¿Flexibilidad o precariedad?

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico – así como el de otros Estados miembros – prevé la existencia de otros tipos de tiempo dentro de la relación laboral. Son los tiempos de presencia o de disponibilidad.

El tiempo de disponibilidad es aquel en que el trabajador no permanece en el centro de trabajo, pero sí está a disposición del empresario. En caso de que el empresario solicite al trabajador que se incorpore a su puesto de trabajo, éste deberá hacerlo en el menor tiempo posible. La contraprestación que el trabajador percibe por estar disponible no retribuye el exceso de trabajo derivado de una eventual llamada del empresario al trabajador para que acuda a prestar servicios, sino la situación propia del trabajador de estar disponible, con la consiguiente limitación de la libertad de disponer de su tiempo libre. Es decir, este complemento se devenga independientemente de que el trabajador sea llamado por el empresario o no⁶²; aunque con matices en función de la regulación concreta de cada convenio colectivo⁶³.

Cosa distinta son los tiempos de presencia, que podrían entenderse como aquellos en los que el trabajador está a disposición del empresario, en la empresa, pero no está realizando un trabajo efectivo. Dentro de esta categoría se incluye, por una parte, el tiempo de trabajo efectivo. Por otra parte, el tiempo de descanso dentro de la jornada laboral que puede computar o no a efectos de jornada, así como ser retribuido o no y, por último, el tiempo de disponibilidad dentro del propio centro de trabajo.

Los tiempos que se incluyen en esta categoría son regulados en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y a través de la negociación colectiva, donde se determina, igualmente, la contraprestación a los mismos si es que existe. Son habituales en trabajos que no exigen la ocupación efectiva del trabajador durante la jornada laboral, como es el caso de servicios médicos de urgencia o salvamento.

la consideración de tiempo de trabajo, “el lugar en el que transcurre – o no transcurre – ese tiempo y la ausencia de ejecución de una prestación laboral”. En *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 128 y ss.

⁶¹ STJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, caso Jaeger, apartado 65. Posteriormente se reafirma el Tribunal de Justicia en otras sentencias, como la de 5 de octubre de 2004, asunto C-397/01, caso Pfeiffer y otros o la ya citada sentencia de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, caso Dellas.

⁶² STS de 15 de marzo de 1999 [rec. 836/1998], FD Segundo y STS de 18 de noviembre de 1998 [rec. 1562/1998], AH Segundo.

⁶³ En este sentido, STS de 24 de julio de 2001 [rec. 4319/2000], FD Primero, Segundo y Tercero.

Hasta ahora estos tiempos de disponibilidad y de presencia constituían una excepción a la regla general, una característica especial propia solo de algunos sectores de producción, lo que hacía que la regulación general no diferenciase categorías intermedias entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Sin embargo, la doctrina iuslaboralista viene señalando que los cambios en el modelo de producción y de organización del trabajo están provocando modificaciones en la determinación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso en general, más allá de sectores específicos concretos. Ello se debe a que el nuevo mercado de trabajo exige a las empresas adaptarse constantemente a las cambiantes necesidades de la demanda, por lo que no siempre es posible establecer horarios cerrados y a largo plazo, lo que repercute negativamente en el trabajador y le exige una mayor disponibilidad⁶⁴. En estos supuestos, el trabajador está a disposición de la empresa, pero no prestando servicios de manera efectiva, y suponen un problema a la hora de determinar cómo computarlos, si como tiempo de trabajo o de descanso, a la luz de la Directiva 2003/88/CE.

Todo ello hace que estos tiempos de presencia y disponibilidad, pese a no haber sido previstos en el ordenamiento jurídico, existan. Es más que previsible que su consideración será causa de numerosos problemas y cuestiones judiciales, en tanto que su encuadramiento como tiempo de trabajo o de descanso supone importantes implicaciones para el trabajador y para la empresa⁶⁵.

En todo caso, y ante el nuevo escenario, el Parlamento Europeo intenta adaptar su normativa a la nueva realidad a través de la *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*. Esta Directiva aprobada recientemente, pretende dotar a los trabajadores de estos empleos atípicos de la protección propia del trabajador asalariado tradicional, para lo que modifica el ámbito de aplicación de la anterior Directiva, incluyendo a todos los trabajadores con contratos superiores a tres horas semanales en un periodo de referencia de 4 semanas, así como a los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, específicamente a los contratos de 0 horas y a los trabajadores a demanda⁶⁶. La Directiva establece, así, la obligación empresarial de informar al trabajador con

⁶⁴ A este respecto, 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. 113; donde indica que “el trabajador está obligando no solo a prestar trabajo bajo las órdenes del empresario los días inicialmente pactados sino también a estar disponible más allá de la jornada de trabajo portada ante una eventual llamada del empresario”. También de esta autora: “La regulación de los tiempos...”, op. cit., p.52.

⁶⁵ Una reflexión sobre la cuestión en Martínez Yáñez, mencionando que “precisamente, las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea encontraban su origen en las dudas interpretativas de los tribunales internos a la hora de calificar como tiempo de trabajo o de descanso determinados periodos en los que se cumplían algunos de los requisitos propios del tiempo de trabajo, pero no todos”, en *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 104.

⁶⁶ Analizando el tema, Llorens Espada, J.: “Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”, en Gómez Urquijo, L. (Ed.), et. al.: *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo*, Cizur Menor, 2018, pp. 162 y ss.

antelación suficiente sobre la forma en que se determinará su tiempo de trabajo, informándole sobre *“las horas y días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y el periodo mínimo de preaviso a que tienen derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea”*. Es decir, busca evitar la disponibilidad absoluta del trabajador, obligando a la empresa a señalar cuándo no podrá recurrir a los servicios de aquel. Sin embargo, existen dos problemas respecto a esta Directiva. El primero de ellos es que, previamente, debe reconocerse la laboralidad de la relación entre plataforma y colaborador, haciendo valer por parte de los tribunales el principio *nomen iuris*. Por otra parte, aun consiguiéndolo, si el sistema de prestación de servicio se mantiene tal y como es en la actualidad, sin asegurar al trabajador unos ingresos mínimos y dejando que sea él el que decida cuánto y cuándo trabajar en función a las franjas horarias ofertadas por la empresa, se continuará corriendo el riesgo de promover la auto explotación del empleado. La solución debe venir, por tanto, de un profundo cambio normativo y conceptual, que obligue a los Estados miembros a adoptar medidas que vayan más allá de una serie de principios generales, y que adapten la normativa actual a las nuevas necesidades del entorno laboral.

4.3. El tiempo de trabajo, disponibilidad y presencia en el sector transporte. ¿La solución a los problemas de la economía on-demand?

Una posible solución a los problemas planteados en relación al cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales parece encontrarse en la normativa específica del sector del transporte. Debido a sus especiales características en el desarrollo de la prestación laboral, este sector cuenta con una regulación específica en materia de jornada (viajes sin servicio, viajes de varios días, etc.). Esto se debe a que, en muchas ocasiones, el trabajador dedica tiempo a la realización del trabajo que no es tiempo de trabajo efectivo, pero del cual no puede disponer libremente como en el tiempo de descanso. Es un tiempo, por tanto, que no encaja en ninguna de las categorías recogidas por la Directiva. Así, el RD 1561/1995 de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, modificado por el RD 902/2007, de 6 de julio establece, en su art. 10, que esta normativa es de aplicación a los trabajadores móviles del transporte, entendiendo por tales a *“los conductores, ayudantes, cobradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, tanto en las empresas del sector de transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o de mercancías, como en las integradas en otros sectores que realicen actividades de transporte o alguna de las auxiliares citadas”*. Así, parece que la actividad de transporte de viajeros y mercancías de carácter urbano que puedan desarrollarse a través de plataformas

digitales estarían incluidas en su ámbito de aplicación. Es el caso de Deliveroo, Uber, Cabify o Glovo, por ejemplo.

Además, esta normativa incluye de manera expresa en la consideración de tiempo de trabajo efectivo para estos trabajadores móviles y del transporte por carretera a todos los períodos en los que el trabajador *“no pueda disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio incluidos, en particular, los períodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible”*⁶⁷. Para el tiempo de presencia incluye los tiempos *“distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo pero que tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos”* y, a continuación, señala una serie de períodos de tiempo que deben ser considerados tiempo de presencia⁶⁸. En definitiva, se podría concluir que, para el sector del transporte, el tiempo de trabajo efectivo será aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y desempeñando sus funciones, es decir, realizando la prestación laboral, de manera efectiva mientras que el tiempo de presencia es aquel en el que el trabajador está a disposición del empresario, pero no está desarrollando las funciones o tareas para las que ha sido contratado.

Por otra parte, la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, establece dos tiempos de disponibilidad que se diferencian entre sí porque en un supuesto el trabajador *“no se encuentra propiamente ejecutando la prestación laboral, aunque desde luego, tampoco disfruta de un tiempo libre”*⁶⁹, haciendo referencia al tiempo en que el trabajador, aunque no está obligado a permanecer en el puesto de trabajo, está disponible y localizable en caso de que el empresario decida llamarle para efectuar la prestación de servicios. Sin embargo, en el otro supuesto el trabajador está en el lugar de trabajo, aunque sin prestar servicios de manera efectiva. Es decir, está obligado a permanecer en el puesto de trabajo, aunque no realice la actividad para la que fue contratado. Se diferencia así entre el tiempo de presencia y el de disponibilidad, refiriéndose el primer supuesto al de disponibilidad y el segundo al de presencia.

⁶⁷ El art. 8 incluye, en este listado de tareas que suponen un trabajo efectivo la conducción y otros trabajos auxiliares relacionados con los pasajeros, el vehículo y su carga.

⁶⁸ Art. 10.4 RD 1561/1995, de 21 de septiembre. Algunas situaciones típicas de tiempo de presencia serían los tiempos de espera, de expectativas, las guardias, los viajes sin servicio o el tiempo empleado en la resolución de averías o comidas en ruta. Además, se establece un tiempo máximo de presencia de 20 horas semanales. En Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 91.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 97

Esta regulación que incluye el tiempo de presencia como medida de flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, permitiría adaptar la jornada para la nueva prestación de servicios a través de plataformas digitales, diferenciando los tiempos de trabajo efectivo y los de presencia. Además, la regulación actual permite que la negociación colectiva establezca el modo y cuantía en que estas horas de presencia serán remuneradas, por lo que esto permitiría una mayor estabilidad laboral y económica para el trabajador, que actualmente ve como ésta disponibilidad no tiene contraprestación alguna.

La SJS Madrid núm. 128/2019 de 3 de abril [aut. 944/2018], FD Cuarto, ha aceptado la pretensión de la parte demandante para que se le reconozca, no solo la laboralidad de la relación, sino su inclusión en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de Transporte y la categoría profesional de Mozo dentro de este convenio, atendiendo no solo a los hechos probados expuestos por la parte demandante sino también al criterio mantenido por la Inspección de Trabajo a este respecto⁷⁰. Sin embargo, la forma en la que la prestación de servicios se desarrolla a través de las plataformas digitales no encaja plenamente en la normativa específica de este sector, puesto que la distribución del tiempo de trabajo, como se ha visto, responde a la demanda concreta de cada momento. Por todo lo analizado, no parece haber duda en que la prestación de servicios a través de plataformas digitales se realiza en un contexto nuevo, que requiere de una regulación específica de los tiempos de trabajo, descanso, disponibilidad o presencia, con el fin de proteger al trabajador y asegurar unas condiciones laborales dignas. Si bien es cierto que la regulación específica del sector del transporte podría servir de punto de partida, es necesario revisarla con el fin de elaborar una regulación del tiempo de trabajo que se adecue a las especiales características de esta nueva forma de organización productiva, reconociendo el tiempo de disponibilidad y de presencia en la misma y estableciendo criterios para su consideración y contraprestación adecuada.

5. CONCLUSIONES

Puesto que la tendencia es a que los trabajos se realicen, cada vez más, de manera telemática, imperando la economía on-demand, parece urgente *“encontrar nuevos medios para aplicar determinados límites máximos de las horas de trabajo”*⁷¹, así como a esos tiempos de disponibilidad, con el fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores o derechos como el de descanso mínimo entre jornadas.

⁷⁰ Criterio que se mantiene en la SJS Madrid núm. 134/2019 de 4 de abril [aut. 946/2018].

⁷¹ OIT. *Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, Ginebra, 2019, p. 41.

En todo caso, y como ya advierte el comité Europeo de las Regiones en su Dictamen sobre economía colaborativa y plataformas en línea, este nuevo paradigma laboral puede llevarnos al abuso de la figura del trabajador autónomo, con las consiguientes diferencias sociales que ello conlleva y, más aún, con la preocupante posibilidad de que estas plataformas aprovechen la caracterización de estos trabajadores para aplicarles una legislación menos protectora, haciendo que su sede social se localice en países diferentes – y con normativa menos garantista – al que se presta el servicio de manera efectiva.

Pese a que algunos tribunales, en las sentencias favorables a la consideración de estos trabajadores como TRADES, señalan que queda acreditada la libertad del repartidor *“para elegir los días en los que quiere ofrecer su servicio a GLOVO y la franja horaria para entregar los productos de cada jornada laboral y para decidir sus jornadas de descanso”*⁷², considero que esta aparente libertad no es tal, pues todo ello puede llevar a una penalización en la puntuación obtenida para acceder a los horarios en la siguiente ocasión en que se abran, por lo que el trabajador se encuentra limitado en esta capacidad de disposición de su tiempo, viéndose obligado a prestar servicios habitualmente, a rechazar los menores posibles junto con la presión del tiempo marcado por la empresa para realizarlo y la necesidad de seguir sus pautas para obtener una buena valoración, así como la obligación de estar geolocalizado si se encuentra activo en la aplicación en todo momento. Igualmente, la posibilidad de ser penalizado si se apunta a una franja horaria y luego no cumple con su prestación de servicios en la misma, así como la obligación de comunicar la causa por la que no ha prestado servicios en este caso para evitar dicha penalización, junto con la capacidad unilateral de la empresa para decidir el precio del servicio e incluso modificar estos parámetros de valoración. Todo ello es indicio de que la libertad que tanto empresa como un sector de la jurisprudencia manifiestan no es tal, y que existe una dependencia real del repartidor con la empresa⁷³.

En definitiva, la economía on-demand consiste en que el empresario contrate al trabajador ante la necesidad de que *“se lleve a cabo de forma inmediata una concreta actividad de escasa duración y cuando surge la necesidad la oferta fijando un precio concreto a través de la plataforma para que la reciban los potenciales prestatarios, uno de los cuales es seleccionado mediante criterios preestablecidos a través de un algoritmo creado por el empresario”*⁷⁴. Es decir, la plataforma funciona como una enorme oficina de búsqueda de empleo en la que los desempleados aguardan a que se publique una micro oferta que solicitan y, si la plataforma y el algoritmo lo seleccionan, pueden realizar y cobrar. Podría decirse que su funcio-

⁷² SJS Madrid núm. 12/2019 de 11 de enero de 2019 [rec. 418/2018], FD Segundo.

⁷³ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Undécimo.

⁷⁴ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Décimo.

namiento se asemeja mucho al de una ETT digitalizada, que con una amplia base de datos de trabajadores selecciona a aquel que considera más adecuado para la prestación del servicio solicitado en función de un algoritmo predeterminado, con el fin de que éste preste el servicio de manera personal y directa al cliente⁷⁵. No es de extrañar que ya se le llame la nueva esclavitud del siglo XXI.

Por todo ello, y atendiendo, a la Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, donde se recomienda a los Estados miembros trabajar en políticas encaminadas a *“asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo”*, así como luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas y la economía informal; al PEDS y a la recientemente aprobada *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, se debe apostar por proteger los derechos de estos trabajadores y hacer uso efectivo del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo encaminándolo a evitar la precarización de las condiciones laborales, el aseguramiento de un salario digno y de unas condiciones de trabajo decentes, haciendo que se aplique a estas relaciones laborales las garantías y derechos propios de la normativa laboral⁷⁶. Como señala Todolí Signes, *“la legislación no debería permitir que las ventajas competitivas de los modelos de negocio del S. XXI provengan de explotar vacíos legales para no tener que aplicar las protecciones a los trabajadores obtenidas en los últimos siglos”*⁷⁷.

Sin embargo, y debido a las especiales características en el desarrollo de la actividad en este nuevo mundo laboral digitalizado, este tipo de prestación de servicios no encaja plenamente en el concepto actual de trabajador por cuenta ajena, pero tampoco en el de trabajador autónomo ni en el de TRADE. En todos los supuestos surgen problemas relativos a la jornada y cómputo del tiempo de trabajo, como se ha visto. Tras el análisis realizado en el presente artículo, se pueden extraer tres conclusiones respecto al cómputo del tiempo de trabajo en los empleos a través de plataformas digitales.

En primer lugar, en el supuesto de plataformas que ofrecen un servicio de transporte de mercancías, donde no solo pone en contacto al proveedor del servicio con el cliente, sino que se precisa de un repartidor que ejecute el transporte⁷⁸ los últimos pronunciamientos de los tribunales siguen la tendencia de reconocer la

⁷⁵ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Tercero.

⁷⁶ En relación con ello, “OIT. Informe de la Comisión Mundial...”, op. cit., pp. 10 y ss., donde se afirma que *“se debe revitalizar el contrato social que asegura a los trabajadores una participación justa en el progreso económico, el respeto de sus derechos y la protección de los riesgos a los que se exponen a cambio de su constante contribución a la economía”*.

⁷⁷ Álvarez Cuesta, H.: *La precariedad laboral. Análisis y propuestas de solución*, Ed. Bomarzo, 2008, p. 219, donde defiende que *“para lo que nunca debiera servir la aparición de estos semiatuó-nomos es para reducir el campo actual del trabajo subordinado ni, desde luego, para provocar una regresión en la delimitación actual del concepto jurídico de dependencia”*.

⁷⁸ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Tercero.

existencia de la relación laboral entre plataforma y colaborador, en cuyo caso sería de aplicación el convenio colectivo para el sector de transporte que correspondiese según el ámbito de aplicación; por lo que habría que atender al mismo para realizar la contratación al trabajador y para la determinación de la jornada de trabajo a prestar, así como la posibilidad o no de realizar horas complementarias y la contraprestación marcada para las horas de presencia y disponibilidad. Sin embargo, la práctica muestra que esto no se está haciendo. Por otra parte, aun aplicando esta regulación, sería necesario revisarla con el fin de adaptarla a la concreta forma en la que se desarrollan estos servicios, pues no se prevé una forma de computar los tiempos de trabajo que encaje plenamente en estas nuevas circunstancias.

En segundo lugar, para el resto de plataformas digitales que no se dedican al transporte, cuyo objeto es poner en contacto al demandante de un servicio con el trabajador que puede llevarlo a cabo, alegando que funcionan como simples intermediarios, queda claro que la actual regulación en materia de contratación a tiempo parcial no da respuesta a las necesidades específicas de una forma de organizar el trabajo cada vez más extendida en la sociedad. Por otra parte, y a la luz de la recientemente aprobada *Directiva para unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, resulta necesaria una adaptación del ordenamiento jurídico a las nuevas premisas comunitarias, entre las que se encuentran algunas dirigidas a concretar la jornada en estas nuevas formas de empleo atípico.

Por último, puesto que el TRET no establece una regulación específica para las horas de disponibilidad y de presencia, y dado que la regulación actual para los contratos a tiempo parcial no permite adaptar los contratos a las necesidades del trabajo en la era digital, debería atenderse a una regulación de la jornada específica para este sector de producción, que recoja las especiales características del mismo a través de la normativa para jornadas especiales, y que permita a los convenios colectivos adaptar su contenido a las necesidades concretas de los diferentes sectores de producción que organizan su trabajo a través de plataformas digitales con el objeto de trabajar on-demand.

EL DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO Y LA INTERPRETACIÓN DEL SUPUESTO NO COMPUTABLE REFERIDO AL “TRATAMIENTO MÉDICO DE CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE”

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

Investigador Postdoctoral Contratado

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

EXTRACTO **Palabras Clave:** Despido objetivo, absentismo laboral, faltas no computables, cáncer o enfermedad grave

El presente estudio pretende abordar un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, sobre la introducción del supuesto del «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave» en el listado de ausencias no computables a efectos del despido objetivo por absentismo laboral del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, así como ofrecer una respuesta adecuada a las múltiples dudas y cuestiones interpretativas que suscita la referencia que hace el precepto a este supuesto no computable, entre las cuales se encuentran las siguientes: ¿pretende la norma hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave?, ¿el tratamiento médico de cáncer o de la enfermedad grave puede provenir de una contingencia profesional?, ¿cómo se interpreta la referencia a la «enfermedad grave»? ¿cómo puede la empresa conocer la enfermedad que sufre un trabajador si no lo comunica él mismo?, o ¿pueden valorar nuestros Tribunales si la enfermedad que alega el trabajador se considera grave o no?

ABSTRACT **Key Words:** Digital platforms; working time; availability time; on-demand economy

The present study aims to address a normative, doctrinal and jurisprudential analysis on the introduction of the assumption of “medical treatment of cancer or serious illness” in the list of non-computable absences for the purposes of the objective dismissal for work absenteeism of article 52 d) of the Statute of the Workers, as well as offering an adequate response to the many doubts and interpretative questions raised by the reference made by the precept to this non-computable assumption, among which are the following: Does the standard intend to make a distinction between cancer and serious illness? Can the medical treatment of cancer or serious illness come from a professional contingency? How is the reference to “serious illness” interpreted? How can the company know the illness that a worker suffers if he does not communicate it himself? Or, can our courts assess whether the illness alleged by the worker is considered serious or not?

ÍNDICE

1. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DESPIDO OBJETIVO POR MOTIVO DE LAS FALTAS DE ASISTENCIA DEL TRABAJADOR
2. ALGUNAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DERIVADAS DE LA INTRODUCCIÓN DEL SUPUESTO DEL “TRATAMIENTO MÉDICO DE CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE” EN EL LISTADO DE AUSENCIAS NO COMPUTABLES A EFECTOS DE INTEGRAR ESTA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO
 - 2.1. Novedades del art. 52 d) del ET tras la reforma laboral de 2012: Especial atención al supuesto del tratamiento médico de cáncer o enfermedad considerada grave
 - 2.2. Las cuestiones más significativas que han surgido en torno a esta última situación incluida expresamente en el listado de supuestos que no computan a efectos del absentismo laboral
 - 2.2.1. Los supuestos
 - 2.2.2. Las coberturas o su alcance
 - 2.2.3. El origen de la patología
 - 2.2.4. Protección de datos y aplicabilidad de la previsión legal
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. UNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DESPIDO OBJETIVO POR MOTIVO DE LAS FALTAS DE ASISTENCIA DEL TRABAJADOR

El art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores –en adelante, ET–, que introduce en el ordenamiento jurídico laboral español la causa de despido objetivo¹ fundada en el llamado absentismo laboral, otorga al empresario la facultad de extinguir el

¹ Es importante poner de relieve que el despido objetivo es una forma de extinción concebida para permitir al empresario desprenderse de aquellos trabajadores que no le resultan adecuados para la empresa en términos de eficacia o rentabilidad empresarial –por resultar excesivamente onerosos para la misma por falta de capacidad del trabajador o por necesidades de funcionamiento de aquella– a fin de conseguir una mejor y mayor productividad o rendimiento neto. En este caso no existe ningún incumplimiento culpable y voluntario del trabajador y, por ello, el régimen que se establece es más riguroso en cuanto a sus requisitos formales, y une a otras obligaciones del empresario, la de una indemnización tasada –que no disuade en modo alguno de su utilización–. Sin ánimo de ser exhaustivo, pero con la finalidad de ahondar un poco más en la figura del despido objetivo, *vid.* las siguientes obras: Sempere Navarro, A.V., «Causas del despido objetivo», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 1033-1046; Orcaray Reviriego, J. J., «Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2016, págs. 692-707; Quesada Segura, R., «La extinción de la relación laboral», en AA.VV., *Lecciones de derecho del trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 739-756; Martínez-Gijón Machuca, M.A., «El despido objetivo en la reforma de 2012: una oportunidad perdida», en AA.VV., *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo, Sevilla, 2013, págs. 255-266; San Martín Rodríguez, J., «Acerca del despido objetivo», *Revista técnico laboral*, vol. 34, núm. 133, 2012, págs. 374-384; Alamán Calabuig, M., «Pinceladas prácticas en torno a los despidos por causas objetivas en la reforma laboral», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 806, 2010; Cruz Villalón, J., «Los cambios en materia

contrato de aquel trabajador que incurre en una serie de faltas de asistencia intermitentes, aunque sean justificadas, siempre que las mismas alcancen un determinado umbral significativo durante un período de tiempo concreto.

Dicho precepto, en su versión más reciente, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda redactado de la siguiente forma²:

«El contrato podrá extinguirse: (...) d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave».

Como puede comprobarse, lo característico de este tipo de despido sigue siendo a día de hoy que el trabajador sí cuenta con una justificación suficiente, por lo menos desde un punto de vista formal, para dejar de acudir a su puesto de trabajo, por lo que la reacción empresarial obstativa al mantenimiento del vínculo laboral únicamente puede articularse cuando dicha inasistencia es de cierta entidad y ocasione, por su repetición e intensidad, serios perjuicios a la empresa, lo cual se da cuando las ausencias del trabajador alcanzan unas determinadas proporciones de jornada hábil de trabajo en un cierto período de tiempo³.

de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012, págs. 121-147; Blanco Martín, J.M., «La reforma y procedimiento de los despidos por causas objetivas», en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011, págs. 213-242; Martín Rivera, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008, págs. 1-520; y Soler Ferrer, F., «La nueva regulación del despido por causas objetivas», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 154, 2010, págs. 50-54.

² La versión vigente del ET, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, mantiene íntegramente la estructura y el contenido del art. 52 d) que estableció la versión anterior de dicha norma, sin dar solución a los numerosos problemas de aplicación que plantea dicho precepto.

³ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 26. En casi idénticos términos, Poquet Catalá, R., «La configuración del absentismo laboral

De la redacción vigente del precepto indicado también se desprende que el legislador continúa estableciendo dos posibilidades de cómputo, pudiendo el empresario optar entre una u otra posibilidad de cálculo en función de las circunstancias propias de cada caso. La primera de estas posibilidades faculta al empresario a extinguir el contrato de trabajo cuando se reúnen, de manera acumulativa, los dos siguientes requisitos:

- Que las faltas de asistencia del trabajador, aun justificadas pero intermitentes, alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos;
- Y que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles⁴.

En cambio, conviene señalar que la segunda posibilidad que se contempla en la norma permite al empresario extinguir el contrato del trabajador cuando se reúne un único requisito: que las faltas de asistencia del trabajador, aun justificadas pero intermitentes, alcancen el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

En cuanto a los días de absentismo del trabajador que son significativos a efectos de la aplicación de esta causa de despido objetivo⁵, debe considerarse que, resultando que los meses pueden tener unos 22 días hábiles, el porcentaje del 20% al que se refiere la primera posibilidad de cómputo del precepto se vería satisfecho con 8,8 días, de lo cual se desprende que siendo los días completos –como vere-

como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012», *Revista actualidad laboral*, vol. 1, núm. 11, 2012, pág. 1284.

⁴ Se debe advertir, sin embargo, que en la redacción anterior del precepto –la primera de la reforma laboral de 2012 operada por el RDL 3/2012– tan solo se hacía referencia para justificar la extinción del contrato por absentismo al «20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos», habiéndose fijado con posterioridad, es decir, tras las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria llevada a cabo para la aprobación de la Ley 3/2012 –y que supuso la corrección de algunos extremos de la reforma laboral aprobada meses antes– la exigencia adicional de que «el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles», teniendo presente que con anterioridad lo que se requería era acreditar un determinado nivel de absentismo general respecto de toda la plantilla. Debe destacarse que la introducción de este criterio adicional ha planteado algunas cuestiones interpretativas, una de las cuales tiene que ver con la necesidad de determinar la fecha a partir de la cual debe computarse hacia atrás el plazo de los «doce meses anteriores» que establece el art. 52 d) del ET, si a partir de la fecha del despido o a partir de la fecha inicial de la primera baja computada en el primer período de los dos meses. El TS, no obstante, ha venido a resolver definitivamente esta cuestión al establecer que el plazo de doce meses del art. 52 d) del ET debe computarse hacia atrás desde la fecha de despido, de manera que en este período «largo» de los doce meses deben quedar incluidos los dos meses que han sido tenidos en cuenta para el cómputo del 20% de las faltas de asistencia del trabajador. Concretamente, el TS ha establecido la siguiente doctrina: «el dies ad quem para el cómputo del plazo de doce meses, será la fecha del despido que es la que determina en todo caso la normativa de aplicación al mismo» (SSTS de 19 de marzo (RJ 2018\1517) y 11 de julio de 2018 (RJ 2018\4037), y de 28 de enero (RJ 2019\541) y 5 de marzo de 2019 (RJ\2019\1204)).

⁵ También calificada de manera gráfica por algunos autores como la «causa odiosa»: Ruiz Castillo, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *Revista de derecho social*, núm. 57, 2012, pág. 220.

mos más adelante— las únicas jornadas a tener en cuenta, resulta que el número de ausencias del trabajador que pueden justificar la extinción objetiva del contrato en dos meses consecutivos es de 9 días, mientras que en el supuesto del porcentaje del 25% en cuatro meses discontinuos, serán 22 días de ausencias los que justificarán el despido objetivo por absentismo del trabajador.

Al respecto, es importante recordar que en el primer supuesto, esto es, en el supuesto en que se proceda a la extinción del contrato cuando las ausencias alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, se exige también que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, lo que conlleva que para optar por la primera posibilidad de cómputo, se necesitará también un período de observación de un año a fin de comprobar si se cumple la exigencia del 5%.

Ciertas ausencias, no obstante, quedan excluidas del cómputo del absentismo de forma expresa, ya sea porque son resultado del ejercicio por parte del trabajador de derechos reconocidos en la ley (huelga legal, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, licencias y vacaciones), o bien porque se derivan de situaciones especialmente protegidas (accidentes de trabajo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, o enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia⁶). Las faltas de asistencia debidas a enfermedad o accidente no laboral únicamente computan a los efectos del absentismo si tienen una duración inferior a veinte días consecutivos o cuando, siendo superiores al plazo indicado, no hubiesen sido acordadas por los servicios sanitarios oficiales; de ello se desprende que el precepto pretende combatir especialmente las faltas de asistencia por enfermedad que son de corta duración o que se amparan en una decisión adoptada sin control sanitario oficial.

Tampoco son tenidas en cuenta a efectos del absentismo las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género⁷ (acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda), ni las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

A lo largo de las siguientes páginas trataremos de ofrecer una respuesta adecuada a las múltiples dudas y cuestiones interpretativas suscitadas a partir de la inclusión del supuesto del «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave» en la lista de situaciones que no computan a efectos del art. 52 d) del ET, prestando una especial atención a las sentencias dictadas sobre la materia por nuestros Tribunales españoles.

⁶ Vid. Gómez Salado, M.Á., «El despido objetivo y las faltas de asistencia que tienen su origen en la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo y la lactancia, y las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia», en AA.VV., *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, Murcia, 2018, págs. 547-563.

⁷ Vid. Gómez Salado, M.Á., «Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 410, 2017, págs. 85-105; y Gómez Salado, M.Á., «La extinción objetiva del contrato por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género», en AA.VV. (Gómez Salado, M.Á. Dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019, págs. 45-70.

2. ALGUNAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS DERIVADAS DE LA INTRODUCCIÓN DEL SUPUESTO DEL «TRATAMIENTO MÉDICO DE CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE» EN EL LISTADO DE AUSENCIAS NO COMPUTABLES A EFECTOS DE INTEGRAR ESTA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO

2.1. Novedades del art. 52 d) del ET tras la reforma laboral de 2012: Especial atención al supuesto del tratamiento médico de cáncer o enfermedad considerada grave

Con la reforma laboral operada en 2012⁸, nos encontramos ante un nuevo avance de la citada línea flexibilizadora del régimen del despido objetivo por absentismo, al suprimirse de manera definitiva la exigencia de un determinado nivel de absentismo global de la plantilla del centro de trabajo⁹ para que pueda operar la causa de despido reconocida en el art. 52 d) del ET (en concreto, se elimina del texto estatutario la siguiente referencia: «siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 por 100»¹⁰), de manera que a partir de la citada reforma para que las faltas de asistencia del trabajador sean significativas a los efectos de esta causa de despido objetivo bastará con que el número de ausencias del trabajador que va a ser despedido supere unos determinados porcentajes¹¹.

⁸ Nos encontramos ante una reforma que ha perseguido, entre otras cosas, la facilitación del despido objetivo por absentismo, como pone de manifiesto Ruiz Castillo, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva...», op. cit., pág. 226: «Si una lectura global de esta ambiciosa reforma permite alabar el ánimo de precisión técnica que parece haberla alentado, no sucede así en el caso de la revisión del art. 52 d) ET, donde el único propósito del RDL 3/2012 se circunscribe a la facilitación del despido, al aligeramiento de los requisitos del mismo mediante la supresión pura y simple del elemento de valoración colectivo que de más a menos ha venido integrando su causa; esto es, la supresión del umbral de absentismo de la plantilla para proceder al despido del trabajador por faltas de asistencia». *Id.* también, Moreno Gené, J., «La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 350, 2012, págs. 5-52.

⁹ Esta reivindicación empresarial sobre la supresión total de la referencia al nivel de absentismo global en la empresa ya fue defendida en reformas laborales previas por los grupos popular, de Convergència i Unió y del Partido Nacionalista vasco. En este sentido, Rojo Torrecilla, E., «El despido por absentismo tras la reforma laboral de 2012. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (y II)», 2013, disponible en el siguiente enlace: http://www.eduardorjotorrecilla.es/2013/11/el-despido-por-absentismo-tras-la_16.html.

¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid.*, García-Perrote Escartín, I., «La reforma laboral de 2012. El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2012, pág. 39; y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Las claves de la reforma laboral 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012, págs. 1-2.

¹¹ Una vez más, vuelven a primarse los intereses de la empresa sobre los del trabajador, en la medida en que la supresión de la referencia al volumen global de absentismo de la plantilla del centro de trabajo persigue flexibilizar la utilización del despido objetivo por ausencias del trabajador. En otras palabras, tiende a permitir al empresario una mayor utilización de esta modalidad extintiva.

Con esta supresión –que se encuentra prevista tanto en el RDL 3/2012 como en la Ley 3/2012–, «desde luego, se elimina el obstáculo más importante para la operatividad práctica del motivo»¹² extintivo y se garantiza una mayor protección a las pequeñas y medianas empresas –aquellas en las que el absentismo se vive como un drama–, que no suelen contabilizar el porcentaje de absentismo de todos los empleados, «porque no han implementado medidas de control específico, pues no pueden destinar para ellos los recursos humanos y el tiempo que ello necesita»¹³.

Una segunda modificación abordada por la reforma laboral de 2012 es la introducción de una nueva exigencia adicional (que «el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles») para la primera fórmula numérica contemplada en el art. 52 d) del ET, esto es, para el supuesto en que se proceda a la extinción del contrato del trabajador cuando las ausencias alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos.

Hay quien ha señalado que con esta exigencia adicional, contemplada únicamente en la redacción de la Ley 3/2012¹⁴, «se recupera una cierta objetividad en la causa de extinción del contrato y se mejora la posición del trabajador»¹⁵, aproximándose en la práctica las dos fórmulas que desencadenan el efecto del despido objetivo por faltas de asistencia del trabajador, a saber, el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles y el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses.

La tercera y última modificación –no contemplada en la redacción del RDL 3/2012, pero sí prevista en la de la Ley 3/2012– que experimenta la redacción del art. 52 d) del ET como consecuencia de la reforma laboral de 2012, tiene que ver con la adición de un tercer párrafo respecto a la previsión anterior con arreglo al cual no se computarán las faltas de asistencia del trabajador que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

¹² Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 17.

¹³ Arias Domínguez, Á., «La reforma laboral de 2012 (I): Absentismo (1)», *Legal Today*, 2012, disponible en el siguiente enlace: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/la-reforma-laboral-de-2012-i-absentismo-1>.

¹⁴ Cabe recordar que en la fase inicial de la reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012) tan solo se hacía referencia, para justificar el despido objetivo por absentismo laboral, al «20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos», habiéndose añadido más tarde, es decir, a través de la Ley 3/2012, la siguiente exigencia: «siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles».

¹⁵ Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M., *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013, pág. 48, citando al respecto el trabajo de Molina Navarrete, C., «La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y “versos sueltos”», *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, núm. 352, 2012, págs. 5-120.

Debemos recordar que la anterior modificación de la norma responde a una enmienda¹⁶ que señalaba, como justificación, que se trataba de una mejora técnica para evitar despidos por motivos de ausencias justificadas «al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto en que se pueda producir algún problema puntual de salud». Sin entrar en cuestiones médicas, cabe indicar en este punto «que el enfermo oncológico, en función del tratamiento prescrito puede precisar sesiones de tratamiento distintas que conlleven o no la hospitalización. Asimismo, una vez que el trabajador ha finalizado sus tratamientos médicos que requerían una mayor supervisión puede resultar debido a la oportuna prescripción médica necesario controles habituales acerca de su estado de salud o incluso proseguir de modo intermitente con el tratamiento médico que pudiera ser compatible con su actividad laboral. Del mismo modo se pueden plantear nuevas bajas de corta duración para el trabajador»¹⁷.

De igual forma, esta modificación operada –cuyo tratamiento se expondrá en las siguientes líneas– responde a las demandas y reivindicaciones que en el pasado realizaron numerosos colectivos y asociaciones de afectados por cáncer o enfermedades graves, entre los cuales podemos destacar las Asociaciones de afectados por la Esclerosis Múltiple¹⁸.

2.2. Las cuestiones más significativas que han surgido en torno a esta última situación incluida expresamente en el listado de supuestos que no computan a efectos del absentismo laboral

Como ya se ha adelantado, la Ley 3/2012 modifica la redacción del art. 52 d) del ET, añadiendo un último supuesto en un tercer párrafo, con arreglo al cual

¹⁶ Enmienda núm. 649 presentada por el Grupo Parlamentario Popular. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 4-6, de 27 de abril de 2012.

¹⁷ Fragua Madurga, L., «Los derechos laborales del trabajador enfermo oncológico», *Derecho y salud*, vol. 23, núm. 2, 2013, pág. 24.

¹⁸ El hecho de que no se hubiera previsto esta exclusión en la norma desde un primer momento, ha dado pie en el pasado las protestas de múltiples colectivos afectados, entre los cuales se encuentran los afectados por la esclerosis múltiple. No obstante lo dicho, parece ser que las peticiones de los diversos afectados y asociaciones, así como de la Federación Española para la Lucha contra la Esclerosis Múltiple (FELEM) –que cambió su nombre por el de Esclerosis Múltiple España (EME)–, fueron atendidas por el ejecutivo en la reforma laboral de 2012, lo que supuso una gran victoria a efectos de dotar de una mayor protección al trabajador enfermo. Según la Federación, «esta última redacción de este punto en la reforma laboral evita la reducción del derecho del trabajador ante su salud, provocando que ésta pudiera ser un motivo de despido al no incluir en los motivos para no “computar” estas faltas de asistencia, el tener enfermedades graves que, como la Esclerosis Múltiple, cursan a brotes con una incidencia intermitente». En este sentido, *vid.*, Esclerosis Múltiple España, «Redactado final de la regulación del despido objetivo», 2013, disponible en <https://www.esclerosismultiple.com/343/> (versión online; consultado el 31-05-2019); *Vid.* también, Observatorio de la Esclerosis Múltiple, «El estatuto de los trabajadores no considerará ‘absentismo’ la baja por esclerosis múltiple», 2013, disponible en <https://www.observatorioesclerosismultiple.com/es/fundacion-esclerosis-multiple/aspectos-legislativos/el-estatuto-de-los-trabajadores-no-considerara-absentismola-baja-por-esclerosis-multiple/> (versión online; consultado el 31-05-2019).

no se podrán computar las faltas de asistencia «que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave».

En nuestra opinión, la introducción –tan necesaria– de estas nuevas situaciones no computables a los efectos del despido objetivo por absentismo laboral podría mantener una estrecha conexión con la regulación de la reducción de la jornada de trabajo para el cuidado de un menor afectado por un cáncer o por una enfermedad grave (art. 37.6 del ET)¹⁹, y con el reconocimiento de la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social²⁰, prevista en los arts. 190, 191 y 192 de la LGSS.

Como podremos comprobar, esta exclusión del cómputo del absentismo a efectos del despido objetivo, pese a ser necesaria, ha generado numerosas cuestiones interpretativas en el ámbito del Derecho del Trabajo. Entre otras, ¿pretende la norma hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave?, ¿el tratamiento médico de cáncer o de la enfermedad grave puede provenir de una contingencia profesional?, ¿cómo se interpreta la referencia a la «enfermedad grave»? ¿cómo puede la empresa conocer la enfermedad que sufre un trabajador si no lo comunica él mismo?, o ¿pueden valorar nuestros Tribunales si la enfermedad que alega el trabajador se considera grave o no? Trataremos de hallar una respuesta a estas y a otras cuestiones.

2.2.1. Los supuestos

La primera cuestión que hay que abordar es precisamente si el art. 52 d) del ET se refiere a dos situaciones diferentes, o lo que es lo mismo, si el precepto pretende hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave cuando señala, expresamente y de manera literal, que no computarán a efectos del absentismo las ausencias debidas a un «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave».

¹⁹ Sobre este particular, *vid.* el párrafo tercero del art. 37.6 del ET, que dispone que «el progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas».

²⁰ La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consiste en un subsidio equivalente al cien por ciento de la base reguladora fijada para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Dicha prestación se extingue cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma que corresponda, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor sujeto a acogimiento o a guarda con fines de adopción del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años. La gestión y el pago de la prestación económica corresponde a la Mutua colaboradora con la Seguridad Social o, en su caso, a la entidad gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Al respecto, *vid.* el art. 192 de la LGSS.

Por lo que respecta al término «cáncer»²¹ cabe recordar que engloba una enfermedad o, más bien, un grupo bastante numeroso de patologías²² que se caracterizan por el desarrollo de células anormales, que se dividen, crecen y se diseminan sin control en cualquier parte del cuerpo²³. Es importante poner de relieve que el cáncer, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), es considerado como la segunda causa de muerte en todo el mundo²⁴ y también como el responsable de 8,8 millones de muertes en el año 2015²⁵. Se trata de una enfermedad muy específica y determinada, «de suficiente entidad y gravedad» como para permitir a un trabajador faltar a su puesto de trabajo, sin que por ello sus ausencias puedan ser tenidas en cuenta a efectos del cálculo del absentismo²⁶.

En cambio, la «enfermedad grave» es, a diferencia del cáncer, una enfermedad de carácter indeterminado que permite la inclusión de cualquier patología o padecimiento que revista una especial transcendencia para la salud. Este carácter indeterminado²⁷ se explica, principalmente, porque la norma no ha precisado en ningún momento qué debe entenderse por enfermedad grave a efectos de excluir del cómputo del absentismo las ausencias que obedezcan a la misma.

²¹ La inclusión de este supuesto en el listado de supuestos que no computan a efectos del absentismo ha tenido una gran repercusión en aras a colmar los vacíos legales como los que un día dieron lugar al fallo de la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2011\216), que declaró nulo y discriminatorio el despido de un trabajador a causa de las bajas derivadas del padecimiento de un cáncer. *Vid.* Cuba Vila, B., «A propósito de la evolución legislativa y jurisprudencial del despido objetivo por absentismo», *Revista de información laboral*, núm. 6, 2013, págs. 39-40.

²² Quizás sea la inclusión de este conjunto de enfermedades dentro del elenco de supuestos excluidos, una forma de reflejar la gran importancia que se atribuye al cáncer en todo el mundo. Gómez Salado, M.A., «Delimitación del concepto de “enfermedad grave” y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 397, 2016, pág. 26.

²³ El Diccionario de la RAE contiene diferentes acepciones sobre el término cáncer, si bien nos interesa la que lo define como una «enfermedad que se caracteriza por la transformación de las células, que proliferan de manera anormal e incontrolada» (puede consultarse el Diccionario de la RAE en el siguiente enlace: <http://www.rae.es/>). Según la Sociedad Española de Oncología Médica (SEOM), el «el término cáncer engloba un grupo numeroso de enfermedades que se caracterizan por el desarrollo de células anormales, que se dividen, crecen y se diseminan sin control en cualquier parte del cuerpo»; a estos efectos, puede consultarse el siguiente enlace: <https://seom.org/informacion-sobre-el-cancer/que-es-el-cancer-y-como-se-desarrolla> (consultado el 31-05-2019).

²⁴ El cáncer sigue conformando una de las principales causas de morbilidad del mundo y las estimaciones poblacionales señalan que el número de casos nuevos probablemente se incremente en un setenta por ciento en las próximas décadas, alcanzando los 24 millones de casos aproximadamente en el año 2035. Sociedad Española de Oncología Médica, «Las cifras del Cáncer en España. Año 2018», 2018, pág. 6, disponible en https://seom.org/seomcms/images/stories/recursos/Las_Cifras_del_cancer_en_Espana2018.pdf (consultado el 31-05-2019).

²⁵ Últimos datos disponibles a nivel mundial estimados por la OMS. Al respecto, *vid.* la siguiente nota descriptiva de la OMS: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/cancer> (consultado el 31-05-2019).

²⁶ *Vid.* Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 147.

²⁷ Este carácter indeterminado de las enfermedades graves se refleja, entre otras, en la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016\233842): «la norma cuando se refiere a enfermedad grave no limita el concepto a las patologías similares al cáncer, que aparece mencionado como ejemplo

Tal y como muy bien ha indicado la doctrina, la «mención de la norma (...) que se refiere a “enfermedad grave” no define una enfermedad cierta y determinada, sino que caracteriza únicamente su intensidad o extensión. Cualquier enfermedad puede ser grave en sí misma. A diferencia de la anterior mención (el cáncer), aquí no es la etiología de la enfermedad, sino su intensidad y peligrosidad lo que prevé la norma. Grave, en definitiva, puede serlo una enfermedad muy peligrosa, u otra menos agresiva. Se conjugan, por tanto, dos parámetros muy diferentes de valoración de la causa que justifica la ausencia laboral, lo que puede ocasionar alguna disfuncionalidad del precepto»²⁸.

Esta diferencia existente entre el cáncer y la enfermedad grave ha llevado a considerar a algún autor que «la norma se refiere a dos situaciones distintas, y que la segunda no tiene que relacionarse con la primera, es decir, la referencia a enfermedad grave no tiene que estar relacionada con un cáncer, pudiendo ser cualquier proceso mórbido que tenga dicha intensidad»²⁹.

En nuestra opinión, la redacción del texto estatutario es clara también en este sentido, y, por consiguiente, manifiesta la diferencia que hay entre una entidad (el cáncer) y otra (la enfermedad grave) con la cual se puede confundir, en la medida en que el precepto separa con una conjunción disyuntiva –que denota separación, diferencia o alternativa– la mención del cáncer y la de la enfermedad grave.

En esta misma dirección se encuentra también la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015, en la cual se indica que el tenor literal del precepto, cuando se refiere a las faltas de asistencia debidas a un «tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave», apunta claramente a hacer una distinción entre el cáncer y la enfermedad grave, «al separar el texto legal con una conjunción disyuntiva la mención de dicha entidad clínica y la de las enfermedades graves, con lo que parece claro que lo que se está estableciendo es una neta distinción entre ambas categorías, no utilizando tampoco el precepto en su redacción ningún término gramatical que por su significación pudiera establecer ese criterio de asimilación»³⁰.

claro de enfermedad precisada de un tratamiento específico generador de una incapacidad para trabajar. Por otro lado, el concepto de enfermedad grave es en cierta medida de carácter indeterminado permitiendo la inclusión de cualquier enfermedad o padecimiento que revista cierta gravedad, como pudiera ser una lumbalgia». *Vid.* también las SSTSJ de Cataluña de 10 de junio de 2014 (AS 2014\1992) y de Madrid de 28 de abril de 2017 (JUR 2017\166146); así como el trabajo de Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Comentarios a la Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», documento accesible en <http://www.tirantonline.com> (consultado el 31-05-2019), cuyos autores disponen que en la norma se introdujo un concepto jurídico indeterminado al excluir del cómputo de ausencias las «enfermedades graves». El mismo contenido de este último trabajo citado se puede encontrar también en este otro: Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», 2012, documento accesible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-081.pdf> (consultado el 31-05-2019).

²⁸ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 147.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ AS 2016\293.

La referencia que hace la norma a la «enfermedad grave» plantea, a su vez, tres cuestiones adicionales: en primer lugar, cómo debe interpretarse el término «enfermedad grave»; en segundo lugar, si el precepto efectúa una remisión a alguna norma que determine cuáles son las enfermedades que merecen el calificativo de graves; y, en tercer y último lugar, si es posible que nuestros Tribunales valoren si la enfermedad que alega un trabajador se puede considerar grave o no.

Respecto a la primera de las tres cuestiones podemos comenzar señalando que la norma no ha precisado qué debe entenderse por enfermedad grave³¹ a los efectos de excluir del cómputo las ausencias que obedezcan a la misma³², lo cual resulta muy criticable, teniendo en cuenta que la adjetivación que emplea la norma («grave») es confusa y ambigua en términos clínicos³³.

Hay quien entiende³⁴ que para interpretar el término «enfermedad grave» que emplea la norma se puede acudir al art. 9 (referido a los supuestos excepcionales de liquidez) del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones³⁵. En este precepto se dispone precisamente que se considera enfermedad grave a dichos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado:

- a) Cualquier dolencia o lesión que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor o tratamiento en un centro hospitalario.
- b) De igual modo, cualquier dolencia o lesión con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada, o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana.

³¹ Cabe indicar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 14 de enero de 1997 (RJCA 1997\313), puso de manifiesto que «la consideración de si una enfermedad es grave o no, a efectos jurídicos, es obvio que radica en una cierta potestad discrecional, pues deben valorarse las condiciones objetivas o subjetivas que concurren en cada caso, especialmente la condición del paciente, edad, estado físico, riesgo para su vida, etc. No existe pues, un concepto definido de enfermedad grave, sino que en función de la trascendencia de la dolencia o enfermedad y en relación con las circunstancias anteriormente apuntadas, se podrá considerar como grave o no».

³² A sí lo han señalado, entre otros, Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias objetivas», en AA.VV., *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: Análisis de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013, pág. 269.

³³ A tal efecto, debe tenerse en cuenta la SJS de Cuenca de 7 de marzo de 2018 (AS\2018\513).

³⁴ González-Posada Martínez, E., «El despido objetivo y el despido disciplinario», *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, núm. 34, 2013, págs. 351-375.

³⁵ BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2004.

Los supuestos referidos se reputarán como enfermedad grave en tanto no den lugar a la percepción por el partícipe de una prestación por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, conforme al régimen de la Seguridad Social, y siempre que supongan para el partícipe una disminución de su renta disponible por aumento de gastos o reducción de sus ingresos.

En cualquier caso, lo más razonable parece entender que el término «enfermedad grave» que emplea la norma viene referido a la enfermedad que se caracteriza por las siguientes notas (o que, más bien, cumple los siguientes requisitos): ser una enfermedad médicamente verificada, necesitada de un tratamiento médico específico, agresivo y continuado, cuya administración o efectos provocan precisamente la imposibilidad de acudir al trabajo.

En este mismo sentido, se ha puesto de manifiesto que «la expresión, tal y como está redactada concede mucho juego a la interpretación caso por caso, aunque parece exigible que todas las inclusiones se caractericen, al menos, por las siguientes notas: ser una enfermedad médicamente contrastada, necesitada de un específico tratamiento médico (más o menos importante), y provocar en el trabajador unos perjuicios psicofísicos de difícil apreciación pero claramente limitadores (o incluso impeditivos) de la realización de su actividad laboral»³⁶.

En la misma dirección, se encuentra también la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015³⁷, en la cual se indica que «este precepto legal está pensado exclusivamente para aquellas dolencias que exigen tratamientos médicos tan agresivos como los del cáncer, al que alude expresamente, y que por esa razón dan lugar a un número muy elevado de ausencias y bajas médicas durante los periodos en los que debe administrarse dicho tratamiento. La aplicación de esta previsión legal requiere por lo tanto dos requisitos que deben concurrir conjuntamente. El primero de ellos, que se trate de enfermedades graves comparables a un cáncer, y el segundo, que requieran tratamientos médicos tan agresivos, que den lugar a reiteradas bajas médicas para su administración en los días en que sea necesario para ello».

Respecto a la segunda cuestión, es preciso señalar que el art. 52 d) no efectúa ninguna remisión a otra norma que determine qué enfermedades merecen el calificativo de graves. Ahora bien, en este punto se debe recordar que el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave³⁸, establece, en su anexo I, un listado de enfermedades graves³⁹ mediante diecisiete títulos genéricos, que agrupan, a su vez,

³⁶ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 148.

³⁷ JUR 2015\163073.

³⁸ BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011.

³⁹ Listado sustituido por el establecido en el art. 1 de la Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados

a 113 padecimientos específicos⁴⁰ (*vid.* tabla 5). Debe hacerse notar, sin embargo, que el legislador no ha hecho mención alguna al significado de estas enfermedades, y únicamente se ha limitado a enumerarlas.

Tal y como muy bien ha indicado la doctrina científica, «en cuanto a esas otras enfermedades “graves” distintas del cáncer que pueden dar lugar a ausencias de esta naturaleza, casi con toda seguridad ha de entenderse que dentro de las mismas cabe incluir aquellas que aparecen listadas en el Anexo I del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que regula una nueva prestación de Seguridad Social en favor de los progenitores, adoptantes y acogedores familiares por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave»⁴¹.

En términos muy similares se ha manifestado la jurisprudencia menor⁴². Así, por ejemplo, el TSJ de Islas Canarias, Las Palmas, ha precisado que se puede tomar como criterio orientativo el catálogo de enfermedades graves del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

Cabe indicar, además, que la negociación colectiva, progresivamente y para suplir la falta de tratamiento integral de la enfermedad grave en el ordenamiento laboral, se ha venido ocupando de introducir, en algunos casos, un concepto de enfermedad grave⁴³ y, en otros⁴⁴, de precisar que tendrán la consideración de gra-

por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor.

⁴⁰ No obstante, cabe indicar que en la Disposición final tercera (relativa a la actualización del listado de enfermedades graves) del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, se dispone que el Ministro de Trabajo podrá acordar, mediante orden ministerial, la incorporación de nuevas enfermedades al listado de enfermedades consideradas graves que figura en el anexo de este real decreto, cuando, previos los estudios e informes correspondientes, se trate de enfermedades graves que requieran el cuidado directo, continuo y permanente del menor por los progenitores, adoptantes o acogedores, durante su ingreso hospitalario, de larga duración, y tratamiento continuado de la enfermedad.

⁴¹ Sirvent Hernández, N., «La nueva regulación de los despidos objetivos», en AA.VV., *Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 197-210. En el mismo sentido, se pueden mencionar los trabajos de otros autores que han entendido que para la constatación de las enfermedades graves puede servir de pauta el listado de enfermedades graves recogido en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio: *vid.* Salcedo Beltrán, M.C., «Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo», *Revista doctrinal Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 7, 2013, págs. 293-300; González-Posada Martínez, E., «El despido objetivo y...», *op. cit.*, págs. 351-375; y Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias...», *op. cit.*, pág. 269.

⁴² SSTSJ de Islas Canarias, Las Palmas de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016/293) y de Madrid de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016/233842), 27 de marzo de 2017 (JUR 2017/146514) y 28 de abril de 2017 (JUR 2017/166146). *Vid.* también la SJS de Sevilla de 10 de febrero 2017 (JUR 2017/61862).

⁴³ *V.gr.* Convenio Colectivo del sector de la «Industria del Comercio de la Vid de Valladolid» para los años 2015 a 2018 (BO de Valladolid núm. 282, de 9 de diciembre de 2015) –art. 10–. También puede considerarse así el Pacto sobre régimen de vacaciones y permisos del personal que presta servicios en centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla y León, con las organizaciones sindicales presentes en la mesa sectorial del personal de las instituciones sanitarias públicas (BO de Castilla y León núm. 164, de 27 de agosto de 2013) –art. 17–.

⁴⁴ Entre otros convenios colectivos que incluyen una sección concreta para precisar que se entiende por enfermedad grave las incluidas en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, se encuentran los siguientes: I Convenio Colectivo de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud (DO de la Generalitat de Catalunya núm. 6923, de 29 de julio de 2015) –art. 49–; Convenio

Tabla 5: Listado de enfermedades graves

I. Oncología	II. Hematología
<p>1. Leucemia linfoblástica aguda; 2. Leucemia aguda no linfoblástica; 3. Linfoma no Hodgkin; 4. Enfermedad de Hodgkin; 5. Tumores del Sistema Nervioso Central; 6. Retinoblastomas; 7. Tumores renales; 8. Tumores hepáticos; 9. Tumores óseos; 10. Sarcomas de tejidos blandos; 11. Tumores de células germinales; 12. Cualquier otra enfermedad oncológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>13. Aplasia medular grave (constitucional o adquirida); 14. Neutropenias constitucionales graves; 15. Hemoglobinopatías constitucionales graves; 15 bis. Cualquier otra enfermedad hematológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
III. Errores innatos del metabolismo	IV. Alergia e inmunología
<p>16. Desórdenes de aminoácidos (fenilcetonuria, tirosinemia, enfermedad de la orina con olor a jarabe de arce, homocistinuria y otros desórdenes graves); 17. Desórdenes del ciclo de la urea (OTC); 18. Desórdenes de los ácidos orgánicos; 19. Desórdenes de carbohidratos (glucogenosis, galactosemia, intolerancia hereditaria a la fructosa y otros desórdenes graves); 20. Alteraciones glicosilación proteica; 21. Enfermedades lisosomiales (mucopolisacaridosis, oligosacaridosis, esfingolipidosis y otras enfermedades graves); 22. Enfermedades de los peroxisomas (Síndrome de Zellweger, condrodisplasia punctata, adrenoleucodistrofia ligada a X, enfermedad de Refsum y otros desórdenes graves); 23. Enfermedades mitocondriales: por defecto de oxidación de los ácidos grasos y de transporte de carnitina, por alteración del DNA mitocondrial, por mutación del DNA nuclear; 23 bis. Cualquier otro error innato del metabolismo grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>24. Alergias alimentarias graves sometidas a inducción de tolerancia oral; 25. Asma bronquial grave; 26. Inmunodeficiencias primarias por defecto de producción de anticuerpos; 27. Inmunodeficiencias primarias por defecto de linfocitos T; 28. Inmunodeficiencias por defecto de fagocitos; 29. Otras inmunodeficiencias: a) Síndrome de Wiscott-Aldrich, b) Defectos de reparación del ADN (Ataxia-telangiectasia), c) Síndrome de Di George, d) Síndrome de Hiper-IgE, e) Síndrome de IPEX. 30. Síndromes de disregulación inmune y linfoproliferación; 30 bis. Cualquier otra enfermedad alérgica e inmunológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>

V. Psiquiatría	VI. Neurología
<p>31. Trastornos de la conducta alimentaria; 32. Trastorno de conducta grave; 33. Trastorno depresivo mayor; 34. Trastorno psicótico; 35. Trastorno esquizoafectivo; 35 bis. Cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>36. Malformaciones congénitas del Sistema Nervioso Central; 37. Traumatismo craneoencefálico severo; 38. Lesión medular severa; 39. Epilepsias: a) Síndrome de West, b) Síndrome de Dravet, c) Síndrome de Lennox-Gastaut, d) Epilepsia secundaria a malformación o lesión cerebral, e) Síndrome de Rasmussen, f) Encefalopatías epilépticas, g) Epilepsia secundaria a enfermedades metabólicas, h) Otras epilepsias bien definidas; 40. Enfermedades autoinmunes: a) Esclerosis múltiple, b) Encefalomiелitis aguda diseminada, c) Guillain-Barré, d) Polineuropatía crónica desmielinizante, e) Encefalitis límbica; 41. Enfermedades neuromusculares: a) Atrofia muscular espinal infantil, b) Enfermedad de Duchenne; 42. Infecciones y parasitosis del Sistema Nervioso Central (meningitis, encefalitis, parásitos y otras infecciones); 43. Accidente cerebrovascular; 44. Parálisis cerebral infantil; 45. Narcolepsia-catalepsia; 45 bis. Cualquier otra enfermedad neurológica y/ o neuromuscular grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
VII. Cardiología	VIII. Aparato respiratorio
<p>46. Cardiopatías congénitas con disfunción ventricular; 47. Cardiopatías congénitas con hipertensión pulmonar; 48. Otras cardiopatías congénitas graves; 49. Miocardiopatías con disfunción ventricular o arritmias graves; 50. Cardiopatías con disfunción cardíaca y clase funcional III-IV; 51. Trasplante cardíaco; 51 bis. Cualquier otra enfermedad cardiológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>52. Fibrosis quística; 53. Neumopatías intersticiales; 54. Displasia broncopulmonar; 55. Hipertensión pulmonar; 56. Bronquiectasias; 57. Enfermedades respiratorias de origen inmunológico: a) Proteínosis alveolar, b) Hemosiderosis pulmonar, c) Sarcoidosis, d) Colagenopatías; 58. Trasplante de pulmón; 59. Cualquier otra enfermedad del aparato respiratorio grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>

IX. Aparato digestivo	X. Nefrología
<p>60. Resección intestinal amplia; 61. Síndrome de dismotilidad intestinal grave (Pseudo-obstrucción intestinal); 62. Diarreas congénitas graves; 63. Trasplante intestinal; 64. Hepatopatía grave; 65. Trasplante hepático; 66. Cualquier otra enfermedad del aparato digestivo grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>67. Enfermedad renal crónica terminal en tratamiento sustitutivo; 68. Trasplante renal; 69. Enfermedad renal crónica en el primer año de vida; 70. Síndrome nefrótico del primer año de vida; 71. Síndrome nefrótico corticorresistente y corticodependiente; 72. Tubulopatías de evolución grave; 73. Síndrome de Barter; 74. Cistinosis; 75. Acidosis tubular renal; 76. Enfermedad de Dent; 77. Síndrome de Lowe; 78. Hipomagnesemia con hipercalcemia y nefrocalcinosis; 79. Malformaciones nefrourológicas complejas; 80. Síndromes polimalformativos con afectación renal; 81. Vejiga neurógena; 82. Defectos congénitos del tubo neural; 83. Cualquier otra enfermedad nefrológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>
XI. Reumatología	XII. Cirugía
<p>84. Artritis idiopática juvenil (AIJ); 85. Lupus eritematoso sistémico; 86. Dermatomiositis juvenil; 87. Enfermedad mixta del tejido conectivo; 88. Esclerodermia sistémica; 89. Enfermedades autoinflamatorias (Fiebre Mediterránea Familiar, Amiloidosis y otras enfermedades autoinflamatorias graves); 90. Síndrome de Behçet; 91. Cualquier otra enfermedad reumatológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>	<p>92. Cirugía de cabeza y cuello: 92. Cirugía de cabeza y cuello: hidrocefalia/válvulas de derivación, mielomeningocele, craneostenosis, labio y paladar hendido, reconstrucción de deformidades craneofaciales complejas, etc; 93. Cirugía del tórax: deformidades torácicas, hernia diafragmática congénita, malformaciones pulmonares, etc; 94. Cirugía del aparato digestivo: atresia esofágica, cirugía antirreflujo, defectos de pared abdominal, malformaciones intestinales (atresia, vólvulo, duplicaciones), obstrucción intestinal, enterocolitis necrotizante, cirugía de la enfermedad inflamatoria intestinal, fallo intestinal, Hirschprung, malformaciones anorrectales, atresia vías biliares, hipertensión portal, etc; 95. Cirugía nefro-urológica: malformaciones renales y de vías urinarias; 96. Cirugía del politraumatizado; 97. Cirugía de las quemaduras graves; 98. Cirugía de los gemelos siameses; 99. Cirugía ortopédica: cirugía de las displasias esqueléticas, escoliosis, displasia del desarrollo de la cadera, cirugía de la parálisis cerebral, enfermedades neuromusculares y espina bifida, infecciones esqueléticas y otras cirugías ortopédicas complejas; 100. Cirugía de otros trasplantes: válvulas cardíacas, trasplantes óseos, trasplantes múltiples de diferentes aparatos; 100 bis. Cualquier otro procedimiento quirúrgico por patologías graves que, por indicación expresa facultativa, como en los anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.</p>

XIII. Cuidados paliativos	XIV. Neonatología
101. Cualquier enfermedad grave que dé lugar a la necesidad de cuidados paliativos en la fase final de la vida del paciente que, por indicación expresa facultativa, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	102. Grandes prematuros, nacidos antes de las 32 semanas de gestación o con un peso inferior a 1.500 gramos y prematuros que requieran ingresos prolongados por complicaciones secundarias a la prematuridad; 102 bis. Cualquier otra enfermedad neonatológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.
XV. Enfermedades infecciosas	XVI. Endocrinología
103. Infección por VIH; 104. Tuberculosis; 105. Neumonías complicadas; 106. Osteomielitis y artritis sépticas; 107. Endocarditis; 108. Pielonefritis complicadas; 109. Sepsis; 109 bis. Cualquier otra enfermedad infecciosa grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	110. Diabetes Mellitus tipo I; 110 bis. Cualquier otra enfermedad endocrinológica grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.
XVII. Trastornos de base genética	
111. Síndrome de Smith-Magenis; 112. Epidermólisis bullosa; 113. Cualquier otro trastorno de base genética grave que, por indicación expresa facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio.	

* Esta tabla se ha elaborado a partir de los datos del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

ves todas aquellas enfermedades que se encuentren incluidas en el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio.

Por último, respecto a la posibilidad de que nuestros órganos de justicia entren a valorar si la enfermedad que alega el trabajador se puede considerar grave o no, debemos mencionar que las sentencias dictadas en los últimos años ponen de manifiesto la disparidad de criterios por parte de los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de interpretar y aplicar la norma.

Colectivo de trabajo para el personal laboral del Ayuntamiento de Alcalá la Real (BO de Jaén núm. 226, de 26 de noviembre de 2013) –art. 42–; Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE núm. 144, de 15 de junio de 2016) –art. 34–; Convenio colectivo de limpieza de centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de Salud de la Comunidad Autónoma de Aragón (BO de Aragón núm. 154, de 6 de agosto de 2013) –art. 16–; Convenio Colectivo del sector de Oficinas de Farmacia en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo (BO del Principado de Asturias núm. 188, de 14 de agosto de 2017) –art. 31–; Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Peñaflores (BO de Sevilla núm. 82, de 11 de abril de 2018) –art. 44–; Convenio Colectivo «Plan de Empleo» de la Ciudad Autónoma de Ceuta (BO de la Ciudad de Ceuta núm. 5741, de 22 de diciembre de 2017) –Disposición adicional primera–.

En la mayor parte de las sentencias dictadas sobre la materia, los Tribunales Superiores de Justicia valoran si la enfermedad alegada por el trabajador merece o no ser calificada como grave⁴⁵. Sin embargo, en otras sentencias –estas no son muy numerosas– los Tribunales Superiores de Justicia manifiestan que no les corresponde a ellos determinar si una enfermedad merece (o no merece) la calificación de grave, ya que dicha calificación corresponde a los médicos que en su caso trataron al trabajador, mediante la emisión de los informes médicos correspondientes (v.gr: STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2014⁴⁶).

Finalmente indicar que los órganos judiciales deberán pronunciarse y precisar si la enfermedad que alega el trabajador se puede considerar grave (a los efectos de excluir del cómputo las ausencias que obedezcan a la misma), en base a lo acreditado, para cada supuesto concreto, por los servicios médicos oficiales⁴⁷.

2.2.2. Las coberturas o su alcance

Una segunda cuestión que debemos tratar es si se excluyen del cómputo del absentismo las faltas de asistencia del trabajador debidas al padecimiento de un

⁴⁵ Así, de manera ilustrativa, en un breve repaso por la doctrina judicial, puede citarse, en primer término, la STSJ de Madrid de 28 de abril de 2017 (JUR 2017\166146), en la que se estima que el trastorno bipolar padecido por el trabajador es una enfermedad grave –«aceptando a efectos dialécticos que el trastorno bipolar padecido es una enfermedad grave»–. Por su parte, en la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\146514) se considera que la enfermedad sufrida por la trabajadora se califica como «pielonefritis complicada» como exige el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, y que, por tanto, se encuadra en el cuadro de enfermedades graves a que refiere el apartado XV de enfermedades infecciosas. En la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016\293) se resuelve que la esquizofrenia merece la calificación de enfermedad grave «efectuando la correspondiente valoración en atención a las características y naturaleza de la enfermedad de que se trate». En la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016\233842) se cuestiona que la patología lumbar que padece la demandante pueda ser calificada como una enfermedad grave cobijada en las exclusiones del art. 52 d) del ET. O en la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2016 (JUR 2016\180234) la Sala considera que no puede acogerse la tesis del recurrente en cuanto a la concurrencia de una enfermedad grave. En la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015 (JUR 2015\163073) se determina que ninguna de las dolencias alegadas por la actora cumplen los requisitos de la enfermedad grave. En la STSJ de Andalucía, Málaga, de 13 de noviembre de 2014 (AS 2015\552) se estima que la migraña no merece la calificación de enfermedad grave. En la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (JUR 2014\242993) se aprecia que «las dolencias y limitaciones de la actora (...) desde luego no merecen el calificativo de graves, en el sentido de que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o de otra dolencia que pueda comprometer la vida del paciente si no se trata adecuadamente, pues, en efecto, sus patologías consisten en dolor de escápulas, fascitis plantar y prevención de diabetes, epicondilitis y problemas gástricos». En la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 16 de julio de 2014 (JUR 2014\222736) se considera que el supuesto de cáncer o de enfermedad grave no existe en el caso que ocupa a la trabajadora, toda vez que los procesos de incapacidad computados se correspondieron con los siguientes diagnósticos: dolor abdominal y bronquitis; y en la STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2014 (AS 2014\1992) la Sala estima que las patologías acreditadas por el demandante no pueden tener la consideración de «graves» para poder ser excluidas).

⁴⁶ JUR 2014\89448.

⁴⁷ Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias...», op. cit., pág. 269.

cáncer o de una enfermedad grave o, en cambio, únicamente las que vienen motivadas por el tratamiento de dichas enfermedades.

A la vista de las primeras resoluciones judiciales que se han dictado en procesos de despidos objetivos por absentismo⁴⁸, podríamos deducir que parte de nuestros órganos judiciales excluirían del cómputo aquellas faltas de asistencia motivadas por el padecimiento de una enfermedad grave o de un cáncer.

No obstante, la mayor parte de las sentencias que se han dictado en los últimos años viran en el sentido contrario⁴⁹, pues consideran que, cuando el precepto estatutario excluye del cómputo las ausencias que «obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave», no está excluyendo las ausencias derivadas del padecimiento de un cáncer o de una enfermedad grave, sino tan solo las que se deriven del tratamiento de dichas enfermedades⁵⁰. A este respecto cabe señalar que en la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2016⁵¹ se ha determinado que «cuando el citado artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores (...) dice en su último párrafo (...) que “tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”, (...) excluye del cómputo de las ausencias al puesto de trabajo los periodos de baja consecuencia de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, no, por tanto, los derivados del padecimiento (de un cáncer o) de una enfermedad grave sino del tratamiento de la(s) misma(s)».

Esta misma tesis ha sido mantenida en la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015⁵²—citada anteriormente—, al subrayarse que «la litera-

⁴⁸ SSTSJ de Andalucía, Málaga, de 13 de noviembre de 2014 (AS 2015\552), de Castilla y León, Valladolid, de 16 de julio de 2014 (JUR 2014\222736), y de Aragón de 27 de enero de 2016 (JUR 2016\68777) y de 2 de mayo de 2018 (JUR 2018\184215). *Vid.* también, la SJS de Sevilla, Andalucía, de 10 de febrero 2017 (JUR 2017\61862).

⁴⁹ SSTSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (JUR 2014\242993), de 26 de mayo de 2015 (JUR 2015\178475), de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015\236009), de 24 de mayo de 2016 (JUR 2016\180234), de 23 de septiembre de 2016 (JUR 2016\233842), de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\146514) y de 28 de abril de 2017 (JUR 2017\166146); STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015 (JUR 2015\163073); de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2015 (AS 2015\2409); de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016\293); de País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR 2017\228379); y SJS de Cuenca, Castilla-La Mancha, de 7 de marzo de 2018 (AS 2018\513). Se pueden encontrar otras sentencias en esta dirección, pero que tratan la cuestión indirectamente: SSTSJ de Madrid de 10 de julio de 2013 (JUR 2013\302244) y de 14 de marzo de 2016 (JUR 2016\98490), y de Cataluña de 19 de febrero de 2014 (JUR 2014\89448).

⁵⁰ La doctrina científica parece entender también que la norma excluye tan solo las faltas de asistencia debidas a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave (y no aquellas ocasionadas por el padecimiento de dichas enfermedades). *Vid.*, por ejemplo, Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M., *El despido del trabajador por motivo de...*, op. cit., pág. 42: «Se pretende evitar la extinción del contrato de trabajo de aquellos trabajadores que estando enfermos de cáncer o de alguna otra enfermedad grave y encontrándose sometidos a los tratamientos prescritos al efecto acumulen faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen los umbrales previstos en el art. 52 d) del ET. A partir de ahora las ausencias derivadas de estos tratamientos no computarán como faltas de asistencia a los efectos de esta causa de extinción del contrato de trabajo».

⁵¹ JUR 2016\180234.

⁵² AS 2016\293.

lidad de la norma es clara en cuanto a que las ausencias excluidas del cómputo no son las ocasionadas por padecer un proceso oncológico o una enfermedad grave, sino las originadas por haber recibido tratamiento médico por cualquiera de esas entidades clínicas, es decir, en lo que el legislador está pensando es en el absentismo laboral intermitente y de breve duración provocado por la indisposición para trabajar causada por los efectos de los tratamientos dispensados a los trabajadores aquejados de afecciones de tales características».

Habiéndose recogido expresamente en el precepto el término «tratamiento médico» sin hacerse mención expresa al término «padecimiento» (que se define como la acción de padecer o sufrir una enfermedad), parece más razonable apoyar esta segunda tesis, en base a la cual se debe interpretar que el legislador no pretende que se excluyan las faltas de asistencia motivadas por el padecimiento de un proceso oncológico o de una enfermedad grave, sino, más bien, aquellas ocasionadas por el tratamiento médico de dichas enfermedades. De haber pretendido el legislador lo contrario, la redacción de la norma habría sido distinta –v.gr.: «*Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan al padecimiento de cáncer o enfermedad grave*»–.

Sentado lo anterior, es necesario determinar el alcance de un «tratamiento médico» de cáncer o enfermedad grave. La mera lectura de la norma lleva a considerar que el precepto legal está pensado solamente para aquellos tratamientos médicos, como la quimioterapia o la radioterapia⁵³, que se administran de manera puntual y de un modo, más o menos, continuado y secuencial durante un espacio temporal concreto, con efectos secundarios tan agresivos como para justificar las continuadas y reiteradas faltas de asistencia al trabajo.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la referencia que se hace a la «enfermedad grave», podemos pensar que la norma permite incluir además otro tipo de tratamientos como, por ejemplo, los que se indican a continuación: «tratamientos de fisioterapia, (tratamientos) experimentales de enfermedad poco comunes»⁵⁴, tratamientos farmacológicos (entre otros) en una enfermedad psiquiátrica grave⁵⁵,

⁵³ En términos similares, Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 148, entiende que «el legislador está pensando, probablemente, en las disfunciones orgánicas que los tratamientos de radio y quimioterapia provocan en el trabajador, dificultándole sobremanera (e incluso impidiéndoles) al acudimiento al trabajo de manera óptima. Es razonable que la norma se acomode a estas particularidades tan comunes en la vida ordinaria». Al respecto, *vid.* también la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 2015 (JUR 2015\163073).

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ En la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de noviembre de 2015 (AS 2016\293) se determina que deben excluirse del cómputo del absentismo las ausencias de un trabajador derivadas de bajas motivadas por efectos secundarios de su medicación para la esquizofrenia, habida cuenta que, dicha patología es subsumible en el concepto de enfermedad grave. Como bien se expone en la sentencia, el trabajador estaba recibiendo un tratamiento médico (concretamente un tratamiento neuroléptico –a este respecto, debemos tener en cuenta que un neuroléptico es un fármaco–) para su enfermedad grave, tratamiento cuyos efectos o administración provoca una indisposición para trabajar.

tratamientos antirretrovirales en el caso de infección por el VIH⁵⁶, tratamiento de antibióticos selectivos en el supuesto de pielonefritis complicada⁵⁷, etc.

2.2.3. El origen de la patología

Por otra parte, debemos preguntarnos si dicho tratamiento médico debe o no provenir de una patología que se derive de una contingencia profesional. La mera lectura de la norma lleva a considerar que «ese tratamiento médico de “cáncer” o de la “enfermedad grave” no debe provenir de una contingencia profesional, es decir, debe constar fehacientemente que el padecimiento del trabajador no guarda relación alguna con el trabajo, pues si así fuese debería quedar excepcionada cualquier ausencia, también las menores de veinte días»⁵⁸.

Es muy probable que la exclusión prevista en el tercer párrafo del art. 52 d) del ET esté pensada precisamente para un supuesto de inasistencia del trabajador por enfermedad común de duración inferior a veinte días consecutivos, ya que, en caso contrario, todas las faltas de asistencia del trabajador quedan cubiertas por la excepción general prevista en el párrafo segundo del precepto⁵⁹.

Así lo ha entendido también el TSJ de Cataluña en su sentencia de 21 de abril de 2015⁶⁰, al señalar que, «contra lo que parece entender la recurrente, el art. 52. 2º letra d) Estatuto de los Trabajadores, no está pensando únicamente en el trabajador que padece cáncer o una enfermedad grave, sino en el trabajador cuyas ausencias obedecen a la necesidad de recibir un tratamiento médico como consecuencia de dicha enfermedad. Ausencias que han de ser de las computables a tal efecto conforme al párrafo anterior de ese mismo precepto, que ya excluye en cualquier caso las debidas a bajas médicas por enfermedad común de una duración de más de veinte días consecutivos, en las que lógicamente se engloban las derivadas de enfermedades graves que así lo requieran, con lo que esa exclusión del último párrafo se refiere a las ausencias inferiores a veinte días generadas por la necesidad de recibir tratamiento médico o las consecuencias puntuales derivadas del mismo, cuando se trata de cáncer o una enfermedad grave análoga».

⁵⁶ Al respecto, puede ser interesante la STSJ de País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR 2017\228379).

⁵⁷ En este sentido, *vid.* la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2017 (JUR 2017\146514). En esta sentencia, se califica la enfermedad sufrida por una trabajadora como «pielonefritis complicada» y se encuadra en el cuadro de enfermedades graves a que refiere el apartado XV de enfermedades infecciosas. Consecuentemente, se excluyen determinados días del cómputo a que refiere el art. 52 d), declarándose la improcedencia del despido de la trabajadora.

⁵⁸ Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., págs. 148-149.

⁵⁹ En similares términos, Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral...*, op. cit., pág. 149 y Sirvent Hernández, N., «La nueva regulación de los...», op. cit., págs. 197-210.

⁶⁰ JUR 2015\163073.

2.2.4. Protección de datos y aplicabilidad de la previsión legal

Al margen de lo anterior, pero unido de manera necesaria, una cuestión relevante que se puede plantear es si la previsión legal de no computar de ausencias por «tratamiento de cáncer o enfermedad grave» obliga al trabajador a divulgar un dato de su intimidad, un dato sensible que estaría amparado por la normativa de protección de datos. Parece razonable entender que esta previsión no compele al trabajador a divulgar un dato de su intimidad, en la medida en que la previsión legal únicamente contempla que, en tales supuestos, las faltas de asistencia no serán tenidas en cuenta a efectos del cómputo del absentismo laboral, pero no implica, de manera necesaria, su alusión.

De esta manera es cada trabajador el que debe valorar si debe comunicar a la empresa su situación de enfermedad o tratamiento, o bien, en su caso, hacerlo valer judicialmente con posterioridad a su situación de enfermedad y tratamiento, a los efectos de que las faltas de asistencia por tal motivo no le sean computadas para el despido objetivo por absentismo laboral.

Así, en el art. 52 d) del ET no se establece ninguna obligación para el trabajador de notificar a la empresa su situación de enfermedad o tratamiento, pero si lo que pretende es valerse de la exclusión del cómputo que el precepto contempla, tal comunicación habrá de ser realizada.

Es cierto, no obstante, que ello podría interpretarse como una desprotección para el trabajador, pero será el mismo el que valore la oportunidad de priorizar uno u otro derecho, teniendo presente, de un lado, que no puede invocarse tal derecho sin alegar la causa y, de otro, que a esa misma solución se llega, por ejemplo, con la comunicación de la afiliación sindical por parte del trabajador, lo que queda a su libre y total voluntad, pero no podrá hacerse valer tal extremo posteriormente, si dicha comunicación no se hizo a la empresa⁶¹. Sea como sea, parece que esta situación debería analizarse a la luz del Reglamento Europeo de Protección de Datos y el alcance del mismo en el ámbito laboral.

3. CONCLUSIONES

En vista de lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que esta exclusión del cómputo del absentismo a efectos del despido objetivo, pese a ser necesaria, genera numerosas cuestiones interpretativas en el ámbito del Derecho del Trabajo y determina una evidente inseguridad jurídica tanto para el empresario como para el propio trabajador afectado.

⁶¹ STSJ de País Vasco de 20 de junio de 2017 (JUR\2017\228379).

En este sentido, podemos concluir que, si bien nuestros Tribunales españoles vienen ofreciendo desde el año 2012 una serie de interpretaciones diferentes –que hemos estudiado en este trabajo– sobre el supuesto del «tratamiento de cáncer o enfermedad grave» en los despidos objetivos por absentismo laboral del art. 52 d) del ET, en la medida en que aún no se han establecido unos criterios y enfoques uniformes y estables, habrá que esperar a que el TS clarifique (o no) las distintas cuestiones a través de nuevos pronunciamientos.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alamán Calabuig, M., «Pinceladas prácticas en torno a los despidos por causas objetivas en la reforma laboral», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 806, 2010.
- Arias Domínguez, Á., *Absentismo laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Arias Domínguez, Á., «La reforma laboral de 2012 (I): Absentismo (1)», *Legal Today*, 2012, disponible en el siguiente enlace: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/la-reforma-laboral-de-2012-i-absentismo-1>.
- Blanco Martín, J.M., «La reforma y procedimiento de los despidos por causas objetivas», en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, Madrid, 2011.
- Cuba Vila, B., «A propósito de la evolución legislativa y jurisprudencial del despido objetivo por absentismo», *Revista de información laboral*, núm. 6, 2013.
- Cruz Villalón, J., «Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012.
- Esclerosis Múltiple España, «Redactado final de la regulación del despido objetivo», 2013, disponible en <https://www.esclerosismultiple.com/343/> (versión online).
- Fernández Avilés, J.A. y Caballero Pérez, M.J., «Despido por circunstancias objetivas», en AA.VV., *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: Análisis de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2013.
- Fraguas Madurga, L., «Los derechos laborales del trabajador enfermo oncológico», *Derecho y salud*, vol. 23, núm. 2, 2013.
- García-Perrote Escartín, I., «La reforma laboral de 2012. El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2012.
- Gómez Salado, M.Á., «Delimitación del concepto de “enfermedad grave” y despido objetivo por absentismo: profundización y nuevas perspectivas en torno a su configuración jurídica», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 397, 2016.
- Gómez Salado, M.Á., «Despido objetivo y faltas de asistencia al trabajo como consecuencia de la violencia de género», *Revista de trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 410, 2017.
- Gómez Salado, M.Á., «El despido objetivo y las faltas de asistencia que tienen su origen en la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo y la lactancia, y las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia», en AA.VV., *Protección a la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, Laborum, Murcia, 2018.

- Gómez Salado, M.Á., «La extinción objetiva del contrato por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género», en AA.VV. (Gómez Salado, M.Á. Dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, Murcia, 2019.
- González-Posada Martínez, E., «El despido objetivo y el despido disciplinario», *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, núm. 34, 2013.
- Martín Rivera, L., *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Reus, Madrid, 2008.
- Martínez-Gijón Machuca, M.Á., «El despido objetivo en la reforma de 2012: una oportunidad perdida», en AA.VV., *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo, Sevilla, 2013.
- Molina Navarrete, C., «La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y “versos sueltos”», *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, núm. 352, 2012.
- Moreno Gené, J., «La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 350, 2012.
- Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M., *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Atelier, Barcelona, 2013.
- Observatorio de la Esclerosis Múltiple, «El estatuto de los trabajadores no considerará ‘absentismo’ la baja por esclerosis múltiple», 2013, disponible en <http://www.observatorioesclerosismultiple.com/es/trabajar/cuales-son-mis-derechos/el-estatuto-de-los-trabajadores-no-considerara-absentismo-la-baja-por-esclerosis-multiple/> (versión online).
- Orcaray Reviriego, J. J., «Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 2016.
- Quesada Segura, R., «La extinción de la relación laboral», en AA.VV., *Lecciones de derecho del trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Las claves de la reforma laboral 2012», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 23-24, 2012.
- Rojo Torrecilla, E., «El despido por absentismo tras la reforma laboral de 2012. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2013 (y II)», 2013, disponible en el siguiente enlace: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/11/el-despido-por-absentismo-tras-la_16.html.
- Ruiz Castillo, M.M., «La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012», *Revista de derecho social*, núm. 57, 2012.
- Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Comentarios a la Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», documento accesible en <http://www.tirantonline.com>.
- Sala Franco, T. y Molero Manglano, C., «Ley 3/2012, de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE, 7 de julio de 2012)», 2012, documento accesible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-081.pdf>.
- Salcedo Beltrán, M.C., «Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo», *Revista doctrinal Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 7, 2013.
- San Martín Rodríguez, J., «Acerca del despido objetivo», *Revista técnico laboral*, vol. 34, núm. 133, 2012.

- Sempere Navarro, A.V., «Causas del despido objetivo», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Sirvent Hernández, N., «La nueva regulación de los despidos objetivos», en AA.VV., *Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Sociedad Española de Oncología Médica, «Las cifras del Cáncer en España. Año 2018», 2018, pág. 6, disponible en https://seom.org/seomcms/images/stories/recursos/Las_Cifras_del_cancer_en_Espana2018.pdf.
- Soler Ferrer, F., «La nueva regulación del despido por causas objetivas», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 154, 2010.

2

Comentarios
de Jurisprudencia

LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE ESTABLECER UN SISTEMA DE CÓMPUTO DIARIO DE LA JORNADA LABORAL CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO

Sentencia TJUE (Gran Sala) de 14 de mayo 2019. Asunto C-55/18

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: La Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) interpuso una demanda de conflicto colectivo contra la empresa Deutsche Bank ante la Audiencia Nacional, con objeto de que se declarase la obligación de establecer, con arreglo al artículo 35, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores y la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, un sistema de registro de la jornada laboral diaria que realiza su plantilla, que permita comprobar el cumplimiento, por un lado, de los horarios de trabajo pactados y, por otro, de la obligación de comunicar a los representantes sindicales la información sobre las horas extraordinarias realizadas mensualmente. Por su parte, la empresa demandada, Deutsche Bank, sostiene que de las sentencias del Tribunal Supremo de 23.3.2017 y 20.4.2017 se desprende que el Derecho español no establece tal obligación para las empresas. Además de las partes principales, intervienen en el litigio otras organizaciones sindicales. .

RESUMEN: La Audiencia Nacional, mediante auto de 19 de enero de 2018, plantea al Tribunal de Justicia Europea una petición de decisión prejudicial conforme al artículo 267 TFUE, en la que expresa sus dudas sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de la interpretación dada por el Tribunal Supremo al artículo 35, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores. Entiende dicho órgano jurisdiccional que el Derecho español no puede garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas en la Directiva 2003/88 y en la Directiva 89/391.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)¹, los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, aparta-

* Prof.^a. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

¹ ECLI:EU:C:2019:402

do 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

ÍNDICE

1. LA RECIENTE REFORMA DEL ARTÍCULO 34 ET SOBRE EL REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA DE TRABAJO (REAL DECRETO-LEY 8/2019)
2. LAS POSTURAS CONTRAPUESTAS SOBRE LA MATERIA EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL
3. LA RESPUESTA JUDICIAL EUROPEA: EL EFECTO ÚTIL DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA DIRECTIVA 2003/88 Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
4. INCUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUDO DE LOS TRABAJADORES
5. LA EXIGENCIA COMUNITARIA DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME

1. LA RECIENTE REFORMA DEL ARTÍCULO 34 DEL TRET SOBRE EL REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA DE TRABAJO (REAL DECRETO-LEY 8/2019)

Poco tiempo antes de dictarse la sentencia del TJUE objeto de este comentario, es sabido que nuestro derecho interno ha sido reformado en la materia relativa al registro diario de la jornada de trabajo. En efecto, el artículo 34 del TRET², entre otros, ha sido modificado por el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo³, añadiendo un nuevo apartado (9) a dicho precepto. Este nuevo apartado obliga a las empresas a garantizar el registro diario de la jornada así como a incluir en dicho registro el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de cada persona trabajadora, debiendo la empresa conservar dichos registros durante al menos cuatro años a disposición no sólo de la Inspección de Trabajo sino también de las personas trabajadoras y sus representantes legales. La norma deja al pacto o, en su defecto, a la decisión de la empresa previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, la organización y documentación de dicho registro.

² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³ BOE de 12 de marzo.

Sin que sea objeto de este comentario el análisis de la nueva previsión legal, conviene hacer dos consideraciones al respecto. La primera, que entre las razones del Gobierno de España para llevar a cabo la reforma legal por la que establece expresamente la obligación empresarial de registro diario de la jornada de trabajo, entre otras, está el hecho de que la materia se encontrase en sede judicial europea y, si bien, no se había dictado aún sentencia por el TJUE, se alude en el preámbulo de la norma a “las recientes conclusiones del Abogado General de 31 de enero de 2019 en el asunto C-55/18 en el que se cuestiona la adecuación de la legislación española sobre tiempo de trabajo a la citada Directiva” (V), en referencia a 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. De esta manera, el ejecutivo se adelanta a la que previsiblemente iba a ser la respuesta judicial europea al largo y controvertido debate judicial existente en nuestra jurisdicción interna sobre esta materia, producto a su vez del subyacente debate social generado desde hacía tiempo en torno a la necesidad de registro diario la jornada de trabajo para el cumplimiento efectivo de la limitación de la jornada.

La segunda consideración es la relativa a la postura que podía adoptar el TJUE ante la reciente modificación del Derecho interno. Las cuestiones prejudiciales que plantea la Audiencia Nacional giran en esencia en torno a si la normativa europea se opone a una normativa nacional que es interpretada por la jurisprudencia nacional en el sentido de que no impone a las empresas la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Al haberse establecido expresamente esta obligación por la norma nacional antes de dictarse sentencia por el TJUE, podría pensarse que el procedimiento judicial había perdido su objeto.

Sin embargo, no ha sido esa la postura del Tribunal europeo. Es más, ni siquiera menciona a lo largo del texto de la sentencia la citada reforma del Derecho interno. Entendemos que entrar en el fondo del asunto a resolver las cuestiones planteadas es la postura acertada y conforme a Derecho. Primero porque el litigio origen del procedimiento prejudicial es anterior a la norma nacional de reforma y no podría haber una aplicación retroactiva de ésta, por lo que el conflicto concreto quedaría sin resolver. Pero, en segundo lugar, más allá de los cambios legislativos, aunque precisamente por ello, la solución en sede judicial europea viene a clarificar la interpretación de las normas comunitarias sobre la materia, de manera que cualquier posterior cambio normativo deberá tener en cuenta la misma y, por su parte, las resoluciones judiciales nacionales deberán hacer una interpretación de las normas conforme al Derecho comunitario.

2. LAS POSTURAS CONTRAPUESTAS SOBRE LA MATERIA EN LA JURISDICCIÓN NACIONAL

A lo largo de la historia de las relaciones laborales es bien conocida la importancia de la duración del tiempo de ejecución del trabajo por el trabajador, condición de trabajo que junto con el salario materializa la innata contraposición de intereses de la relación de trabajo, y a la vez sobrepasa este concreto ámbito para ser objeto de interés por el propio poder público, en tanto afecta a la salud, el empleo, o la productividad, entre otros factores.

Sin necesidad de realizar aquí un excurso jurídico y social de la trascendencia histórica y actual del tiempo de trabajo, de la jornada de trabajo en definitiva, la precarización de las condiciones de trabajo y el desempleo estructurales de nuestro sistema de relaciones laborales ha llevado a cierta conflictividad social y a que se haya generado un debate social crítico en contra de los excesos de jornada de trabajo sin retribución ni cotización, tanto en las jornadas a tiempo completo como en las a tiempo parcial. Un estudio económico realizado recientemente por el sindicato demandante cifra el ahorro de las empresas en once mil quinientos millones de euros al año por las horas trabajadas no retribuidas, concluyendo que “La extensión no retribuida del tiempo de trabajo constituye una de las formas más graves de precariedad y de fraude a la Seguridad Social. La elevada dimensión de este problema justifica sobradamente la decisión de establecer un registro obligatorio de la jornada laboral”⁴.

El conflicto social se ha judicializado dando lugar a varios pronunciamientos contrapuestos entre la Audiencia Nacional (AN) y el Tribunal Supremo (TS), que en síntesis exponemos. Para la Sala de lo social del TS⁵, el tenor literal del artículo 35.5 TRET no exige a la empresa el registro diario de la jornada de trabajo, ya que la obligación del empresario de registrar se extiende sólo a las horas extraordinarias realizadas, para lo que se apuntará el número de horas trabajadas cada día y se dará copia de esos apuntes al trabajador a final de mes, según que los pagos sean mensuales o tengan otra periodicidad. Entiende además dicho Tribunal, bajo un criterio de lógica sistemática, que el artículo que regula la jornada ordinaria de trabajo, esto es, el art. 34 TRET, no exige la obligación de registrar dicha jornada. Añade entre sus argumentos que siempre que el legislador español ha querido imponer el registro de la jornada efectiva de trabajo lo ha exigido expresamente, como ocurre en el trabajo a tiempo parcial, o en el de los trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios. Respecto de la normativa europea, considera

⁴ “La prolongación no retribuida de la jornada Laboral”, Informe del Gabinete Económico de la Confederación Sindical de CCOO, julio 2019, consultable en: <https://www.ccoo.es/4a-3139c855eee5e97cf47a3ae77c7f04000001.pdf>

⁵ SSTS de 23 de marzo 2017 (ROJ 1275/2017) y de 20 de abril 2017 (ROJ 1748/2017), sentencias que casan las de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015 (ROJ 1275/2015) y 19 de febrero de 2016 (ROJ 389/2016), respectivamente.

el TS que al igual que la española, impone la necesidad de llevar un registro de jornadas especiales, pero no de la ordinaria cuando no se sobrepase la jornada máxima. Además, considera la Sala que la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime 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 libertad del trabajador. Por otro lado, argumenta la Sala que a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas, el trabajador tendrá a su favor del artículo 217-6 de la 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 si las realizó.

Como conclusión de su postura, afirma el TS que “Todos los razonamientos expuestos impiden llevar a cabo una interpretación extensiva del art. 35-5 del ET imponiendo obligaciones que limitan un derecho como el establecido en el artículo 28-3 del citado texto legal y el principio de libertad de empresa que deriva del artículo 38 de la Constitución y ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva (S. 170/2013)...”.

No obstante, dicha postura jurisprudencial no ha sido pacífica incluso en su propio seno, ya que la primera de las sentencias de 23 de marzo de 2017 fue objeto de tres votos particulares. La segunda de sus sentencias, de 20 de abril de 2017, mantiene idénticos argumentos jurídicos y solución que la anterior.

Por su parte las sentencias de la AN, de 4 de diciembre de 2015 y 19 de febrero de 2016, en síntesis mantienen que si la razón de ser del art. 35.5 TRET es procurar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extraordinarias⁶, parece evidente que el registro de la jornada diaria es la herramienta, promovida por el legislador, para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias. Para la Sala, si no fuera así, si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, se provocaría un círculo vicioso que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo.

En el conflicto posterior, que da lugar al planteamiento de las cuestiones prejudiciales, mantiene la Sala de la AN que la interpretación del Derecho español adoptada por el Tribunal Supremo priva en la práctica, por un lado, a los trabajadores de un medio probatorio esencial para acreditar que su jornada laboral ha superado la duración máxima del tiempo de trabajo y, por otro, a los representantes de los trabajadores de un medio necesario para comprobar si se respetan las normas aplicables en la materia, lo que comporta dejar en manos del empresario el control del cumplimiento de la jornada laboral y de la observancia de los pe-

⁶ Con cita de las SSTS de 11 de diciembre de 2003 y de 25 de abril de 2006.

ríodos de descanso. Concluye la Sala que, “en tal situación, el Derecho español no puede garantizar el cumplimiento efectivo ni de las obligaciones establecidas en la Directiva 2003/88 en lo que atañe a los períodos mínimos de descanso y a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal ni de las obligaciones derivadas de la Directiva 89/391 en lo que atañe a los derechos de los representantes de los trabajadores”.

3. LA RESPUESTA JUDICIAL EUROPEA: EL EFECTO ÚTIL DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA DIRECTIVA 2003/88 Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, integrada por tres puntos que el Tribunal procede a examinar conjuntamente, la Gran Sala realiza una serie de consideraciones generales en torno a la Directiva 2003/88, resaltando previamente la importancia del derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal. En efecto, la argumentación de la sentencia comentada va a girar en torno a este derecho fundamental, recordando a estos efectos por un lado que no se trata sólo de una norma de Derecho social de la Unión Europea, sino que también es un derecho consagrado expresamente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 31.2)⁷ y, por otro lado, que “si se quiere garantizar dicho derecho fundamental, las disposiciones de la Directiva 2003/88 no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador”⁸.

En efecto, el peso de la argumentación del TJUE descansa en la interpretación de los artículos 3, 5 y 6 b) de la Directiva 2003/88, interpretación que expresamente realiza a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 31.2) y de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (arts. 4.1, 6.1, 11.3 y 16.3), y de la obligación de los Estados miembros derivada del art. 4.3 TUE de adoptar todas las medidas, generales o particulares, para alcanzar los resultados previstos en las directivas. Interpretación conjunta y concordada de las normas comunitarias que entendemos acertada por cuanto la interrelación existente entre las mismas lo justifica, como seguidamente explicamos.

⁷ “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

⁸ Citando por analogía sus sentencias de 6 de noviembre de 2018, Bauer y Willmeroth, C569/16 y C570/16, EU:C:2018:871, así como la sentencia TJUE de 7 de septiembre de 2006, Comisión/Reino Unido, C484/04, EU:C:2006:526, apartado 37.

La labor hermenéutica que realiza el Tribunal parte del reconocimiento del derecho fundamental de los trabajadores a la limitación de la jornada y al descanso, como indicábamos antes, derecho que según el Tribunal debe inspirar la interpretación de la Directiva 2003/88, dado que las disposiciones de ésta, en especial sus artículos 3, 5 y 6, se encargar de precisar ese derecho fundamental. Estos preceptos establecen la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, respectivamente, de un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas y, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, al que se añadirán las once horas de descanso diario, así como la obligación de establecer un tope de cuarenta y ocho horas respecto de la duración media del trabajo semanal, quedando expresamente incluidas en este límite máximo las horas extraordinarias.

Respecto del cumplimiento de estas obligaciones por los Estados miembros, hace especial hincapié el Tribunal europeo en que si bien la Directiva no determina los criterios concretos conforme a los cuales deben garantizar la aplicación de los derechos que establecen esos preceptos, los Estados miembros deben definir esos criterios “adoptando las medidas necesarias a tal efecto”, y que en esta labor se debe atender el objetivo esencial que persigue la Directiva 2003/88, esto es, garantizar una protección eficaz de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y una mejor protección de su seguridad y de su salud.

Por ello, para el TJUE, “los Estados miembros también deben velar por que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado, haciendo que los trabajadores se beneficien efectivamente de los períodos mínimos de descanso diario y semanal y del límite máximo de la duración media del tiempo de trabajo semanal establecidos en esta Directiva”. Y, por tanto, la consecución de ese efecto útil de los derechos de los trabajadores exige que los medios elegidos por el Estado no vacíen de contenido esos derechos consagrados en las normas comunitarias referidas; el propio Tribunal apunta en este sentido que se produciría esta situación de vaciamiento si para ejercer sus derechos los trabajadores quedaran expuestos a medidas empresariales que redundasen en perjuicio en sus condiciones de trabajo, “habida cuenta de esa posición de debilidad” del trabajador en la relación laboral.

En suma, el Estado tiene la obligación de conseguir los resultados previstos por la norma comunitaria, y para ello puede elegir los mecanismos que considere necesario, ahora bien, estos mecanismos tienen que permitir que se logre el resultado de garantía de los derechos reconocidos, que tengan un efecto útil y no se trate precisamente de instrumentos que perjudican a los trabajadores y que por tanto son ineficaces y contrarios a los propios derechos a proteger. Resulta evidente que el razonamiento del Tribunal al interpretar las disposiciones de la Directiva 2003/88 es diametralmente opuesto al sostenido en la doctrina del Tribunal Supremo que, como exponíamos sintéticamente *supra*, considera que si los trabajadores nece-

sitan acreditar que realizan una jornada efectiva superior a la máxima ordinaria, pueden buscar otros medios de prueba sin necesidad de que las empresas tengan la obligación de llevar a cabo un complejo sistema de registro la jornada diaria de trabajo, que la norma estatal no exige (arts. 34 y 35 TRET), salvo en supuestos especiales y concretos como es el trabajo a tiempo parcial (art. 12 TRET), o los casos de realización de horas extraordinarias en que se registrarían sólo éstas (art. 35.5 TRET), entre otros pocos casos singulares.

En base al razonamiento seguido, coincidiendo con las Conclusiones de la Abogacía General⁹, el Tribunal llega a la conclusión de que sin un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador para garantizar el respeto efectivo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y de los períodos mínimos de descanso diario y semanal no es posible determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador ni su distribución en el tiempo, como tampoco el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias. En estas circunstancias, considera el TJUE que es difícil, cuando no imposible en la práctica, que los trabajadores logren que se respeten los derechos que les confieren el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2003/88.

Como ya había argumentado la Audiencia Nacional, el Tribunal europeo coincide en que determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario semanal “es esencial” para comprobar si se ha respetado la duración máxima del tiempo de trabajo, incluyendo las horas extraordinarias, y los períodos mínimos de descanso diario y semanal, límites establecidos en la Directiva 2003/88. Por tanto, si la normativa nacional no establece la obligación de un instrumento que permita determinar de forma fiable y objetiva las horas de trabajo diarias, no puede asegurar el efecto útil de los derechos reconocidos en las normas comunitarias citadas, ni puede por tanto asegurar la consecución del objetivo de la citada Directiva de garantizar una mejor protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

En este sentido, para el TJUE el hecho de que la legislación española exija en el art. 35.5 TRET el registro de las horas extraordinarias, no atenúa la situación de incumplimiento de los objetivos de la Directiva, ya que “la calificación de horas ‘extraordinarias’ presupone que se conozca, y por lo tanto que se haya computado de antemano, la duración de la jornada laboral efectiva de cada trabajador afectado. La obligación de registrar únicamente las horas extraordinarias realizadas no ofrece a los trabajadores un medio eficaz capaz de garantizar, por un lado, que no se sobrepasa la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en la Directiva 2003/88, que incluye las horas extraordinarias, y, por otro lado, que se

⁹ Sr. G. Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019, ECLI:EU:C:2019:87.

respetan en todas las situaciones los períodos mínimos de descanso diario y semanal contemplados en esta Directiva”. Además, quedaría sin garantizar el respeto efectivo de la limitación de la jornada de aquellos trabajadores que no hubiesen pactado la realización de horas extraordinarias.

La alegación de contrario de que los trabajadores pueden utilizar otros medios de prueba admitidos en Derecho para aportar indicios de la vulneración de sus derechos relativos a la limitación de la jornada efectiva y el derecho a los descansos, no es admitida por el TJUE por varias razones, como es el hecho de que tales medios de prueba no son fiables ni objetivos; la situación de debilidad del trabajador en la relación laboral, que resta eficacia o incluso impide la propia obtención de pruebas eficaces; o que los órganos de control del cumplimiento de las normas, como la Inspección de Trabajo, sin tal sistema que permita computar la jornada laboral diaria, se ven privados de un medio eficaz de obtener acceso a datos objetivos y fiables relativos a la duración del tiempo de trabajo efectivo de los trabajadores en cada empresa, que puede resultarles necesario para llevar a cabo su cometido de control, y, en su caso, para imponer sanciones, como ocurre en el litigio principal.

Para el TJUE, la interpretación de la normativa nacional adoptada por la jurisprudencia nacional puede vaciar de contenido los derechos consagrados en la Directiva 2003/88 y, por tanto, no es conforme con el objetivo que persigue dicha Directiva, por lo que “para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88 y del derecho fundamental consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”.

4. INCUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

Es ésta una conclusión a la que llega el Tribunal europeo tras su análisis de la Directiva 2003/88, por no garantizar el Estado español un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Conclusión que según el Tribunal viene corroborada por la Directiva del Consejo 89/391, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo contenido se aplica plenamente a los descansos y la limitación de la jornada (art. 16.3).

Entiende el TJUE en base a esta Directiva, que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios la obligación de constituir una organización y los medios necesarios para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores (arts. 4.1 y

6.1), por lo que en consecuencia es obligatoria la implantación de un sistema tal de cómputo de la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador. Además de ser necesario para que los representantes de los trabajadores con funciones en materia de seguridad y salud puedan solicitar a la empresa la adopción de medidas adecuadas en la materia así como presentarle propuestas. Todo ello sin perjuicio de que puedan existir excepciones en cierto tipo de actividades en las que la jornada no tenga una duración medida previamente, como permite la propia Directiva 2003/88 (art. 17.1).

De otro lado, se argumenta en la sentencia que el hecho de que determinados sectores de actividad cuenten con normas comunitarias específicas que, en aras de la protección de la seguridad y salud de estos trabajadores, establezcan expresamente la obligación de registrar el tiempo de trabajo¹⁰, no desvirtúan la conclusión mantenida por el Tribunal, ya que esa legislación específica obedece a la necesidad de una protección particular de cierto tipo de trabajadores, en tanto que un sistema de cómputo de la jornada efectiva para el conjunto de los trabajadores pretende garantizar el efecto útil de la Directiva 2003/88 y el derecho consagrado en el art. 31 de la Carta.

Por último, tampoco se tiene en cuenta por el Tribunal el argumento relativo al coste que supondría para las empresas implantar tal sistema porque la protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico, tal como expresa la Directiva 2003/88 (consid. 4).

5. LA EXIGENCIA COMUNITARIA DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME

Según el Tratado de la Unión Europea¹¹, “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión” (art. 4.3, párrafo segundo y tercero).

Esta es una obligación muy general, que se establece desde el principio en los Tratados Comunitarios. Así, aparecía en el Tratado CEE, cuyo art. 5 decía que “Los

¹⁰ Con cita de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera (DO 2002, L 80, p. 35), y el anexo de la Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patronos de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) (DO 2014, L 367, p. 86).

¹¹ Versión consolidada a marzo de 2016 (DO 2016, C 202, p. 28).

Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

Se trata, por tanto, de una obligación que asumen los Estados miembros de la Unión Europea, desde los mismos Tratados y, dada la generalidad con la que está redactada, da lugar a una serie de obligaciones de todas las autoridades públicas de los Estados miembros no previstas expresamente por los Tratados, y a unas consecuencias jurídicas igualmente no previstas. En base a ese precepto, el Tribunal de Justicia reconoció pronto el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, por ser inherente a la naturaleza de la Comunidad Europea¹².

Por tanto, la obligación contenida en el actual art. 4.3 del Tratado de la Unión, es una obligación que puede dar lugar a unas consecuencias imprevistas en los Tratados, que el Estado no puede prever cuando se adhiere a la Unión Europea, y que puede tener una importancia inusitada. La primacía del Derecho comunitario sobre el nacional es un principio básico comunitario, y da lugar a la inaplicación del Derecho nacional que se oponga a aquél, lo que en su día generó tensiones políticas de hondo alcance¹³. También dio lugar en su día, entre otros supuestos, a la anulación de la normativa británica en materia de transmisión de empresas y de despidos colectivos¹⁴. En la actualidad el principio de primacía se ha incorporado expresamente en las Declaraciones anejas al Tratado de la Unión Europea, en la que La Conferencia recuerda que, “con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia” (Declaración 17)¹⁵.

¹² Sentencia Costa c. ENEL de 15 de julio de 1964, dictada en el asunto 6/64, cuando afirma “que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas posteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado a que se refiere el apartado 2 del artículo 5...”.

¹³ Como la jurisprudencia Solange y *controlimiti*, que en su día generaron problemas políticos importantes en la Comunidad Europea.

¹⁴ Vid. las dos Sentencias del TJCE de 8-6-1984, Asuntos C-382/92 y C-383/92, que anulan la legislación británica en la materia argumentando que “Cuando una Directiva comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Con este fin, los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo”.

¹⁵ Declaraciones anejas al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007.

En el caso analizado, recuerda el Tribunal según reiterada jurisprudencia, que la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que esta prevé y el deber de estos, en virtud del artículo 4 TUE, apartado 3, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales.

En este sentido, el Derecho interno de los Estados miembros, entre ellos el español, debe ser interpretado conforme al Derecho comunitario¹⁶. Para ello, recuerda el TJUE que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tomar en consideración el conjunto de normas de su Derecho interno y aplicar sus criterios de interpretación “a la luz de la letra y la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que éste persigue y, por tanto, de atenerse al art. 288 TFUE”.

Para el Tribunal europeo, “la interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en su caso, una jurisprudencia ya consolidada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva”.

¹⁶ Interpretación conforme con el ordenamiento comunitario, tal como se recoge en la STCE de 13 de noviembre de 1990, dictada en el asunto C-106/89, *Marleasing*.

**LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO PARA OBRA
O SERVICIO DETERMINADO POR RESOLUCIÓN
ANTICIPADA DE UNA CONTRATA**

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2019

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS*

SUPUESTO DE HECHO: El 9 de noviembre de 2017 la dirección de la empresa Telectyl, S.A., dedicada a la prestación de servicios a terceros en el ámbito del contact center, comunica a la representación legal de los trabajadores y a la Autoridad Laboral la decisión de iniciar un procedimiento de despido colectivo con motivo de la resolución unilateral del contrato de servicios por parte de su principal cliente, Liberbank, S.L. (originariamente Cajastur) el 6 de abril de 2017, fecha en la que adjudica el proyecto de banca telefónica a otra empresa. Telectyl fundamenta el procedimiento en la concurrencia de causas productivas y económicas (art. 51.1 del ET), afectando a todos los trabajadores con vinculación de naturaleza indefinida que prestan servicios en la contrata (74 trabajadores). Los restantes trabajadores afectos al citado servicio y que habían suscrito un contrato temporal bajo la modalidad de obra o servicio determinado (152 trabajadores) ven extinguidos sus contratos por finalización de la obra o servicio contratado (art. 49.1.c del ET). El período de consultas concluyó sin acuerdo, si bien el número de trabajadores afectados se redujo a 64 indefinidos, quienes percibieron la indemnización de 20 días de salario por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades, conforme a lo establecido en el art. 53.1 del ET. Al resto del personal se les abonó la indemnización de 12 días de salario por año de servicio.

RESUMEN: La Sala de lo Social del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia del TSJ de Asturias de 22 de febrero de 2018. En relación a uno de los temas planteados por la parte recurrente, el relativo a la posible vulneración de los principios de igualdad y no discriminación previstos en el art. 14 CE en relación con el art. 15.6 del ET y de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Rec. 108/2018. ECLI: ES:TS:2019:377.

determinada, considera que la resolución anticipada de la contrata legitima una vía extintiva distinta de los contratos de los trabajadores adscritos a la misma: para los contratos indefinidos el despido objetivo por causa organizativa o económica y para los temporales por finalización del servicio. Declarará que no existe trato discriminatorio por el abono de una cuantía indemnizatoria distinta debido a la existencia de una causa objetiva justificativa: un “*contexto sensiblemente diferente*”, operando en los contratos temporales un “*término*” conocido desde la celebración del contrato y en los indefinidos el “*advenimiento de circunstancias*”. La resolución judicial es objeto de discrepancia en este punto, planteándose un voto particular.

ÍNDICE

1. LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO EN EL CONTEXTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA
 - 1.1. Los rasgos característicos del contrato para obra o servicio determinado vinculado a una contrata
 - 1.2. La finalización de la contrata como causa de extinción de los contratos para obra o servicio determinado: Evolución de la doctrina jurisprudencial
 - 1.3. La influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo en el tratamiento del régimen indemnizatorio por extinción de los contratos de trabajo de duración determinada
2. LA EXCLUSIÓN DEL CÓMPUTO DEL DESPIDO COLECTIVO DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES Y SUS EFECTOS EN EL RÉGIMEN INDEMNIZATORIO
3. LA ARGUMENTACIÓN DEL VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 2019
4. VALORACIÓN FINAL

1. LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADO EN EL CONTEXTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1.1. Los rasgos característicos del contrato para obra o servicio determinado vinculado a una contrata

En el ordenamiento jurídico laboral español rige el principio de causalidad en la contratación temporal: constituye un requisito de validez del contrato de trabajo la concurrencia de una “causa” que determina la correspondencia entre la duración del contrato y la naturaleza del trabajo, al menos en las fórmulas típicas que se mencionan en el art. 15 del ET. En el caso del contrato para obra o servicio determinado su objeto está claramente delimitado en el art. 15.1.a) del ET: “*la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad*”

propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta”.

Asimismo, se exige que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto y que en el desarrollo de la relación laboral el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas (art. 2.2 del RD 2720/98)¹. Estos elementos deben concurrir conjuntamente para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho, siendo aplicables estos requisitos, como viene manifestando la jurisprudencia de forma unánime, tanto a las empresas privadas como a las públicas y a las Administraciones Públicas².

El primer rasgo distintivo, *“la autonomía y sustantividad”*, determina que la temporalidad encuentra su justificación en la realización de una obra o servicio *“singular”*, razón por la que el empresario debe recurrir a esta fórmula contractual cuando sea necesaria la ejecución de labores autónomas distintas a las ordinarias de la empresa. De lo contrario, la persona trabajadora, en atención a las funciones normales ejercitadas, se insertaría en el organigrama de la empresa y su relación se consideraría de carácter indefinido³.

La delimitación de la actividad a realizar separadamente del proceso productivo ordinario empresarial, en ocasiones, constituye una operación que entraña cierta dificultad, porque los perfiles de estos conceptos se difuminan, especialmente en determinados entornos, como se deduce del escenario de constante conflictividad en sede judicial⁴. Ciertamente, cuando el objeto es una obra, la autonomía y sustantividad propia de la actividad se pone de manifiesto por la visibilidad del resultado obtenido por la conjunción de los elementos materiales y humanos para dicho fin, diferenciable de la actividad natural de la empresa. Cosa distinta ocurre cuando el objeto del contrato es un servicio determinado, pues la singularidad debe entenderse en el sentido de que la actividad no sea la genérica o estructural y permanente de la empresa, aunque pueda tratarse del

¹ RD 2720/98 de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

² Entre otras, SSTs de 11 de mayo y 10 de octubre de 2005 (rec. núm. 4162/2003, rec. núm. 2775/2004), de 21 de enero, 14 de julio y 15 de septiembre de 2009 (rec. núm. 1627/2008, rec. núm. 2811/2008, rec. núm. 4303/2008) y de 21 de abril de 2010 (rec. 2526/2009).

³ Entre otras, SSTs de 20 de enero de 1998 (rec. núm. 1112/1997) y de 21 de septiembre de 1999 (rec. núm. 341/1999).

⁴ Sempere Navarro, Antonio Vicente (Director) y otros. *Los contratos de trabajo temporales*. Aranzadi, Navarra 2004, pág. 87. Como sostiene el autor, *“...la autonomía se relaciona con la realización técnica del trabajo, mientras que la sustantividad se refiere al completo resultado de la actividad, sea la obra o sea el servicio finalmente prestado, en relación con el objeto empresarial”*.

mismo tipo de trabajo⁵. En otras palabras, se exige que la actividad sea susceptible de individualización dentro del ciclo productivo constante de la empresa, de tal modo que, vista desde cierta perspectiva, permita distinguirse de ésta, lo cual no siempre es fácil determinar. Además la normativa exige que se identifique de forma suficiente la obra o el servicio que se va a realizar, con “*precisión y claridad*” en el momento de la concertación del contrato, lo que obliga formalmente a delimitar con exactitud el objeto del contrato, so pena de que sea transformado en indefinido, asimilando las consecuencias a las aplicadas al fraude de ley; en este sentido la jurisprudencia no admite como válidas formulaciones genéricas sin contenido que no especifiquen las tareas concretas a desarrollar que justifican la temporalidad de la contratación⁶.

El otro rasgo característico y requisito de validez de esta modalidad contractual es su duración “*incierto*”, obligación que se traduce en la fijación indirecta de la duración del vínculo a través de la remisión a un acontecimiento cierto, pero siendo desconocida la fecha de su conclusión en el momento de la contratación: “*certus an e incertus quando*”⁷; de ahí que el posible establecimiento de un plazo concreto tenga a estos efectos sólo carácter orientativo (art. 2.2 del RD 2720/98). No obstante, la conexión entre duración del contrato y naturaleza de la obra o servicio no es rígida, al incluirse factores que matizan esta relación causal, e incluso se podría afirmar, que pueden llegar a desnaturalizar esta modalidad contractual temporal.

El primero de estos factores ha sido incorporado por el propio legislador: el establecimiento de un plazo límite a la duración de los contratos celebrados a partir del 18 de junio de 2010 (tres años, ampliable hasta cuatro por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior)⁸. Así pues, aunque pueda resultar un contrasentido, nos encontramos ante un contrato que por su propia definición es de duración incierta, pero con el ajuste introducido, la causa natural no determina en todo momento la duración de la relación, sino que se añade otro elemento, esta vez cierto, que hace devenir el vínculo *ope legis* en indefinido si se supera el plazo máximo. Como es conocido, la aplicación de esta medida, que pretendía evitar el recurso abusivo de esta modalidad contractual, fue más que controvertida, por ser insuficiente y

⁵ STS de 6 de marzo de 2009 (rec. núm. 3839/2007). Como declara la sentencia, “...tal autonomía y sustantividad propias no se refieren a que estén fuera de la actividad de la empresa sino «dentro» de la actividad de la empresa, de modo que puede existir una contratación para obra o servicio determinado para la misma actividad habitual de la empresa, siempre y cuando las tareas objeto del contrato tengan esa sustantividad y autonomía, es decir, permitan su individualización dentro de la actividad habitual y sean limitadas y acotadas en el tiempo, aunque no pueda precisarse la fecha exacta de su terminación”.

⁶ Entre otras, STS de 19 de julio de 2019 (rec. núm. 1037/2017).

⁷ Martín Valverde, Manuel, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín y García Murcia, Joaquín. Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid, 2016, pág. 557.

⁸ Modificación incorporada por el RDL 10/2010 de 16 de junio y finalmente incorporada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

de cuestionable eficacia, contribuyendo a su descausalización, al alterar uno de los aspectos esenciales que la configuran legalmente, sin incidir en el origen del problema: la correcta identificación de la causa⁹.

De otra parte, se contempla otro factor que matiza la conexión entre la duración del contrato y la causa de temporalidad: su encaje en el contexto de la descentralización productiva. En un marco socio económico como el actual es frecuente que las empresas de cierta dimensión contraten la ejecución de algunas de las fases de su actividad a empresas auxiliares, con el propósito de optimizar los recursos empresariales. El concierto de estos servicios tiene como finalidad cubrir, tanto necesidades puntuales limitadas en el tiempo, como aquéllas que exigen una atención de carácter normal y permanente en la empresa, admitiéndose la contratación laboral temporal en cualquiera de los casos.

Pues bien, aunque el contrato para obra y servicio determinado, tal como fue configurado, tiene por objeto atender necesidades ocasionales de la actividad principal de las empresas que lo celebran, que permitan su individualización dentro de la actividad habitual, con una duración limitada que depende de la propia actividad, la jurisprudencia desde finales de los años noventa, cambiando de posicionamiento respecto a su postura inicial, viene admitiendo la licitud de la concertación de este tipo contractual cuya duración coincida con el espacio temporal del contrato de prestación de servicios celebrado entre empresa contratista y empresa principal, a pesar de que la tarea a realizar por las personas trabajadoras pueda tratarse de una actividad normal y de carácter permanente de la empresa¹⁰. A mayor precisión, se considera válida la contratación a través de esta modalidad temporal cuando tiene por objeto afrontar *“una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, siempre que esté objetivamente definida, que sea conocida por las partes en el momento de contratar y que opere por lo tanto como un límite temporal previsible en la medida en que la actividad se realiza por encargo de un tercero y mientras que éste se mantenga”*¹¹.

⁹ Entre otros, Sempere Navarro, Antonio Vicente y Pérez Campos, Ana Isabel: “Contrato para obra o servicio determinado”, en VV.AA. (Sempere Navarro, Dir.): *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*. Aranzadi. Pamplona, 2010, pág. 286. López Sánchez, M^a Caridad: “El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”. *Revista Trabajo y Derecho* 25/2016, de 2017. Editorial Wolters Kluwer. López Gandía, Juan.; Toscani Giménez, Daniel. *La reforma laboral de 2010. Análisis de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. El Derecho. Madrid 2010, pág. 43. Goerlich Peset, J. M. “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, en García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Ugunia, Jesús (directores). *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010 de 17 de septiembre*. Lex Nova. Valladolid 2010, pág. 48. Martín Barreiro, Maximiliano. *Los contratos temporales causales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 186.

¹⁰ SSTs de 15 de enero y de 25 de junio de 1997 (rec. núm. 3827/1995 y 4397/1996), de 18 y 28 de diciembre de 1998 (rec. núm. 1767/1998 y 1766/1998), de 22 de octubre de 2003 (rec. núm. 107/2003) y de 18 de julio de 2007 (rec. núm. 3685/2005), de 17 de abril de 2018 (rec. núm. 11/2016). entre otras.

¹¹ Entre todas, STS de 6 de octubre de 2006 (rec. núm. 4243/2005).

Aunque la autonomía y sustantividad en sentido estricto se analiza a partir del objeto social y el carácter del ciclo productivo concreto de cada empresa, en cambio en el entorno de las contratatas y subcontratatas, se considera que para la empresa auxiliar cada una de las contratatas que celebra con las empresas principales está dotada de singularidad respecto del conjunto de su actividad, criterio práctico empleado por los Tribunales para admitir la contratación a través de la modalidad del art. 15.1.a) del ET. Resulta indiferente que la actividad que se descentraliza sea o no permanente, pues el enfoque se ha cambiado y se ha situado en la actividad de la empresa contratista: lo relevante para justificar la contratación temporal es que exista una necesidad objetiva en la empresa contratista de contar con personal durante un período determinado para prestar sus servicios por cuenta de una empresa, es decir, que la actividad contratada quede determinada perfectamente y limitada en el tiempo, no tanto por el carácter del servicio, sino *“por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de éste”*¹². Esta consolidada doctrina se fundamenta en la apreciación de que la necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, constituye *“una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”*¹³.

En síntesis, se admite el recurso a la contratación para obra o servicio determinado para cubrir necesidades normales y permanentes de la empresa mediante la interposición de una sociedad, haciendo depender la temporalidad del contrato, no del trabajo a desarrollar, sino de una circunstancia externa al mismo, la temporalidad del encargo, hecho que no se permite mediante la contratación directa. Se produce, por tanto, una ampliación del objeto de los contratos por obra y servicio determinado, lo que a nuestro juicio conlleva una cierta desvirtualización de la figura contractual, al utilizarla en supuestos en los que no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra ni un servicio determinado, entendida como una prestación de hacer diferenciada que finaliza con su total realización.

1.2. La finalización de la contrata como causa de extinción de los contratos para obra o servicio determinado: Evolución de la doctrina jurisprudencial

La utilización de la modalidad de contrato para obra o servicio determinado ha contribuido a la flexibilización en la gestión de los recursos humanos en relación

¹² STS de 15 de enero de 1997 (rec. núm. 3827/1995).

¹³ SSTs de 20 julio y de 14 noviembre 2017 (rec. núm. 3442/2015, rec. núm. 2954/2015); de 4 octubre (rec. núm. 176/2016), de 20 febrero (rec. núm. 4193/2015) y de 17 abril de 2018 (rec. núm. 11/2016).

con la “actividad normal” de la empresa cuando se vincula a relaciones mercantiles o administrativas de ejecución de obras o de prestación de servicios, a fin de que las empresas puedan dar respuesta a la demanda de su mercado, pero esta práctica se ha convertido en un continuo foco de conflictos, a comprobar por la litigiosidad constante en la jurisprudencia española en relación con una materia tan importante como su régimen extintivo, que no ha permanecido invariable, como demuestra la evolución de su doctrina.

La licitud de estos contratos, cuya duración está supeditada a la propia duración de la contrata o concesión administrativa, implica que una vez ejecutada la obra o servicio, concluyen, estableciéndose una conexión entre ambos negocios jurídicos que en determinados supuestos encaja de manera forzada en las categorías recogidas en el art. 49 del ET. La doctrina del Tribunal Supremo, cuya interpretación ha sido claramente permisiva en relación al motivo que justifica el recurso al contrato para obra o servicio determinado en este entorno, se ha visto en la necesidad de corregir los efectos indeseados que produce su uso abusivo para eludir la contratación indefinida, e incluso ha operado un cambio de orientación, acudiendo a razonamientos de corte causalista, en el intento de reforzar los nexos con los principios rectores capaces de velar por su adecuado funcionamiento¹⁴. Y lo ha hecho al hilo del planteamiento de situaciones varias que acontecen en el marco de la prestación del servicio y que inciden de manera directa en la determinación de la vigencia de la relación laboral temporal de los trabajadores, a saber, la renovación de la contrata, la reducción de sus efectivos, o la resolución anticipada de la contrata.

Así pues, de una parte, el Tribunal Supremo ha considerado que cuando concurre una renovación de la contrata por prórroga o nueva adjudicación, pero sin que se modifique la empresa auxiliar que venía prestando el servicio, no se considera extinguido válidamente el contrato para obra o servicio determinado conexo, de modo que no puede realizarse un nuevo contrato a los trabajadores afectos si el objeto es idéntico y sin solución de continuidad. La posición de la doctrina se fundamenta en que la vigencia de la contrata continúa y la necesidad material de trabajo temporal en la empresa empleadora sigue manteniéndose; por tanto, como la duración del tipo contractual por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface, se entiende que no ha vencido el plazo pactado¹⁵. No obstante, esta línea interpretativa se ha matizado y actualizado adoptando la Sala una postura más acorde con la preservación de la identidad de esta modalidad contractual, de manera que si bien se admite la pervivencia de la causa de temporalidad de la relación laboral en los supuestos de modificación, prórroga o

¹⁴ Lahera Forteza, Jesús. *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*. La Ley. Las Rozas. Madrid, 2001, pág. 78.

¹⁵ SSTs de 17 de junio (rec. núm. 4426/2006), de 18 de junio de 2008 (rec. núm. 1669/2007), de 28 de abril de 2009 (rec. núm. 1419/2008) y de 20 de marzo de 2015 (rec. núm. 699/2014).

nueva adjudicación de la contrata a la misma empresa, se mantiene la necesidad de la concurrencia de las notas de la autonomía e identidad de la contrata, sin que ello acontezca cuando se producen sucesivas ampliaciones o renegociaciones manteniendo el mismo contrato de obra o servicio, pues se entiende que la empresa “*ha incorporado dicha actividad a su normal quehacer*” desdibujando el objeto de esta modalidad contractual¹⁶. La idea que prevalece es que la sucesión de contrataciones rompe con la autonomía y sustantividad propias de esta modalidad contractual, puesto que no concurre el presupuesto sobre el que se basa la doctrina jurisprudencial para aceptar su licitud: la existencia de “*una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible*”¹⁷.

Tampoco admite la doctrina jurisprudencial la extinción de la vía del art. 49.1.c) del ET cuando durante la vigencia de la contrata se produce una disminución de los servicios contratados a la empresa auxiliar que conlleva una reducción del número de trabajadores destinados inicialmente a su ejecución, puesto que ésta no ha finalizado, sino que sólo ha sido objeto de una modificación, circunstancia que no se contempla en las disposiciones legales como causa válida para la extinción de la relación laboral con el trabajador del que se prescinde. Se aplica en estos supuestos la doctrina de la “*tipicidad extintiva prioritaria*”, en virtud de la cual se rechaza la aplicación de una causa extintiva que venga a desplazar la regulación específicamente establecida para el supuesto de problemas organizativos, técnicos o productivos. Por tanto, habrá que activar el cauce extintivo que tenga el encaje más adecuado para amortizar los puestos de trabajo, como el previsto en los artículos 51 o 52.c) del ET, en función del número de trabajadores afectados por la medida, siempre que concurren las circunstancias objetivas exigidas y acompañadas del régimen indemnizatorio más favorable que el previsto en el 49.1.c) del ET¹⁸.

Con similar argumento, se pronuncia la Sala sobre la inclusión de cláusulas extintivas en los contratos para obra o servicio determinado vinculadas a la reducción del volumen de actividad de la contrata. De modo que no se admite la validez de aquellas estipulaciones genéricas que en virtud del art. 49.1.b) del ET introduzcan causas de extinción conectadas a elementos de hecho que encajen mejor en un supuesto extintivo ya recogido expresamente en la norma legal¹⁹. Como declara la

¹⁶ SSTs de 19 de julio de 2018 (rec. núm. 1037/2017, 783/2018, 784/2018, 786/2018), de 5 y de 26 de marzo de 2019 (rec. núm. 1128/2017, rec. núm. 2434/2017). En las primeras sentencias referidas relativas a situaciones anteriores a la aplicación de la reforma de 2010 la Sala declara que “*Cuando hemos legitimado duraciones prolongadas de contratos anteriores a 2010 hemos advertido también sobre la necesidad de que concorra siempre la autonomía y sustantividad en los términos descritos*”.

¹⁷ SSTs de 19 de julio de 2018 (rec. núm. 1037/2017).

¹⁸ SSTs de 7 de junio de 2007 (rec. núm. 191/2006) y de 31 de enero de 2008 (rec. núm. 1719/2007).

¹⁹ SSTs de 3 de febrero y de 8 de noviembre de 2010 (rec. núm. 1715/2009, rec. núm. 4173/2009), de 8 y de 16 de julio, de 17 y 22 de septiembre de 2014 (rec. núm. 2693/2013, rec.

reciente sentencia de la Sala de 4 de abril de 2019, el convenio colectivo no puede regular una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, debiendo acudir a la vía del art. 51 para determinar si existe un despido colectivo²⁰. En síntesis, se considera que la reducción de la contrata no autoriza a la empresa empleadora a extinguir la relación laboral con los trabajadores, pues lo contrario supondría dejar al arbitrio de uno solo de los contratantes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del art. 1256 del Código Civil²¹.

De otra parte, cuando se produce el cese anticipado de la contrata o subcontrata, bien por voluntad unilateral de la empresa contratista (derive o no de un incumplimiento de las condiciones pactadas), o bien por acuerdo entre ésta y la empresa principal²², no se ha admitido como adecuada a derecho la extinción de los contratos de trabajo por la finalización de la obra o servicio ex artículo 49.1.c) del ET, al tener su origen en la voluntad de la empleadora, con o sin el concurso de la otra parte contratante; es decir, el contrato de trabajo termina por causa imputable al empresario y no por el cumplimiento del término, *“quedando dentro de su esfera de responsabilidad contractual respecto del trabajador la terminación del contrato de trabajo”*²³. De este modo, se considera que el cauce al que se puede recurrir es el de la extinción por causas objetivas, individual o colectiva (arts. 53 o 51 del ET), vía que tiene un régimen indemnizatorio distinto²⁴.

Siguiendo similar criterio interpretativo, cuando la contrata se extingue anticipadamente por la empresa principal, se ha declarado justificado el despido objetivo por razones productivas u organizativas por parte de la empresa contratista, al no ser imputable a la misma, advirtiendo de la excepcionalidad de esta causa extintiva en los casos de terminación de una contrata, pues en estos supuestos procede generalmente la subrogación de la nueva empresa en las relaciones laborales afectadas²⁵. Se pretende con ello garantizar el principio de estabilidad en el empleo cuando la

núm. 1777/2013, rec. núm. 2069/2013, rec. núm. 2689/2013), de 20 de marzo de 2015 (rec. núm. 699/2014), y de 13 de julio y 14 de noviembre de 2017 (rec. núm. 25/2017, rec. núm. 2954/2015).

²⁰ (Rec. 165/2018).

²¹ SSTs de 10 junio de 2008 (rec. núm. 1204/2007), de 8 noviembre de 2010 (rec. núm. 4173/2009), de 16 julio y de 17 y 22 de septiembre de 2014 (rec. núm. 1777/2013, rec. núm. 2069/2013, rec. núm. 2689/2013) y de 28 de abril de 2015 (rec. núm. 1016/2014).

²² SSTs de 14 de junio de 2007 (rec. núm. 2301/2006), y de 15 de octubre de 2012 (rec. núm. 3124/2011).

²³ SSTs de 8 de junio de 1999 (rec. núm. 3009/1998), de 3 de julio de 2012 (rec. núm. 1657/2011 y rec. núm. 1744/2011); de 8 de julio de 2012 (rec. núm. 2341/2011). La cita textual corresponde a la STS de 2 de julio de 2009 (rec. núm. 77/2007).

²⁴ SSTs de 16 mayo y de 8 julio de 2011 (rec. núm. 2727/2010, rec. núm. 3159/2010).

²⁵ STS de 7 de junio de 2007 (rec. núm. 191/2006). En este caso, la resolución anticipada por voluntad de la empresa principal ponía fin al contrato entre contratista y subcontratista dando como resultado la extinción de los contratos porque no se lleva a cabo el servicio por otra empresa.

empresa se dedica de forma permanente a la prestación de servicios en el mercado, supliendo el posible riesgo empresarial derivado de la pérdida de la contrata por los mecanismos legales previstos para proteger la permanencia de los trabajadores²⁶.

1.3. La influencia de la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo en el tratamiento del régimen indemnizatorio por extinción de los contratos de trabajo de duración determinada

La conflictividad que ha generado la utilización excesiva y desviada de la contratación laboral temporal, dentro y fuera del marco de la externalización productiva, ha llegado a tales niveles y reviste tal complejidad que los órganos judiciales españoles han acudido frecuentemente al Tribunal de Justicia Europeo (TJUE) planteando consultas sobre la adecuación al derecho comunitario de nuestras disposiciones legales reguladoras de los contratos de duración determinada. Los pronunciamientos emitidos por este Tribunal en los últimos años en las cuestiones prejudiciales planteadas, no siempre han aportado soluciones claras, en ocasiones incluso han sido controvertidas, en relación con temas tan importantes como la diferencia de trato entre trabajadores indefinidos y temporales en relación con el régimen de extinción del contrato, cuestión que quizás hubiese encontrado una vía más adecuada de discusión en el seno del Tribunal Constitucional²⁷.

Cabe destacar la repercusión de algunos de sus pronunciamientos en las decisiones de los órganos judiciales españoles en orden al tratamiento indemnizatorio por extinción de los contratos de trabajo temporales y su adecuación a la normativa comunitaria, en cuanto este aspecto, como es sabido, se considera integrado dentro del concepto de “*condiciones de trabajo*” en el sentido de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco, sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70. Especialmente, el impacto de la doctrina del TJUE sobre la jurisprudencia española se ha manifestado por el giro interpretativo de la sentencia de 21 de noviembre de 2018 (asunto Diego Porras II²⁸) —que rectifica la

²⁶ García Ninet, José Ignacio (Director) y otros. *Contratación temporal y medidas de fomento de empleo*. Atelier. Barcelona, 2009, pág. 38.

²⁷ De la Puebla Pinilla, Ana. “Principio y fin de la doctrina de Diego Porras o de cómo en ocasiones, “el sueño de la tutela multinivel produce monstruos”. Revista de Información Laboral núm. 7/2018. Estudios doctrinales. Aranzadi.

²⁸ (C-619/17). En relación a la modalidad de interinidad por vacante en el ámbito de la Administración pública, declara la sentencia que en la contratación temporal “*la pérdida de su puesto de trabajo por expiración del tiempo convenido, por haberse realizado la obra o servicio pactados o por haberse producido el hecho o acontecimiento acordado es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa*. En cambio, “*la extinción (anticipada) de una relación laboral —de duración determinada o de duración indefinida— como consecuencia de una decisión del empresario por una causa objetiva (por ejemplo, por dificultades económicas del empresario que hacen ineludible una reducción de plantilla) no es, por regla general, un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente*”.

precedente de 14 de noviembre de 2016 (asunto Diego Porras I)²⁹, así como de las inmediatamente anteriores sentencias de 5 de junio, sobre los asuntos Grupo Norte Facility/Moreira Gómez y Montero Mateos³⁰.

Conforme a esta doctrina, si bien inicialmente el Tribunal equipara la indemnización por la extinción de los contratos temporales y la de los contratos indefinidos a partir del razonamiento de la existencia de una diferencia no justificada, posteriormente corrige y aplica el criterio contrario, declarando que existe una razón objetiva que justifica el trato diferenciado en materia indemnizatoria en función de su duración. La argumentación sobre la que se sostiene dicha apreciación se justifica por la distinta función que asume la indemnización en uno y otro supuesto: la indemnización por la extinción de un contrato indefinido por razones objetivas sobrevenidas (art. 52 del ET) está pensada para compensar la pérdida del puesto de trabajo, con lo cual persigue, por un lado, retribuir un tiempo de vinculación laboral y, por otro, compensar el daño causado por la frustración de las expectativas legítimas que la persona trabajadora podía albergar respecto a la estabilidad de esa relación cuya duración ya ha sido preestablecida; sin embargo, en el caso de la indemnización por finalización de contrato temporal (art. 49.1.c) del ET) las partes conocen desde el momento de su celebración la fecha o el acontecimiento que determinan su término, por lo que la indemnización se limita a compensar el tiempo de prestación del trabajo en situación de precariedad o inestabilidad. Es la razón por la que el Tribunal considera que la continuidad en los contratos temporales “*es mucho menos digna de protección*”, justificando el derecho a una indemnización o a una de mayor cuantía, según el caso.

La revisión de la doctrina de Diego Porras ha dejado poco margen a los Tribunales para aplicar a la extinción de los contratos temporales una indemnización distinta a la prevista en el art. 49.1.c) del ET. No obstante, la STJUE de 11 de abril 2019 (Asunto *Cobra Servicios Auxiliares*)³¹, última de la saga en torno a

²⁹ (C-596/14). El Tribunal declara que la extinción por término y la resolución por causas objetivas pueden ser calificados como motivos de ineficacia contractual “*equiparables*”. Lo que, si concurría una situación comparable entre trabajadores temporales e indefinidos, a la luz de la Cláusula 4.ª del Acuerdo Marco, no había razón objetiva alguna que justificara un trato desigual. De ahí que llegara a la conclusión de que debían percibir idéntica indemnización.

³⁰ (C-574/16 y C-677/16). En el primer caso, en relación con la modalidad del contrato de relevo, concluye el Tribunal que no se opone al Derecho Comunitario una normativa nacional según la cual la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva. En el segundo, refiriéndose a la modalidad de contrato de interinidad por vacante, el Tribunal llega a la misma conclusión, aunque añade que “*incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo*”. En el segundo caso, el TJUE se pronuncia en relación con la extinción de un contrato de interinidad por sustitución al que sucede otro de interinidad por vacante en el ámbito de la Administración pública.

³¹ En los asuntos acumulados C-29/18, C-30/18 y C-44/18.

esta problemática, se pronuncia en relación a un supuesto de hecho similar a los anteriores, relativo al distinto tratamiento indemnizatorio por la resolución anticipada de una contrata, entre los trabajadores contratados para obra y servicio y los contratados de forma indefinida. El Tribunal, respondiendo a la cuestión prejudicial que le plantea el Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre si la cláusula cuatro del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, en virtud de un mismo supuesto de hecho (la resolución anticipada de la contrata por voluntad de la empresa principal), prevé una indemnización inferior para la extinción de un contrato de duración determinada para obra o servicio, cuya duración se vincula a dicha contrata, que para la extinción de los contratos indefinidos de trabajadores comparables, por despido colectivo justificado por causas empresariales productivas derivadas de la terminación de la citada contrata. Y si es así, si ha de interpretarse que la desigualdad de trato en la indemnización, por extinción justificada por idéntica circunstancia fáctica aun con amparo en diferente causa legal, constituye una discriminación de las prohibidas en el art. 21 de la Carta, resultando contraria a los principios de igualdad de trato y de no discriminación de los arts. 20 y 21 de la Carta.

Lo destacable de esta sentencia es que, aunque continúa en la línea interpretativa de sus antecesoras, no declara expresamente que exista una razón objetiva que justifique el trato diferenciado entre trabajadores temporales e indefinidos, sino que abre la posibilidad a que la extinción de los contratos temporales puedan encauzarse por la vía del art. 52 de ET, dejando en manos del Tribunal nacional el examen de las causas reales que ponen fin a los contratos a los efectos de conceder igual indemnización a trabajadores indefinidos y temporales. Tendremos pues, que esperar a la decisión del Juez de instancia y a los posteriores pronunciamientos judiciales que aborden circunstancias similares a la controvertida.

2. LA EXCLUSIÓN DEL CÁMPUTO DEL DESPIDO COLECTIVO DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES Y SUS EFECTOS EN EL RÉGIMEN INDEMNIZATORIO

La Sentencia seleccionada constituye una de las últimas de una serie de pronunciamientos de la Sala Cuarta del TS en relación a la extinción de los contratos para obra o servicio determinado vinculado a una contrata, pero sin duda, una de las más interesantes desde la perspectiva científica, por cuanto no resulta pacífica en relación con la materia analizada, como pone de manifiesto el voto particular que incorpora. La parte recurrente considera que la aplicación de las distintas vías de extinción a los trabajadores vinculados a la contrata vulnera el art. 14 de la Constitución Española (CE) en relación con el art. 15.1 del ET, así como con el art.

15.6 del ET y la Directiva 1999/70³², en lo relativo a la igualdad de derechos de los trabajadores indefinidos y los contratados por duración determinada, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción.

El conflicto que debe resolver la Sala (segundo apartado del motivo segundo del recurso) en orden a la cuestión de la posible vulneración del principio de igualdad, se centra en la discusión sobre la inclusión o no en el cómputo de los trabajadores vinculados a una contrata mediante un contrato para obra o servicio determinado a los efectos de cumplir la ratio de efectivos afectados de un despido colectivo, motivado por la finalización anticipada de la contrata. Asimismo, como consecuencia directa de dicho debate, la Sala aborda el examen del tratamiento diferenciado en el régimen indemnizatorio de los trabajadores por extinción de los contratos de trabajo en atención a su carácter indefinido o temporal. Se trata en última instancia de determinar si la finalización anticipada de la contrata por voluntad de la empresa principal constituye una extinción por finalización de la obra o servicio de la vía del art. 49.1 c) del ET.

La parte recurrente fundamenta sus pretensiones en tres aspectos centrales: En primer lugar, considera que la exclusión de los trabajadores temporales del despido colectivo vulnera la cláusula cuarta de la Directiva 1999/70, porque la pérdida de la contrata constituye la misma causa que motiva la extinción de los contratos de trabajo, con independencia de su naturaleza indefinida o temporal, razón que justifica la necesaria afectación a toda la plantilla adscrita a la contrata del despido colectivo y con ello, el mismo tratamiento indemnizatorio. Reclama, con apoyo de la doctrina de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto Diego Porras I), la nulidad de la decisión empresarial de la exclusión del procedimiento de los trabajadores con contratos para obra o servicio determinado, porque se les ha privado del derecho de negociar en el período de consultas, frente a sus compañeros con contrato indefinido, que realizaban idéntico trabajo. En segundo lugar, acudiendo a doctrina reciente de la propia Sala³³, sostiene que el despido colectivo debió afectar a toda la plantilla en aplicación del art. 51 del ET, porque se produjo el cierre total del centro de trabajo y por ello, les correspondería el mismo régimen indemnizatorio. Y en tercer lugar, en el plano procesal, apoya también su pretensión del carácter computable de los trabajadores temporales en el umbral del despido colectivo por motivo de la desnaturalización de la mayoría de los contratos, que por superación del plazo establecido en el convenio colec-

³² Directiva 1999/70, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada. Su cláusula cuarta dispone: “*Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”.

³³ STS de 14 noviembre de 2017 (rec. núm. 2954/2015).

tivo, debían haberse considerado ya fijos y por ende, incluidos en el expediente de despido colectivo³⁴.

El Tribunal, para negar cada una de la pretensiones de la parte demandante y sostener la adecuación a derecho de la decisión empresaria, realiza un análisis sobre “el perímetro del despido colectivo”, acudiendo a la doctrina jurisprudencial de la propia Sala, que se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las controversias surgidas con ocasión de las distintas circunstancias que se plantean en el ámbito de la contratación de la empresa de una prestación de servicios por un tercero y su incidencia sobre la finalización de la relación laboral de los trabajadores para obra o servicio determinado vinculados a la contrata. De forma extensa, da un repaso a cuestiones fundamentales como: la desnaturalización de los contratos de obra y servicio determinado, las vicisitudes de la contrata y su impacto en los contratos temporales (reducción del volumen de actividad y terminación de la contrata), el control de la validez de los contratos temporales en un despido colectivo, así como el régimen extintivo diferenciado en función de la naturaleza de los contratos, para pronunciarse sobre el supuesto particular posteriormente.

En primer término, sobre la cuestión de la diferente indemnización por extinción de la relación laboral, la Sala declara que no existe trato discriminatorio por la aplicación de un tratamiento diferenciado, porque considera que los trabajadores indefinidos y los trabajadores contratados para obra y servicio determinado no se encuentran en situaciones “*comparables*”. Rechaza la doctrina comunitaria que aporta y que avala el razonamiento de la parte demandante, rectificadas por el propio TJUE en varios pronunciamientos, considerando ajustada a derecho la diferencia en la cuantía de la indemnización si la causa de la terminación de la relación laboral es distinta, diferencia que se justifica por el “*distinto elemento definidor del motivo de la extinción*”. La Sala sostiene que no concurre en este supuesto la situación comparable porque el despido objetivo/colectivo y la finalización del contrato de obra o servicio determinado, como dice textualmente, “*son magnitudes desenvueltas en un contexto sensiblemente diferente*”. Resumiendo las conclusiones a la que llega la doctrina jurisprudencial europea revisada, concluye que si bien en el despido objetivo la extinción se produce en un momento no previsible, por el “*advenimiento de circunstancias*”, en cambio, la extinción de este tipo contractual temporal es previsible, por cuanto opera un “*término*” conocido desde la celebración del contrato, razón objetiva que según el Tribunal, justifica el diferente trato en materia indemnizatoria.

Ciertamente, estas apreciaciones enlazan con la propia concepción de la figura contractual para obra o servicio determinado, que como se ha indicado anteriormente, ha sido ampliada por la jurisprudencia, ya consolidada, al aceptar la licitud de la vinculación de esta categoría contractual a la duración de las contratas, mati-

³⁴ Art. 14.b) del Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center (Resolución de la DGT de 27 de junio de 2017).

zando la exigencia de los requisitos de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad laboral de la empresa, al entenderse cumplidos cuando el objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero para una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, siendo por ello previsible el límite temporal: mientras se mantenga la prestación de servicios³⁵.

En segundo término, el Tribunal rechaza el razonamiento de la parte demandante sobre la identidad de la causa extintiva por la pérdida de la contrata para ambas categorías de trabajadores vinculados a ésta. Parte en sus apreciaciones de la premisa de que no deben confundirse los planos de los hechos y del derecho, de modo que considera que un mismo acontecimiento, como es la terminación de la contrata, desde la perspectiva jurídica puede provocar la extinción de los contratos de trabajo por distintos cauces, atendiendo a su naturaleza temporal o indefinida. Aplica la doctrina de la “tipicidad extintiva prioritaria”, considerando acertada la decisión empresarial de extinguir la relación laboral por obra y servicio determinado por la vía del art. 49.a) del ET, causa natural y exclusiva de extinción de este tipo contractual, apartado en el que encaja más adecuadamente³⁶.

En tercer término, confirmando la doctrina de la Sala, considera acertada la exclusión de los contratos de obra o servicio determinado del cómputo a efectos de determinar la existencia del despido colectivo cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha prevista o cuando el contrato llega a su fin³⁷. Concretamente trae a colación para apoyar sus argumentaciones, la doctrina de dos sentencias con similitudes con el supuesto planteado en el recurso, en cuanto la extinción de los contratos temporales se produce con ocasión de la pérdida de la contrata: las sentencias de 28 junio y de 13 julio de 2017 (Asunto *Grupo Norte y Banco CEISS* y Asunto *Indra y Vodafone*)³⁸. Doctrina, que como declara la Sala, es conforme con la doctrina comunitaria, concretamente con la STJUE de 13 mayo 2015 (Asunto *Rabal Cañas*), al declarar que la exclusión de las extinciones de contratos temporales por llegada del término resulta claramente del tenor y del sistema de la Directiva 98/59³⁹.

A mayor concreción, la primera de estas sentencias declara ajustada a derecho la conducta empresarial de computar a los efectos de los parámetros de delimitación del despido colectivo por la pérdida de la contrata de banca telefónica por

³⁵ SSTS de 20 julio y de 14 noviembre 2017 (rec. 3442/2015, rec. 2954/2015), de 20 febrero y de 17 abril de 2018 (rec. núm. 4193/2015, rec. núm. 11/2016).

³⁶ SSTS de 8 julio (rec. núm. 2693/2013) y de 17 septiembre 2014 (rec. núm. 2069/2013).

³⁷ SSTS de 28 junio y de 13 julio de 2017 (rec. núm. 45/2017, rec. núm. 25/2017).

³⁸ Rec. núm. 45/2017 y rec. núm. 25/2017 respectivamente.

³⁹ STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-392/13) (Asunto *Rabal Cañas*). La sentencia declara que los contratos de duración determinada “no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados”.

voluntad de la empresa principal (en cumplimiento de una cláusula pactada)⁴⁰, solo a quienes tienen como vinculados a ésta mediante un contrato de duración indefinida, considerando coherente con la Directiva 98/59/CE, el precepto que excluye del cómputo los contratos celebrados por una duración o para una tarea, salvo si esos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de sus contratos⁴¹.

De otra parte, la segunda sentencia declara justificado el despido colectivo operado por la empresa auxiliar con motivo de la rescisión unilateral de la contrata de contac center por la empresa principal, en cuyo cómputo había incluido únicamente a los trabajadores indefinidos, porque previamente había procedido a extinguir los contratos de obra por la vía del convenio colectivo sectorial (que contempla como causa de terminación de los contratos para obra o servicio la reducción correlativa de la contrata), fórmula que según el Tribunal determina la carencia de justificación legal de la pretensión de que los trabajadores fueran incluidos en el cómputo a efectos del despido colectivo. Decisión ésta que es acorde, según la sentencia, con el dictado del art. 51.1 del ET declarando que *“si existen contratos de trabajo temporales y concurre su causa específica de terminación (en el caso, anudada a la duración de la obra o servicio) no estamos ante un despido objetivo o colectivo”*.

En el plano procesal, la sentencia, de acuerdo con otros pronunciamientos anteriores de la propia Sala⁴², declara la falta de adecuación del procedimiento de despido colectivo del art. 124 de la Ley de Jurisdicción Social, para analizar la validez de los contratos temporales vinculados a la contrata, pues la parte demandante ni siquiera planteó en la instancia alguna irregularidad a los efectos de su consideración como trabajadores fijos, quedando en cualquier caso la posibilidad de que los trabajadores reclamen individualmente su derecho por la vía procesal adecuada.

En conclusión, todas las consideraciones expuestas por la Sala le llevan a mantener la tesis de la dualidad de efectos jurídicos que provoca una misma circunstancia de índole productiva y económica dependiendo de la naturaleza indefinida o temporal de las relaciones laborales, sin entrar en el análisis del origen real de la extinción de los contratos. Acude al principio de tipicidad prioritaria para considerar que la resolución anticipada de la contrata constituye un supuesto de finalización ordinaria del servicio. Atendiendo a estos criterios justifica la exclusión de los trabajadores temporales del expediente de despido colectivo y en consecuencia declara conforme a derecho la distinta cuantía de la indemnización dependiendo

⁴⁰ Se acordó por la empresa cliente y auxiliar que el servicio de banca telefónica se prestaría hasta el 30 de junio de 2016, pero incluyendo una cláusula por la que la empresa principal podría resolver el contrato en cualquier momento preavisando con el plazo de un mes.

⁴¹ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOUE-L-1998-81564).

⁴² SSTS de 22 diciembre de 2016 (rec. núm. 10/2016) y de 13 julio de 2017 (rec. núm. 25/2017).

de la tipología extintiva, estando amparada la diferencia en la concurrencia de situaciones no comparables. Como puede observarse, la sentencia traslada manera automática la orientación de la doctrina comunitaria más reciente en esta materia, a pesar de tratarse de una relación en el ámbito de empresas privadas y de plantearse respecto de una modalidad contractual distinta.

3. LA ARGUMENTACIÓN DEL VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 2019

Como hemos anunciado, la Magistrada Sra. Lourdes Arastey formula voto particular mostrando su discrepancia sobre uno de los pronunciamientos de la Sala en la sentencia de 9 de enero de 2019, en particular el relativo a la problemática del cómputo de los trabajadores temporales en el despido colectivo y el tratamiento diferenciado en materia indemnizatoria (segundo apartado del motivo segundo del recurso)⁴³.

A diferencia de la línea doctrinal mantenida hasta el momento, la Magistrada ponente argumenta que los trabajadores afectos a la contrata, con independencia de la naturaleza de su contrato de trabajo, deberían haber sido incluidos en el procedimiento de despido colectivo porque concurría la misma circunstancia fáctica que justificaba la extinción, lo que habría llevado a la declaración de la nulidad del despido colectivo por un incorrecto desarrollo del período de consultas, que solo debatió sobre los trabajadores indefinidos, excluyendo a los trabajadores contratados por obra o servicio determinado.

Sin entrar a discutir la idoneidad del contrato temporal en estas situaciones, acude para apoyar su parecer discrepante respecto de la adoptada por la Sala, a la tesis mantenida por el TJUE de la comparabilidad de las situaciones, que exige el Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, considerando que la práctica empresarial constituye una discriminación expresamente prohibida en su cláusula cuatro. Analiza si una misma circunstancia que permite extinguir todos los contratos de trabajo de una empresa de forma distinta según se trate de contratos indefinidos o no, puede generar una situación de trato desigual respecto de los trabajadores temporales sujetos a la contrata.

Tras examinar los elementos fácticos del supuesto planteado, advierte que se ha producido una discriminación, en el entendido que la finalización de la contrata se produjo porque la empresa principal unilateralmente decide poner fin la contrata antes del cumplimiento del plazo concertado con la contratista, adjudicando a otra empresa la prestación de servicio. Esta finalización anticipada, concluye, constituye una causa objetiva que justifica la extinción de la totalidad de los contratos, ya

⁴³ Voto al que se adhieren las magistradas María Luisa Segoviano, Rosa Viroles y María Luz García, así como el magistrado Fernando Salinas.

sean indefinidos como temporales, de modo que la exclusión de los trabajadores contratados por obra o servicio determinado supone una diferencia de trato que no encuentra una razón objetiva y razonable que la justifique. Expresamente indica que *“ante este escenario no resulta fácil negar que existía una causa idéntica a la que la propia empresa confiere la virtualidad y afectación propia del art. 51 ET que, es evidente, tiene igual incidencia en ambos colectivos, pues pone fin a las relaciones laborales de toda la plantilla del centro”*.

Para apoyar sus argumentaciones trae a colación las sentencias del TSJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto Diego Porras I), de 21 de noviembre de 2018 (Asunto Diego Porras II) y, sobre todo, las sentencias de 5 de junio (Asunto Grupo Norte Facility y Montero Mateos), que declaran en supuestos similares que no cabe una diferencia de trato respecto a la indemnización por finalización de contrato cuando las situaciones sean *“comparables”*. En esta operación de comparación, la ponente sostiene que en este caso el motivo de la extinción de los contratos indefinidos y los contratos por obra o servicio es el mismo y que la causa por la que se contrataron los trabajadores también fue la misma: la prestación de servicios de contac center para la empresa cliente, a lo que se suma el hecho de que todos los trabajadores realizaban idénticas tareas.

Los elementos que concurren en este supuesto de hecho se convierten por sí solos en argumentos que contrastan con los razonamientos que el Tribunal mantiene sobre la previsibilidad de la llegada del final del contrato, de modo que siguiendo la línea interpretativa de la Sala en pronunciamientos anteriores, la ponente considera que como la extinción se produjo antes de que acaeciera el término que debía poner fin a los contratos de duración determinada, por tanto, se considerarían estos trabajadores computables, pues como viene reconociendo jurisprudencia consolidada, lo contrario significaría dejar al arbitrio del empleador la utilización de este cauce extintivo, pues al momento de la comunicación de la extinción la obra o el servicio no había finalizado⁴⁴. Distingue, por tanto, estos supuestos de otras situaciones en las que sería necesario acudir a un procedimiento individual para declararlas como fraudulentas.

La Magistrada no niega que los contratos de obra y servicio determinado tengan una causa de extinción propia (art. 49.1 c) ET), pero sostiene que las causas reguladas en los artículos 51 y 52 c) ET también le son aplicables. Resulta difícil pues comprender el planteamiento que sostiene la Sala de que la resolución *“anticipada”* de la contrata tenga dos efectos distintos a la vez: para los contratos de obra o servicio determinado la extinción por cumplimiento de un término y para el resto, indefinidos y otros contratos temporales la extinción por una causa objetiva no imputable al empleador.

⁴⁴ SSTs de 3 de julio de 2012 (rec. núm. 1657/2011) y de 22 de diciembre de 2016 (rec. núm. 10/2016).

Recapitulando lo expuesto, la discrepancia que sustenta el voto particular sobre el alcance del despido colectivo, basada en que no existe razón objetiva para excluir del despido colectivo a los trabajadores temporales, habría suprimido la diferencia de trato entre trabajadores temporales e indefinidos en el plano indemnizatorio derivado de la extinción del contrato de trabajo, por cuanto el despido colectivo, basado en causas organizativas y económicas, debió afectar a toda la plantilla adscrita a la contrata, al no constituir un cauce exclusivo de los trabajadores indefinidos.

4. VALORACIÓN FINAL

Del análisis efectuado en las páginas precedentes lo primero que se deduce es la dificultad que entraña afrontar la solución de un conflicto como el que se plantea en esta sentencia, que se sitúa en un contexto con ciertas singularidades, a la vista de la disparidad de los criterios empleados por nuestros Tribunales y del Tribunal de Justicia Europeo sobre el tema que lo comprende: el tratamiento en materia indemnizatoria por extinción de los contratos de trabajo en el entorno de las contratas interempresariales.

Pero asumiendo que nos movemos en un terreno movedizo, no conviene perder de vista que, aunque sin que falten voces críticas al respecto, se reconoce la validez del contrato de obra o servicio determinado vinculado a una contrata, lo que implica admitir que un elemento externo a la actividad como es la duración de la misma, determina la temporalidad del vínculo laboral; factor que, como se ha explicado anteriormente, produce una alteración de su régimen extintivo, debido precisamente a la conexión entre ambos negocios jurídicos, dejando ver sus debilidades y contradicciones, sobre todo, cuando la contrata se utiliza para realizar labores fijas dentro de la actividad normal de la empresa y las tareas desempeñadas por los trabajadores temporales coincide materialmente con la de los trabajadores indefinidos adscritos a la contrata.

En relación a la sentencia que se analiza interesa subrayar que, aunque la temporalidad de los contratos para obra o servicio determinado está conectada con la de la propia contrata, ello no constituye un impedimento para entender que dentro de este marco temporal “previsible” puedan conservar cierto grado de incertidumbre en cuanto a su duración real: la pactada entre empresa principal y comisionista. Ello nos llevaría a reubicar el núcleo central del problema planteado: si la resolución de la contrata *ante tempus* por voluntad de la empresa principal constituye una causa de finalización de los contratos para obra o servicio determinado.

Ciertamente, la Sala y la Magistrada ponente discrepan en este extremo, razón por la que sus argumentos se confrontan en las derivadas de esta apreciación, que afectan, tanto a la cuestión del cómputo del número de extinciones de contratos

a tener en cuenta en el periodo de referencia para determinar la existencia de un despido colectivo, como a las indemnizaciones a las que tienen derecho los trabajadores que ven extinguidos su relación laboral.

A nuestro juicio, el motivo de la terminación tiene especial relevancia, por cuanto se anuda al mismo el fin de los contratos de trabajo. Si bien el contrato por obra o servicio determinado se caracteriza por tener una duración limitada aunque incierta, no deja de estar conectada con la duración del encargo pactado y no con cualquier circunstancia que acontezca de forma sorpresiva, sobre todo, si tiene origen en un hecho no imputable a la empresa contratista. Como se recoge en el voto particular, la finalización anticipada constituye una causa objetiva que justifica la extinción de la totalidad de los contratos, incidiendo, por tanto, una causa organizativa y productiva. En consecuencia, serían computables las extinciones por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del ET⁴⁵.

Como sostiene la doctrina más reciente, *“no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal”*⁴⁶, pero tampoco debería producirse tal confusión a la inversa y transformar la ruptura anticipada de la contrata en una finalización regular del contrato, que vendría determinada por la conclusión del encargo. Esta apreciación es la que parece que subyace en la reciente STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto *Cobra Servicios Auxiliares*), sobre un supuesto de hecho similar al de la sentencia comentada, pues aunque el Tribunal no se aleja de la doctrina jurisprudencial imperante (tampoco lo hace la Magistrada ponente), como se ha indicado anteriormente, no declara expresamente que exista una razón objetiva que justifique el trato diferenciado entre trabajadores temporales e indefinidos, sino que abre la posibilidad a que la extinción de los contratos temporales puedan encauzarse por la vía del art. 52 del ET.

El TJUE exige la existencia de una razón objetiva que justifique un trato diferenciado en la indemnización que se deriva de la extinción por el fin de la contrata entre el contrato de obra y servicio y el indefinido, indicando que son las distintas expectativas depositadas en estos contratos las que pueden justificar tratamientos jurídicos diferenciados. No obstante, se deduce de la lectura de la sentencia, que el Tribunal intuye que en los supuestos de finalización anticipada de la contrata por voluntad de la empresa principal no sería aplicable el criterio de la previsibilidad del fin del contrato temporal frente al de la falta del cumplimiento de las

⁴⁵ A estos efectos, vid. SSTS 3 y de 8 de julio de 2012 (rec. núm. 1744/11; rec. núm. 3 1657/11, rec. núm. 2341/11). La Sala declara en estas sentencias que deben computarse a efectos de la determinación del despido colectivo las extinciones por fin de contrato en caso de contratación temporal fraudulenta y las extinciones *ante tempus* de contratos temporales.

⁴⁶ STS de 13 de marzo y de 23 de mayo de 2019 (rec. núm. 3970/2016, rec. núm. 1268/2018).

expectativas en el indefinido, razón por la que, bordeando los márgenes marcados por la doctrina jurisprudencial precedente, deja en manos del Tribunal remitente *“examinar si en este caso... se puso fin a dichos contratos de trabajo, antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado, por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y si, por consiguiente, procede conceder a los interesados la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), de dicho Estatuto”*⁴⁷. Incluso, cuando alude a la existencia de una “identidad” en la causa extintiva para todos los contratos (temporales e indefinidos) se percibe a nuestro juicio, ciertas dudas sobre la utilización de esta modalidad de contratación temporal en el marco de las contrataciones.

Más allá de la controversia generada por la sentencia objeto de análisis, lo cierto es que constituye un reflejo más de la necesidad de revisar la redacción de los preceptos legislativos reguladores del contrato para obra o servicio determinado, con la finalidad de evitar interpretaciones que le hagan perder su razón de ser y a su vez permitir su operatividad en los nuevos escenarios de subcontratación empresarial, pero corrigiendo su uso desviado hacia situaciones que precarizan la relación laboral de los trabajadores. A nuestro entender, esta tarea debería encuadrarse en una reforma de mayor calado en el seno de la contratación laboral temporal, que debería partir de una reflexión sobre la definición de las causas de las modalidades contractuales por duración determinada y sobre los límites a las tendencias extensivas que desvirtúan en demasía el principio de causalidad de la contratación temporal.

⁴⁷ Apartado 52 de la sentencia

**EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE LOS
REPARTIDORES DE TELEPIZZA**

Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2019

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO*

SUPUESTO DE HECHO: El conflicto colectivo se suscita a raíz de la implantación de una directriz empresarial por la que se implanta un sistema de geolocalización obligatoria para los nuevos repartidores que accedan a la empresa, siendo potestativa para los que ya formaran parte de la plantilla. Una decisión idéntica a la adoptada por otras empresas del sector y con la que se pretende conocer tanto el tiempo real que se emplea en los repartos, como permitir al cliente seguir el estado de su pedido.

El sistema GPS se introduce a través de los terminales telefónicos de los repartidores que fueran contratados. El control efectivo obliga a que el trabajador porte un teléfono de su propiedad; de esta manera, constituye requisito sine qua non para entablar la relación laboral no solo que el futuro trabajador tenga el precitado medio de comunicación, sino que además acceda a la aplicación indicada por el empleador que asegura su localización, así como que mantenga conectado su aparato durante toda la jornada laboral. Otras obligaciones a las que se comprometen estos trabajadores son las de mantener operativa la línea telefónica y el acceso a internet, de ahí que se regule también en el contrato la consecuencia de su incumplimiento. En ese caso pasará a una situación de suspensión contractual por un período máximo de dos meses, tras ese lapso –se entiende, aunque no se expresa, sin que se haya resuelto– se procederá a la extinción de conformidad con el art.49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. Igual suerte resolutoria cabe señalar para los supuestos de “negativa reiterada” o “imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta”. La empresa, a modo de compensación por el desgaste de la herramienta, entrega al trabajador una cantidad económica que fija en atención al número de horas pactadas.

RESUMEN: La Audiencia Nacional acoge los argumentos esgrimidos por la representación sindical, entendiéndolo que la medida concreta de geolocalización im-

* Profesora sustituta interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ECLI: ES:AN:2019:136.

puesta por la empresa atenta a los derechos de información de los representantes de los trabajadores y de los propios trabajadores afectados, lesionando de igual modo el derecho a la protección de datos de carácter personal de estos últimos. Conclusión que refuerzan los artículos 11 y 90 de la Ley Orgánica de protección de datos y garantía de los derechos digitales (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre)¹.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
2. LA UTILIZACIÓN OBLIGATORIA DEL GPS PARA LOS REPARTIDORES DE TELEPIZZA: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE FEBRERO DE 2019 (SENTENCIA NÚMERO 13/2019)
 - 2.1. El sistema de control empresarial: el GPS
 - 2.2. Sobre la presunta infracción de los artículos 64.5 y .6 del estatuto de los trabajadores
 - 2.3. Sobre la posible vulneración del derecho de protección de datos de carácter personal y del derecho de información de los trabajadores afectados
 - 2.4. Sobre la aportación por el trabajador de su teléfono móvil con conexión a internet
3. VALORACIONES
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: LA FACULTAD DE VIGILANCIA Y CONTROL Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

No es ni mucho menos innovador el discurso acerca de los límites y extensión del poder de dirección empresarial. Hasta dónde llega la facultad natural que define al empleador ha venido tradicionalmente preocupando a los juristas, siendo no pocos los pronunciamientos judiciales vertidos sobre la materia.

La “novedad” suscitada proviene de los medios que puede emplear el empresario para desplegar esas potestades del art.20 del Estatuto de los Trabajadores, sobre todo cuando las “nuevas” tecnologías han dispensado un mundo de posibilidades desconocidas treinta años atrás. Estas nos han abierto a un mundo impensable de oportunidades –laborales y personales– pero, como suele ocurrir, no están exentas de posibles consecuencias no deseadas. Así, simplificando, de un lado el acceso a

¹ A nuestro juicio, han quedado cuestiones sin resolver que hubiera sido recomendable que el Tribunal las hubiera abordado aun cuando fuera obiter dicta, tales y como la imprecisión empresarial en la expresión de “negativa reiterada”, por cuanto la vaguedad con la que se expresa el empleador denota la situación de indefensión en la que quedaría el trabajador de aceptarse esta causa como resolutoria y que, en definitiva, abunda en el dato final considerando que la cláusula resolutoria es nula por abuso de Derecho.

internet nos ha traído indudablemente ventajas a la hora, por ejemplo, de ofrecer mayor visibilidad a nuestros perfiles (y ahora únicamente estamos pensando en la dimensión profesional del sujeto), pero hemos tenido que pagar el peaje de deshacernos de una parte de nuestra privacidad². Si deseamos conseguir cierta proyección a través de las posibilidades que nos brinda internet, tendremos que renunciar a parte de nuestra intimidad. Baste recordar cómo la mayor parte de las aplicaciones o redes sociales exigen la transmisión de datos propios y, a cambio de los mismos, logramos acceder a este nuevo mercado.

Aquí está por tanto la diferencia que, si la trasladamos al ámbito laboral y concretamente a la dimensión empresarial, supone que el empleador va a disponer de una serie de instrumentos informáticos mucho más precisos y potentes que los medios que tenía en el pasado que le van a resultar de suma utilidad para poder desplegar todas sus capacidades organizativas, decisorias y de ejecución, así como –y aquí nos encontramos con el problema que queremos abordar– de control y vigilancia sobre el quehacer de sus trabajadores, lo que finalmente también le supondrá poder ejercer sus facultades disciplinarias con mayor índice de fiabilidad y acierto.

Sin negar este resultado, y centrándonos en las facultades de vigilancia y control que indiscutidamente posee el empleador, en la medida en la que los instrumentos tendentes a supervisar al trabajador son portados –y soportados– por este son susceptibles de provocar injerencias no deseadas en aspectos que pertenecen a la más estricta privacidad del ser humano, lesionando derechos fundamentales y haciendo real el riesgo psico-social al que puede someterse a este empleado.

De todas las medidas o instrumentos de control que puede emplear el empresario, fijaremos nuestra atención en un dispositivo: el GPS, que permite sin género de dudas, localizar e identificar al trabajador durante el tiempo que esté activado y que surgió “como una forma evolucionada de videovigilancia para aquellos casos en los que la actividad del trabajador es móvil”³.

En estos supuestos, la controversia se plantea entre la legítima postura empresarial de conocimiento del cumplimiento de la actividad contratada y la posible lesión concreta que los medios empleados suponen a derechos fundamentales e irrenunciables del trabajador y que, normalmente, suelen ser el relativo a la intimidad (art.18.1 CE) y el de protección de datos (art.18.4 CE).

En lo que hace al primero (derecho a la intimidad) consideramos necesario dispensar, al menos, un esbozo de su contenido esencial. Enraizando con el derecho a

² Goñi Sein, J.L. (2017) “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, en *Revista de Derecho Social*, nº78: “La nueva era comunicativa que inauguran las TIC es del todo punto diversa al mundo cerrado y sustraído a la publicidad, que preconiza el derecho a la intimidad en su vertiente negativa, por lo que su reivindicación y defensa en el mundo digital ha perdido gran parte de su sentido”.

³ Pérez del Prado, D. (2009) “Instrumentos GPS y poder de control del empresario”, *Revista de contratación electrónica*, n. 107, disponible Vlex 74451572.

la dignidad como “valor espiritual y moral inherente a la persona”⁴, la intimidad es una manifestación de la libertad del individuo que se plasma en un doble sentido. Por un lado, desde el prisma positivo, se caracteriza como un derecho de acción, de exigencia de que exista un ámbito que se reconozca como propio de autodeterminación. De igual modo, el citado derecho tiene una faceta que podríamos calificar de negativa, por cuanto se abre la posibilidad de reaccionar frente a determinados comportamientos de terceros invasivos a esta dimensión personal.

De esta forma, el derecho a la intimidad se concreta, a decir por la doctrina especializada –Herrán Ortiz⁵– como “un derecho de la persona a decidir por sí mismo (sic) en qué medida desea compartir con otros sus pensamientos, sus sentimientos y su vida personal”; “de todo ello se concluye que el derecho a la intimidad constituye una respuesta jurídica a las aspiraciones de cada persona por alcanzar un ámbito de desarrollo interior, ajeno a la intromisión de terceros”.

En cuanto a la protección de datos, observamos cómo este derecho fue abordado tempranamente por la Sentencia de 15 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional alemán, identificándolo con la “autodeterminación informativa” que también enlaza con la dignidad humana, siendo este una manifestación de “la facultad del individuo, derivada de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo, cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”⁶.

Este derecho, el de protección de datos⁷, acaso tradicionalmente no gozara de relevancia pero, en la actualidad, los efectos fatídicos que pueden entrañar los nuevos sistemas de información, en lo que hace a la recogida y tratamiento de datos personales, hace fácilmente imaginable su importancia. Lo verdaderamente peligroso –como nos ha hecho ver la doctrina especializada y pronunciamientos como el apuntado *ut supra*– no solo es que la informática pueda recopilar esos datos con velocidad vertiginosa, sino que puede almacenarlos sin límite temporal alguno

⁴ STC 53/1985, de 11 de abril, BOE de 18 de mayo de 1985

⁵ Herrán Ortiz, A.I (2003) El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 26, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pág.11.

⁶ Continúa diciendo el aserto antes mencionado que “la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos de protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona”; a nuestro juicio resulta especialmente ilustrativo el ejemplo que incluye, pues da cuenta de la importancia de esta protección que acaso en abstracto es difícilmente imaginable. Así el Alto Tribunal alemán manifiesta “Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una reunión o iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo renunciará presumiblemente a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales”.

⁷ En la actualidad, “y principalmente después de la STC 202/00, se muestra seguro [el Tribunal Constitucional] en sus afirmaciones ya que primero, institucionaliza definitivamente el término derecho a la protección de datos, antes se había referido a la libertad informática; y segundo, define y delimita el concepto, la naturaleza jurídica y el contenido del derecho a la protección de datos”, Hernán Ortiz, A.I (2003) *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, op.cit., pág.19.

ni constricción espacial y –quizás lo más perverso– que esos datos son susceptibles de ser cedidos a terceros, permaneciendo el sujeto afectado (el titular) en la más absoluta y total ignorancia.

Descendiendo a los argumentos de nuestros tribunales y refiriéndonos concretamente a nuestro Tribunal Constitucional, se deja constancia (así, STC de 30 de noviembre de 2000, STC 292/2000 -RTC 2000/292) cómo el contenido del derecho a la protección de datos está conformado por varias facetas; de un lado, la decisión particular del individuo a disponer de los datos y de otro el control sobre los mismos, lo que en definitiva supone que es el único legitimado para “decidir cuáles de estos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar y que permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. En definitiva, el derecho ahora analizado permite a cada persona disponer –ceder– y controlar –saber– quién posee sus datos y para qué los tiene, pudiendo de igual forma “oponerse a esa posesión y usos”.

Aislada e individualmente es fácil analizar el contenido y extensión de los derechos, pero ¿qué ocurre cuando los derechos –y en particular el de la intimidad así como el de protección de datos– del trabajador se encuentran ante el poder de dirección de su empresario ya sea para organizar o para vigilar e incluso sancionar?

La convivencia pacífica entre las pretensiones empresariales y las que defiende el trabajador va a hacer necesario rescatar el tradicional juicio de proporcionalidad que señalaba nuestro Alto Tribunal y a través del cual, de forma casuística –dado que carecíamos de respuesta legal expresa–⁸, se tenía que valorar la idoneidad de la medida empresarial, la necesidad de esta y su proporcionalidad, lo que a su vez nos reconduce a otra idea asentada de que los derechos no son absolutos y pueden, por tanto, ceder “ante intereses constitucionalmente relevantes”.

Este juicio –el de proporcionalidad– será el que se emplee precisamente por nuestros tribunales (y, como más adelante veremos, también en el aserto que comentamos) para dirimir si concretos sistemas de control (particularmente los relativos a la videovigilancia) son invasivos al derecho de intimidad de los trabajadores.

En este sentido, se viene entendiendo que no constituye lesión alguna al derecho antes referido cuando existen sospechas fundadas y razonables acerca de la comisión previa de un ilícito laboral, cuya constatación se revela como necesaria, siendo un instrumento tremendamente hábil a los fines pretendidos la implantación de cámaras de videovigilancia que certificarán las irregularidades

⁸ Calvo Gallego, F.J.: “Este insuficiente, y por tanto, problemático marco legal, unido a su escaso tratamiento en la negociación colectiva española, ha obligado a una construcción básicamente jurisprudencial de los posibles límites a este poder, en especial en todo lo relacionado con las nuevas tecnologías” (op.cit., pág. 24). Por su parte, Goñi Sein (2017) “Nuevas tecnologías digitales...”, op.cit, indica que “A falta de unos principios específicos en el ordenamiento jurídico laboral, el debate sobre la identificación de los límites del poder de control empresariales a través de las nuevas tecnologías, se sustancia en una doble instancia –por una parte, en sede jurisdiccional y por otra, ante la autoridad de control del derecho a la protección de datos”.

detectadas, aun cuando el trabajador no haya sido avisado específicamente de su implantación.⁹

De esta manera, y centrando el discurso en este momento en los sistemas de videovigilancia por cuanto son los primeros que han suscitado controversias judiciales, se observa cómo la finalidad de la implantación de los sistemas en principio agresivos al trabajador, puede salvar al empresario del reproche jurídico en su actuación. Por descender al terreno concreto, se observa cómo no merece la misma respuesta jurídica la implantación de las cámaras en un casino que captaban el audio y recogían imágenes en unas zonas concretas –que por supuesto no estaban destinadas al recreo del trabajador– susceptibles por sí misma de sustracciones o malas praxis de terceros (así, en la ruleta francesa y en la caja) cuando no ha existido una razón objetiva y previa que avale esta fórmula de control (no hay robos ni conductas presumiblemente ilícitas) que cuando los mecanismos tradicionales de control resultan insuficientes para tutelar el patrimonio empresarial.¹⁰

El criterio de nuestro alto Tribunal es continuista en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de febrero de 2013 (sentencia número 29/2013¹¹); tras exponer que el poder de dirección no es omnímodo, se fundamenta la lesión al art.18.4 CE, por cuanto el empleado carecía de la información que debería haber precisado “las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”.

Mas, la STC de 3 de marzo de 2016 (Sentencia número 39/2016)¹² sienta

⁹ STS de 2 de febrero de 2017, Sentencia número 96/2017, RJ 2017/1628.

¹⁰ STC 98/2000, de 10 de abril, RTC 2000/98. En este caso, se entiende que la conducta de la empresa a través de la implantación de los medios antes comentados no superaba el juicio de proporcionalidad, pues no quedaba acreditada la insuficiencia de los anteriores medios que salvaguardaban el patrimonio empresarial.

¹¹ En esta ocasión el Órgano se enfrentaba a la suspensión de empleo y sueldo de un trabajador por haber sido sorprendido –filmado por las cámaras– llegando tarde y ausentándose antes de finalizar su jornada; el empleado afectado no conocía específicamente de esta forma de control laboral, pues tan solo existían genéricos distintivos anunciando a los diferentes transeúntes (el centro de trabajo era una Universidad) que podían ser grabados.

¹² RTC 2016/39. En este caso el Alto Tribunal desestima las pretensiones de una trabajadora despedida con base a las grabaciones obtenidas por el empresario, por medio de las cuales se constata cómo la misma distrajo una cantidad cierta de dinero de la caja registradora. La trabajadora –los empleados– no conocía de la ubicación exacta de la cámara que vigilaba sus movimientos, aun cuando es cierto que en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios esta empleada sí constaba una advertencia: un distintivo informativo adherido en el escaparate del negocio.

Los representantes de los trabajadores no sabían de la preexistencia ni subsistencia de la específica cámara de seguridad y el empresario demandado y recurrido en amparo acreditada, durante el desarrollo de la litis a la que se dio origen, que la implantación de la mencionada cámara había sido la respuesta empresarial a la previa constancia de “múltiples irregularidades, de lo que podría desprenderse una apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores que trabajaban en dicha caja”.

La sentencia aludida presenta un profundo voto particular formulado por D. Fernando Valdés que de forma sutil recuerda que “confunde la legitimidad del fin (en este caso, la verificación del cumplimiento de las obligaciones laborales a través del tratamiento de datos, art.20.3 LET en relación

un nuevo criterio¹³, considerando que la implantación de cámaras ocultas por el empresario está legitimada si existen sospechas fundadas de incumplimientos laborales anteriores.

No hay que dejar de señalar, no obstante, que en el momento en que se pronuncia el Tribunal Constitucional existía un silencio legal en lo que hacía al específico tratamiento de los datos concernientes a los trabajadores. Esa ausencia de expresión normativa, posibilitaba entender que el consentimiento sobre los datos propios se entendía implícito con la vinculación laboral; así, el concierto del contrato de trabajo posibilitaba al empresario recabar los datos personales de los trabajadores y, de esta forma, no era preciso el consentimiento expreso de los empleados.

De esta forma, la Sentencia distinguió entre el consentimiento y la información que, en todo caso, sí consideró necesaria pero que se ve salvada por la mera advertencia genérica de captación de la imagen. La valoración conjunta de los hechos probados hacen concluir al Tribunal que, de nuevo aplicando el juicio de proporcionalidad, la medida de la empresa fue ajustada a Derecho¹⁴.

Salvando las distancias –por cuanto no gozaban de un escenario normativo que expresamente contemplara “las condiciones en las que un empleador podía recurrir a la videovigilancia de un empleado para investigar un delito penal”– el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta (Sentencia Köpke contra Alemania, de 5 de octubre de 2010) que un sistema de videovigilancia oculto al conocimiento de los trabajadores, es respetuoso con el art.8 del Convenio Europeo¹⁵ por cuanto se

con el art.6.2 LOPD) con la constitucionalidad del acto (que exige previamente la información necesaria, art.5 LOPD)”.

¹³ Sin ánimo exhaustivo, algo similar ocurrirá con la STS 96/2017, en recurso de casación para la unificación de doctrina número 554/2016 (RJ 2017/1628) que desestima los argumentos de vulneración al derecho a la intimidad, por cuanto el trabajador aun cuando no conociera expresamente el destino de las imágenes captadas por los sistemas de videovigilancia sí sabía de su existencia y “Existía constancia de las conductas irregulares”.

En la STS de 1 de febrero de 2017 (Sentencia número 86/2017, RJ 2017/1105) –de nuevo aplicando el juicio de proporcionalidad– se aprecia la inexistencia de lesión al derecho a la intimidad y al de protección de datos, siendo causa justificativa del proceder empresarial la concurrencia de razones de mantenimiento de la seguridad en su negocio.

¹⁴ Los argumentos básicamente pasan por considerar que la medida empresarial era “justificada (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaban apropiando de dinero); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja)” y, por ende, no existe lesión al derecho a la intimidad personal.

¹⁵ Art.8 Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

limitó a la captación de imágenes que afecta a dos trabajadoras y además durante un lapso temporal definido en cuanto a su duración (dos semanas). Al no concurrir estas circunstancias en los hechos que dilucidará la Sentencia de este Tribunal en caso de López Ribalda y otros contra España (sentencia de 9 de enero de 2018) desestimará los alegatos empresariales¹⁶.

Pero los sistemas de vigilancia y control no se escapan a otras posibles consecuencias no deseadas, aun cuando estas se encuentren en otro plano diferente al de la eventual colisión con los derechos fundamentales. Así, es tradicional también –y de nuevo lo veremos aquí con la Sentencia de la Audiencia Nacional– discutir sobre la participación previa de los representantes de los trabajadores cuando el empresario pretende acometer una concreta medida de vigilancia y control¹⁷.

Acaso este último problema pueda entenderse resuelto en lo que hace a los sistemas de geolocalización por mor del art.90 de la nueva LOPD¹⁸, que literalmente dispone que:

¹⁶ Recuérdese que el asunto finaliza en el TEDH tras haber sido inadmitidos los recursos de casación ante el TS y de amparo ante el TC.

Nos parece importante señalar que la sentencia del Juzgado de primera instancia resolvió a favor del empresario con base, fundamentalmente, en la STC 186/2000. En esta última –a diferencia de lo que ocurrió cuando dicta la Sentencia el Juzgado de lo Social de Granollers número 1 de 16 de marzo de 2011– sí teníamos un marco normativo específico que abordaba el derecho a la protección de datos, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, a la que debemos aunar –por ser este un argumento hondamente fundamentado por la parte primero actora y más adelante recurrente– la Instrucción 1/06 de 8 de noviembre de la AEPD.

Centrándonos en el pronunciamiento del TEDH, vemos cómo se resuelve la extralimitación de los poderes empresariales por vulnerarse con su actuación el derecho a la vida privada consignado en el art.8 del citado Convenio. Para fundamentar la conclusión, se parte de unos hechos que básicamente consisten en la instalación de unas videocámaras en unas zonas concretas cuales son los puestos de trabajo de las cajas vigiladas, sin conocimiento previo de estas ni de sus representantes. El contenido de estas grabaciones fue visionado posteriormente por otros trabajadores (concretamente el representante de la empresa y el representante sindical)

De esta forma, la premisa viene dada por la consideración de que cualquier captación de la imagen del trabajador –si es encubierta– ha de ser considerada como “una importante intromisión en su vida privada” y esta será la pauta para interpretar cómo esta concreta medida de vigilancia que “no estaba motivada por una sospecha previa contra las demandantes” y que tenía, por tanto, como destinatario a cualquier trabajador que prestara sus servicios en las cajas registradoras, “durante semanas, sin límite de tiempo y durante todo el horario laboral”, no cumple con los requisitos legales específicos que se señalaban en nuestro ordenamiento jurídico y, en definitiva, cercena el principio de proporcionalidad al que debe acomodarse la actuación empresarial.

¹⁷ En la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de marzo de 2017 (AS 2017/723) se consideró que se vulneraba el derecho a la intimidad de los trabajadores, con la consiguiente declaración de nulidad de la prueba obtenida por el medio de supervisión implantado unilateralmente por el empleador, la instalación de cámaras sin que se hubiera posibilitado previamente la intervención de los representantes de los trabajadores y sin haber informado previamente a los trabajadores ni tan siquiera a través de un genérico aviso.

¹⁸ Ley Orgánica de Protección de Datos (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

Adviértase que la mayor parte de los pronunciamientos judiciales nacionales que han versado sobre sistemas de geolocalización se han ceñido a examinar el derecho del trabajador desde la perspectiva de la intimidad, entendiendo a esta como ausencia o presencia de una expectativa y minimizando el interés por observar los problemas suscitados desde el prisma de la calidad en el tratamiento de datos.

“Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.
2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.”

2. LA UTILIZACIÓN OBLIGATORIA DEL GPS PARA LOS REPARTIDORES DE TELEPIZZA: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE FEBRERO DE 2019 (SENTENCIA NÚMERO 13/2019)

2.1. El sistema de control empresarial: el GPS

Partimos de los hechos desglosados en el comienzo del presente y que provocan la reacción sindical tanto de UGT como CCOO –que habían sido informados de la fórmula controladora, una vez la medida fue hecha pública a través de una normativa interna–.

Los sindicatos manifiestan su oposición frontal a la indicación empresarial¹⁹, entendiéndola:

De un lado, CCOO estima que es insostenible la pretensión empresarial de exigir que sea el propio trabajador no solo el que aporte el móvil sino que asuma el gasto de su conservación, siendo de otro lado desproporcionada la sanción prevista para el supuesto de la falta de operatividad posterior del instrumento telefónico, propugnando su ilegalidad.

De igual forma, este sindicato entiende que se ha vulnerado el derecho a la información por cuanto no se manifiesta empresarialmente al trabajador afectado el tratamiento y los fines de los datos recopilados. En suma, la cláusula contractual sería nula por abusiva.

¹⁹ Recuérdese, en este punto, que la empresa había redactado una cláusula por medio de la cual obligaba a los repartidores de nuevo ingreso a que portaran su dispositivo telefónico, asegurando en todo momento de la duración de la relación laboral la óptima conexión a las redes, so pena de declarar la suspensión contractual e incluso –si la situación se demoraba en el tiempo– la extinción de la relación laboral.

UGT, por su parte, manifiesta su desconfianza de que el móvil pueda ser una herramienta de trabajo²⁰, cuestionando las posibilidades sancionadoras que unilateralmente ha previsto el empresario.

A estas críticas, se le suma Inspección de Trabajo por considerar, básicamente, que la medida empresarial atenta varios preceptos de la norma básica laboral. De un lado, porque el clausulado introduce una condición menos beneficiosa que la que está asumida legal y convencionalmente, produciéndose una quiebra de esta manera del art.3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Además, esta actuación empresarial lesiona abiertamente los postulados de la por aquel entonces vigente Ley Orgánica de Protección de Datos, pues no se prevé en ningún momento la obligación empresarial de proporcionar información exacta y puntual al trabajador afecto acerca de cómo se van a tratar sus datos.

En tercer lugar, Inspección advierte una conculcación en el art. 64.5 del Estatuto de los Trabajadores, al no haberle otorgado a los representantes de los trabajadores la posibilidad de participar y ser consultados en esta materia.

Por último –aunque no menos importante– este organismo expresa que la previsión explícita del empresario sobre las consecuencias jurídicas que entrañaría la actuación del trabajador que incumple esta nueva directriz empresarial de mantener operativo el móvil durante la jornada laboral, supone una perversión de las instituciones jurídicas de suspensión y extinción por causas válidamente consignadas en el contrato.

2.2. Sobre la presunta infracción de los artículos 64.5 y .6 del Estatuto de los Trabajadores

La empresa entendía que la medida alcanzada podía ser decidida unilateralmente por ella con base a su poder de dirección, a diferencia de lo apreciado por las demandantes que sostienen la necesidad de ser informadas previamente de manera adecuada para poder emitir su dictamen en el plazo que legalmente tienen para ello.

Entienden en este sentido que la información suministrada por la empresa limitándose a informar de la medida que pretendía implantar es a todas luces insuficiente.

La Audiencia Nacional estima la pretensión sindical pues los representantes de los trabajadores tenían derecho a conocer previa y exactamente el funcionamiento y alcance de la aplicación, los datos que iba a recoger, qué compromisos concretos se exigían a los trabajadores y cuál era el destino de la información que se proporcionaba a través de la aplicación, todo con base a los preceptos anteriormente reseñados y reforzando su argumentación con el actual art.90.2 de la LOPD.

²⁰ Aunque podamos intuirlos, no aparecen reflejados los motivos barajados por este sindicato para esa “desconfianza”.

2.3. Sobre la posible vulneración del derecho de protección de datos de carácter personal y del derecho de información de los trabajadores afectados

Partiendo de la incontrovertida naturaleza jurídica de que los datos de localización de una persona constituyen datos de carácter personal²¹, examina la doctrina contenida en nuestras Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, que, a su vez, recogen asertos constitucionales para, y conforme a la aplicación del juicio de proporcionalidad, dejar constancia de que la medida no supera este canon aun cuando sí responda a fines constitucionalmente legítimos, proponiendo al efecto otros sistemas alternativos menos agresivos para el trabajador, cuales pueden ser la implantación de sistemas de geolocalización en las motos²² de las que se valen para sus encargos o pulseras que “no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios y lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico”.

En lo que respecta al derecho de información de los repartidores, la Audiencia Nacional entiende lesionado este derecho tanto al amparo de la normativa vigente durante el inicio del conflicto como a la luz del actual art. 11 y 90 de la LOPD.

2.4. Sobre la responsabilidad del trabajador a la aportación por el trabajador de su teléfono móvil con conexión a internet

Situados ahora en el plano de la más estricta legalidad ordinaria, se examina la exigencia empresarial de que el trabajador aporte su propio teléfono móvil para desarrollar la actividad laboral.

La Audiencia manifiesta que si se admite esta pretensión del empresario se estaría haciendo caso omiso a uno de los requisitos que definen la relación laboral, cual es la ajenidad en los medios, sin que sea factible realizar la analogía con lo que ocurre con los falsos autónomos.

De otro lado, y derivada de la exigencia anterior, de admitirse la pretensión empresarial se estaría desplazando la obligación que recae en esa parte –empleador– de dar ocupación efectiva (art.4.2.a) y art.30 ET) por cuanto cualquier problema que sufriera el trabajador al no poder activar el sistema de geolocalización le acarrearía una suspensión con los efectos que tal declaración entraña para la relación laboral.

²¹ Calvo Gallego, F.J. : “ Artículo 90. Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”, 2019, pág. 2: “...cuando estos objetos, singularmente etiquetas, vehículos o dispositivos electrónicos, pueden relacionarse aun de forma mediata o indirecta con una persona física determinada, los datos que proporcionen no serían ya genéricos o simplemente informaciones geográficas, sino auténticos datos personales –art.4.1 RGPD–, sometidos a las garantías que se derivan tanto de la normativa europea como española”.

²² La misma consideración –el GPS en el vehículo es menos invasivo que si se instala en el teléfono móvil– para la STSJ Asturias de 27 de diciembre de 2017 (AS 2018/296).

Se estima, igualmente, que la cantidad económica otorgada por el empresario para compensar el gasto por desgaste-conservación del terminal telefónico es, a todas luces, insuficiente, tras haber hecho –y así consta en la sentencia– los cálculos sobre los gastos que reportaría un móvil de gama baja.

En línea con lo anterior, la previsión de la cláusula de resolución no prevista por convenio es en realidad una forma de despido disciplinario que, además, no encuentra cobertura legal, pues su aplicación no exige la concurrencia de las notas de culpabilidad y gravedad ni observar los requisitos formales preceptivos que se regulan en el art.55 del Estatuto de los Trabajadores.

3. VALORACIONES

Echamos en falta un análisis más exhaustivo y fundamentado de cada uno de los puntos que se sometían a su consideración, debiendo –pues la ocasión lo merecía, aunque no sea una exigencia legal– haber anudado a cada uno de los hechos probados su correspondiente conclusión jurídica.

Así, a título de ejemplo se observa que como hecho probado en la Sentencia también se recoge el funcionamiento de la aplicación, y esta circunstancia –desde nuestra visión– no ha sido valorada. En la actualidad la posibilidad de acceder a la cámara no se ha activado, por lo que únicamente los datos almacenados son los relativos al trayecto del trabajador, concretamente la representación en un mapa de la ruta que sigue el repartidor, al que de otro lado, se identifica con un código numérico que tiene una validez de 8 horas o, en su defecto, coincidiendo con la finalización de su jornada laboral, no asociando de forma estable un número a un concreto trabajador.

Si el trabajador-repartidor no tiene ningún encargo pendiente, no se produce el envío de ningún dato. Los datos (relativos únicamente al número de identificación del repartidor) se almacenan en una base desde la que se interpretan para representarlos en el mapa correspondiente al lugar desde donde se hayan realizado los pedidos. Los datos son automáticamente borrados al día siguiente.

No es posible acceder a la información por parte de terceros. Para la instalación de la aplicación basta con proporcionar un correo electrónico o número de teléfono móvil.

Asentados los considerandos anteriores, y siempre desde nuestro punto de vista, hay que diferenciar entre los dos planos examinados por la Sentencia, pues cada uno de ellos merece un tratamiento diferente. Así pues, encontramos de un lado el examen del posible derecho fundamental lesionado y de otro el análisis del terreno puramente legal que nos conduce a dilucidar si concurren los requisitos legales relativos a la información al trabajador afectado y la previa consulta a quienes son sus legítimos representantes.

En cuanto al primer análisis nuestra modesta opinión es no hay lesión de ningún tipo. La sentencia es realmente parca cuando analiza la posible contravención constitucional (le dedica a ello un escaso fundamento jurídico –el Sexto–); había que acudir al criterio de la proporcionalidad, ciertamente, pero –y prueba de ello son los pronunciamientos antes aludidos– descendiendo sobre el terreno concreto. Esto es, si bien es cierto que el parámetro para medir la conducta empresarial estriba en la aplicación del principio de proporcionalidad, para comprobar si este se cumple es preciso descender casuísticamente, analizando los hechos que concurren en cada supuesto para anudar sus correspondientes consecuencias jurídicas.

A nuestro juicio esto no ha ocurrido en el pronunciamiento judicial que hoy se analiza. Se reseñan los criterios ya conocidos para realizar el juicio de proporcionalidad, remitiéndose para ello a otros supuestos de hecho en vez de desgajar los hechos probados para constatar si la medida empresarial era adecuada e idónea.

De un lado se echa en falta –a nuestro juicio siempre– un examen más pormenorizado y que sin restar importancia a los pronunciamientos judiciales de duplicación nos conduzcan a Altos Tribunales, pues son la fuente a la que hemos de acudir cuando se trata de fundamentar cuestiones jurídicas²³.

¿No tiene ninguna trascendencia para el fallo el cómo funciona la aplicación en la práctica? Entendemos que esta circunstancia sí es relevante a los efectos finales. Partimos de la consideración de que si la prueba sobre la misma se consideró pertinente, se debería haber valorado conforme a los datos que se extraían de la misma. No podemos dejar de preguntarnos qué hubiera ocurrido si la información vertida por la pericial hubiera sido otra diferente y, concretamente, se hubiesen arrojado datos de los que inferir nítidamente que sí se producía una huida de datos a terceros, entonces, en ese caso, ¿se habrían tenido en cuenta?

Continuemos con las afirmaciones de la Audiencia Nacional; salvando esta fórmula de invocación a pronunciamientos destacados pero que no constituyen jurisprudencia, observamos cómo no se aprecia la proporcionalidad de la medida empresarial por cuanto existen otras fórmulas menos agresivas al derecho controvertido, cuales puedan ser colocar el GPS en el medio de transporte del trabajador o que este porte una pulsera que indique dónde se encuentra.

Entendemos que efectivamente el GPS instalado en la motocicleta o ciclomotor es menos invasivo²⁴ que la aplicación móvil que se exige, básicamente porque es un objeto el que lo tiene adherido y no acompaña en todo momento al sujeto, por lo que este no está permanentemente ubicado, pero no acertamos a entender cómo la pulsera que llevaría en su propio cuerpo el trabajador afectado puede ser

²³ Obsérvese, además, como en el exiguo Fundamento de Derecho está reflejado literalmente el precepto –art.90 LOPD– y la literalidad de la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, que son los que prácticamente se emplean para deducir la lesión al derecho fundamental.

²⁴ Recuérdese que el Dictamen 2/2017 emitido por el Grupo de Trabajo el 8 de junio de 2017 señalaba como deber empresarial la selección de dispositivos de seguimiento que consigan garantizar el respeto a la privacidad del trabajador.

menos incisiva a sus derechos fundamentales (intimidad y nos atrevemos a decir dignidad) que la aplicación móvil que se cuestiona.

Echamos en falta que se explique precisamente cómo estas opciones que ofrece el Tribunal (que, de otro lado, no le corresponde valorar al órgano jurisdiccional, por cuanto es una potestad empresarial el fijar los medios de vigilancia y control, quedando reservado para el órgano el control ex post) son menos lesivas y alcanzan el fin pretendido y constitucionalmente también digno de protección del empresario.

Así, consideramos que el GPS en la motocicleta no cumple con la finalidad a la que iba destinada la aplicación y ello porque el recorrido que realiza el trabajador para culminar con éxito la labor de pedido no se lleva a cabo únicamente en este medio de transporte. El trabajador tendrá que, a golpe de borceguí, consumir la entrega del pedido y acaso esto también es lo que quiere ser objeto de control por parte del empresario y por parte del cliente. A lo mejor, los retrasos en la entrega se producen no por el camino que con el vehículo se recorre, sino en la demora –imputable o no al trabajador, es esta una cuestión que en este momento no se ha de analizar– del camino que se ha de realizar andando.

Si la preocupación que subyace en la mente del enjuiciador es el temor a que el trabajador pudiera estar permanentemente controlado porque, por descuido –por ejemplo– el trabajador no desconectara la aplicación cuando finaliza la actividad laboral (circunstancia esta que entra en el mundo de lo hipotético y de la que, en todo caso, el empresario no sería responsable), el mismo recelo podría presentar la pulsera que indica podría portar el trabajador, pues resulta también posible que este no se despoje de este elemento justo en el momento en que finaliza la jornada.

Continuando con este argumento –el relativo a la falta de idoneidad de la pulsera sugerida– es posible precisamente (dadas las desproporcionadas consecuencias con las que el empresario anudaría la omisión de este mecanismo de control) que el trabajador antes del inicio de su jornada ya lleve esa insignia de control para evitar olvidos de última hora, con lo cual entendemos que la vigilancia a través de este medio puede ser más exhaustiva que el de implantarla en un móvil, al ser este un instrumento cotidiano.

Se siguen obviando determinados hechos probados –constan como tales en la sentencia comentada– a través de la prueba pericial. No se puede olvidar, a nuestro juicio es un dato que tiene una entidad en absoluto desdeñable, que al trabajador se le concede la alternativa de elegir cómo acceder a la aplicación, a través del número de su teléfono móvil o facilitando un correo de contacto²⁵.

En este punto enlazamos con nuestra introducción, ¿cuál es la condición que en el tráfico ordinario se impone al sujeto a poder descargar una aplicación?

²⁵ En el Fundamento de Derecho Sexto letra g, se indica que “los trabajadores para descargar la aplicación en su teléfono móvil han de proporcionar un número de teléfono o una dirección de correo electrónico en la que reciben el código de descarga”.

La identificación de su beneficiario ya sea a través de un correo electrónico y/o de la aportación del teléfono móvil. Así pues, la petición de los datos que realiza la empresa a fin de poder instalar la aplicación no es extraña al tráfico normal.

Pero es que, además, hay un dato que nos parece de especial importancia y al que ni siquiera se alude cuando se resuelve esta posible lesión al derecho fundamental. El trabajador era libre de o bien facilitar su teléfono móvil para instalar la aplicación o bien hacerlo a través de la aportación de una cuenta de correo electrónico. Así, si lo que se pretende es garantizar el derecho a la intimidad y protección de datos, el trabajador que pueda sentir un lógico temor a ser invadido, puede acceder a través de una cuenta de correo electrónico creada y mantenida solo a los efectos de que se proceda a la instalación de la aplicación, sin facilitar por tanto información personal –si no lo desea– alguna.

La realidad como criterio hermenéutico ha de ser contemplada también para resolver las situaciones jurídicas conflictivas. Es frecuente la imputación a nuestra norma –específicamente la laboral– de que no resuelve cuestiones reales y problemas que en la práctica se producen, entendiéndose (una muestra, a nuestro juicio, es el art.18 del Estatuto de los Trabajadores) que en muchos casos la norma está obsoleta. Pues bien, esa realidad no puede ser desconocida por los tribunales, como tampoco puede dejar de valorarse una prueba que se ha considerado acreditada (la opción del trabajador a facilitar la cuenta de correo o el móvil que destina al trabajo).

Los hechos se prueban, se acreditan y aparecen como tales reseñados en un aserto para derivar conclusiones jurídicas de los mismos. No es factible a nuestro juicio dejar constancia de los hechos probados y omitir la consecuencia jurídica que se derivan de los mismos.

Abundando en esta idea, también se omite la elucubración sobre otro de los hechos probados que a nuestro juicio es totalmente pertinente para la solución final de la controversia: la circunstancia de que la subsistencia de los datos se hacía coincidir con la duración de la jornada diaria, sin que hubiera un registro de aquellos²⁶. De igual modo, tal y como consta probado por la pericial, esta información en ningún momento pasaba a terceros.

El juicio de proporcionalidad no estaba –a nuestro juicio– por tanto cerrado, por cuanto los datos anteriores eran necesarios para estimar si se producía o no una lesión al derecho a la privacidad. Nuestra aseveración no quiere conducir al

²⁶ En este sentido, recuérdese como la STJ de 2 de octubre de 2018, Ministerio Fiscal, asunto C-207/16 entendió que la protección al derecho de intimidad y al de protección de datos no es uniforme, sino que depende de cuánto tiempo se almacenen los datos y la exactitud de los mismos. Aquí, en el aserto comentado, se afirma que cada día los trabajadores-repartidores tienen un número aleatorio diferente, lo que supone que el trabajador no sea identificado a través de un único código, lo que en definitiva implica que se asocian los datos diariamente. Nadie sabe –salvo si se realizan otro tipo de actuaciones que sí podrían ser lesivas al derecho de intimidad o protección de datos– más allá de la jornada diaria el tiempo que tarda un concreto repartidor en hacer el pedido. No se pueden extraer conclusiones más allá de la indicada jornada laboral diaria.

lector a un terreno de negación de que esos datos sean “peligrosos” en el sentido que recoge Calvo Gallego²⁷, por supuesto que lo son pero esta aseveración no nos debe conducir a la afirmación de que su tratamiento fuera de las previsiones legales conduce a la inexorable declaración de atentado contra los derechos fundamentales.²⁸ Lo que aquí consta no es un desconocimiento palmario del trabajador acerca de la cesión de datos, pues la conoce (aunque efectivamente no con la exhaustividad que merece, ni tampoco del destino de esos datos) por lo que no puede ser parangonado con otros asertos jurisprudenciales en lo que hace a la lesión del derecho fundamental.

Creemos que le bastaba al Órgano acudir a los textos más importantes que desde el ámbito europeo ofrecen las pautas precisas a fin de interpretar qué tipo de dispositivos de control son absolutamente inviables por lesionar derechos fundamentales de los trabajadores. Así, la Recomendación del Comité de Ministros de los Estados Miembros de 1 de abril de 2015²⁹ nos aporta esas máximas que, a continuación, pasamos a recordar.

De un lado nos encontramos con que:

1. No deben admitirse los instrumentos cuyo objetivo central es el control de la actividad y el comportamiento del trabajador.

Si aplicamos esta aseveración al supuesto que hoy nos ocupa, observamos cómo la medida empresarial de vigilancia está amparada jurídicamente, siendo el instrumento que se ha escogido como medio para llevar a cabo este control el GPS que tiene como objetivo directo el control de tiempos, esto es, no supervisa el comportamiento del trabajador –ni siquiera se tiene constancia a través de este sistema de cuál es el mismo– ni tampoco controla la actividad que se desarrolla.

Presente hemos de tener en todo momento que el sistema de control se aplica solo a unos trabajadores concretos: los repartidores.

2. La finalidad a la que deben atender esos medios de vigilancia son los relativos a la buena gobernanza de la actividad profesional o aquellos relacionados con la salud o seguridad.

El GPS que la empresa implanta obedece a una clara finalidad –no discutida– de optimizar los recursos humanos y conseguir que la productividad de

²⁷ Calvo Gallego, F.J. “Artículo 90...”, op.cit., pág. 3. Destaca que si bien es cierto que los datos de localización no se incluyen “expresamente en la categoría de datos “especiales” del art.9 RGPD, presentan sin duda una evidente singularidad o, si se nos permite, “peligrosidad” sobre todo cuando su tratamiento se hace de forma relativamente exacta y prolongada en el tiempo”.

²⁸ Una clara conculcación al derecho de intimidad o de libertad informática se provocaría ante determinadas acciones empresariales tendentes al control de la actividad laboral desde el propio móvil del trabajador: Cremades Chueca, O. (2018) “El enriquecimiento injusto en la utilización del dispositivo móvil personal con fines profesionales” (Bring Your Own Device) en *Trabajo y Derecho*, nº 47.

²⁹ Para un estudio más detallado, Calvo Gallego, F.J (2019): “Artículo 90...”, op.cit., pág. 9, sobre el que nos basamos para establecer cada uno de los puntos reflejados con números arábigos en el cuerpo del presente.

determinados trabajadores alcance los estándares empresariales en lo que hace a la optimización del tiempo.

Por supuesto, este sistema concreto de control supone una supervisión indirecta del trabajador, más hay que recordar que esta consecuencia está admitida³⁰ y se considera lícita también para la citada Recomendación, pues hemos de partir cómo el interés legítimo que ostenta el empresario es un fundamento sólido para sustentar una concreta medida de vigilancia y control³¹.

A ello hemos de aunarle la circunstancia de que nos encontramos ante un servicio concreto que presta la mercantil: el reparto a domicilio, no siendo –aunque pueda resultar obvio– la única empresa que satisface esta necesidad del cliente. Creemos que es razonable pensar que la persona que solicita la comida desea que el reparto se haga con la mayor celeridad, e incluso opinamos que no es descartable que uno de los aspectos que valore el consumidor a la hora de dirigirse a una u otra cadena de comida, se haga en función de la rapidez con la que se tramita el pedido. Aquí tenemos, a nuestro juicio, la justificación más que razonable (y no exportable a otro tipo de empresas e incluso tampoco a otro tipo de trabajadores que prestan sus servicios para esta misma entidad) que tiene el empresario de implantar esta concreta medida de vigilancia.

Desde la perspectiva empresarial, razonable nos parece pensar que una de las expectativas legítimas que tiene el empleador sobre los repartidores es que estos realicen con diligencia la tramitación de pedidos. No es un control caprichoso.

3. Adopción de garantías para proteger los datos personales y respetar la intimidad de los afectados.

No nos cabe duda que estas se cumplen. Recuérdese que en los hechos probados, se garantiza esa confidencialidad. En el decimoquinto se señala que “ningún tercero puede acceder a los datos allí almacenados sin contar con las debidas autorizaciones y permisos de acceso”. De otro lado, concurren los requisitos de protección y privacidad –reflejo literal del mismo hecho– de datos establecidos en el Reglamento Europeo.

³⁰ Calvo Gallego, F.J., “Artículo 90...”, op.cit., señala en relación con las tecnologías de geolocalización que “solo debieran incorporarse si son necesarias para cumplir los objetivos legítimos perseguidos por los empleadores y si su uso no conduce a un control permanente de los asalariados. De ahí que, en definitiva, el control de los trabajadores mediante estos instrumentos no debería ser el objetivo principal, sino solo una consecuencia indirecta de una acción necesaria para proteger la producción, la salud, la seguridad o la gestión eficiente de una organización”. Esa eficiencia a la que alude el actor está aquí presente y es una realidad, tal y como se acredita de la razón que impulsa al empresario a implantar el GPS: su competidora ha llevado a cabo este sistema de control, logrando una mayor eficiencia. Esto es, la implantación del GPS obedece no a meras elucubraciones teóricas del empresario sino a datos reales que le hacen pensar que sus recursos serán mejor aprovechados con la aparición de esta aplicación que controla determinadas acciones laborales del trabajador.

³¹ De nuevo Calvo Gallego, F.J., “...”, op.cit., pág. 11 que trayendo a colación el Dictamen 13/2011 del Grupo –16 de mayo de 2011– señala “cómo los empresarios deberían analizar si este control constituía una necesidad demostrable con un fin legítimo y sopesar además dicha necesidad con los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores. En tales casos, la base jurídica del tratamiento podría ser el interés legítimo”.

La aplicación –continuamos basándonos en la prueba pericial– no almacena ningún dato “relativo al empleado/repartidor, más allá del código numérico asignado por el “Monitor de reparto” (cuyo número –código– recordemos era diferente cada jornada) “mientras no se cierre la sesión en el dispositivo” (clausura que realiza el propio trabajador) “o el código haya expirado” (que tenía una validez máxima de 8 horas³²).

En lo que hace al resto de argumentaciones del Tribunal sobre aspectos que rozan ya el plano de la más estricta legalidad, no podemos dejar de manifestar nuestro más absoluta conformidad.

De un lado, porque la intervención necesaria a los representantes de los trabajadores no se produce³³. Efectivamente, no se les otorgó la posibilidad de conocimiento previo sobre el funcionamiento de la nueva medida y, por ende, se les negó su potestad legal de informar previamente sobre la misma³⁴.

Esa información tampoco es accesible para el trabajador concretamente afectado, a pesar de que este tiene derecho a conocerla, actualmente previsto en el art.90 LOPD pero que ya fue puesto de manifiesto en el ámbito de la Unión Europea por el Grupo de Trabajo en su Dictamen 2/2017³⁵ de 8 de junio y también en la Recomendación de la que hablábamos párrafos atrás (Comité de Ministros de los Estados Miembros de 1 de abril de 2015 –CM/Rec (2015)5–). A mayor abundamiento, no olvidemos que el Reglamento de Protección de Datos (Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016) parte en su Considerando número de la capacidad normativa de los Estados y la convencional siempre sobre la “base del consentimiento del trabajador” acaso como manifestación del principio de transparencia (ex art.88. 2 del RPD).

De todas formas, y sin pretender restar importancia a la necesidad de facilitar esa información a su legítimo destinatario, esto es, el trabajador, entendemos que las consecuencias de esa falta de información no son las mismas que las que con antelación los Tribunales han tenido la oportunidad de analizar. Así, a nuestra memoria llegan los asertos que dilucidaban si la simple exposición de un cartel

³² El Grupo de Trabajo antes aludido, señalaba la necesidad de establecer un lapso para conservar los datos que no fuera superior a dos meses. Creemos que esta referencia nos aporta la idea de valoración de unos datos que se almacenan solo por ocho horas. Estos criterios temporales también nos permiten dilucidar acerca de la posible transgresión a un derecho fundamental del trabajador.

³³ Pérez del Prado, D. (2009) “Instrumentos GPS y poder de control del empresario”, op.cit., recuerda cómo el informe a recabar de la representación unitaria ex art.64.1.3.d) ET es “una cuestión de mera legalidad ordinaria”.

³⁴ Consciente de la importante labor desempeñada por los representantes de los trabajadores también en relación con esta fórmula de control, la CM/Rec (2015) 5, sugiere que sea el convenio colectivo el que contenga las pautas de estos sistemas de vigilancia.

³⁵ Es ese “deber de transparencia” aludido por Calvo Gallego, F.J. “Artículo 90...”, op.cit., pág.12. “... el Dictamen recuerda, por ejemplo, cómo en los casos de nuevas tecnologías, el deber de transparencia –y, por tanto, el deber de información– se hace más “evidente” para un tratamiento leal de los trabajadores”. Todo ello sin perjuicio de considerar –como así lo hace el autor y el Dictamen– que el consentimiento del trabajador no equivale per se a la viabilidad de la medida.

informativo a la vista de hipotéticos clientes y trabajadores era suficiente como para entender que determinados medios de control estaban justificados³⁶. El desconocimiento de estos trabajadores sobre esa vigilancia era superior –y a pesar de ello el Tribunal Constitucional entiende no violado el derecho– a la inopia a la que se enfrentan estos concretos trabajadores/repartidores, pues son conocedores –de hecho ellos son los que han de descargarse la aplicación y saben desde el principio, esto es desde que se inscriben a la oferta de trabajo– de estas reglas de vigilancia y control, aun cuando efectivamente no se les haya explicado pormenorizadamente en qué consisten.

El sistema que la empresa hoy implanta en absoluto es secreto.

Otro aspecto de legalidad que nos parece adquiere una gran relevancia es el que se plantea sobre la previsión de la empresa en torno a la declaración de la suspensión contractual automática en los supuestos en los que el trabajador no procede a la sustitución del móvil que se encuentra en estado defectuoso. Recordemos que esta situación –y no nos queda claro que el plazo de 10 días sea suficiente conforme a los estándares normales en el mercado para arreglar los desperfectos o saber si ante la carestía de su reparación, se impone la sustitución– supone la imposición al empleado de una sanción que no solamente no está recogida en el convenio de aplicación, sino que además incumple frontalmente con los requisitos previos que han de exigirse a todo incumplimiento laboral: la culpabilidad y la gravedad. La suspensión contractual la contemplamos aquí como sanción y efectivamente admitir la misma supone a la postre lo que la Audiencia reflejaba en torno al desplazamiento de la titularidad del deber a la ocupación efectiva.

Y si esto es así con relación a la suspensión del contrato, mucho más si aludimos a la sanción que finalmente podría imponer el empresario, el despido disciplinario –al ser la cláusula de extinción manifiestamente abusiva– al que parece que el trabajador se ve automáticamente abocado en los supuestos en los que –prescindiendo de la gravedad y culpabilidad de nuevo– no porta el sistema móvil indicado por la empresa en los plazos que esta señala.

A mayor abundamiento, habría que indicar que la conducta que unilateralmente señala el empresario como transgresora de los deberes contractuales laborales queda indefinida al emplearse el adjetivo “reiterada” cuando se refiere a la negativa del trabajador a aportar la herramienta de trabajo. En este punto, el lector se pregunta, ¿cuántas veces ha de negarse el trabajador a portar el útil? ¿Basta con dos días? En definitiva, la entrada de estas causas de suspensión y de extinción se han dejado al albur de una de las partes contratantes, el empresario, con el peligro que su valoración unilateral conlleva.

Por supuesto, y ya casi finalizando, la exigencia empresarial tanto de que el trabajador aporte el útil de trabajo como de la ínfima cantidad que se pretende

³⁶ Al respecto, véase la antes citada STS de 2 de febrero de 2017, Sentencia número 96/2017, RJ 2017/1628.

dispensar al empleado por el desgaste de tal herramienta, vuelve a darnos muestra del abuso empresarial, del enriquecimiento injusto del empleador³⁷ que se produce –de conformidad con el entendimiento más genuino de esta doctrina– al establecer esta obligación de aportación de dispositivo propio del trabajador “sin título jurídico ...o, existiendo dicho título, este último no es compensado adecuadamente y además se tiene la capacidad en abstracto de alternativas” provocándose “de facto una transferencia de utilidad”³⁸.

4. CONCLUSIONES

La sentencia hoy comentada ha sido valorada positivamente por nuestra doctrina laboral más especializada, apreciándose la vulneración del derecho a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores, lo que en definitiva supone la imposibilidad de llevar a cabo el control de la actividad de los repartidores cuando el instrumento para controlar la misma es el GPS, entendiéndose que es invasivo y que existen otras medidas más proporcionadas para alcanzar el objetivo de supervisión de la actividad prestacional.

De igual modo –y en este sentido parece que los servicios jurídicos de la competidora de Telepizza acaso han sido más eficaces– la forma a través de la cual se ha implantado este sistema de control choca abiertamente con el panorama legal que existía cuando el proceso comenzó y, aún más pudiera decirse lesiona frontalmente la previsión expresa contenida en el art.90 LOPD, al no haberse garantizado ni la oportuna intervención previa de los representantes de los trabajadores ni la información a los concretos empleados afectados por tal medida.

Desde nuestro modesto punto de vista, las cuestiones que en torno a los sistemas de vigilancia y control se puedan plantear, han de resolverse –para concluir si son o no lesivos a los derechos fundamentales– preguntándonos sobre

³⁷ Cremades Chueca, O. (2018) “El enriquecimiento injusto en la utilización del dispositivo móvil personal con fines profesionales” (Bring Your Own Device) en *Trabajo y Derecho*, nº 47. Reseña este autor en su artículo cómo el ahorro anual medio del “uso por parte de los empleados de los dispositivos móviles (teléfonos móviles, ordenadores portátiles, tabletas, etc) personales para uso profesional” –BYOD– supone un ahorro anual de costes empresariales entre trescientos cincuenta y mil seiscientos cincuenta dólares por trabajador. Aparte de este nada despreciable dato económico, se señalan como ventajas para esa aportación del útil personal la “familiaridad-libertad que tiene el trabajador en utilizar su dispositivo y la mayor disponibilidad (locativa y temporal) para trabajar”. Continúa este autor proponiendo que ante la exigencia de aportación de dispositivo propio del trabajador como herramienta laboral, se debería retribuir específicamente, entendiéndose que “este principio de retribución específica se incumple cuando no hay una cláusula contractual que ampare el BYOD (imposición empresarial del BYOD sin título jurídico) o bien, existiendo, sin retribución específica adecuada” y proponiendo una reforma del art.85 del ET, con el objeto de incluir en los convenios colectivos una serie de directrices para proteger los derechos de los trabajadores, haciendo hincapié en los métodos de control empresariales y esa retribución a la que se ha aludido.

³⁸ IBÍDEM.

las cuestiones puestas de manifiesto por Calvo Gallego, esto es: “legitimidad de los fines, la licitud del tratamiento, la proporcionalidad y minimización de los datos, la seguridad de los ficheros o la duración de la conservación de los mismos”³⁹.

Ninguno de estos –a nuestro juicio– ha sido examinado con profundidad por el aserto hoy comentado, pudiendo dar la sensación (siempre hablando en nuestra opinión) de que la omisión de las pautas legales que ciertamente existían en el supuesto que suscita el debate, han sido suficientes para también concluir con la existencia de la lesión del derecho.

En definitiva, parece cómo este pronunciamiento no sigue la estela marcada por los parámetros que anteriormente se han puesto de manifiesto (y atinentes a la finalidad empresarial, la necesidad de la medida, la limitación temporal, etc.) al entender que son otras las cuestiones que hay que examinar para entender lesionado un derecho fundamental. Así, a nuestro juicio, más que el argumento de la proporcionalidad, la Sentencia se ha fijado para apreciar el atentado al derecho, en la obligación legal de información que aquí se entiende obviada⁴⁰, junto al claro abuso empresarial al pretender desplazar el gasto que supone la adquisición y conservación de un útil de trabajo al empleado, así como las consecuencias sancionadoras a la pérdida de esta herramienta incluso superiores que las que podrían merecer otros incumplimientos laborales del trabajador que automáticamente no suponen ni la suspensión ni, por supuesto, la extinción contractual.

Insistimos en que el comportamiento del empresario al exigir la aportación de la herramienta imprescindible a su juicio para acometer la prestación de servicios es abusiva, sin que la exigua compensación económica sea suficiente como para cubrir los gastos que el mantenimiento y la conexión a internet suponen. Ese juicio en torno al manifiesto abuso de derecho del empleador se observa aún más claramente cuando se comprueban las consecuencias que entraña para el trabajador y que, en ocasiones, no está ni siquiera en su mano resolver.

Desde luego no se puede pretender válidamente disfrazar de cláusula resolutoria lo que en realidad sería una posibilidad extintiva que recae en la discrecionalidad unilateral del empresario, sin embargo estos comportamientos abusivos no nos pueden llevar a concluir que hay lesión de derechos fundamentales.

³⁹ Calvo Gallego, F.J (2019), “Artículo 90...” op.cit.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 25 ahonda en esta cuestión destacando cómo los parámetros utilizados por nuestra doctrina constitucional y por la propia doctrina judicial no valoran aspectos como “la existencia o no de un fin empresarial determinado, lícito y legítimo, su tratamiento posterior de manera compatible con los mismos, la necesidad o no de estas medidas y su rechazo ante la existencia de otros mecanismos menos invasivos para la esfera privada del trabajador, la limitación al máximo de los datos recabados en función del fin legítimo admitido, su adecuación y pertinencia, el rechazo a todo mecanismo de seguimiento constante –aún más cuando este no resulte necesario–, la existencia o no de medidas de seguridad en el acceso y tratamiento de estos datos, o la duración de la conservación de los mismos”.

No podemos descartar la idea de que primero ha sido la conclusión y después los argumentos jurídicos –débiles a nuestro juicio– para alcanzar la misma. Y esta aseveración la realizamos fundamentalmente tras constatar cómo esa prueba pericial a la que hemos hecho referencia a lo largo del presente, ha sido completamente obviada para obtener el resultado final.

3

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL-JUNIO DE 2019

Decreto 439/2019, de 2 de abril, por el que se determinan los puestos de personal eventual de la Junta de Andalucía y sus condiciones retributivas. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 66 de 05/04/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 450/2019, de 9 de abril, por el que se dictan normas para facilitar la participación de las personas trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus Agencias en las elecciones generales, convocadas para el día 28 de abril de 2019. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 72 de 15/04/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 451/2019, de 9 de abril, por el que se amplía el plazo para la entrada en vigor del Decreto 187/2018, de 2 de octubre, que aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los servicios sociales de Andalucía y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 509 de 15/04/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 461/2019, de 7 de mayo, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2020. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 90 de 14/05/2019 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 463/2019, de 14 de mayo, por el que se dictan normas para facilitar la participación de las personas trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus Agencias en las elecciones locales y europeas, convocadas para el día 26 de mayo de 2019. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 93 de 17/05/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 5 de abril de 2019, por la que se regula y aprueba el Mapa de Servicios Sociales de Andalucía. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 70 de 11/04/2019 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 5 de abril de 2019, por la que se convocan proyectos de formación profesional dual para el curso académico 2019/2020. Organismo: Consejería de Educación y Deporte (Boletín número 76 de 23/04/2019 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 25 de marzo de 2019, conjunta de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo, y de la Dirección General de Formación Profesional de la Consejería de Educación y Deporte, por la que se convoca el procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, para las unidades de competencia de determinadas cualificaciones profesionales, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Organismo: Consejería de Educación y Deporte (Boletín número 62 de 01/04/2019 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 16 de abril de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se acuerda la formulación del I Plan Estratégico Integral para Personas Mayores en Andalucía 2020-2023. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 77 de 24/04/2019 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 4 de junio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan General de Emprendimiento. Organismo: Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad (Boletín número 108 de 07/06/2019 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 4 de junio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se dispone dar prioridad en la tramitación a determinados expedientes administrativos en materia de dependencia. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 109 de 10/06/2019 Sección: Disposiciones generales)