

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL

169/2023

Tercer Trimestre

169

---

# TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**169**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

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

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN  
Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

### VOCALES

|                                   |                                                                                             |
|-----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| BEATRIZ BARRANCO MONTES           | Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo                                         |
| JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ           | Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales                                      |
| VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ          | Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.                                     |
| MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO           | Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social                                       |
| Y BRAVO-FERRER                    | Consejero Permanente de Estado                                                              |
| FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad Pablo de Olavide |
| SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA          | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad Pablo de Olavide |
| FRANCISCO J. PRADOS DE REYES      | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad de Granada       |
| PATRIZIA TULLINI                  | Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad de Bolonia       |
| MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO    | Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa                                   |
| EDOARDO ALES                      | Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles<br>“Parthenope”                  |

### CONSEJO DE REDACCIÓN

|                              |                                                                                                             |
|------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ROCÍO BLANCO EGUREN          | Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo                                                           |
| JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ      | Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales                                                      |
| JESÚS CRUZ VILLALÓN          | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad de Sevilla                       |
| CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ   | Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada<br>Universidad de Sevilla                             |
| JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ      | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad de Granada                       |
| MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad de Sevilla                       |
| SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA      | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<br>Universidad Pablo de Olavide                 |
| AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN   | Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de<br>la Seguridad Social. Universidad de Granada |

### 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 Pablo de Olavide

### SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

#### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. 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 publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

## PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

## HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es) y/o [sderio@upo.es](mailto:sderio@upo.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 Times New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

## 1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

## 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

## 3. ÍNDICE

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

## 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio.

Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

## 5. TEXTO

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

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

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

## 6. NOTAS

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

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

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán 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.

## COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista: <https://www.lajunta.es/carl>

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 169/2023**

**Tercer Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| El ámbito subjetivo de la Ley 2/2023, de protección del informante,<br>y sus implicaciones para las personas trabajadoras y empleadoras .....          | 11  |
| SALVADOR DEL REY GUANTER                                                                                                                               |     |
| La evolución de las cláusulas de revisión y salvaguarda salarial a través<br>de la negociación colectiva del grupo Iberdrola .....                     | 41  |
| PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS                                                                                                                             |     |
| El impacto de la prueba ilícita derivada de la vulneración de derechos<br>fundamentales en la calificación del despido: ¿improcedencia o nulidad? .... | 95  |
| RODRIGO MIGUEL BARRIO                                                                                                                                  |     |
| La negociación colectiva y los agentes sociales como nuevos aliados en<br>la protección ambiental: especial referencia al sector químico .....         | 129 |
| MAROUANE LAABBAS-EL-GUENNOUNI                                                                                                                          |     |

**2. INFORMES Y DOCUMENTOS**

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza..... | 163 |
|-----------------------------------------------------------|-----|

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CONCILIACIÓN VIDA PERSONAL Y LABORAL                                                                                                  |     |
| Universidad de Sevilla                                                                                                                |     |
| La dimensión constitucional de las normas sobre conciliación de la vida<br>laboral y familiar e indemnización por daños morales ..... | 189 |
| MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ                                                                                                                 |     |

## EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Pablo de Olavide

El ejercicio de la libertad ideológica en las relaciones laborales. El amparo constitucional ..... 205

MAIEDAH JALIL NAJI

## DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Resolver en fase de ejecución de sentencia la naturaleza temporal de los contratos afectados por un despido colectivo nulo ¿es posible? el TS lo admite y valora los requisitos de admisibilidad del recurso de casación en autos dictados en el incidente de no readmisión ..... 223

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

## 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía ..... 237

**LABOUR AFFAIRS  
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE  
ANDALUSIAN REVIEW  
Nº 169/2023**

***Third Trimester***

**INDEX**

**1. STUDIES**

|                                                                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>The subjective scope of Law 2/2023, on whistleblower protection, and its implications for workers and employers.....</i>                                    | 11  |
| SALVADOR DEL REY GUANTER                                                                                                                                       |     |
| <i>The evolution of salary review and safeguard clauses through collective bargaining of the Iberdrola group.....</i>                                          | 41  |
| PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS                                                                                                                                     |     |
| <i>The impact of illicit evidence derived from the violation of fundamental rights on the qualification of the dismissal: inadmissibility or nullity?.....</i> | 95  |
| RODRIGO MIGUEL BARRIO                                                                                                                                          |     |
| <i>Collective bargaining and social agents as new allies in environmental protection: special reference to the chemical sector.....</i>                        | 129 |
| MAROUANE LAABBAS-EL-GUENNOUNI                                                                                                                                  |     |

**2. REPORTS AND DOCUMENTS**

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>II Support Plan for Andalusian Collective Bargaining.....</i> | 163 |
|------------------------------------------------------------------|-----|

**3. JUDICIAL COMMENTS**

|                                                                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>CONCILIATION PERSONAL AND WORK LIFE</b>                                                                                              |     |
| University of Sevilla                                                                                                                   |     |
| <i>The constitutional dimension of the rules on the reconciliation of work and family life and compensation for moral damages .....</i> | 189 |
| MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ                                                                                                                   |     |



*TERMINATION OF CONTRACT*

*University Pablo de Olavide*

*The exercise of ideological freedom in labor relations.*

*Constitutional protection ..... 205*  
MAIEDAH JALIL NAJI

*LABOR PROCEDURE LAW*

*University of Jaen*

*Is it possible to resolve the temporary nature of the contracts  
affected by a null collective dismissal during the judgment  
execution phase? The TS admits it and assesses the admissibility  
requirements of the appeal in orders issued in the incident of*

*non-readmission ..... 223*  
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

**4. LEGISLATIVE REMARKS**

*Legislation of the autonomous community of Andalusia ..... 237*





# EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY 2/2023, DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE, Y SUS IMPLICACIONES PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS Y EMPLEADORAS

SALVADOR DEL REY GUANTER

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Esade Law School

## RESUMEN

**Palabras clave:** Persona informante; persona relacionada con la informante; persona afectada; sujeto sometido al régimen sancionador; sujeto Responsable del Sistema interno

Uno de los aspectos más trascendentes y a la vez más complejos en la Ley 2/2023, de protección de la persona informante, es la delimitación de su ámbito subjetivo, en tanto que el entendimiento de la acentuada pluralidad de personas físicas y jurídicas incluidas en la misma será fundamental para la mejor comprensión de sus distintos contenidos y su correcta aplicación. Desde luego, la finalidad esencial de aquella ley es la tutela de las personas que usen las distintas vías de comunicación para informar sobre la comisión de infracciones, y de ahí que debamos identificar quienes se entienden como tales a efectos de que puedan recibir su plena protección, entre las que ocupa un lugar destacado la persona trabajadora por cuenta ajena. Sin embargo, esta protección es más extensa subjetivamente, en tanto que se va a aplicar, en distintas formas, tanto a las personas que estén relacionadas con la informante como incluso a las presuntamente infractoras – destacadamente las empleadoras de las informantes, las cuales ostentan una serie de derechos como el de la presunción de inocencia. A las anteriores personas se unen en nuestro análisis tanto los sujetos que, por ejercer represalias, se someten al régimen sancionador de la ley, como las personas órganos privados y públicos que han de establecer y responsabilizarse de los canales internos y externos de comunicación de infracciones.

## ABSTRACT

**Keywords:** Reporting person; facilitator and third party connected to reporting person; person concerned; person subject to penalties; person Responsible for the internal System

One of the most important and at the same time most complex aspects of 2/2023 Act, on the protection of the reporting person, is the delimitation of its subjective scope, since the understanding of the accentuated plurality of the persons included in the it will be essential for a better interpretation of its different contents and its correct application. Of course, the essential purpose of that law is the protection of persons who use the different channels of communication to report on the commission of infractions, and hence our purpose of understating who legally are those reporting persons, among which workers and civil servants play a prominent role. However, this protection is more extensive, since it will be applied, in different ways, both to the persons who are related or connected to the informant and to those referred to as offenders notably the employers of the informants, persons concerned who hold a series of rights, such as the presumption of innocence. In addition, included in our analysis are those subjects that, for exercising retaliations against informants, may be sanctioned according to the Act, as well as private and public persons and bodies that must develop and take responsibility for the internal and external channels of communication of infractions regulated by that Act.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL EN EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 2/2023: PERSONA “INFORMANTE” Y PERSONAS RELACIONADAS
3. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DE LA LEY A LA PERSONA “AFECTADA”
4. SOBRE LOS SUJETOS SOMETIDOS AL RÉGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA LEY 2/2013
5. LA PERSONA RESPONSABLE DEL SISTEMA INTERNO
6. OTROS SUJETOS CONTEMPLADOS EN LA LEY 2/2013: LAS ENTIDADES OBLIGADAS A ESTABLECER UN SISTEMA INTERNO, LAS AUTORIDADES PÚBLICAS RESPONSABLES DEL CANAL EXTERNO Y DEL RÉGIMEN SANCIONADOR, Y LOS PROFESIONALES DE LA PRENSA EN LA REVELACIÓN PÚBLICA

## 1. INTRODUCCIÓN

Según nos indica el art. 1 de la Ley 2/2023 de 25 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra el fraude<sup>1</sup>, la finalidad principal de la ley es otorgar protección frente a posibles “represalias” a la denominada “persona informante” que se contempla en su art. 3 bajo el título de “ámbito personal”, considerando como tal a la persona física que comunique a través de los procedimientos previstos en la ley algunas de las infracciones a las que se refiere el ámbito material de la misma identificados en su art. 2.

De ahí que sea trascendental determinar quién pueda ser tal persona informante, sobre todo considerando que, como demuestra la experiencia comparada, ese sujeto es en la inmensa mayoría de los casos una persona que presta servicios para la “persona afectada” por aquella comunicación de infracciones, y más concretamente, un trabajador por cuenta ajena en el sentido del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BOE de 21 de febrero de 2023. Esta ley traspone, con retraso que ha sido regla general en la mayoría de los países de la UE, la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2017 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Una visión general de los aspectos fundamentales de la ley desde una perspectiva esencialmente laboral, en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023, pgs. 131 ss. También, para un análisis general, Puebla Pinilla, A., “Ley 2/2023, de Protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral”, *LABOS* 4/2023, pgs. 32 ss.

<sup>2</sup> Para un análisis comparado del ámbito personal de las normas sobre whistleblowing, y en especial las basadas en la Directiva, Abazi, V., “The European Union Whistleblower Directive: A <Game Changer> for Whistleblowing Protection”, *Industrial Law Journal*, 49/2020; R. Calland y G. Dehn, *Whistleblowing around the World: Law, Culture and Practice*, ODAC, Cape Town, 2004; Brown, A.J., “Towards <Ideal> Whistleblowing legislation? Some Lessons from Recent Australian Experience”, *E-Journal of International and Comparative Law*, 2-3/2013; Feinstein, S. y Devine,

Sin embargo, el ámbito subjetivo de la ley 2/2023 es acentuadamente más amplio que el “personal” que delimita su art. 3<sup>3</sup>.

Por lo pronto, y a pesar de no estar incluido en ese precepto, también reviste una enorme trascendencia la determinación de quién pueda ser esta persona “afectada”, cuya preservación de sus derechos también se considera expresamente por ley como una prioridad. A efectos del contrato de trabajo, esa persona afectada por la comunicación de infracciones será en la mayoría de los casos la empleadora y/o un directivo de la misma, lo cual será enormemente significativo en diversos planos de ese contrato, como por ejemplo que todo trato desfavorable que imponga a la persona informante en sus condiciones de trabajo en los dos años siguientes a la comunicación de la infracción va a tener una fuerte presunción de ser calificada de represalia –art. 36.4-.

No obstante, junto a este binomio principal de persona informante-persona afectada, existen otros sujetos que, principalmente por su relación con una de ellas, tienen relevancia acentuada para la ley.

Así, junto a la persona informante, hay otras personas tales como “facilitadores”, asesores, representantes legales de los trabajadores, e incluso familiares o “compañeros de trabajos”, que van a requerir en determinados supuestos de la protección de la ley.

De la misma forma, hay que tener en cuenta que la protección que la ley dispensa respecto a las represalias que puedan ejercerse sobre esas personas informantes o relacionadas con las mismas abarca no sólo a las que puedan provenir de las personas afectadas, sino incluso a las de otras relacionadas con

T., *Are Whistleblowing Laws Working: A Global Study of Whistleblower Protection Litigation*, IBA, London, 2021; Latimer, P. y Brown, A.J., “Whistleblowing Laws: International Best Practice”, *UNSW Law Journal*, 31-3/2008; Lewis, J. et al., *Whistleblowing: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2022 (4ª edición); Pizzuti, P., *Whistleblowing e Rapporto di Lavoro*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019; y Yurttail, H., *Whistleblower Protection by the Council of Europe, the European Cart of Human Rights and the European Union: An Emerging Consensus*, Springer, New York, 2021.

<sup>3</sup> Hay que tener en cuenta que en la conceptualización del ámbito personal de las normas, y en relación a las calificadas de “genéricas”, como es el caso de la ley 2/2023, dicho ámbito se delimita como las personas a las cuales tales normas se refieren o a las que le son de aplicación. Es este sentido más amplio al que nos referimos en este trabajo como ámbito subjetivo, que consiguientemente sobrepasa el “ámbito personal” del art. 3 de aquella ley, que sólo comprende, como veremos, a la persona informante y a las relacionadas con la misma. Al respecto de este concepto amplio, definiendo el ámbito personal de las normas como “conjunto de las personas para las cuales realiza su función prescriptiva una norma o un cuerpo de normas determinado”, Capella, J.R. *Elementos de Análisis Jurídico*, Trotta, Madrid, 1999, pgs. 84 ss. No obstante, en el prólogo de la ley también se va a hacer referencia al término “ámbito subjetivo”, aunque de forma restrictiva a cómo utilizaremos esta expresión en este trabajo en cuanto referido exclusivamente al art. 3: “Junto a la descripción del ámbito objetivo de aplicación, precisa la ley el ámbito subjetivo, esto es, las personas que están protegidas frente a posibles represalias”.

éstas y que estén en posición de infringir un trato desfavorable o daño a esas personas, las cuales estarán sometidas como responsables de esas represalias al régimen sancionador de la ley.

Existen adicionalmente otras personas que tiene un papel específico y significativo en la ley, que por tanto entran dentro del ámbito subjetivo de la misma en la conceptualización extensiva de este término que hemos adoptado, y con consecuencias en las relaciones laborales notables. Es el caso de la persona denominada “Responsable del Sistema interno”, que en el caso del sector privado será un directivo de la entidad que ha de establecer el canal interno de comunicación de las infracciones y que plantea especiales problemas respecto a su régimen disciplinario.

De la misma forma, la ley se refiere a los sujetos, tanto del sector público como privado, encargados de establecer ese sistema interno de comunicación, así como a la autoridad pública que, a nivel tanto estatal – la denominada Autoridad Pública de Protección del Informante o AAI - como autonómico, será la responsable de establecer y gestionar el denominado canal externo de comunicación de infracciones.

En fin, en el ámbito del tercer canal de comunicación que contempla la ley, el de la denominada “revelación pública”, aunque exento de los procedimientos formales propios del canal interno y externo, pueden existir unas personas indirectamente afectadas por la ley, que son los profesionales de la prensa a los cuales pueden acudir las personas informantes en el ejercicio de la libertad de información y sin necesidad de acudir previamente al canal interno o externo. La pregunta que nos haremos será si, más allá de la protección que la ley dispensa a las personas informantes que revelan públicamente infracciones, esos profesionales reciben algún tipo de tutela de esa norma por ser portavoces de tales revelaciones en sus respectivos medios de comunicación.

Por consiguiente, el objetivo del presente trabajo es realizar un análisis no sólo del ámbito personal de la ley en sentido estricto que se recoge en su art. 3, sino de los otros sujetos principales que pueden ser implicados directa o indirectamente por la comunicación de infracción realizada por la persona informante, en tanto que sólo una comprensión general de ese ámbito subjetivo extensamente entendido nos pueda dar una mejor idea de todas las consecuencias y efectos que tiene la comunicación inicial de esa persona informante sobre presuntas infracciones cometidas por la persona afectada. Aunque nuestra perspectiva al analizar ese ámbito subjetivo va a ser preferentemente la determinada por la relación laboral, muchos aspectos de nuestro análisis van a ser susceptibles de aplicación a cualquier otro tipo de relación jurídica que pueda unir a la persona informante con la persona afectada.

No obstante esta pluralidad de sujetos relevantes en la ley 2/2023 que vamos a estudiar, ello no debe ocultarnos que la persona protagonista esencial

en la misma es la informante, en tanto que su claro y prioritario objetivo es la consolidación su estatus jurídico protegido que nos señala su art.1 en consonancia con el art. 1 de la Directiva, expresión, según se indica el preámbulo de la ley “(d) el compromiso colectivo con el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas”, y de la necesidad de “asentar en la sociedad la conciencia de que debe perseguirse a quienes quebrantan la ley y que no deben consentirse ni silenciarse los incumplimientos”, siendo esta colaboración ciudadana en la denuncia de ilegalidades cometidas por entes públicos y privados “un elemento clave en nuestro Estado de Derecho”.

## **2. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL EN EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 2/2023: PERSONA “INFORMANTE” Y PERSONAS RELACIONADAS**

El ámbito personal de la ley, tal como definido en su art. 3, hay que entenderlo referido en primer lugar a lo que en ella se califica como persona “informante”<sup>4</sup>, que ya hemos indicado que es aquella persona física que comunica a través de los procedimientos previstos en la ley algunas de las infracciones a las que se refiere el ámbito material de la misma identificado en su art. 2.

No obstante, el art.3 se caracteriza por extender su protección más allá de la persona informante en sí, en cuanto incluye a personas que han podido relacionarse con la misma, de forma que a ellas se les tutele respecto a lo que la Directiva va a caracterizar como represalias “indirectas”<sup>5</sup>.

Antes de analizar más en detalle a ese conjunto de personas incluidas en el art.3, hay tres elementos delimitadores de la persona informante en la definición que hemos indicado que merece la pena subrayar.

El primero es que para que la persona informante sea tal en el sentido de la ley, existe una condición inicial, que es que tal información se comunique “a través de los procedimientos” previstos en ella. Aunque tales procedimientos por

<sup>4</sup> La ley hace una opción terminológica del sujeto activo de la comunicación denominándolo “informante”, y no “denunciante”, como hace la Directiva 2019/1937, opción basada en la confusión que podría originarse si por este último se entendiera el sujeto que realiza formalmente una denuncia administrativa (art. 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) o judicial (art. 25.9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En las definiciones contenidas en el art. 5 de la Directiva se entiende como denunciante a “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”.

<sup>5</sup> En efecto, nos dice la Directiva en su Considerando 36 que “los Estados miembros deben garantizar que la necesidad de protección se determine atendiendo a todas las circunstancias pertinentes y no solo a la naturaleza de la relación, para amparar al conjunto de personas vinculadas a la organización, en sentido amplio, en la que se haya cometido la infracción”.



lo que se refiere al canal interno y al canal externo de comunicación son flexibles – más el de la vía interna que el de la externa-, no por ello dejan de establecer una delimitación formal fuera de la cual no actúa la protección de la ley<sup>6</sup>. Lo cual no quiere decir que esta posible exclusión de la ley 2/2023 debido a incumplimientos procedimentales equivalga a la desprotección del informante, en tanto que aún puede estar amparado por otras normas – por ejemplo, la ley 10/2022, de 12 de junio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación -, y desde luego, por la libertad de información constitucionalmente protegida en el art. 20.1 d) CE.

El segundo elemento de delimitación al que se refiere el art. 3 es que lo informado ha de constituir infracciones susceptibles de ser incluidas dentro del ámbito material de la ley tal como establecidas en su art. 2. De nuevo, estamos ante un ámbito material sumamente amplio, especialmente por la opción de la ley de incluir no solo “cualesquiera acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea” sino también, y sobre todo, las “acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave...”. Esto último, no es necesario insistir en ello, dota a la ley de una extensión muy notable, lo cual hace que la asunción del estatus de “persona informante” sea a su vez de una muy significativa amplitud.

No obstante, ya debemos también señalar que esa amplitud material conoce también importantes límites, y muy especialmente que no está incluyendo cualquier tipo de “irregularidad” – término este frecuente en los actuales canales internos de muchas empresas -<sup>7</sup>, de forma que se han de considerar como excluidas de la tutela de la ley las informaciones respecto a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos denomina “prácticas reprobables” o “censurables”<sup>8</sup>, pero no ilegales, o lo que la propia ley denomina en su art. 35.2 b) como “conflictos interpersonales”. De esta manera, la persona trabajadora que informe por los canales interno o externo sobre este tipo de irregularidades o conflictos, o que haga revelaciones públicas al respecto, tampoco tendría el estatus de persona informante a los efectos de la ley<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> La tercera vía prevista en la ley consistente en la revelación pública, a diferencia de las vías interna y externa, no tiene un procedimiento reglado en sí, aunque ha de cumplir una serie de condiciones establecidas en el art. 28.1; al respecto, Del Rey Guanter, S., “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora”, *Iuslabor*, 2/2023, pgs. 8 ss.

<sup>7</sup> A su vez consecuencia de la utilización de este término o el de “incumplimientos”, en general, utilizados en normas de calidad tales como la *Norma ISO 19600*, sobre directrices para implantar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de compliance, la *Norma SA 8000*, en el ámbito del compliance laboral o, más recientemente, la *Norma ISO 37002:2021*, sobre sistemas de gestión de denuncias.

<sup>8</sup> Sentencia del TEDH Halet v. Luxemburgo, de 14 de febrero de 2023, nº 140.

<sup>9</sup> Sobre el ámbito material de la ley y estas exclusiones, más ampliamente, Del Rey Guanter, S. “La relevancia para la empresa y para la persona trabajadora del ámbito material y de las exclusiones de tutela de la ley 2/2023, reguladora de la protección del informante sobre infracciones normativas”, *Revista Trabajo y Empresa*, V. 2 nº 2/2023.

La tercera delimitación viene determinada por la referencia que realiza el art. 3.1 a que la información comunicada se extraiga de un “contexto laboral o profesional”, contexto que el art. 5.9 de la Directiva define como el configurado por “las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales... las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información”.

Se trata de una delimitación amplia pero no por ello menos trascendente, dado que va a excluir de la protección de la ley, en cuanto no incluida en su ámbito personal, a las informaciones sobre infracciones que se extraigan de contextos diferentes al propio de un contexto de prestación laboral o profesional, como puede ser, por ejemplo, el de consumo respecto a ocasional cliente, de forma que la identificación y comunicación por un consumidor cuando la infracción la ha detectado simplemente al comprar un producto o utilizar un servicio quedaría excluida de la ley, en tanto no podría decirse que la información se ha extraído de aquel contexto, aunque sí podría estar protegido desde luego por otras normas<sup>10</sup>.

En todo caso, lo que ya debemos considerar desde la perspectiva del art. 1.1 ET es que la referencia al contexto “laboral” tanto de la Directiva como sobre todo de este art. 3.1 de la ley nos da ya una idea de la centralidad que la persona trabajadora tiene en cuanto potencial informante en el ámbito de su contrato de trabajo, de forma que sin duda se constituye en la principal, aunque no única desde luego, fuente de posibles comunicaciones de infracciones cometidas por entes públicos y privados. Ello se va a traducir en múltiples manifestaciones en la ley, que van desde la propia inclusión del trabajador por cuenta ajena como principal sujeto informante como ahora veremos, hasta que la protección de ese sujeto se realice especialmente respecto a posibles represalias laborales.

Hemos de poner de relieve, al objeto de considerar en su medida el ámbito subjetivo-material de la ley, que ese protagonismo como sujeto activo de la persona

<sup>10</sup> Al respecto, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, tal como modificado por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de Protección de los Consumidores y Usuarios frente a Situaciones de Vulnerabilidad Social y Económica, cuyo art. 3 define al consumidor o usuario como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Como puede comprobarse, se le caracteriza como persona totalmente ajena al mencionado contexto laboral o profesional. La explicación de este tipo de exclusiones por ser ajeno a ese contexto probablemente nos la da la propia Directiva en su Considerando 36, al estimar, lo cual puede ser discutible, que no estamos ante una relación tan asimétrica de poder como las que se derivan de aquel: “Las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de represalias laborales, por ejemplo, por incumplir la obligación de confidencialidad o de lealtad. La razón subyacente para prestarles protección es su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales. Cuando no existe tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias”.

trabajadora-informante no viene determinado, ni tan siquiera principalmente, por su potencial papel en cuanto comunicador de infracciones en materias del Orden social, sino que se predica en relación a todas las otras materias susceptibles de inclusión en el ámbito material de la ley, en tanto que ésta presume, en esa referencia al contexto laboral, que aquella persona va a tener mayor acceso a conocer tales infracciones que otros posibles sujetos activos que ahora determinaremos<sup>11</sup>.

Pasando a analizar la enumeración no cerrada que realiza el art. 3.1, en su apartado a) considera como potenciales informantes tanto al trabajador por cuenta ajena como al “empleado público”.

Respecto al “trabajador por cuenta ajena” que indica la ley en su art. 3.1 a), podemos hacer las siguientes puntualizaciones.

En primer lugar, hay que incluir a las personas trabajadoras por cuenta ajena que ostentan relaciones laborales especiales según el art. 2 ET<sup>12</sup>, considerando que dichas especialidades ni le sustraen del acceso mayor que pueden tener a informaciones sobre infracciones ni, sobre todo en el caso del personal de alta dirección, sus deberes de confidencialidad y lealtad no le sustraen de la protección de la ley 2/2023 en caso de comunicar aquellas<sup>13</sup>.

En segundo lugar, esta protección del trabajador por cuenta ajena se desarrolla con independencia del tipo o modalidad de contrato: indefinido o temporal, a tiempo completo o parcial, formativo o no – con la aclaración que después haremos al respecto-, con relación laboral directa o a través de empresas de trabajo temporal, presencial o a distancia, etc.<sup>14</sup>. Es evidente que la razón esencial de esta prioridad de

<sup>11</sup> Nos indica el Considerando 1 de la Directiva al respecto: “Las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público que surgen en ese contexto. Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad”.

<sup>12</sup> Hay que tener en cuenta que la de los estibadores portuarios ha dejado de ser una relación laboral especial en virtud del Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías –y que ha dado cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13-.

<sup>13</sup> Precisamente una de las consecuencias generales más tratadas por la doctrina a raíz de la normativa sobre whistleblowing es la necesidad de redefinir estos deberes de confidencialidad y lealtad en el ámbito del contrato de trabajo; sobre el tema, Lewis, D., “Whistleblowing in a Changing legal climate: is it time to revisit our approach to trust and loyalty at the workplace?”, *Business Ethics*, 20-1/2011, pgs. 71 ss.

<sup>14</sup> Nos indica el Considerando 36 de la Directiva: “La protección, en primer lugar, debe aplicarse a la persona que tenga la condición de “trabajador” en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, es decir, a la persona que lleva a cabo, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a

la persona trabajadora por cuenta ajena en la Directiva y en nuestra ley no parece que se deba ver limitada por las circunstancias de duración, tiempo o lugar de trabajo que determinan los diversos tipos de contratos laborales. Tal vez la mayor peculiaridad pueda venir dada en la caso de personas trabajadoras cedidas por una ETT, en tanto que aquí la parte formalmente empleadora - esta última - no coincide con la que ejerce funciones directivas – la empresa usuaria -. No obstante, se ha de entender que aquellas personas cedidas podrán obviamente utilizar el canal interno de la ETT y, al igual que ocurre con las empresas contratistas o subcontratistas que ahora señalaremos, el canal de la empresa usuaria, dependiendo básicamente de a que ente se refiera la infracción comunicada.

En tercer lugar, y como veremos a continuación, las exclusiones contenidas en el art. 1.3 ET no determinan la exclusión del ámbito de la ley 2/2023. Incluso la prestación a la que se refiere el apartado d) de aquel precepto, esto es, “los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, podría ser susceptible de inclusión en el ámbito subjetivo de esa ley en tanto que la información sobre posibles infracciones que estas personas pueden extraer lo hagan en un contexto de “actividad de trabajo” en esa interpretación amplia que de esta actividad hemos indicado que es propia tanto de la ley como de la Directiva.

En cuarto lugar, es evidente que, respecto a los trabajadores a los que se refiere el 1.4 ET, esto es, “trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero”, y respecto a los que se predica la aplicación de la “legislación española”, será plenamente aplicable la ley 2/2023, así como estarán plenamente legitimados para utilizar el canal interno y externo en ésta previstos. Señalaremos posteriormente la falta de referencia que existe en aquella ley respecto a los canales unitarios de comunicación de infracciones que frecuentemente tienen las empresas multinacionales.

Por otro lado, el mismo art. 1.3 a) de la ley se refiere, junto a los trabajadores por cuenta ajena, a los “empleados públicos”. Si por empleados públicos se entiende el concepto que utiliza el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>15</sup>, concretamente en su art. 1.1 y 1.2 referido tanto a funcionarios públicos como a personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (AAPP)<sup>16</sup>, entonces hemos

cambio de una retribución. Por lo tanto, la protección debe concederse también a los trabajadores que se encuentran en relaciones laborales atípicas, incluidos los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores con contratos de duración determinada, así como a las personas con un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, relaciones laborales precarias en las que las formas habituales de protección frente a un trato injusto resultan a menudo difíciles de aplicar”.

<sup>15</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>16</sup> Art. 1: “Objeto.1. El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación. 2. Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones

de acordar que existe una cierta redundancia en aquel precepto, en tanto que el segundo colectivo ya está incluido también en el de trabajadores por cuenta ajena. Como veremos cuando examinemos a las “personas afectadas”, esta inclusión del empleado público es acorde con la referencia a su vez en ley 2/2023 de lo que denomina, en sentido amplio, como “sector público” (art. 13).

Evidentemente esta enumeración que abre inicialmente el ámbito personal de la ley 2/2023 se realiza en base a la asunción ya indicada de que tanto la persona trabajadora por cuenta ajena como el funcionario público y estatutario van a ser los principales informantes, y respecto a los cuales se va a desplegar esencialmente las garantías protectoras y derechos contempladas en la misma. Pero es evidente que es más amplia la tipología de personas que, por prestar servicios o actividad de trabajo en el “contexto” de entes o empresas, van a tener mayor accesibilidad para el conocimiento de infracciones en su seno.

Así, en el apartado 2 de este art. 3 de la ley, con una redacción no muy rigurosa técnicamente y en gran medida derivada de la Directiva, se contiene una importante ampliación de este ámbito personal laboral/funcionarial del art. 1.3 a)<sup>17</sup>. En efecto, se añade por este precepto que el ámbito subjetivo incluye a personas que o bien no tienen una relación laboral cuando realizan la información – “becarios”, “voluntarios” -, que la han tenido pero por cualquier motivo aquella relación está “finalizada”, o, en fin, que, aun no teniéndola, están o han estado en fases previas a la misma – “proceso de selección o de negociación precontractual”. Analizamos a continuación brevemente estos distintos colectivos.

Los denominados “becarios”, pueden acoger, en un sentido amplio y poco técnico, a dos colectivos principales<sup>18</sup>.

Públicas”. Este precepto a su vez se complementa con lo indicado en el art. 8: “1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. 2. Los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera. b) Funcionarios interinos. c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal. d) Personal eventual”. Desde luego, quedan incluidos en el ámbito de la ley 2/2023 los que el Estatuto Básico denomina en su art. 13 como “personal directivo profesional”, por más que el mismo pueda tener un “régimen jurídico específico” y pueda ser, como indica el apartado 4 de ese precepto, personal laboral con relación especial de alto directivo. De la misma forma, existen otros empleados públicos en régimen laboral con unas características propias muy acentuadas, como es el caso del “personal docente e investigador laboral” contemplado en los arts. 77 ss de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, desde luego también incluido en el ámbito subjetivo de la ley 2/2023.

<sup>17</sup> Nos indica este precepto: “la presente ley también se aplicará a los informantes que comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral... ya finalizada, voluntarios, becarios, trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así como a aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual”.

<sup>18</sup> El denominado “Estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa”, más conocido en los medios de comunicación precisamente como el “Estatuto del Becario”, que,

Por un lado, a nivel no universitario, se encuentran las actividades formativas ordenadas esencialmente por el RD 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regula las prácticas no laborales en las empresas, y se refieren, según su art. 2.1 a “personas jóvenes, con ninguna o muy escasa experiencia laboral, al objeto de realizar prácticas de carácter no laboral, en sus centros de trabajo con el fin de contribuir a mejorar su empleabilidad y ofrecerles un primer contacto con la realidad laboral a través del acercamiento a la misma, al tiempo que contribuye a completar la formación alcanzada por la persona joven”, añadiéndose en su apartado 2 que tales prácticas “no supondrán, en ningún caso, la existencia de relación laboral entre la empresa y la persona joven”.

Por otro, a nivel universitario, las prácticas no laborales se ordenan por el RD 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, y cuyo objetivo, nos dice su art. 2.1, “es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que les preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento”, prácticas que podrán realizarse en “empresas, instituciones y entidades públicas y privadas”, añadiéndose igualmente que “de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral”.

Por consiguiente, estamos ante colectivos de personas en formación sin relación laboral pero con una presencia en el contexto de trabajo de entes públicos y privados que les permitirá acceso a informaciones sobre eventuales infracciones, y de ahí su expresa inclusión en la ley 2/2023, aunque sea con esta denominación de “becarios” no muy apropiada técnicamente.

aunque acordado entre Ministerio de Trabajo y Sindicatos el 15 de junio de 2023, no fue legalmente aprobado y publicado, en su art. 1.2 indicaba: “Los periodos de formación práctica en la empresa serán únicamente los contemplados en los siguientes supuestos: a) Formación práctica tutorizada en empresas y organismos equiparados vinculada a la obtención de los grados correspondientes al sistema de formación profesional de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. b) Formación tutorizada en empresas u organismos equiparados vinculada a las enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo. c) Las prácticas no laborales vinculadas a las especialidades formativas del sistema nacional de empleo, en los términos y con las condiciones previstas en la Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, por la que se regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. d) En el ámbito de las prácticas académicas externas de las Universidades, las prácticas curriculares, así como las extracurriculares...”. Por cierto, que el art. 3.3 de ley 45/2015, de voluntariedad, añadiendo más confusión terminológica al respecto, distingue entre las siguientes actividades para excluirlas de su ámbito: “e) Las becas con o sin prestación de servicios o cualquier otra actividad análoga cuyo objetivo principal sea la formación. f) Las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales y las prácticas académicas externas”.

Respecto a los “voluntarios”, serán aquellos que presten un servicio según la normativa recogida en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado. Al respecto, téngase en cuenta que por voluntariado se va a entender, según nos indica el art. 3 de dicha ley “el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) Que tengan carácter solidario b) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico y sea asumida voluntariamente c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material... d) Que se desarrollen a través de entidades de voluntariado “. Se entiende que estas entidades podrán ser las personas afectadas por las comunicaciones sobre infracciones de los voluntarios, aunque es evidente que si prestan servicios como tales en otras entidades por cuenta de aquellas, también podrán ser estas personas afectadas.

Téngase en cuenta que expresamente se consideran como excluidas de las actividades de voluntariado las realizadas “en virtud de una relación laboral, funcionarial, mercantil o de cualquier otra mediante contraprestación de orden económico o material”, actividades que en principio sí van a estar incluidas en los apartados a), b) y c) de este art. 3.1 de la ley 2/2023 que estamos examinando.

Pero al mismo tiempo, y al hilo de esta inclusión de los “voluntarios”, hay actividades prestadas también “voluntariamente”, pero que no están incluidas en aquella ley 45/2015 por no reunir aquellos requisitos, como es el caso, según su art. 3.3, de “las (actividades) aisladas o esporádicas, periódicas o no, prestadas al margen de entidades de voluntariado” o las “ejecutadas por razones familiares, de amistad o de buena vecindad”. Aunque en la mayoría de los casos estas actividades excluidas no se desarrollarán en un “contexto laboral o profesional”, la duda que puede surgir es cuando efectivamente las mismas sí se realicen en tal contexto, aunque no puedan ser catalogadas “oficialmente” como “voluntarias”. Probablemente, como ya hemos indicado, la *vis expansiva* de la ley 2/2023 llevará a considerarlas también como “voluntarias” e incluidas en su ámbito personal.

Más difícil de entender es la referencia en el art. 3.2 de la ley a “trabajadores en periodos de formación”, en tanto que si son tales “trabajadores” o bien están en el ámbito del art. 11 ET, y por tanto ya incluidos en el apartado 1 a) del art. 3 de la ley, o bien no son técnicamente trabajadores, pudiendo ser en este último caso o los que la ley denomina “becarios” que acabamos de examinar o un nuevo colectivo, los denominados por la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, como “personas en formación”, pero que no ostentan una relación laboral, incluso estando en régimen de dualidad en la empresa previsto en el art. 55 de esa ley orgánica<sup>19</sup>. En nuestra normativa, no existe un zona intermedia como parece sugerir esta ambigua redacción de la ley: o

<sup>19</sup> Este precepto sobre formación dual dispone que, excepto si amparado precisamente por el art. 11 ET, “será incompatible la estancia formativa y la contratación laboral en la misma empresa”. Esta ley ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el RD 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional.



bien son personas que están en prácticas o formación en una empresa sin relación laboral y acogidas a las normas reglamentarias señaladas o a aquella ley orgánica, o bien, si ostentan un contrato formativo del art. 11 ET, en el que existe ya una relación laboral. Una persona que se califica como “trabajadora en formación”, máxime si recibe una remuneración, entra dentro de los arts. 1.1 y 11 ET.

En todo caso, estos colectivos de “becarios”, “voluntarios” y personas “en formación” se caracterizan por desarrollar su actividad en un contexto claramente “laboral”, pero no por ello ostentan relación laboral - o funcional - , por lo que es imprescindible distinguir precisamente entre la “relación” que los une con el ente y el “contexto” en el que se desarrolla sus actividades en base a esa relación, contexto que por sí no dota a ésta de una naturaleza laboral – o, desde luego, funcional - .

Respecto a los que aún no tienen relación laboral pero que, a efectos de una futura y eventual contratación, están ya en contacto con la empresa, nos indica el art. 3.2 de la ley para su inclusión, en primer lugar, a aquellos que hayan accedido a la información sobre eventuales infracciones en el “proceso de selección”. Este concepto de “selección” hay que entenderlo en sentido amplio, esto es, tanto la desarrollada directamente por la empresa – proceso el que, por cierto, es más probable que el candidato pueda tener acceso a información sobre infracciones cometida por la misma – como la que realice agentes públicos o privados especializados, tal como contemplada en el art. 45 de la Ley de Empleo al indicarnos en su art. 45.1 que “el desarrollo de la actividad de colocación especializada consistente en la selección de personal podrá ser desarrollada directamente por el personal de los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación”<sup>20</sup>. Evidentemente, una de las infracciones que pueden ser susceptible de comunicar es la de la discriminación en tal proceso, prohibida en el propio art. 45.2 de la citada Ley de Empleo, considerada como falta muy grave en el art. 16. 1 c) de la LISOS y, por cierto, también tipificada como represalia prohibida en el art. 63.1 b) en relación al art. 36.3 g) de la propia ley 2/2023, en un caso más de antinomia o concurrencia sancionadora del que nos hemos ocupado en otro lugar<sup>21</sup>. Se ha de entender que respecto a los implicados en tales procesos de selección, están protegidos incluso si no han sido seleccionados en ese proceso.

La segunda situación previa a la relación laboral que el art. 3.2 nos indica es la de la “negociación precontractual”. En principio, hay que entender que estamos ante una situación más general que no la que podría deducirse en sentido estricto como proceso de firma de un “precontrato” en cuanto acto obligacional previo al contrato de trabajo en sí. Por tanto, hay que incluir tanto el periodo de negociaciones previo a una posible firma de precontrato como el de la fase de

<sup>20</sup> Véase al respecto arts. 40 y ss de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>21</sup> Sobre este tema de la antinomia sancionadora en la ley 2/2023, nos remitimos a Rodríguez-Piñero y Del Rey, op. cit., apartado K).



contactos anterior a la firma del contrato propiamente dicho. Es precisamente la terminación de esa negociación o la ruptura de ese precontrato ya firmado lo que puede ser significativo a efectos de determinar si haber adquirido en ese periodo precontractual el carácter de informante identifica la terminación de tal fase por la potencial empleadora como represalia<sup>22</sup>.

La otra fase que contempla el art. 3.2 de la ley es la postcontractual, esto es, respecto a los que han tenido una relación laboral que se ha extinguido por cualquier motivo – mutuo acuerdo, dimisión, despido....-. Hay que entender que la información comunicada postcontractualmente sobre eventuales infracciones del sujeto empleador puede haberse obtenido tanto cuando la relación laboral estaba activa como una vez terminada ésta. Recuérdese que en este periodo de relación finalizada pueden incluso seguir vigente contactos con su antiguo empleador y, adicionalmente, estar vigentes obligaciones postcontractuales tales como la confidencialidad o la buena fe, las cuales tendrán que ser redefinidas en base a la posición legal de informante de esa persona (ex)trabajadora en base sobre todo a lo indicado en el art. 38.1 de la ley 2/2023<sup>23</sup>.

Se entiende que estas personas en fase previa a la relación laboral o en periodo postcontractual también podrán utilizar el canal interno de comunicación, pero que, en caso contrario, tendrán a su disposición tanto el canal externo como la revelación pública.

Precisamente respecto a esta posible utilización del canal interno por personas no perteneciente a la plantilla de la empresa, y en relación a lo indicado en el apartado 3.1 d)<sup>24</sup>, hay que entender que, además de la inclusión de las personas trabajadoras en el apartado a) de este art. 3.1 respecto a su empleadora contratista o subcontratista o proveedora, tales personas trabajadores estarán protegidas respecto a la información que comuniquen relacionada con la empresa principal, aunque no les una un contrato de trabajo. Tal comunicación, hay que entender, puede desarrollarse por los cauces internos de su empresario contratista o proveedora o, si es el caso, por las propias vías internas de la empresa principal, además evidentemente de los cauces externos o de revelación pública. En todo caso, no sólo ha de incluirse a los que prestan servicios para esas empresas contratistas, subcontratistas o proveedoras, sino también a los titulares de estas empresas si son personas físicas.

<sup>22</sup> Sobre los requisitos en la jurisprudencia laboral sobre la naturaleza y efectos del precontrato o acuerdo precontractual, puede consultarse la STS 942/2019, de 26 de febrero de 2019.

<sup>23</sup> Artículo 38.1: “No se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y aquellas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública...”.

<sup>24</sup> No indica este precepto que se incluye en la ley “cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores”.

El apartado 3 de este art. 3 se refiere a la representación legal de los trabajadores, pero no por ser informantes en el sentido de la ley en cuanto tal ente representativo – no lo pueden ser en cuanto órgano, como el comité de empresa, al no ser personas físicas-, sino que están protegidos en su papel de colaboradores – como asesores y de apoyo – a los informantes. Por tanto, se les aplica las medidas de protección de la ley en esa función de colaboración, pero no por ello se les abre los canales de información previstos en la misma en tanto que no pueden actuar como informantes “colegiadamente” en el sentido indicado, por ejemplo, en el art. 68 d) ET respecto a “expresar...con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación”. No obstante, hay que tener en cuenta que si miembros de tales entes representativos actúan como informantes a título personal, seguramente se le aplicará la “extra-protección” que los tribunales laborales les han reconocido a éstos en el ejercicio de su libertad de expresión y de información, siendo precisamente ese estatus representativo el que se ha tomado como referencia para aplicar más ampliamente esa libertad constitucional<sup>25</sup>.

El art. 3.1 b) enumera en segundo lugar y de forma escueta a “los autónomos”, por lo cuales habrá que entender básicamente los definidos en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, esto es, a 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”<sup>26</sup>.

Aunque no exclusivamente, hay que entender que las principales personas afectadas por las comunicaciones sobre infracciones que estas personas autónomas puedan hacer – incluyendo desde luego y especialmente a los denominados Trades - serán aquellas para las cuales puedan realizar esas actividades económicas o

<sup>25</sup> Al respecto, Del Rey Guanter, S., “Libertad de expresión e información en el contrato de trabajo”, en García Murcia, J. (Dir.), *La Constitución del Trabajo*, KRK ediciones, Oviedo, 2020, pgs. 291 ss. Más recientemente, Del Rey Guanter, S., “Revelación pública de infracciones cometidas por la empresa y ejercicio de la libertad de información por la persona trabajadora en cuanto informante (whistleblower): Criterios a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional”, *Labos*, 2/2023.

<sup>26</sup> Este art. 1 considera también expresamente como autónomos, y por tanto a incluir en ese apartado b) del art. 3.1 de la ley 2/2023, a: “1.1 ...los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores..... 2.... a) Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias. b) Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. c) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla... d) Los trabajadores autónomos económicamente dependientes.....e) Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley..... 4.....los trabajadores autónomos extranjeros...”.

profesionales a las que se refiere el precepto, y a las que les unirá una relación de tipo civil o mercantil. Son, junto a algunas de las que citaremos a continuación, las principales personas que pueden ser incluidas en el calificativo de “profesional” que a veces se utiliza tanto por la Directiva como por la ley como diferente del “laboral” para referirse al contexto del cual pueden extraer información tales autónomos sobre posibles infracciones de los entes que contratan sus servicios.

En fin, respecto a las personas citadas a continuación en el art. 3.1 c) como “ accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos”, y no ligados, hay que añadir, por una relación laboral – caso contrario estarían ya comprendidos en el 3.1 a -, y para cuya conceptualización legal exacta habrá que acudir a la normativa civil y mercantil pertinente, es evidente que, especialmente por lo que se refiere a este último colectivo de miembros de los órganos societarios mencionados, su inclusión queda claramente justificada por tener un acceso incluso más privilegiado a informaciones sobre posibles infracciones o delitos en la empresa o ente que los trabajadores por cuenta ajena, los autónomos o los contratistas.

El art. 3.4 también extiende esta protección propia del informante a una serie de personas que tienen en común ayudar o tener relación personal o profesional con aquél, de forma que pueden ser objeto de lo que la Directiva ya hemos señalado que denomina “represalias indirectas”<sup>27</sup>. Esta asociación con el informante no les hace adquirir tal condición, a efectos por ejemplo de los procedimientos propios de los canales interno y externo, sino que pretenden evitar que medidas negativas contra tales personas disuadan o repriman las comunicaciones realizadas por aquél, de forma que el ámbito prioritario en el que se incluyen en la ley es en su título VII referente a las represalias.

En esta situación, nos indica inicialmente el art. 3.4 a), se encuentran las “personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso”. Esta figura es la que en la Directiva define como “facilitador”: una “persona física que asiste a un denunciante

<sup>27</sup> Considerando 41 : “Debe facilitarse protección frente a medidas de represalia tomadas no solo directamente contra el propio denunciante, sino también aquellas que puedan tomarse indirectamente, incluso contra facilitadores, compañeros de trabajo o familiares del denunciante que también mantengan una relación laboral con el empresario, o los clientes o destinatarios de los servicios del denunciante. Sin perjuicio de la protección de la que gozan los representantes sindicales o los representantes de los trabajadores en su condición de tales en virtud de otras normas de la Unión y nacionales, deben gozar de la protección prevista en la presente Directiva tanto si denuncian infracciones en su calidad de trabajadores como si han prestado asesoramiento y apoyo al denunciante. Las represalias indirectas incluyen asimismo acciones tomadas contra la entidad jurídica de la que el denunciante sea propietario, para la que trabaje o con la que esté relacionado de otra forma en un contexto laboral, como la denegación de prestación de servicios, la inclusión en listas negras o el boicot a su actividad empresarial”.

en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial”. Es evidente que, a la luz de la Directiva, el término “proceso” no ha de ser equiparado exclusivamente al judicial, sino que abarca todas las fases en las que pueda verse incluido el informante desde que prepara o realiza efectivamente la comunicación de las infracciones.

Respecto al apartado 4 b) de este art. 3, la inclusión es notablemente más amplia, en tanto que extiende la protección a “personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias”. Nótese el abanico tan amplio de personas – físicas, no jurídicas, que se mencionan en el siguiente apartado - susceptibles de ser consideradas como “relacionadas” con el informante, aunque se pide una condición adicional que es que puedan ser objeto efectivamente de trato desfavorable o de daño en razón de esa relación. Como veremos, se perjuicio puede provenir tanto de las personas afectadas como de otros sujetos que estén en situación de infringir el mismo. El precepto cita algunas de estas personas que claramente están relacionadas con el informante, aunque es sólo a título enunciativo, refiriéndose a los “compañeros de trabajo” y a los “familiares del informante”.

El término de “compañeros de trabajo” seguramente debemos referirlo básicamente a personas que estén o han estado en el “contexto laboral o profesional” del informante en el inicio o desarrollo de la comunicación. Al ser un término de escaso contenido jurídico – social y personalmente designa al que “acompaña” -, y más allá de incluir indudablemente a los otros miembros de la plantilla de su empleadora, se puede plantear la duda de si, por ejemplo, personas trabajadoras de contratas o subcontratas o trabajadores autónomos en relación de contrata o subcontrata pueden considerarse efectivamente como “compañeros” a estos efectos. Dada la amplitud de este término y la pertenencia de los mismos a aquel contexto, parece que la respuesta ha de ser positiva, en tanto que tales “compañeros” puedan estar directa o indirectamente bajo las facultades directivas de la empleadora del informante y, por tanto, susceptibles de ser objeto de represalias.

Más complejo puede ser la articulación de posibles “tratos desfavorables” respecto del colectivo de “familiares” a los que se refiere ese precepto si los mismos no son parte de la plantilla o de prestadores de servicios por vía de contrata o subcontrata. Desde luego, puede expresarse en este caso, por ejemplo, respecto a decisiones negativas a ser contratados en la empresa del informante o a ser perjudicados en relación a personas jurídicas de las que formen parte y estén en relación con la empleadora del informante, como ahora veremos<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Hay que tener en cuenta que hay empresas que tienen como regla general la no contratación en todos los ámbitos – laboral, civil, mercantil...- del ámbito familiar – al menos hasta un determinado grado –de las personas pertenecientes a las mismas, por lo que, en principio, la aplicación de esta denominada política contra el nepotismo no podría ser calificada de ilícita aplicada a un familiar de una persona informante. Distinto sería que esa política no fuera de

Sobre qué ha de entenderse por “familiares”, es un concepto que no deja de tener cierta ambigüedad legal. Así, a efectos laborales, el art. 1.3 e) va a considerar como familiares “siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción”. Es un concepto más restringido que el que, por ejemplo, se manejaba en la proyectada y *non nata* Ley de Familias<sup>29</sup>.

Respecto a personas jurídicas, y de acuerdo con el art. 4.4 c), la protección se les aplica cuando el informante trabaje para las mismas o mantenga cualquier tipo de relación con aquellas en un contexto laboral o profesional, especialmente si tal informante tiene una “participación significativa” en aquellas – como accionista y/o miembro de su consejo de administración, por ejemplo -, y entendiendo como “significativa”, a efectos de esa participación, “cuando, por su proporción, permite a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada”.

Como puede comprobarse, y en conclusión sobre el ámbito personal establecido por el art. 3 de la ley, hay que distinguir entre la persona (física) informante en sí, que es la que realiza la comunicación de la infracción por algunas de las vías previstas por la misma, y otras personas, que también puede incluir a las jurídicas, que por su relación con la informante, pueden experimentar represalias y, consiguientemente, necesitadas de tutela legal. Sin embargo, como ya avanzábamos en nuestra introducción y sin perjuicio del protagonismo esencial innegable de la persona informante, este art. 3 está lejos de agotar el ámbito subjetivo de la ley, como veremos en los próximos apartados.

aplicación en la práctica y excepcionalmente se aplicara a una persona informante. También en el sector público existe prohibición de contratar con determinados familiares, como dispone el art. 71 g) de la Ley 9/2007, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: “g)....La prohibición (de contratar)... se extiende igualmente...a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores...”.

<sup>29</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, de 14 de abril de 2023. En efecto, disponía su art. 3.2 que como familiar había que comprender a : “a) Las personas unidas entre sí por matrimonio o que constituyan pareja de hecho, sus ascendientes, las que de ellas dependan por filiación, tutela, guarda o acogimiento o respecto de las que se ejerzan curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica análogas, siempre que formen un núcleo estable de convivencia b) Las personas individuales junto con sus ascendientes, las que de ellas dependan por filiación, tutela, guarda o acogimiento o respecto de las que se ejerzan curatela representativa o medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica análogas, siempre que formen un núcleo estable de convivencia”.

### 3. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO PERSONAL DE LA LEY A LA PERSONA “AFECTADA”

En efecto, y por lo pronto, un sujeto de gran relevancia en la ley, tanto por las obligaciones que se le impone como por los derechos que se le garantiza, es el de la denominada “persona afectada”, término que contiene la Directiva y adoptado por nuestra ley - a veces también ésta lo califica de “sujeto afectado”, como en el art. 19.2 -, que es definida por la Directiva en su art. 5 como “una persona física o jurídica a la que se haga referencia en la denuncia o revelación pública como la persona a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción”.

Aunque nuestra ley no define a esta persona afectada – adoptaremos pues el concepto de la Directiva -, y ni tan siquiera lo incluye en el ámbito personal delimitado en el art. 3, que sería el lugar adecuado, sí existe en aquella una continua referencia a la misma, especialmente para establecer también la protección de sus derechos- arts. 39, 33.2, 19. 2 y 3 o 9. 2 f) y h), entre otros–.

Ya inicialmente, es destacable de esa definición que nos proporciona la Directiva el que, a diferencia de la persona informante, la afectada puede ser tanto persona física como jurídica, pudiéndose predicar de esta última, con las necesarias adaptaciones en su caso, todos los derechos y obligaciones que hemos citado que contempla la ley al respecto. Sin embargo, hay ámbitos en los que es notable la diferencia de tratamiento jurídico entre ambas personas, como es el caso de las cuantías de las sanciones previstas en la ley – el art. 56.1 prevé la sanción máxima de 300.000 euros para las personas físicas por infracciones muy graves, mientras la cuantía es el 1 millón de euros para tales infracciones en el caso de las personas jurídicas -.

Pero lo que más delimita la condición de persona afectada es no solo que en la información comunicada se haga “referencia” a la misma, sino que esa referencia lo sea precisamente en calidad de persona “a la que se atribuye la infracción o con la que se asocia la infracción”. Por tanto, puede ser que en la información comunicada aparezcan citadas personas físicas o jurídicas relacionadas con las circunstancias relatadas en la información, pero que ello no se haga en atribución a las mismas de la autoría de las infracciones o de su asociación con ellas.

Mientras que la referencia al sujeto infractor en sí no parece plantear especiales problemas más allá de los típicos de la determinación de la autoría, la calificación como persona afectada también a la que “se asocia con la infracción” dota a este ámbito de una gran amplitud, especialmente si consideramos que con esta última expresión se está incluyendo básicamente al “participe”, entendiendo por tal a la persona que interviene en el hecho ilícito ajeno favoreciendo su realización por parte del autor en cuanto inductor, cooperador necesario o cómplice. En este sentido, podría incluirse desde luego como asociados a personas trabajadoras, colaboradoras, contratistas, proveedores, colaboradores que, pudiendo haber

impedido o informado sobre la infracción o delito, por acción u omisión no lo hayan evitado o al menos procurado su efectiva comisión.

En este sentido, la determinación de esta persona afectada en cuanto autora o asociada a la comisión de una infracción grave o muy grave o a un delito, como se indica en el ámbito material de la ley 2/2023 delimitado en su art. 2, se deberá realizar consiguientemente en base a la normativa que se considera infringida desde la perspectiva administrativa o penal. Por tanto, para la determinación de esta persona afectada deberemos tener como referencia obligada toda la elaboración doctrinal y jurisprudencial desarrollada en torno a los arts. 27 y ss del Código Penal, incluyendo la incorporación de las personas jurídicas, así como la relacionada con los sujetos responsables en las infracciones administrativas correspondientes.

Ello nos hace ver, por cierto, que, a diferencia de la persona informante, que se entiende que desde la perspectiva de la ley respecto a los canales de comunicación ha de considerarse en su individualidad – desde luego respecto a su tutela y a su posición subjetiva en el desarrollo procedimental del canal interno o externo o en su condición de revelador-, puede haber una pluralidad de personas afectadas por haber sido “referidas” como infractoras en la comunicación. En tanto se mantengan la protección individualizada respecto a cada persona afectada – incluyendo la importante protección derivada de la normativa de protección de datos a la que se refiere el Título VI de la ley 2/2023 -, no parece que deba haber inconveniente en que un mismo canal interno o externo – y desde luego una revelación pública – incluya una pluralidad de las mismas.

Desde la perspectiva laboral, por ejemplo, personas afectadas pueden ser la empleadora – sea persona física, jurídica o comunidades de bienes (art.1.2 ET) - y/o personas que ostenten facultades de representación, asesoramiento o directivas, y/o, en fin, personas empleadas o relacionadas con aquélla –autónomos y empresas contratistas o proveedores-.

La cuestión que puede plantearse al hilo de las personas referidas como afectadas en una comunicación es si, en el ámbito laboral, la información sobre infracciones cometida por un directivo de la empresa implica por definición la implicación también como afectada de la empleadora de ese directivo. Desde luego, este será el caso cuando la persona informante considere expresamente a directivo y empresa como sujetos afectados, en el sentido de considerar que la infracción comunicada ha sido responsabilidad directa, por “acción u omisión”, de ambos. También será el caso cuando, aun considerando que el sujeto activo de la infracción es exclusivamente el directivo, se “asocia” a tal infracción de forma expresa a la empleadora.

La cuestión puede ser más compleja cuando la persona informante sólo tiene como “referencia” en su comunicación a uno de estos sujetos, esto es, o a la parte empleadora o a un directivo. En el primer caso es evidente que, junto a la responsabilidad de la empleadora persona física o persona jurídica y de sus órganos

de gobierno o control, la infracción puede ser de tal tipo que exija la implicación de un directivo en cuanto persona física – por ejemplo, una situación de acoso -. En el segundo caso, que se haga referencia exclusivamente al directivo, también parece que en el ámbito del contrato de trabajo, la empleadora, aunque sin citarse expresamente en la comunicación, puede tener una responsabilidad derivada sea por acción sea, más frecuentemente, por omisión – por ejemplo, no haber actuado contra el directivo a pesar de existir informaciones previas sobre su conducta infractora -.

En ambos casos, la pregunta que se plantea es la posición que ha de darse a ambos sujetos durante el procedimiento de tramitación de la comunicación en el canal interno o en el externo, esto es, si, incluso cuando la persona informante no se refiera como persona afectada al otro de esos dos posibles sujetos, en ambos canales ha de considerarse que esta otra persona está también acreditada como sujeto afectado y, en consecuencia, ha de aplicársele tanto las obligaciones como, sobre todo, los derechos y garantías que la ley 2/2023 prevé al respecto.

En principio, y aunque habrá que examinar las circunstancias concretas en cada caso, parece que la respuesta ha de ser afirmativa, especialmente porque en ambos casos, sea cuando la persona informante omita a la persona directiva presuntamente responsable, sea cuando omita a la persona empleadora, lo cierto es que se pueden derivar graves responsabilidades como consecuencia de la infracción informada y, consiguientemente, debería dársele por el Responsable del Sistema o la AAI la oportunidad de ejercitar todos sus derechos de defensa en los canales de comunicación interno y externo que utilice la persona informante – en la revelación pública no se da un procedimiento en cuanto tal<sup>30</sup>.

Lo relevante a efectos laborales, considerando el protagonismo que pueden tener personas empleadoras o directivos o incluso también “compañeros de trabajo” en las infracciones, es que los sujetos afectados por una información sobre las mismas pueden ser plurales, incluso con distintos grados de protagonismo.

<sup>30</sup> Lo cual parece en consonancia con lo enunciado en el prólogo de la ley respecto a las personas afectadas: “...Pero las medidas de protección no se dirigen sólo a favor de los informantes. También aquellas personas a las que se refieran los hechos relatados en la comunicación han de contar con una singular protección ante el riesgo de que la información, aun con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar. Estas personas mantienen todos sus derechos de tutela judicial y defensa, de acceso al expediente, de confidencialidad y reserva de identidad y la presunción de inocencia; en fin, de los mismos derechos que goza el informante”.



#### **4. SOBRE LOS SUJETOS SOMETIDOS AL RÉGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA LEY 2/2013**

El art. 62 de la ley, bajo el título de “sujetos responsables”, va a identificar a una nueva categoría de personas – coincidentes o no con las “afectadas” por la comunicación de la infracción – que entran en el ámbito subjetivo de la ley desde una perspectiva legal diferente, pero no menos relevante, a la de la persona informante o a la de la persona afectada.

En efecto, se trata de aquellas personas físicas o jurídicas que van a poder ser sometidas al régimen sancionador de la ley contemplado en sus arts. 65 ss por realizar “cualquiera de las actuaciones descritas como infracciones en el art. 63, y muy especialmente por ejercer represalias sobre la persona informante”.

Si examinamos las represalias enunciadas en el art. 36.3<sup>31</sup>, podemos concluir que la mayoría de estas represalias pueden tener como sujetos activos principales a personas afectadas, y muy principalmente, desde la perspectiva laboral, a personas empleadoras y/o directivas del informante, como es el caso de todas las acciones negativas respecto al contrato de trabajo que se enumera en el apartado a) de ese art. 36.3. No obstante, puede ocurrir o bien que una de estas personas no sea afectada por la comunicación del informante pero sí ejecutora de la represalia, o bien que esta represalia provenga de una tercera persona que normalmente estará directa o indirectamente relacionada con la persona afectada, pero sin relación contractual con el informante, como pueden ser los casos también enumerados en el art. 36.3 de inclusión en “listas negras”, de daños en la reputación de la persona informante, o de denegación de un permiso o licencia.

Por tanto, lo esencial a señalar es que el sujeto responsable sobre el que se imponga las sanciones previstas en la ley puede ser que sea diferente al considerado

<sup>31</sup> A los efectos de lo previsto en esta ley, y a título enunciativo, en el art. 36.3 se consideran represalias las que se adopten en forma de: “a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación. b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo. c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional. d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios. e) Denegación o anulación de una licencia o permiso. f) Denegación de formación. g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto”.

como afectado por la comunicación de la persona informante, en cuanto que no sea el sujeto identificado como responsable por acción u omisión de la infracción comunicada, pero que por ejercer acciones de represalia contra la persona afectada, en estadios previos, simultáneos o posteriores a tal comunicación, sea imputable de las infracciones sancionadas en la ley<sup>32</sup>.

En relación a esta inclusión a efectos sancionadores, téngase en cuenta, y ello debemos subrayarlo, que lo que la ley 2/2023 sanciona no es la comisión por acción u omisión de una infracción susceptible de inclusión en el ámbito material de la ley según su art. 2 – ello se hará según el régimen sancionador de la normativa incumplida -, sino el ejercicio de una conducta ilícita contra la personas informantes o las indicadas en su art. 3 relacionadas con las mismas, principalmente mediante tratos desfavorables, que es la esencia de la represalia según nos indica la definición de ésta en el art. 36.2 de la ley<sup>33</sup>.

## 5. LA PERSONA RESPONSABLE DEL SISTEMA INTERNO

Aunque no citado expresamente en el art. 3 por no ser persona informante o persona afectada, ni ser tampoco en principio sujeto responsable a efectos sancionadores, debemos hacer referencia por el protagonismo que puede tener en la vía interna de comunicación de infracciones a otro sujeto al que la ley denomina como “Responsable del Sistema interno”, que el art. 8.1 considera que es “la persona física responsable de la gestión de dicho sistema”, y que ha de existir tanto en el sector público como privado obligados a la implementación de ese Sistema interno.

En tanto que el canal interno de comunicación de ese Sistema se considera como “preferente” para informar sobre infracciones y que, desde la perspectiva organizacional, es claro que los entes o empresas eventualmente afectadas por las mismas preferirán su utilización a las otras previstas en la ley – la externa o la revelación pública -, no cabe la menor duda de la importancia de esta figura

<sup>32</sup> El art. 62 tiene otras dos disposiciones relevantes respecto a estos sujetos responsables. Por un lado, se establece que “cuando la comisión de la infracción se atribuya a un órgano colegiado la responsabilidad será exigible en los términos que señale la resolución sancionadora”. No obstante, va a eximir de responsabilidad a aquellos miembros “que no hayan asistido por causa justificada a la reunión en que se adoptó el acuerdo o que hayan votado en contra del mismo”. Puede ser importante determinar si entre esas causas justificadas de ausencia está precisamente el mantener por el ausente una posición contraria a la adopción de decisiones por considerar precisamente su ilegalidad. Por otro lado, se establece la responsabilidad de estos sujetos” incluso aunque haya desaparecido su relación o cesado en su actividad en o con la entidad respectiva”.

<sup>33</sup> No indica dicho precepto: “Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública”.

del Responsable del Sistema, en cuanto sujeto esencial para lograr el adecuado funcionamiento prioritario de aquel canal interno.

Nos indica el art. 8.2 de la ley que dicho Responsable no sólo puede ser una persona individual, sino también un órgano colegiado, pero en este caso se exige – “deberá” - que este órgano delegue en unos de sus miembros la gestión del sistema interno y la tramitación de los expedientes de información. Tanto en un caso como en otro, nos indica el art. 8.1, la elección, así como la destitución o cese, del Responsable del Sistema ha de hacerse directamente por el órgano de administración o de gobierno de la entidad u organismo.

Trascendente laboralmente es que, según nos continúa indicando la norma, esta persona Responsable o en la que se delegue por el órgano colegiado responsable – no los otros miembros de este órgano-, en el ámbito del sector privado, ha de ser un “directivo” de la entidad<sup>34</sup>. Qué sea “directivo” habrá que interpretarlo en sentido amplio, esto es, como todo aquel unido por contrato de trabajo que ostente por delegación facultades propias del empleador a las que se refiere el art. 20.1 ET.

En principio, nos dice el art. 8.5, se exige que esta responsabilidad del sistema se desarrolle por el directivo de forma exclusiva, aunque este requisito se flexibiliza cuando, dada la naturaleza o la dimensión de las actividades de la entidad, esta exclusividad no se justifique o permita. En caso de que se compatibilice con otras funciones, se va a recomendar que se trate de evitar posibles situaciones de conflicto de interés, situaciones que pueden ser muy diferentes, pero en esencia se refiere a que el responsable pueda entender de comunicaciones de personas que sean sus subordinados o de materias en la que este directivo haya podido tener o tenga algún tipo de competencia o implicación.

El otro requisito que se exige respecto a este sujeto, más trascendente y de complejidad jurídica acentuada, es el referido en el art. 8.4 al indicar que el Responsable ha de actuar con “independencia” y “autonomía” en el desarrollo de sus funciones, que se manifiesta en que “no podrá recibir instrucciones de ningún tipo en su ejercicio”. Tal independencia y autonomía hay que predicarla, en general, en relación a la organización en la que se integra – pública o privada - o a terceros externos – por ejemplo, la AAI -, pero en especial, hay que entender, respecto al órgano de administración o de gobierno de la entidad que no sólo lo ha nombrado, sino que puede destituirlo o cesarlo. No cabe duda que, especialmente esta última facultad, puede representar un obstáculo para tal independencia y autonomía.

<sup>34</sup> Afortunadamente se ha corregido la redacción existente en versiones de anteproyectos de ley que exigía que este responsable fuera una “alto directivo”, lo cual se hubiera traducido en una enorme complejidad si se interpretara esta expresión en sentido estricto como persona con relación laboral especial de esta naturaleza. No parece que un director general, al menos en empresas de ciertas dimensiones, sea la persona más adecuada para responsabilizarse de un sistema interno de comunicación tan trascendente, a acumular a las diversas y generales funciones que le son propias de ese cargo por definición.

Así, por referirnos a un claro ejemplo de esa dificultad en el ámbito del sector privado, es muy importante determinar la coexistencia que puede establecerse entre esa independencia del Responsable y las posibles facultades disciplinarias de la empresa respecto al cometido de sus otras funciones laborales, si no hay exclusividad, o incluso respecto a sus funciones en sí como Responsable del Sistema, dado que dentro de aquellas facultades disciplinarias hay que entender que se incluyen, junto a las ligadas al desempeño laboral, las derivadas del control y la exigencia de la debida ejecución de esas funciones, facultades que incluyen desde luego entre las sanciones a aplicar la mencionada posibilidad de destitución o cese como Responsable. Podemos concluir que, en ambos casos, sea respecto a incumplimientos laborales o a incumplimientos como Responsable, ese sometimiento a la potestad disciplinaria ordinaria del empleador puede representar todo un desafío a esa independencia y autonomía de éste.

Así, por ejemplo, ausencias reiteradas e injustificadas por el directivo o su bajo rendimiento laboral pueden ser sancionadas en base al cuadro de infracciones “normales” que se contenga en el convenio colectivo aplicable. Pero también ha de entenderse que una deficiente actuación en cuanto Responsable para tramitar diligentemente las comunicaciones presentadas en el canal interno podría llevar, en caso de gravedad, a su destitución. La pregunta es si tal deficiencia existiera pero no revistiera esa gravedad podría dar lugar a unas sanciones menores, tal como una suspensión temporal de empleo y sueldo.

Dada la aplicación generalizada al régimen disciplinario del principio sancionador de proporcionalidad y gradualidad, la respuesta debería ser positiva, pero, por otra, podría plantarse una dificultad respecto al principio de tipicidad tanto de la infracción como de la sanción al no preverse expresamente en la ley 2/2023, a no ser que acudamos a la regulación general que los convenios colectivos contienen respecto a las faltas y sanciones y apliquemos, en ausencia de una regulación expresa respecto al Responsable, los incumplimientos genéricos tales como faltas por rendimiento indebido, por desobediencia, o contra las obligaciones de buena fe o lealtad.

Pero lo cierto es que esta aplicación del régimen disciplinario al directivo, con las dificultades de delimitación y fundamentación señaladas, no debe dificultar la independencia y autonomía del cargo de Responsable, de forma que habrá que entender, en base a la preservación de las mismas, que ha de justificarse exhaustivamente las razones de la sanción que se le quiera imponer, sea en el ámbito laboral - cuando desempeñe simultáneamente tareas propias de su trabajo -, sea en su capacidad como tal Responsable.

En todo caso, la dificultad anterior puede fundamentar lo indicado por la ley en su art. 8.3 de que se le deba comunicar a la AAI por parte del órgano de administración u órgano de gobierno no sólo el nombramiento de la persona física individualmente designada como responsable y, en su caso, de los componentes del

órgano colegiado, sino también su cese, requiriéndose en este último caso según aquel precepto que se especifiquen “las razones que han justificado el mismo”.

Una última precisión realiza la ley en su art. 8.6 que tiene su importancia en la práctica para evitar, especialmente en empresas o entes de menores dimensiones, la proliferación de cargos y los costes anexos a los mismos, al indicarnos que cuando exista ya una persona responsable del cumplimiento normativo o de políticas de integridad – el denominado frecuentemente “compliance officer” o responsable del cumplimiento normativo –, su titular también podrá ser designado como Responsable del Sistema interno, siempre que cumpla los requisitos exigidos por la ley al respecto, y especialmente que sea directivo del ente u organismo en el caso del sector privado<sup>35</sup>.

## **6. OTROS SUJETOS CONTEMPLADOS EN LA LEY 2/2013: LAS ENTIDADES OBLIGADAS A ESTABLECER UN SISTEMA INTERNO, LAS AUTORIDADES PUBLICAS RESPONSABLES DEL CANAL EXTERNO Y DEL RÉGIMEN SANCIONADOR, Y LOS PROFESIONALES DE LA PRENSA EN LA REVELACIÓN PÚBLICA**

Para completar este análisis del ámbito subjetivo de la Ley 2/2023, debemos hacer aunque sea una breve referencia a los entes obligados a establecer un Sistema interno, al responsable del canal externo que coincide con la autoridad competente para aplicar el régimen sancionador previsto en la ley y, por último, en el ámbito de la revelación pública, a la trascendencia que pueda tener aquella ley para los profesionales de la prensa que se hagan eco de la revelación directa que les pueda realizar la persona informante.

Así, tenemos en primer lugar a las denominadas por el art. 10 de la ley como “entidades obligadas del sector privado”, entre las que, desde la perspectiva laboral y siguiendo en ello a la Directiva, debemos destacar “las personas físicas o jurídicas del sector privado que tengan contratados cincuenta o más trabajadores”.

A destacar, por tanto, dos notas de este precepto. Por un lado, que se haya extendido de tal manera la obligatoriedad de tener un Sistema interno que alcance a lo que podríamos considerar como mediana empresa, solo eximiéndose consiguientemente a las de menor tamaño, aunque el apartado 2 de este precepto dispone que las personas jurídicas de menos de 50 trabajadores podrán disponer

<sup>35</sup> Hay que tener en cuenta que la posible gestión por un tercero externo del Sistema que permite la ley en sus arts. 6 y 15, tanto respecto al sector privado como al público, lo es básicamente para la “recepción de informaciones”, gestión ésta que ha de realizarse sin menoscabo de las funciones esenciales de ese Responsable del Sistema o de las obligaciones últimas de los órganos de gobierno que lo designan.

también de estos sistemas internos siempre que en ese caso cumplan con los requisitos de la ley. Nótese que lo anterior no se aplica a las personas físicas que empleen a un número menor de 50 trabajadores, lo que implica seguramente que de establecerse tal sistema por esos empleadores no se le aplicaría la ley.

Por otro lado, hay que señalar que la ley – y la Directiva – siguen adoptando el número de trabajadores contratados para establecer obligaciones según la dimensión de la empresa, criterio cuantitativo que, como es sabido, es progresivamente insuficiente para estimar la trascendencia de la empresa como agente económico, por no guardar en un número creciente de casos una correlación adecuada con criterios tan relevantes para dicha estimación como los de facturación o ingresos de aquélla.

A señalar también que tanto asociaciones empresariales como sindicatos – y las fundaciones creadas por unos y otros - deberán establecer este sistema interno con independencia del número de trabajadores que empleen, pero solo en el supuesto de que “reciban o gestionen fondos públicos”, lo cual va a ser frecuentemente el caso en nuestro sistema de relaciones laborales y la causa esencial de que la ley considere esta obligatoriedad como forma de asegurar más estrictamente el uso regular de tales fondos por aquellos sujetos.

Aunque como se ha visto la referencia que adopta la ley en este ámbito es el de la “empresa” y su número de trabajadores, en su art. 11 también va a considerar al “grupo de sociedades” - según lo define el art. 42 del Código de Comercio – a efectos tanto de que dicho grupo pueda establecer una política general respecto a los Sistemas internos de las empresas del mismo como a la posibilidad de que exista un único Responsable del Sistema interno para todo el grupo. Hemos de señalar que esta regulación, vista desde la perspectiva laboral, ha de interpretarse en el sentido de que la existencia de una política general sobre los Sistemas internos de las empresas del grupo o de un solo Responsable para el mismo no ha de ser considerado por sí como indicio o prueba de que estamos ante un grupo laboral “patológico”, confirmado por la declaración adicional de ese art. 11 de la ley de que incluso con esa política general no se ha de impedir la independencia y autonomía de cada sociedad del grupo. También debemos señalar que esta norma no se introduce en el complejo tema de empresas multinacionales que, como ocurre ya en la práctica, establecen canales internos unitarios de reclamaciones o denuncias transnacionales<sup>36</sup>.

Respecto al sector público, el art. 13 va a disponer que todas las entidades que lo integran “estarán obligadas a disponer de un Sistema interno de información

<sup>36</sup> Es importante tener en cuenta que ni la Directiva ni, desde luego, nuestra ley contemplan la posibilidad de desarrollar un único Sistema interno centralizado transnacional de comunicación de infracciones en empresas multinacionales, posibilidad que fue expresamente rechazada por la Comisión Europea en respuestas de 2 de junio y 29 de junio de 2021 a peticiones expresas

en los términos previstos en esta ley”, considerando de una forma muy amplia a continuación qué entidades se consideran como integrantes de tal sector, siendo la nota más relevante, junto a esa amplitud, el que tal obligación no depende del personal funcional o laboral que empleen. Esta “universalización” del sistema interno de información en el sector público se debe desde luego a facilitar la comunicación de infracciones en el mismo dado el interés general en asegurar su funcionamiento regular.

En segundo lugar, otro sujeto muy relevante en la ley 2/2023 es la autoridad pública a cargo del canal externo, que es la AAI o autoridad autonómica correspondiente. A destacar de dicha Autoridad son sus extensas facultades para gestionar dicho canal – al que la persona informante puede acudir directamente sin ir previamente al canal interno -, que se ven reforzadas por el hecho de ser también la autoridad competente para sancionar las infracciones tipificadas en la ley – art. 61.2 -<sup>37</sup>. El Título VIII de la ley contempla tanto las funciones como el régimen jurídico y la organización de este importante ente<sup>38</sup>.

Por último, y en tercer lugar, podemos considerar la relevancia para los sujetos en la ley 2/2023 de la comunicación que puede desarrollar la persona informante,

al respecto por parte de determinadas empresas multinacionales y asociaciones empresariales. La Comisión considera que la Directiva establece que cualquier ente privado con cincuenta o más trabajadores está obligado a implementar el Sistema interno, con independencia de si dicho ente es o no parte de un grupo mercantil de empresas. No obstante, es importante destacar que ni la Directiva ni nuestra ley prohíben la implementación de Sistemas internos centralizados de información de infracciones de carácter transnacional para todo el grupo, pero siempre que estos existan en paralelo y simultáneamente a los Sistemas internos a nivel de las empresas individuales que han de implementarse según la normativa de cada país, considerando la Comisión que esta individualización hará más eficiente los objetivos de la Directiva y de esa normativa.

<sup>37</sup> Considérese al respecto que no sólo las multas pueden llegar, como ya hemos señalado, hasta el millón de euros para las personas jurídicas y que a ello se pueden unir unas importantes sanciones anexas tales como la prohibición de obtener subvenciones públicas o de contratar con el sector público, sino también que, según dispone el art. 36.6, la AAI podrá, en el marco de los procedimientos sancionadores que instruya, adoptar medidas provisionales tan trascendentes como las establecidas en el artículo 56.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, entre otras: la suspensión temporal de actividades; la prestación de fianzas, retirada o intervención de bienes productivos; el cierre temporal del establecimiento; el embargo preventivo de bienes; el depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; o la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.

<sup>38</sup> La Disposición final undécima establece que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, el Consejo de Ministros aprobará mediante real decreto, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Función Pública, el Estatuto de esta Autoridad Independiente de Protección del Informante. Es evidente que, al menos a nivel estatal, hasta que esta AAI no esté establecida no podrá implementarse el canal externo, lo cual, hay que entender, no obstaculizará el funcionamiento tanto del canal interno como de la revelación pública, aunque sí deja en suspenso hasta aquel establecimiento de la AAI el régimen sancionador contra las represalias previsto en ese Título VIII de la ley del que dicha autoridad es responsable. No obstante,

según dispone su art. 28.2, de acudir “directamente a la prensa” informando de posibles infracciones sin acudir previamente al canal interno o al externo<sup>39</sup>.

Esa revelación pública directa, cuando se realiza en el ejercicio de la libertad de información, hace que la persona informante-reveladora también este protegida por la ley 2/2023. Pero la cuestión que ahora nos podemos formular en aras de determinar más exactamente el ámbito subjetivo de esa ley es si tal protección se extiende también a los profesionales de la prensa por el mero hecho de haber recibido y hecho público en sus medios de comunicación esa revelación.

Desde luego, esos profesionales van a recibir la protección reforzada que la libertad de información implica para la prensa en el ámbito del art. 20 CE, especialmente y precisamente en su apartado 1 d), y que cuenta con importante desarrollo en la doctrina constitucional.<sup>40</sup> No obstante, la inclusión de los profesionales de la prensa en cuanto recojan revelaciones públicas en el ámbito personal de la ley 2/2023 no vendría tanto en su calidad de persona informante, al no reunir los requisitos del art. 3.1 en sí, sino en todo caso en cuanto personas “relacionadas” con ésta – la que les ha revelado directamente la infracción- según nos indica el art. 3.4 b) - “personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias”-, entendiendo, como hemos tenido ocasión de señalar, que este apartado establece una referencia abierta a esas personas relacionadas y cuyos enunciados de “familiares” o “compañeros de trabajo” son meramente a títulos de ejemplo. Lo anterior es, lógicamente, con independencia de que los profesionales de la prensa puedan constituirse en personas informantes en sentido estricto respecto a infracciones cometidas en el contexto laboral o profesional en el que trabajan a raíz de publicar tales revelaciones.

ello no impediría que determinadas conductas de trato desfavorable contra las personas informantes puedan ser sancionadas según otras normas, como sería el caso de la LISOS.

<sup>39</sup> Al respecto, Del Rey Guanter, S. (2023), “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la ley 2/2023...”, op. cit., especialmente pgs. 19 ss.

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo y más recientemente, la STC 30/2022, de 7 de marzo de 2022.





# LA EVOLUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE REVISIÓN Y SALVAGUARDA SALARIAL A TRAVÉS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL GRUPO IBERDROLA\*

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS

*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave:** salario, cláusulas de garantía salarial, convenio colectivo, IPC

La determinación de la cuantía salarial ha representado desde siempre uno de los contenidos clásicos y más trascendentes de la negociación colectiva. En este contexto las denominadas cláusulas de revisión y/o salvaguarda o garantía salarial han venido constituyendo un mecanismo clave en el proceso de adaptación de los salarios a la evolución de los precios y el coste de la vida. Desde los Pactos de la Moncloa este tipo de mecanismos abandonó la referencia al IPC real del año precedente para aventurarse en fórmulas de actualización que conjugaban las previsiones oficiales de IPC con el IPC real de final de cada año. Los múltiples problemas interpretativos que tal tipo de formulaciones provocaron en momentos de falta de previsión de IPC o de existencia de un IPC real inferior al tomado en consideración para llevar a cabo el incremento salarial inicial, unido a la fuerte crisis económica acontecida a partir de 2008, supusieron una abandono de este tipo de herramientas y la apuesta por articular previsiones más vanguardistas en la regulación del quantum y de los incrementos salariales (EBIT, EBITDA, productividad, beneficio neto...). No obstante, en los últimos años y tras el intenso repunte de la inflación se ha vuelto a poner de actualidad la virtualidad de las cláusulas de garantía salarial en su configuración más tradicional. El análisis de la evolución de la negociación colectiva del grupo de empresas Iberdrola (1998-2021) en esta materia nos va a servir como botón de muestra para estudiar todas estas cuestiones.

## ABSTRACT

**Key words:** wage, wage guarantee clauses, collective bargaining agreement, CPI

*The determination of wage levels has always been one of the classic and most important aspects of collective bargaining. In this context, the so-called review and/or safeguard or wage guarantee clauses have been a key mechanism in the process of adapting wages to the evolution of prices and the cost of living. Since the Moncloa Pacts, this type of mechanism abandoned the reference to the real CPI of the previous year to venture into updating formulas that combined official CPI forecasts with the real CPI at the end of each year. The multiple interpretative problems that this type of formulation caused at times of lack of CPI forecasts or the existence of an actual CPI lower than that taken into consideration to carry out the initial wage increase, together with the severe economic crisis from 2008 onwards, led to the abandonment of this type of tool and a commitment to articulate more avant-garde forecasts in the regulation of quantum and wage increases (EBIT, EBITDA, productivity, net profit, etc.). The analysis of the evolution of collective bargaining in the Iberdrola group of companies (1998-2021) in this area will serve as a sample to study all these issues.*

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación concedido por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía, dentro del Programa Operativo FEDER 2014-2020, sobre “Políticas de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva”, Universidad de Sevilla (PS20\_01180).

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. REVISIÓN SALARIAL VERSUS CLÁUSULAS DE GARANTÍA SALARIAL
3. LA EVOLUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL GRUPO IBERDROLA
  - 3.1. Relación de convenios analizados
  - 3.2. La fórmula tradicional de las cláusulas de salvaguarda salarial
  - 3.3. La falta de previsión del índice de precios al consumo en las leyes de presupuestos y su incidencia en las cláusulas de garantía salarial
  - 3.4. Las dificultades interpretativas de las cláusulas de salvaguarda cuando el índice de precios al consumo real es inferior al previsto
  - 3.5. El abandono del índice de precios al consumo como factor de referencia y las nuevas fórmulas de revisión salarial
4. A MODO DE CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

## 1. INTRODUCCIÓN

Si hay una materia de singular importancia para la negociación colectiva esa es la salarial. Jornada y salario, como parámetros cuantitativos delimitadores de la prestación debida, han constituido desde siempre el eje central de la relación laboral. Los problemas ligados a su conceptualización, estructura, conexión de sinalgmaticidad o protección han dado origen a algunas de las páginas más notables de la literatura académica<sup>1</sup>. Nuestra pretensión en este trabajo no es añadir una nueva contribución a todas estas esenciales cuestiones sino, mucho más modestamente, analizar cómo la negociación colectiva, representada por el análisis de la evolución de los convenios de un grupo de empresas, ha reaccionado y actuado ante el dilema de mantener y garantizar que la retribución debida se adecúe en su cuantía a los fines iniciales que se buscaron en el momento de la suscripción del convenio y durante su vigencia.

En esta labor, como se sabe, la negociación colectiva tiene un límite infranqueable de referencia que viene representado por lo fijado por el gobierno como salario mínimo interprofesional, cuyo importante crecimiento en los últimos años, lógicamente, ha incidido en el tratamiento de la materia en los convenios colectivos. Pero más allá de tales prescripciones, han sido las fórmulas de determinación inicial del salario, las cláusulas de revisión salarial y las previsiones de salvaguarda salarial las que han venido actuando como instrumentos para garantizar que el salario cumpla esa función constitucional de suficiencia de la remuneración<sup>2</sup>. La forma en la que tales mecanismos se han desarrollado en la

<sup>1</sup> Por todos, Roccella, M.: *I salari*, Il Mulino, 1986.

<sup>2</sup> Sobre los problemas relativos a la determinación de los salarios desde la perspectiva de la teoría económica y las dificultades de conciliar la dimensión del salario como coste laboral (y, por ende, factor importante de la oferta agregada) y como ingreso de los trabajadores (y, por tanto,

negociación colectiva, así como los problemas prácticos y disfunciones que algunas de sus formulaciones han provocado será el objeto de nuestro estudio; todo ello a través de la concreta plasmación que dichas figuras han tenido en el singular supuesto de los convenios del grupo de empresa Iberdrola.

La elección de la empresa Iberdrola como muestra ilustrativa, derivada de un análisis previo de los procesos negociales de las empresas con experiencias más vanguardistas en la materia estudiada (Red Eléctrica de España, grupo Endesa, Telefónica de España SAU, Fundación Telefónica, Logifruit, S.L., etc.), obedece a diversas razones: en primer lugar, la de tratarse de un proceso negociador dinámico que, en el período que transcurre desde 1998 a 2023, se ha traducido en la suscripción de ocho convenios colectivos que, además, incorporan previsiones específicas en la materia. Además, a esas ocho normas convencionales se ha de sumar el convenio de la empresa Iberdrola, S.A., que precedió a la conformación del grupo de empresas actual. En segundo lugar, el propio contenido y variedad de las previsiones convencionales en la materia estudiada, que permiten servir de hilo conductor para la exposición de los principales problema teóricos y prácticos que se han suscitado en relación con las cláusulas de revisión y salvaguarda salarial. Por último, la propia importancia económica del grupo de empresa Iberdrola, el número de trabajadores afectados por su convenio<sup>3</sup> y la trascendencia de su actividad empresarial.

## 2. REVISIÓN SALARIAL *VERSUS* CLÁUSULAS DE GARANTÍA SALARIAL

En la regulación convencional de la materia salarial ha venido siendo muy habitual utilizar la denominación de cláusulas de revisión salarial a los mecanismos utilizados por los negociadores para conseguir una equiparación entre la evolución de la retribución debida y el coste de la vida. Es decir, la finalidad básica de esas previsiones de “revisión salarial” era la de asegurar el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios procurando que su crecimiento final fuera, cuando menos, equivalente al del índice de precios al consumo (IPC) del período considerado. La terminología cláusulas de revisión salarial era sinónimo de cláusulas de garantía o salvaguarda salarial, pues no otra cosa se pretendía con la activación

fuelle de consumo privado y factor determinante de la demanda agregada), puede verse Pérez Infante, J.I.: “La negociación colectiva y los salarios en España: Un análisis económico agregado”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29, núm. 2, 2011, págs. 261 y ss.

<sup>3</sup> De acuerdo con los datos consignados en la hoja estadística de la red REGCON, el número de trabajadores afectados por los últimos cuatro convenios del Grupo Iberdrola es el siguiente: V Convenio: Total 8880; Mujeres 1353; Hombres 7527. VI Convenio: Total 8029; Mujeres 1335; Hombres 6694. VII Convenio: Total 8336; Mujeres 1583; Hombres 6753. VIII Convenio: Total 8845; Mujeres 1916; Hombres 6929.

del mecanismo de la previsión en cuestión. Así se derivaba de las directrices de los diversos Acuerdos Interprofesionales para la Negociación Colectiva publicados desde el año 2002 al 2007 y así era comúnmente entendido por la doctrina<sup>4</sup>.

Justamente en los convenios de la empresa analizada en este estudio, los dos primeros Convenios de la empresa “Iberdrola, Sociedad Anónima” (anteriores a la creación del grupo), aludían a la cuestión de la garantía del poder adquisitivo de los salarios en artículos que llevaban por título precisamente “Cláusula de revisión salarial”. Y así ha acontecido igualmente en los cuatro primeros convenios del grupo Iberdrola (en adelante CCIG) en los que la revisión salarial venía ligada a la evolución del IPC.

Podríamos decir que la función de la previsión convencional, garantizar el poder adquisitivo de los salarios, absorbe su mecanismo de activación, identificando el proceso de revisión que posibilita aquel mantenimiento cuando el IPC real es superior al considerado a la hora de proceder al incremento salarial, la revisión de los salarios, con la finalidad del mecanismo, la salvaguarda de los salarios y su correspondencia con el coste de la vida. Lo cierto es que el problema podría quedar en lo meramente terminológico si no fuera por lo que la realidad práctica del desarrollo de este tipo de acuerdos convencionales ha puesto de manifiesto y, sobre todo, por la funcionalidad que una diversa configuración de este tipo de cláusulas de revisión puede tener más allá de ser un instrumento de garantía del poder adquisitivo de los salarios. Si se apuesta por una conceptualización de este tipo de cláusulas que vaya más allá de esa primigenia función, y se convierta en un instrumento flexibilizador de los salarios, de salvaguarda de los incrementos salariales pactados, pero no, necesaria o simplemente, del poder adquisitivo de los salarios, que se adapten a la situación económica general, y de la empresa, en particular, y que permita ajustar los salarios con mayor agilidad ante coyunturas difíciles<sup>5</sup>, la diferenciación de los términos revisión salarial y garantía o salvaguarda

<sup>4</sup> Mercader y Pérez del Prado también aluden a esa denominación indistinta de cláusulas de revisión salarial y de garantía o salvaguarda salarial (Cfr. Mercader Uguina, J.R., y Pérez del Prado, D.: “Cláusulas de revisión salarial instrucciones de uso para tiempos de crisis”, *Temas Laborales*, núm. 103/2010, pág. 14. También ponen de manifiesto esta ambigüedad terminológica Aragón Gómez, C., Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D.: “Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial”, en AAVV. López Ahumada, J.E. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica*, CCOO, Cinca, Madrid, 2013, págs. 45-46. Con carácter general sobre la revisión salarial, véase Todolí Signes, A.: La revisión salarial, Tirant Lo Blanch, 2013, y más recientemente, Todolí Signes, A.: “La revisión salarial ante la desaparición del IPC previsto de la LPGE y con un año en deflación (IPC real negativo)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.180/2015.

<sup>5</sup> Mercader Uguina, J.R., y Pérez del Prado, D.: “Cláusulas de revisión salarial instrucciones de uso para tiempos de crisis”, op. cit. págs. 43-44, para quienes esta caracterización de las cláusulas de revisión salarial las convertiría en un mecanismo jurídico automático (porque se aplicaría de acuerdo con la evolución de la inflación), ágil (porque evitaría acudir a procedimientos como el descuelgue del art. 82.3 ET o las modificaciones sustanciales del art. 41 ET) y poco oneroso (pues no

salarial resulta especialmente pertinente. La necesidad de procurar una redacción convencional acorde con la voluntad de las partes y la finalidad de lo pretendido con la regulación, exigiría, cuando menos, a nuestro juicio, diferenciar entre las cláusulas que regulan los incrementos o variaciones salariales que se producen de forma anual durante la vigencia del convenio colectivo, y que serían cláusulas de revisión salarial, y aquellas que pretenden mantener el poder adquisitivo de los salarios y que buscan una cierta equiparación entre la evolución del IPC y de la cuantía salarial percibida, que serían las verdaderas cláusulas de garantía o salvaguarda salarial<sup>6</sup>.

Por otra parte, no puede olvidarse que la inclusión de cláusulas de garantía salarial (entendida en los términos estrictos de cláusulas de garantía del poder adquisitivo de los salarios en función del IPC) y su propia configuración está estrechamente ligada a la estructura salarial por la que se opte y, especialmente, al papel y diseño de los complementos salariales. En la misma medida, las previsiones convencionales sobre la revisión de los salarios guardan íntima conexión con la materia, por lo que no son extrañas las previsiones que interrelacionan una regulación con otra, cuando no confunden nominalmente lo que se quiere conseguir con lo que se dice disciplinar. Y es desde esta consideración desde la que esa correcta terminología por la que abogamos resulta aún más necesaria, especialmente cuando llega el momento de proceder a su interpretación jurídica ante una realidad socioeconómica cambiante que no atiende a rigideces nominativas.

Todo ello en un contexto y panorama negocial donde la heterogeneidad y la diversidad han sido la tendencia general en la previsión convencional de las cláusulas de revisión y garantía salarial, tanto en períodos de crisis económica como en situaciones de crecimiento<sup>7</sup>, lo que abunda en la necesidad de introducir claridad, seguridad y criterios nítidos en previsiones convencionales que, a la postre, devienen fundamentales tanto desde el puesto de vista de los trabajadores (salario debido) como desde la perspectiva de las empresas (coste laboral).

requeriría la constatación de las especiales circunstancias exigidas por los anteriores instrumentos, siendo un mecanismo previo a esos otros más radicales).

<sup>6</sup> En este sentido y para hacer frente a la confusión terminológica se pronuncian Aragón Gómez, C., Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D.: “Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial”, op. cit. pág. 46.

<sup>7</sup> Aragón Gómez, C., Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D.: “Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial”, en AAVV. López Ahumada, J.E. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica*, CCOO, Cinca, Madrid, 2013, pág. 48; Pérez infante, I.: La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España, *RMTAS* nº 46, 2003, pág. 75.

### **3. LA EVOLUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL GRUPO IBERDROLA**

#### **3.1. Relación de convenios analizados**

Como muestra de la evolución de las cláusulas de revisión y/o salvaguarda o garantía salarial, en los términos argumentados, vamos a analizar el devenir en la materia del Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo desde su primera versión de 1998 hasta el vigente en la actualidad. Se trata de un convenio de grupos de empresa, de ámbito territorial interprovincial superior al ámbito autonómico y que en su primera versión procedió a derogar el II Convenio Colectivo de “Iberdrola, Sociedad Anónima”<sup>8</sup>.

El período temporal que abarca esta unidad negocial (desde 1998 a 2021) nos va a permitir examinar y tener una completa visión de la evolución de la configuración de este tipo de cláusulas dirigidas, muy significativamente, a adecuar la cuantía de la percepción retributiva a la evolución del nivel de vida. Veremos cuál ha sido su utilización y funcionalidad tanto en épocas de crecimiento económico como en situaciones de crisis, veremos su fisonomía particular, desde las fórmulas tradicionales de fuerte vinculación al IPC, con los consiguiente problemas cuantitativos y cualitativos a que darán lugar cuando el IPC presente cambios imprevistos, tanto a la baja como al alza, y cuando deje de existir una previsión oficial de IPC del gobierno a la que solía remitir tales cláusulas convencionales. Nos permitirá, en fin, advertir los cambios que tanto desde los grandes acuerdos interprofesionales como desde la negociación colectiva de nivel inferior se han ido produciendo en relación con la regulación de la cuantía salarial y sus elementos conformadores, así como las disfuncionalidades de alguna de estas fórmulas ante situaciones económicas imprevisibles e imprevistas.

La relación de convenios colectivos examinados es la siguiente:

- I Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, I CCIG). Resolución de 24 de julio de 1998, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del I Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (BOE de 20 de agosto de 1998).
- II Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, II CCIG). Resolución de 3 de mayo de 2001, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción y publicación del II Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (BOE de 25 de mayo de 2001).
- III Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, III CCIG). Resolución de 4 de octubre de 2004, de la Dirección General de Trabajo, por la que se

<sup>8</sup> Artículo 21 del I CCIG.

dispone la inscripción en el registro y publicación del III Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 26 de octubre de 2004).

- IV Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, IV CCIG). Resolución de 14 de enero de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 29 de enero de 2008).
- V Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, V CCIG). Resolución de 17 de junio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 5 de julio de 2011).
- VI Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, VI CCIG). Resolución de 14 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 25 de septiembre de 2015).
- VII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, VII CCIG). Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 9 de agosto de 2017).
- VIII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (en adelante, VIII CCIG). Resolución de 18 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 2 de marzo de 2021).

### **3.2. La fórmula tradicional de las cláusulas de salvaguarda salarial**

El I convenio colectivo del grupo Iberdrola se suscribe en mayo de 1998, consignando un ámbito temporal que se extiende desde el 29 mayo (día de su firma y entrada en vigor), hasta el 31 de diciembre de 2000, en que expiraría automáticamente<sup>9</sup>. Se trata del primer convenio que se negocia tras la segregación de la empresa unitaria “Iberdrola, S.A.” de diversas actividades del negocio eléctrico, que pasan a ser cometido de nuevas empresas que se constituyen como sociedades anónimas independientes, aunque coordinadas entre sí y desde la alta dirección y gerencia de “Iberdrola, S.A.”. Así acontecía, por ejemplo, con la actividad de informática que pasaría a “Iberdrola Sistemas S.A.”.

De esta forma, el convenio recoge como parte de su contenido los compromisos asumidos en el convenio colectivo extraestatutario de condiciones de trabajo (1996-2000), de 9 de octubre de 1996, en el que se estipulaba su transformación

<sup>9</sup> Artículo 2 I CCIG.



en convenio colectivo de eficacia general una vez que las adhesiones al mismo superaran el 98 por ciento de la plantilla<sup>10</sup>.

Los previos convenios de la empresa Iberdrola, de 1993 y 1994, contenían lo que podríamos denominar cláusulas tradicionales en el tratamiento de la materia salarial. Se apostaba por consagrar un determinado incremento de los salarios con la previsión complementaria de “revisar” esa subida si el poder adquisitivo de los trabajadores hubiera sufrido alguna merma como consecuencia del incremento del coste de la vida. Inicialmente ese incremento se determinaba de forma específica (en el supuesto de Iberdrola la cifra fue el 4,5% en 1993, el 3,5% en 1994 y el 2,5% en 1995, según lo recogido en el I y II Convenio Iberdrola; y, con posterioridad, la subida inicial anual se determinaba en función del índice de precios al consumo (IPC) previsto para ese año, como en el I Convenio Colectivo del grupo Iberdrola.

El IPC real era el parámetro utilizado para determinar el poder adquisitivo de los salarios y el coste de la vida, de tal manera que, si aquél a final de año había superado el aumento salarial inicial, se producía un ajuste para compensar el exceso. El mecanismo de funcionamiento de este tipo de cláusulas ha sido muy gráfica y claramente expuesto por la doctrina en los siguientes términos *“La mecánica de las cláusulas de revisión salarial ha sido, hasta el momento, ciertamente elemental. Para determinar la variación del coste de la vida de un año a otro se tiene en cuenta el concepto de inflación, que se define como el incremento experimentado por los precios en un periodo determinado de tiempo, normalmente en términos interanuales, y que tiene como indicador de referencia habitualmente el Índice de Precios al Consumo (IPC). Frecuentemente, a la hora de pactar el incremento salarial, las empresas han tenido en cuenta la inflación prevista a comienzos del año (IPC previsto -IPCp-), permitiendo la cláusula de revisión actualizar a final de año su cuantía en función del IPC realmente alcanzado (IPC real -IPCcr-). Así, en el caso de haberse acordado un incremento salarial igual al IPC previsto para ese año, si finalizado el ejercicio resulta que la previsión no se corresponde con la inflación real (IPCcr) y ésta ha sido superior, entonces, el empresario se veía obligado a actualizar la diferencia. De esta forma, puede decirse que la cláusula de revisión salarial se “activa” cuando la inflación real es superior a la prevista: si  $IPCcr > IPCp$ . Aunque es menos frecuente, puede ocurrir que la inflación prevista sea inferior a la real:  $IPCcr < IPCp$ .*

<sup>10</sup> Al convenio extraestatutario habían precedido dos convenios colectivos estatutarios de Iberdrola, el I Convenio Colectivo de la Empresa “Iberdrola, Sociedad Anónima” para el año 1993 (Resolución de 28 de julio de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y posterior publicación del texto del I Convenio Colectivo de la Empresa Iberdrola, Sociedad Anónima, BOE de 24 de agosto de 1993) y el II Convenio Colectivo (1994-1995) de Iberdrola (Resolución de 4 de agosto de 1994, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del texto del Convenio Colectivo de «Iberdrola, Sociedad Anónima», BOE de 26 de agosto de 1994).

Este tipo de cláusulas tenían como principal objetivo el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios<sup>11</sup>, por lo que, como se ha indicado, se activaban cuando la inflación real se situaba por encima de la inflación prevista por el gobierno, lo que durante muchos años fue la tónica general en la economía española<sup>12</sup>, hasta el punto de haberse considerado un rasgo característico de nuestro sistema<sup>13</sup>. El mecanismo funcionaba sobre la base de dos presupuestos esenciales: la existencia de un IPC previsto, que se identificaba con la cifra que anualmente se recogía en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y el normal proceso económico que venía a ofrecer un IPC real a final de año superior al valor que se había tomado en consideración para el incremento inicial de los salarios. La idea subyacente era la de buscar siempre un incremento progresivo de los salarios, o, cuando menos el mantenimiento del poder adquisitivo de ellos. De ahí que se haya criticado la fórmula en la medida en que, al ser la tendencia general que el IPC real superara al previsto, la realidad venía a significar que los salarios en términos absolutos no aumentarían<sup>14</sup>. La generalización de este tipo de cláusulas y su heterogeneidad permitió a la doctrina<sup>15</sup> realizar una clasificación de ellas, diferenciando entre cláusulas de revisión o salvaguarda univariantes o bivariantes, según se aplicaran sólo cuando el IPC real superase al IPC previsto, o, bien se activaran tanto en ese caso como en el inverso; cláusulas con efectos retroactivos o no; cláusulas de revisión indicadas absolutas o relativas, en función de que los incrementos salariales pactados se realizaran en su totalidad según el IPC previsto o existiera un porcentaje de aumento no sujeto al IPC; o en fin, cláusulas suplementarias y

<sup>11</sup> Cfr. Merino Segovia, A.: “Puntos críticos de la ordenación salarial en la negociación colectiva. Propuestas de mejora”, *Revista de Derecho social* nº 43, 2008, págs. 213 y ss.

<sup>12</sup> En concreto durante el período que abarca los convenios colectivos que vamos a examinar la situación fue la siguiente: en 1995 y 1996 la inflación real fue superior a la prevista. En 1997 ambas cifras fueron iguales, el 2%. Desde 1999 a 2007, la inflación real o final ha superado a la prevista; en cambio en 2008 y 2009 la inflación final ha sido inferior a la prevista. De 2010 a 2012 la inflación final volvió a superar a la prevista y desde 2013 hasta 2020 la inflación final ha sido siempre inferior al 2%, incluso con años de inflación negativa (2014 y 2020). En 2021 y 2022 la inflación ha superado todas las previsiones para situarse en el 6,5% en 2021 y en el 5,7% en el 2022.

<sup>13</sup> Mercader Uguina, J.R.: *Salario y crisis económica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 130.

<sup>14</sup> Merino Segovia, A.: “Puntos críticos de la ordenación salarial en la negociación colectiva. Propuestas de mejora”, op. cit., pág. 224. Más específicamente, sobre los efectos de este tipo de cláusulas sobre los salarios reales de los trabajadores, véase Pérez Infante, J.I.: “La negociación colectiva y los salarios en España: un análisis económico agregado”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29, núm. 2, 2011, págs. 271 y ss.; Cebrián López, I. y Pérez Infante, J.I.: “Evolución de las cláusulas de revisión y salvaguarda en el modelo salarial español. Enfoque económico”, en AAVV., López Ahumada, J.E. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica*, CCOO, Cinca, Madrid, 2013, págs. 18 y ss.

<sup>15</sup> Mercader Uguina, J.R. y Pérez del Prado, D.: “Cláusulas de revisión salarial. Instrucciones de uso...”, op. cit. págs. 25 y ss. Mercader Uguina, J.R.: *Salario y crisis económica*, op. cit. págs. 150 y ss.

complementarias en atención al alcance de la aplicación de la inflación real, que en las primeras se proyecta sobre el incremento salarial adicional pactado, mientras que las complementarias solo se activarían si el coste de la vida se disparara más allá del aumento salarial aplicado.

En la práctica lo habitual fue una previsión de IPC del 2% y una medición del IPC real en términos de variación interanual entre el 31 de diciembre de un año y el siguiente. Todo ello en un contexto económico donde las variaciones interanuales del IPC entre 1990 y 2000 oscilaron entre el 6,5% (en 1990) y el 4% (en 2000), con mínimo de 1,4 % en 1998<sup>16</sup>; y donde los incrementos salariales iniciales eran normalmente inferiores a la variación interanual del IPC del año precedente.

A esta filosofía responden en gran medida las previsiones del I Convenio colectivo de Iberdrola Grupo de 1998, cuyo anexo 2<sup>17</sup> contempla un aumento general de los salarios para 1999 equivalente al incremento del “IPC previsto” para dicho año. En el caso de que el incremento del IPC real para el conjunto del Estado

<sup>16</sup> La variación interanual del IPC entre el año 1990 y el año 2000 fue la siguiente: 1990: 6,5%; 1991: 5,5%; 1992: 5,3%; 1993: 4,9%; 1994: 4,3%; 1995: 4,3%; 1996: 3,2%; 1997: 2,0%; 1998: 1,4%; 1999: 2,9%; 2000: 4,0%.

<sup>17</sup> El texto del acuerdo 1º del Anexo 2 era el siguiente: “*Cuestiones pendientes del CCE. Como cuestiones pendientes de desarrollar, previstas en el Convenio Colectivo Extraestatutario 1996-2000, las partes suscribientes toman los siguientes acuerdos:*”

1. Sustitución funciones CSA: La Comisión Paritaria del CCIG asumen las funciones de la Comisión de seguimiento y Administración del Convenio Colectivo Extraestatutarios, en tanto no entre en vigor el artículo 2.

2. Revisión salarial años 1998-1999 y 2000: Para el año 1998 el porcentaje de aumento del SIO, del complemento de antigüedad y de la compensación pausa mediodía, será del 2,1 por 100. En el caso de que el incremento del IPC real para el conjunto del Estado a 31 de diciembre de 1998 fuera superior al previsto, se efectuará una revisión salarial tan pronto se constate oficialmente esta circunstancia.

Para 1999 el porcentaje de aumento del SIR, del complemento de antigüedad y de la compensación pausa mediodía, será el incremento del IPC real para el conjunto del Estado a 31 d diciembre de 1999 fuera superior al previsto, se efectuará una revisión salarial tan pronto se constate oficialmente esta circunstancia.

Adicionalmente, por mejora de la productividad, se establece para 1998 un incremento del 0,4 por ciento sobre el SIR y complemento de antigüedad.

En el mes de enero del año 2000 se negociará el porcentaje de aumento salarial de dicho año.

3. Homologación de turnos y retenes: Las partes se obligan a la constitución de una Comisión formada por un máximo de 12 miembros para el estudio y negociación de la homologación retributiva de turnos sobre las bases pactadas en Convenio y la escala presentada durante la negociación del CCUG; así como de las normativas de turnos y retenes.

*Esta Comisión finalizará sus trabajos necesariamente el 30 de junio de 1998.*

*Las nuevas retribuciones por turnos tendrán efectos a partir de la fecha que se determine en el acuerdo. Sin perjuicio de todo ello, provisionalmente las actuales retribuciones por turnos se incrementarán, con efectos a 1 de enero de 1998, con el IPC previsto para dicho año.*

*Caso de no llegarse a acuerdo sobre las nuevas retribuciones por turno dentro de la Comisión, el 1 de enero de 1999 las retribuciones se incrementarán con el IPC previsto para dicho año.*

*Los acuerdos que se alcancen se entenderán incorporados al CCE a partir de la firma de aquéllos”.*

a 31 de diciembre del mencionado año fuera superior al previsto, se efectuaría “una revisión salarial” tan pronto se constatará oficialmente tal circunstancia. Llamamos la atención sobre la particularidad de que en la redacción literal del texto de este primer Convenio del grupo Iberdrola se indica que el incremento inicial será el del “IPC previsto”, sin mayor concreción de la fuente de la previsión. La cuestión no es en absoluto baladí pues, como indicaremos más adelante, las cláusulas convencionales que optaron por ligar el IPC previsto a la cifra que en su momento recogieron las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, dieron lugar a importantes conflictos cuando tales leyes presupuestarias dejaron de establecer previsiones de IPC. Remitir sin más al “IPC previsto” facilitaría interpretaciones que concluyeran que la previsión del IPC puede derivar de fuentes oficiales diversas más allá de lo que establecieran, si lo hacían, las leyes de presupuestos.

Para los otros años de vigencia del convenio la fórmula era, en parte, diversa: así, para el año 1998 el porcentaje de incremento salarial inicial no se remitía al IPC previsto, sino que se especificaba en una cifra concreta, el 2,1%. Cabría suponer que la previsión de IPC para ese año fue del 2,1%, teniendo en cuenta, además, que el CCIG se suscribió el 28 de mayo de 1998. Por su parte, para el año 2000, el incremento salarial no se fijaba, sino que quedaba remitido a la negociación correspondiente.

La precisión del alcance de la cláusula de salvaguarda salarial en sentido estricto no era muy afortunada pues se indicaba simplemente que se efectuaría una revisión salarial si el IPC real fuera superior al previsto, pero no se especificaba con qué alcance cuantitativo (¿todo el exceso?, ¿solo una parte?), ni si tenía efectos retroactivos o no (¿sólo sobre las tablas que servirían de base para los nuevos incrementos o también con efectos retroactivos?). Con todo, la finalidad última de la norma convencional representaba un cambio respecto a los precedentes convenios de la empresa Iberdrola, pues existía en este primer convenio de grupo un objetivo, con mejor o peor fortuna explicitado, de que la evolución de los salarios fueran pareja a la evolución de los precios, del IPC real, como garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de aquellos.

La trascendencia del cambio se aprecia mejor si se comparan las previsiones del I CCIG con lo recogido en la materia en el I y II Convenios de la empresa Iberdrola. En efecto, el I Convenio Iberdrola de 1993, con vigencia anual, consagraba un incremento salarial inicial del 4%, con la inclusión de una denominada “cláusula de revisión” que indicaba que si el IPC para el conjunto del Estado establecido por el I.N.E. registrase al 31 de diciembre de 1993 un incremento respecto al 31 de diciembre de 1.992 superior al 4,5 %, se efectuaría una revisión salarial, tan pronto como se constatare oficialmente tal circunstancia<sup>18</sup>. Repárese que para que

<sup>18</sup> El artículo 104 del I Convenio Colectivo Iberdrola 1993 establecía: “Cláusula de revisión. En el caso de que el Índice de Precios al Consumo I.P.C para el conjunto del Estado establecido por el I.N.E. registrase al 31 de diciembre de 1993 un incremento respecto al 31 de diciembre de

se activase la “cláusula de revisión”, no bastaba con que el IPC real superara el incremento salarial inicial sino un porcentaje superior a este. Constatado tal hecho, el porcentaje de revisión a realizar sería el exceso sobre esa cifra del 4,5%; eso sí, la revisión se aplicaría con efectos retroactivos a 1º de enero de 1.993 sobre los salarios o tablas utilizados para realizar los aumentos pactados para 1993. En otras palabras, la salvaguarda salarial, en puridad, no cumplía (intencionadamente o no) esa teórica función que se ha venido atribuyendo a tales previsiones de mantener el poder adquisitivo de los salarios. Se alcanzaba cierta adecuación, pero no una equivalencia absoluta. El II Convenio de la empresa Iberdrola mantuvo idéntico esquema, si bien con incrementos salariales iniciales mucho más moderados, de 2,5%, y con cláusulas de revisión-garantía para los supuestos en los que la variación del IPC respecto al año anterior fuese superior al 3,5%<sup>19</sup>.

El segundo convenio del grupo Iberdrola también contiene una cláusula de salvaguarda salarial (que la norma sigue denominando de “revisión salarial”) con la inclusión de algunas novedades respecto al convenio precedente<sup>20</sup>. De nuevo

*1.992 superior al 4,5 %, se efectuará una revisión salarial, tan pronto se constate oficialmente esta circunstancia.*

*El porcentaje de revisión a efectuar será el del exceso sobre la citada cifra del 4.5 % y se aplicará con efectos de 1º de enero de 1.993 sobre los salarios o tablas utilizados para realizar los aumentos pactados para 1993. La revisión correspondiente a los conceptos pensionables se adicionará al concepto “plus de eficiencia” (no pensionable). Dentro de la primera quincena de 1.994 se solicitará por las partes certificación del Instituto Nacional de Estadístico en lo que se exprese e I.P.C. al 31 de diciembre de 1.993”.*

<sup>19</sup> Los artículos 94 a 96 del II Convenio Iberdrola S.A. establecían lo siguiente: “*Artículo 94. Retribuciones para el año 1995. Los distintos conceptos retributivos e importes contenidos en los artículos 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 54, 56, 57, 58, 59 y 66 se incrementarán el 1 de enero de 1995 en un 2,5 por 100.*

*Artículo 95. Cláusula de revisión año 1994.*

*En el caso de que el Índice de Precios al Consumo (IPC) para el conjunto del Estado establecido por el INE registrase, al 31 de diciembre de 1994, un incremento respecto al 31 de diciembre de 1993 superior al 3,5 por 100, se efectuará una revisión salarial, tan pronto se constate oficialmente esta circunstancia. El porcentaje de revisión a efectuar será el del exceso sobre la citada cifra del 3,5 por 100 y se aplicará con efectos de 1 enero de 1994, sobre los salarios o tablas utilizados para realizar los aumentos pactados para 1994. Dentro de la primera quincena de 1995 se solicitará por las partes certificación del Instituto Nacional de Estadística en la que se exprese el IPC al 31 de diciembre de 1994.*

*Artículo 96. Cláusula de revisión año 1995.*

*En el caso de que el Índice de Precios al Consumo (IPC) para el conjunto del Estado establecido por el INE registrase, al 31 de diciembre de 1995, un incremento respecto al 31 de diciembre de 1994 superior al 3,5 por 100, se efectuará una revisión salarial, tan pronto se constate oficialmente esta circunstancia. El porcentaje de revisión a efectuar será el del exceso sobre la citada cifra del 3,6 por 100 [parece un error y debe ser 3,5] y se aplicará con efectos de 1 de enero de 1995, sobre los salarios o tablas utilizados para realizar los aumentos pactados para 1995. Dentro de la primera quincena de 1996 se solicitará por las partes certificación del Instituto Nacional de Estadística en la que se exprese el IPC al 31 de diciembre de 1995”.*

<sup>20</sup> El texto de la Disposición final 5ª, bajo el rótulo “Revisión salarial” establecía lo siguiente: “*Para cada uno de los tres años de vigencia de este Convenio (2001/2002 y 2003), el porcentaje de*

se contempla un incremento inicial de los salarios para cada año de vigencia del convenio (2001, 2002, 2003) con referencia al IPC previsto, pero ahora concretando que ese IPC previsto será el recogido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Además, el aumento salarial inicial no se limita a la cuantía del IPC previsto (recordemos que el crecimiento del IPC previsto solía ser del 2%, y que el IPC real en el año 2000 fue del 4%), sino que se le añade el 0,5%. Por ello, el convenio, suscrito y publicado en mayo de 2001 indica expresamente que para el año 2001 el incremento de los salarios será del 2% más 0,5 puntos, y que los efectos de ese aumento serán desde el 1 de enero de 2001<sup>21</sup>.

La especificación de la fuente de la que deriva el IPC previsto, a saber, la ley de presupuestos de cada año, por una parte, aporta seguridad jurídica en lo que concierne a eventuales divergencias en las previsiones de evolución del IPC, pero, por otra, da lugar a problemas si las leyes de presupuestos, anuales, en un determinado momento de la vigencia del convenio no contuvieran cifras de IPC previsto. La cuestión no es meramente teórica, sino que responde a una importante problemática práctica que se originó cuando, a partir de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003), las leyes de presupuestos dejaron de recoger previsiones de IPC<sup>22</sup>. No obstante, dado que este II CCIG finaliza su vigencia en 2003 no se vería afectado por dicho problema interpretativo.

*aumento del SIR, del complemento de antigüedad y de la compensación pausa descanso mediodía, será del IPC previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado + 0,5 puntos. Para el año 2001, con efectos de 1 de enero, el incremento será del 2 por 100 + 0,5 puntos. En caso de que el incremento del IPC real para el conjunto del Estado a 31 de diciembre de cada uno de los tres años, fuera superior al previsto, se efectuará una revisión salarial tan pronto se constate oficialmente dicha circunstancia, por la diferencia entre el IPC real y el previsto. Para el resto de conceptos retributivos se estará a lo dispuesto en el articulado de este Convenio”.*

<sup>21</sup> Una tabla indicativa de las previsiones del convenio y de la evolución del IPC durante su período de vigencia sería la siguiente:

| Año  | IPC previsto en LPGE | IPC real | Incremento inicial | Revisión por garantía (diferencia IPC real y previsto) |
|------|----------------------|----------|--------------------|--------------------------------------------------------|
| 2000 | 2%                   | 4%       |                    |                                                        |
| 2001 | 2%                   | 2,7%     | 2,5%               | 0,7%                                                   |
| 2002 | 2%                   | 4%       | 2,5%               | 2%                                                     |
| 2003 | 2%                   | 2,3%     | 2,5%               | 0,3%                                                   |

<sup>22</sup> Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 (BOE de 30 de diciembre de 1999) estableció un incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público equivalente al crecimiento del IPC previsto, cifrado en un 2 por 100; similar previsión se recogió en la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001 (BOE de 29 de diciembre de 2000) y en la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002 (BOE de 31 de diciembre de 2001). Por su parte, la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para

Respecto al juego de la cláusula de garantía estricta, la norma convencional sólo alude al supuesto en el que el IPC real a 31 de diciembre de cada año de vigencia del convenio fuera superior al previsto, sin indicar nada sobre una eventual evolución del IPC de carácter negativo. Este tipo de fórmulas estaban pensadas para contextos donde la evolución del IPC era positiva, siendo la cifra a final de año superior a la inicialmente prevista que se mantenía en el 2%. De esta forma, el mecanismo de la garantía trataba de acercar la cuantía salarial al coste de la vida, operando siempre sobre la base de que este tendría un crecimiento paulatino.

Por otra parte, si el IPC real fuera superior al previsto, *“se efectuará una revisión salarial..., por la diferencia entre el IPC real y el previsto”*. En términos literales la cláusula viene a significar que la revisión por garantía procede en el caso de que el IPC real supere al previsto, con independencia de que el incremento inicial (que era IPC previsto más 0,5%) hubiera sido igual o superior al IPC real. En otras palabras, si el IPC real superara al previsto en un porcentaje inferior o igual al 0,5%, la redacción de la cláusula de garantía indicaría que procede la aplicación de la revisión, aunque en sentido material los salarios hubieran sido incrementados en un porcentaje igual o superior al IPC real. ¿Era esa la voluntad de las partes cuando suscribieron el acuerdo? Es justamente lo que acontece en el último año de vigencia del convenio donde se han incrementado los salarios en un 2,5% y el IPC real a final de año fue del 2,3%. ¿Debe procederse a la revisión salarial en el año 2003 en cuantía del 0,3%?; lo que significaría un incremento final del 2,8%, con una variación real del índice de precios al consumo del 2,3%.

Un tema tampoco resuelto de forma expresa por el convenio examinado es el de los efectos de la aplicación de la cláusula de revisión por garantía, en el sentido de concretar si la revisión es solo para las tablas salariales a partir de las cuales se ha de aplicar el incremento del siguiente año o si aquella tiene efectos retroactivos. La segunda opción parece la más razonable teniendo en cuenta la función de mantenimiento del poder adquisitivo pero cuando la aplicación de la cláusula da lugar a incrementos salariales superiores a la variación real del IPC en el año considerado, ese argumento del mantenimiento del poder adquisitivo no es tan claro porque ya se ha respetado con el incremento inicial, y aquí lo que se produciría sería un aumento de los salarios por encima de la variación del IPC, lo que quizás tampoco fuera la intención de las partes. En suma, la aplicación práctica de este tipo de preceptos no es tan fácil, sobre todo si no se tiene claro cuál es la finalidad que se pretende con estas cláusulas.

el año 2003 (BOE de 31 de diciembre de 2002) fijó un incremento de la cuantía de las pensiones para el año 2003 de un 2 por 100, igual al del IPC previsto para el año 2003.

### 3.3. La falta de previsión del índice de precios al consumo en las leyes de presupuestos y su incidencia en las cláusulas de garantía salarial

El tercer convenio del grupo Iberdrola mantiene, en la materia que estudiamos, prácticamente idéntica redacción a su precedente<sup>23</sup>. La vigencia de esta norma se prolonga desde el 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre del 2006, por lo que se va a ver afectada por el apuntado problema de la falta de previsión de IPC en las leyes de presupuestos a partir de la LPGE para el año 2004.

Durante el primer año de vigencia del convenio, 2004, al indicarse expresamente en la norma convencional que el incremento inicial de los salarios para dicho año será del 2% más 0,5 puntos, no hay conflicto interpretativo alguno en esa primera fase, pero sí cuando llega el momento de saber si procede o no la aplicación de la cláusula de revisión por garantía, pues aquí se apela a la diferencia entre el IPC real y el “previsto”<sup>24</sup>.

La controversia hermenéutica, de gran trascendencia práctica se originó, como ya hemos anticipado, por la falta de fijación de una previsión de IPC a partir de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004<sup>25</sup>; la previsión de IPC se utilizaba como parámetro para establecer el incremento de las retribuciones del personal al servicio del sector público<sup>26</sup> y la

<sup>23</sup> La Disposición final quinta. Revisión salarial del III CCIG señalaba: “Para cada uno de los tres años de vigencia de este convenio (2004/2005 y 2006), el porcentaje de aumento del SIR, del complemento de antigüedad, de la compensación pausa descanso mediodía y de los pluses de turno, retén y reclutamiento, será del IPC previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado + 0,5 puntos. Para el año 2004 con efectos de 1 de enero, el incremento será del 2% + 0,5 puntos. En caso de que el incremento del IPC real para el conjunto del Estado a 31 de diciembre de cada uno de los tres años, fuera superior al previsto, se efectuará una revisión salarial tan pronto se constate oficialmente dicha circunstancia, por la diferencia entre el IPC real y el previsto. Para el resto de conceptos retributivos se estará a lo dispuesto en el articulado de este convenio”.

<sup>24</sup> Una tabla indicativa de las previsiones convencionales y la evolución del IPC sería el siguiente:

| Año  | IPC previsto en LPGE | IPC real | Incremento inicial | Revisión por garantía (diferencia IPC real y previsto) |
|------|----------------------|----------|--------------------|--------------------------------------------------------|
| 2003 | 2%                   | 2,3%     | 2,5%               | 0,3%                                                   |
| 2004 | No previsión (2%)    | 3,2%     | 2,5%               | 1,2%                                                   |
| 2005 | No previsión (2%)    | 3,7%     | 2,5%               | 1,7%                                                   |
| 2006 | No previsión (2%)    | 2,7%     | 2,5%               | 0,7%                                                   |

<sup>25</sup> BOE de 31/12/2003.

<sup>26</sup> La Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003 (BOE núm. 313, de 31/12/2002) solo alude al IPC previsto en relación con la revalorización



revalorización de los valores de las pensiones públicas<sup>27</sup>. Sin embargo, a partir de la citada ley de presupuestos para 2004, ya no se alude a tal predicción, lo que dejaba sin referente oficial a aquellas cláusulas convencionales que tomaban tal valor para regular las revisiones y garantía salariales<sup>28</sup>. La respuesta del Tribunal Supremo fue la de asimilar el porcentaje de revalorización aplicado a las pensiones públicas en cada ley de presupuestos como cifra de IPC previsto, bajo el argumento de que el artículo 48 de la LGSS de 1994 (vigente en ese momento), mencionaba el IPC previsto como factor de incremento de las mencionadas prestaciones de la seguridad social<sup>29</sup>. De esta forma, aun sin mención específica en las leyes de presupuestos al IPC previsto, la técnica de revisión salarial recogida en la negociación colectiva se seguía aplicando, pues los tribunales aceptaron como previsión del gobierno la que «pudiera acreditarse mediante otros medios igualmente fiables que la evidencien

de pensiones, pero no respecto a las retribuciones del personal del sector público y la revalorización de los valores de las pensiones públicas.

<sup>27</sup> Pese a que, erróneamente, los tribunales hayan afirmado que “la última ley de presupuestos generales del Estado, en la que se utilizó el concepto “índice de precios al consumo previsto”, fue la Ley 23/2001, de 27 de diciembre” (SAN de 21 de mayo de 2009, núm. 43/2009, ftdo. 4º; STS (Sala de lo Social), de 18 de febrero de 2010, rcud. 87/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:1420, ftdo.5º; STS (Sala de lo Social) de 17 de junio de 2010, r.c. 97/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:5101, ftdo. 5º).

<sup>28</sup> Un estudio detallado de esta problemática en Todolí Signes, A.: “La revisión salarial ante la desaparición del IPC previsto de la LPGE y con un año en deflación (IPC real negativo)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.180/2015.

<sup>29</sup> STS (Sala de lo Social), de 26 de enero de 2010, r.c. 96/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:1426, que confirma la sentencia de instancia y, acogiendo su razonamiento, señala “*hemos de aceptar lo razonado en la sentencia de instancia cuando dice que: “Es cierto y no escapa a esta Sala que la Secretaría General de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Economía y Hacienda ha informado sorprendentemente al propio demandado que el Gobierno no ha establecido previsión de IPC para el año 2009, pero no es menos cierto que tan sorprendente afirmación contradice nada menos que a la Ley 2/2008 de 23 de Diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2009, cuyo artículo 44.2º como vimos más arriba, remite expresamente al artículo 48 del TRLGSS, que determina, a su vez, el incremento de las pensiones contributivas de la Seguridad Social con el incremento previsto del IPC, debiendo primarse como no podría ser de otro modo, la Ley de Presupuestos, sobre una contestación tan llamativa, que podría provocar consecuencias de muy largo alcance en otras jurisdicciones, puesto que si se hubieran aumentado las pensiones contributivas de la Seguridad Social sobre un índice de precios al consumo inexistente, se habría dispuesto de caudales públicos sin soporte legal, debiendo destacarse, en todo caso, que las consultas administrativas no vinculan a los tribunales». En definitiva nos hallamos ante un texto oficial, la Ley General de Presupuestos del Estado, que da a conocer un incremento cuyo soporte no puede ser otro, con arreglo al artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social que el índice de precios al consumo y ello con independencia de que éste no figure en otro texto oficial como declaración separada. La sentencia recurrida se apoyó en dicho Texto, con preferencia sobre una contestación a una consulta por lo que ningún reproche de infracción cabe aplicar a lo resuelto*”. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Social), de 18 de febrero de 2010, rcud. 87/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:1420; STS (Sala de lo Social), de 21 de junio de 2018, núm. 659/2018, ECLI:ECLI:ES:TS:2018:2622; STS (Sala de lo Social), de 23 de julio de 2010, rcud. 4436/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:4444 y la numerosa jurisprudencia en ella citada.

inequívocamente»<sup>30</sup>. Y ello, aunque la norma convencional se remitiera literal y expresamente al IPC previsto por el gobierno y no al IPC utilizado en las leyes de presupuestos para la revalorización de pensiones<sup>31</sup>.

La proyección de la doctrina jurisprudencial comentada sobre el supuesto que nos ocupa conduciría a entender que ese IPC previsto podría derivarse de otros instrumentos oficiales o de la propia Ley de Presupuesto Generales del Estado considerando como tal la cifra utilizada por aquella para realizar la revalorización de las pensiones públicas.

Se sigue planteado el mismo problema ya apuntado respecto a si la garantía se refiere al exceso del IPC real o sobre el incremento inicial aplicado o sobre el IPC previsto en sentido estricto. Como ya hemos señalado, la interpretación literal conduce a considerar que es sobre la cifra de IPC previsto sobre la que ha de realizarse la operación. Ello significa que el convenio, con el juego conjunto de la subida salarial inicial y la cláusula de revisión por garantía está contemplando una evolución progresiva de los salarios de un 0,5% al año superior a la variación anual del IPC. Es decir, los salarios progresarán al alza 0,5 puntos sobre la variación anual del coste de la vida.

Como también acontecía en el texto del II CCIG, tampoco se especifica si la aplicación de la cláusula de salvaguarda tiene efectos retroactivos o no, aunque de la regulación fijada para el primer año de vigencia del convenio cabe entender que sí la tiene.

<sup>30</sup> SAN de 21 de mayo de 2009, núm. 43/2009. STS (Sala de lo Social), de 18 de febrero de 2010, rcud. 87/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:1420, *“la ausencia de esa previsión formal por parte del Gobierno...no puede conducir a la inaplicación del pacto de revisión salarial concertado por los negociadores del Convenio, que deberá producir sus efectos siempre que se acredite la existencia de una previsión real, acreditada mediante medios fiables que la evidencien inequívocamente”*. En el mismo sentido, STS (Sala de lo Social), de 21 de junio de 2018, núm. 659/2018, ECLI:ECLI:ES:TS:2018:2622

<sup>31</sup> A tales efectos, el interesantísimo voto particular recogido en la STS (Sala de lo Social) de 17 de junio de 2010, r.c. 97/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:5101, pone de manifiesto cómo esta operación interpretativa de uniformar la interpretación de todas las cláusulas de revisión salarial (tanto las que se remiten al incremento del IPC previsto por el Gobierno, como las que lo hacen al IPC tenido en cuenta en la Ley anual de Presupuestos del Estado a efectos de revalorización de pensiones) si bien tiene la ventaja de remitir a un indicador económico más accesible para las partes y más fácil de aplicar en la práctica judicial, sin embargo no toma en consideración otras razones que han de ser ponderadas y que podrían conducir a una solución opuesta. Entre ellas se apuntan la razón de interpretación gramatical y lógica (*“a cláusulas redactadas deliberadamente de manera distinta, y que remiten a indicadores económicos próximos pero no necesariamente coincidentes, deben corresponder también en principio soluciones diversas”*), o la de interpretación teleológica o finalista.

### 3.4. Las dificultades interpretativas de las cláusulas de salvaguarda cuando el índice de precios al consumo real es inferior al previsto

El IV CCIG reitera, en parte, lo que viene recogiendo en la negociación colectiva del grupo y añade una previsión nueva, una excepción a la regla general, aplicable al personal en escala de promoción de ingreso<sup>32</sup>.

Como suele ser habitual en los convenios colectivos se reproducen automáticamente cláusulas previas sin reparar en eventuales cambios normativos o de contexto que pudieran haber afectado a su contenido. Ello va referido al hecho de que estamos en un convenio que se publica en enero de 2008 y que remite a la previsión de IPC de las leyes de presupuestos que dejaron de recoger tal previsión en el año 2004. Si se quería aludir a otro tipo de dato de inflación utilizado en las leyes de presupuestos (como la cifra utilizada para la revalorización de las pensiones) o en otro documento oficial debería haberse indicado expresamente, máxime cuando el convenio utiliza la misma expresión literal que la contenida en convenios anteriores negociados cuando las leyes de presupuestos sí recogían el IPC previsto. Además, el porcentaje de revalorización de las pensiones públicas en el año 2010 fue del 1%<sup>33</sup> con lo cual, surge el interrogante de cuál debía ser el aumento inicial de los salarios para dicho año (último de vigencia ordinaria del convenio)<sup>34</sup>. Si acudimos a la cifra de revalorización de las pensiones (que, recordemos no es en sentido estricto la del IPC previsto) habría que aplicar un incremento del 1% pero, ¿era esa la intención de las partes al suscribir la cláusula teniendo en cuenta la habitual revalorización de las pensiones en un 2%?

<sup>32</sup> La Disposición final quinta del IV CCIG, con el “tradicional” título de “Revisión salarial” indicaba: “*Para cada uno de los cuatro años de vigencia de este convenio (2007-2010), el porcentaje de aumento del SIR, del complemento de antigüedad, de la compensación pausa descanso mediodía y de los pluses de turno, retén, disponibilidad (Iberdrola Operación y Mantenimiento, S. A. U.), turno abierto con disponibilidad (Iberdrola Renovables, S. A. U.) y reclutamiento, será del IPC previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para el año 2007 con efectos de 1 de enero, el incremento será del 2 %.*

*En caso de que el incremento del IPC real para el conjunto del Estado a 31 de diciembre de cada uno de los cuatro años, fuera superior al previsto, se efectuará una revisión salarial tan pronto se constate oficialmente dicha circunstancia, por la diferencia entre el IPC real y el previsto.*

*Excepción aplicable al personal en escala de promoción de ingreso: La revisión del SIR de estos empleados, hasta que finalice el periodo de promoción de ingreso y alcance el SBC, será por aplicación directa, con efectos de 1 de enero de cada año (o de la fecha de ingreso, si ésta es posterior al 1 de enero) de los nuevos valores actualizados para el nivel de la escala de ingreso en el que este encuadrado en ese momento. Los valores de la escala de ingreso están vinculados al SBC y por consiguiente quedan automáticamente revisados con el IPC real del año anterior tal y como se especifica en el artículo 46 del presente convenio.*

*Para el resto de conceptos retributivos se estará a lo dispuesto en el articulado de este convenio”.*

<sup>33</sup> Artículo 44 Ley 26/2009 PGE para 2010.

<sup>34</sup> Una tabla indicativa de las previsiones convencionales y la evolución del IPC durante el período de vigencia del convenio sería la siguiente:

Desde otra perspectiva, la vigencia temporal de este IV CCIG responde a un periodo temporal en el que el IPC real en algunos momentos fue inferior al 2%, que se tomaba como cuantía de IPC previsto, pese a la ausencia expresa de tal referencia en las leyes de presupuestos, al ser el porcentaje habitual de revalorización de las pensiones públicas en determinada época<sup>35</sup>. En otras palabras, en los años 2008 y 2009 la diferencia entre el IPC real a final de año y el IPC “previsto” fue negativa, lo que respondía a una situación, con seguridad, no prevista ni pensada por quienes negociaron y suscribieron el convenio colectivo en su momento. Ello dio lugar a importantes conflictos interpretativos de las cláusulas convencionales de garantía salarial que finalizaron con diversos pronunciamientos judiciales que tuvieron que acudir a los tradicionales criterios interpretativos elaborados por la jurisprudencia para realizar esa labor hermenéutica y que pasamos a comentar brevemente para proyectar sobre el texto de este convenio tales directrices.

Las cláusulas de garantía salarial, entendidas en el sentido clásico al que nos hemos referido (es decir, destinadas a garantizar el poder adquisitivo de los salarios a través de la adaptación de los incrementos retributivos al IPC real del año en cuestión) alcanzaron notable interés cuando la situación económica se manifestó en cifras de IPC inferiores a las del IPC previsto inicialmente o, incluso, negativas. Debe tenerse presente que, como se ha señalado<sup>36</sup>, las cláusulas de salvaguarda durante los años de crisis económica (2008-2020) se configuraron sobre la lógica de que la tasa de inflación real iba a resultar superior a la prevista, con periodos de vigencia que no se limitaban al año en curso sino a los dos o tres años siguientes a su aprobación, y con alusiones al IPC general, no al sectorial o territorial.

El problema se planteó cuando el IPC real a final de año resultó ser inferior al IPC previsto y, por tanto, los incrementos salariales recibidos según este último habían significado la percepción por los trabajadores de cantidades superiores a las que derivarían de la aplicación del IPC real de final de año<sup>37</sup>. En tal situación, la

| Año  | IPC previsto en LPGE | IPC real | Incremento inicial | Revisión por garantía (diferencia IPC real y previsto) |
|------|----------------------|----------|--------------------|--------------------------------------------------------|
| 2007 | No previsión (2%)    | 4,2%     | 2%                 | 2,2%                                                   |
| 2008 | No previsión (2%)    | 1,4%     | 2%                 | -0,6%                                                  |
| 2009 | No previsión (2%)    | 0,8%     | 2%                 | -1,2%                                                  |
| 2010 | No previsión (1%)    | 3%       | 1%                 | 2%                                                     |

<sup>35</sup> Art. 42 Ley 42/2006 PGE para 2007 (2%); art. 43 Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 (2%); art. 44 Ley 2/2008 PGE para 2009 (2%).

<sup>36</sup> Olarte Encabo, S.: “Cláusulas de revisión salarial en la negociación colectiva durante la crisis económica”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 2012, págs. 6-8.

<sup>37</sup> Tal situación dio lugar a un intenso análisis de la situación por la doctrina, como se deriva de los siguientes trabajos: Aragón Gómez, C., Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D.: “Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial”, en AAVV. López Ahumada,

pregunta inmediata fue la de si el trabajador debía devolver tales excesos, bajo el fundamento de que, en caso, contrario, estarían disfrutando de un enriquecimiento injusto.

La respuesta judicial a tal incógnita, presidida, como no podía ser de otra forma por una ardua labor interpretativa de la previsión convencional en cuestión, (a la que a continuación nos referiremos), está, a nuestro juicio, mediatizada por un hecho incuestionable, a saber, que la generalidad de las cláusulas de garantía salarial en la negociación colectiva se establecieron bajo el entendimiento de que el IPC real iba a ser superior al previsto (pues hasta esos años había sido la hipótesis generalizada), por lo que se parte de una cierta presunción no escrita de que tal era la voluntad que estaba detrás de los firmantes. De ahí que el cambio a la aceptación de cláusulas de revisión bidireccionales<sup>38</sup>, que contemplaran revisiones al alza y a la baja exigiera, a juicio de los tribunales, una redacción “clara y contundente”<sup>39</sup>.

Desde tal entendimiento puede comprenderse fácilmente que la respuesta judicial fue la de considerar que sólo en supuestos muy excepcionales, prácticamente

J.E. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica*, CCOO, Cinca, Madrid, 2013, págs. 44 y ss.; Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T.: “Las cláusulas de revisión salarial establecidas en los convenios colectivos y la crisis económica”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2009; Sempere Navarro, A.V.: “Sobre las revisiones salariales indexadas con el IPC (al hilo del caso Sogecable)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2/2010; Lahera Forteza, J.: “Problemática jurídica y política de las cláusulas convencionales de revisión salarial en la crisis económica”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2010; Olarte Encabo, S.: “Cláusulas de revisión salarial en la negociación colectiva durante la crisis económica”, op. cit.; Sepúlveda Gómez, M.: “Revisiones salariales de 2009 y reducción del índice de precios al consumo en la actual crisis económica. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 21 de mayo de 2009”, *Temas Laborales*, núm. 102/2009; Morgado Panadero, P.: “La revisión salarial fijada en convenio colectivo según el IPC: ¿Una garantía o una trampa para los trabajadores en las épocas de crisis? Sentencia de la Audiencia Nacional 22 febrero 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* parafr.num.18/20105/2010.

<sup>38</sup> Como ya hemos indicado, dada la indefinición y falta de homogeneidad de las cláusulas de garantía salarial existentes, la doctrina ha distinguido entre cláusulas univariantes y bivalentes, según admitan una o dos formas de regulación. Las primeras sólo disciplinarían los supuestos en los que el IPC previsto fuera inferior al real; las bivalentes regularían tanto dicho supuesto como aquél en el que el IPC previsto fuera mayor al que finalmente resultara como IPC real (Mercader Uguina, J.R. y Pérez del Prado, D.: “Cláusulas de revisión salarial instrucciones de uso...op. cit. págs. 26-27). Un análisis del grado de penetración de las cláusulas bidireccionales en nuestra negociación colectiva y de la influencia en la materia de la crisis económica y del I AENC puede verse en Aragón Gómez, C, Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D.: “Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial”, op. cit. págs. 48 y ss.

<sup>39</sup> STS (Sala de lo Social), de 18 de febrero de 2010, rcud. 87/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:1420. STS (Sala de lo Social), de 12 de mayo de 2010, rc. 159/2009, ECLI: ECLI:ES:TS:2010:4426. En palabras de la STS (Sala de lo Social), de 21 de junio de 2018, núm. 659/2018, ECLI:ECLI:ES:TS:2018:2622: “Para que «se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión. En el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC

inexistentes en esos momentos en la negociación colectiva<sup>40</sup>, era posible entender que la previsión convencional recogía literal y teleológicamente la voluntad de los firmantes de consagrar el carácter bidireccional de la cláusula de garantía salarial.

El *iter* argumental de los diversos pronunciamientos puede resumirse de la siguiente forma: el problema en cuestión descansa en la interpretación de una determinada cláusula convencional, por lo que se ha de partir de la consolidada tesis del Tribunal Supremo a tenor de la cual la naturaleza bifronte del convenio exige que la labor hermenéutica se desarrolle aplicando los principios propios de la interpretación de las normas jurídicas y de los contratos<sup>41</sup>. A continuación, y ex artículo 3.1 del Código Civil según el cual “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras”<sup>42</sup>, la redacción literal del precepto convencional será el primer soporte para esclarecer su significación y alcance<sup>43</sup>, siempre, a nuestro juicio, con la velada (por no explicitada) aplicación última del principio *in dubio pro operario*. Así, la invocación del artículo 82.2 ET permitirá afirmar que hay que aplicar el incremento previsto del 2% aunque la situación indique que el IPC real va a ser inferior; o que se afirmara “que ni siquiera un hipotético pacto de revisión a la baja a efectuar a finales del 2009 «exoneraría de cumplir, al comienzo

*previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, habría exigido que así se estableciera de manera expresa» (STS 22/11/10 -rco 228/09). Y en parecidos términos las de 18/02/10 -rco 87/09- y 27/10/10 -rco 51/10-”.*

<sup>40</sup> En el caso examinado en la STS (Sala de lo Social), de 15 de junio de 2010, rc. 179/2009, el convenio indica expresamente que “Una vez publicado el IPC real correspondiente a los años 2008, 2009 y 2010, se procederá a regularizar las diferencias, salvo que el IPC real sea inferior al IPC previsto, en cuyo caso no se regularizarán las diferencias”.

<sup>41</sup> Por todas, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 de febrero de 2010, rcud. 87/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:1420; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 29 de marzo de 2022, rc. 162/2019, ECLI:ECLI:ES:TS:2022:1353; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 de junio de 2010, rc. 97/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:5101 y jurisprudencia en ella citada. Un supuesto interesante acerca de la proyección de tales criterios en STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2020, rc. 76/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2020:4475, con voto particular. Un análisis de los criterios judiciales interpretativos de las cláusulas de revisión salarial al hilo del comentario a la SAN de 21 de mayo de 2009, en Sepúlveda Gómez, M.: “Revisiones salariales de 2009 y reducción del índice de precios al consumo en la actual crisis económica. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 21 de mayo de 2009”, op. cit., págs. 261-286.

<sup>42</sup> “...Y aunque resulta obligado atenerse al texto de las cláusulas convencionales que en cada supuesto concreto haya que interpretar y aplicar, en todos los casos, como ha compendiado la precitada sentencia de 24-3-2010”, (STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 23 de julio 2010, rcud. 4436/2009, ECLI:ES:TS:2010:4444).

<sup>43</sup> La redacción literal de la cláusula adquiere una relevancia esencial, de tal manera que puede no llegarse a idéntica conclusión cuando la norma convencional indica “IPC previsto incluido en la LPG”, que “IPC oficial” (STS (Sala de lo Social), de 26 de enero de 2010, rc. 96/2009, ECLI:ES:TS:2010:1426).

de ese año, lo establecido en el convenio»<sup>44</sup>. O, con mayor claridad, se indique explícitamente que “un cambio tan significativo del sistema de revisión, pasando de una cláusula de revisión solo al alza, que es la más generalizada en la negociación colectiva, a otra de doble dirección y por consiguiente mucho más desfavorable para los trabajadores -al menos por hipótesis, porque nunca se había producido antes el fenómeno de que el IPC previsto fuera superior al real- habría exigido una redacción mucho más clara y contundente. Sin embargo, ante la escueta literalidad del precepto, la tesis de la empresa solo se sostendría si hubiera podido acreditar que los negociadores del convenio tuvieron presente la posibilidad de ese desfase a la baja del IPC real”<sup>45</sup>.

La opción interpretativa judicial de fuerte apego a la redacción literal del precepto convencional ha estado acompañada de una huida “del canon hermenéutico de totalidad que convierte la integridad del pacto en objeto de interpretación”, sin que el contexto y la situación se utilizaran para delimitar el significado correcto del objeto de interpretación<sup>46</sup>.

De cuanto se ha expuesto, cabe deducir la importancia de una correctísima redacción de las cláusulas de garantía salarial que, recoja, no sólo la voluntad real de los contratantes en el momento de su incorporación sino, lo que es más importante y trascendente, la intención de los negociadores en eventuales contextos económicos diversos a los tenido en consideración a la hora de incorporar la cláusula en el convenio<sup>47</sup>. Ello, probablemente, exigirá redacciones más extensas, precisas y específicas. No puede olvidarse, a estos efectos, que cambios en las circunstancias que provocaran una sobrevenida onerosidad de la prestación salarial, no podrían alegarse para pretender eventuales alteraciones o inaplicaciones de la previsión convencional, pues la doctrina jurisprudencial es clara a la hora de establecer la

<sup>44</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 de junio de 2010, rc. 97/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:510; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 18 febrero 2010, rcud. 87/2009, ECLI:ES:TS:2010:1420). Un comentario de esta última sentencia en, Sempere Navarro, A.V.: “Sobre las revisiones salariales indexadas con el IPC (al hilo del caso Sogecable)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2/2010.

<sup>45</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 18 de febrero de 2010, rcud. 87/2009, ECLI:ECLI:ES:TS:2010:1420.

<sup>46</sup> Mercader Uguina, J.R, y Pérez del Prado, D.: “Cláusulas de revisión salarial...”, op. cit.”, pág. 37, añadiéndose que “la cláusula de revisión salarial se aísla del contexto en el que surge y se desarrolla y, a modo de foto fija, queda sometida a la definición formal que de ella se haya dado en el convenio o pacto”.

<sup>47</sup> La importancia de una adecuada y correcta redacción de la norma convencional es una cuestión que debe proyectar con carácter general sobre todo el texto del convenio. Por referirnos a un ejemplo reciente, la propia doctrina ha apelado a esta medida al hilo del análisis de las previsiones convencionales sobre subrogación convencional, justamente al examinar las consecuencias derivadas de su interpretación jurisprudencial (Cfr. De la Puebla Pinilla, A.: “Un problema clásico en la subrogación convencional: las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones formales o documentales por la contratista saliente”, *El Foro de Labos*, 26/09/2023).

inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* a los convenios colectivos<sup>48</sup>. Tampoco será fácil la invocación del principio de enriquecimiento injusto, consagrado de manera general en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 10.9 3º Código Civil, pues, aunque la Audiencia Nacional ha acogido, en ocasiones, tal figura<sup>49</sup>, distinta ha sido la posición del Tribunal Supremo que, teniendo en cuenta los presupuestos jurisprudenciales requeridos para su aplicación<sup>50</sup>, en particular el relativo a que se “carezca absolutamente de toda razón jurídica, de justa causa”,

<sup>48</sup> “La argumentación de la sobrevenida onerosidad de la prestación salarial, tampoco puede justificar la consecuencia que se pretende [revisión a la baja], pues la cláusula «rebus sic stantibus» únicamente sería aplicable «-y restrictivamente, además- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [“cuerpo de contrato y alma de Ley”, se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa...” (STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 de junio de 2018, rc. 197/2017, ECLI:ES:TS:2018:2622; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 15 de octubre de 2013, rc. 8/2013, ECLI:ES:TS:2013:5154; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 de marzo de 2011, rc. 109/2010, ECLI:ES:TS:2011:2387; STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de abril de 2010, rc.119/2009, ECLI:ES:TS:2010:1820).

<sup>49</sup> SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de febrero de 2010, núm. 14/2010, ECLI:ES:AN:2010:707, que, con cita de resoluciones anteriores, declara que procede la devolución de las cantidades abonadas como anticipos a cuenta del IPC real, cuando éste resulta inferior al previsto. Un comentario de esta sentencia en Morgado Panadero, P.: “La revisión salarial fijada en convenio colectivo según el IPC: ¿Una garantía o una trampa para los trabajadores en las épocas de crisis? Sentencia de la Audiencia Nacional 22 febrero 2010”, Revista Doctrinal Aranzadi Social parafr.num.18/20105/2010. La sentencia de la Audiencia Nacional fue anulada por la STS Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 24 de marzo de 2011, rc. 73/2010, ECLI:ES:TS:2011:2682, al entender que, en la redacción del convenio aplicable, a diferencia de sus predecesores en los que las partes venían pactando una revisión de las tablas salariales que operaba sobre el IPC tanto al alza como a la baja, los negociadores no habían estimado oportuno establecer una revisión del salario pactado en similares e idénticos términos, sino solo un incremento salarial. De ello, y en aplicación de la doctrina jurisprudencial a tenor de la cual para que se pudiera aceptar una revisión a la baja habría de haberse pactado expresamente, se llega a la conclusión de lo no conformidad a derecho del descuento o compensación de cantidades efectuada por la empresa.

<sup>50</sup> “no concurren los requisitos de la figura de que tratamos, el enriquecimiento injusto, que es institución consagrada por la jurisprudencia a partir de la STS 12/01/43 y que... trasciende su recepción individualizada en algunas normas, requiriendo tres presupuestos: 1.º) la existencia de un enriquecimiento, que puede consistir tanto en un incremento patrimonial o como en la evitación de una disminución por el concepto de daño o gasto; 2.º) la producción, en correlación con el enriquecimiento, de un paralelo empobrecimiento en el patrimonio de otra persona; y 3.º) la ausencia de causa que justifique ese desplazamiento patrimonial, pues si el mismo tiene lugar en virtud de un acto lícito capaz de justificarlo, no puede hablarse de un enriquecimiento sin causa (aparte de otras muchas anteriores, SSTs -Sala I- 09/02/09 (RJ 2009, 269) -rec. 2689/03-; y 27/10/06 (RJ 2006, 7720) -rec. 561/00-. Y sentencias -Sala IV- 21/12/84; 30/01/85; 25/06/85; 20/01/87; 05/05/05 (RJ 2005, 4215) -rec. 1899/04-; y 17/07/08 (RJ 2008, 4564) -rc. 152/07-)” [STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de abril de 2010, rc.119/2009, ECLI:ES:TS:2010:1820].



difícilmente van a producirse en todos los casos, dado que la propia existencia de la cláusula convencional permitiría concluir en la presencia de esa legítima causa<sup>51</sup>.

Problemas interpretativos similares, que se solucionan con apelación a los mismos criterios interpretativos y, particularmente, con “la directa y clara interpretación literal” de la cláusula debatida<sup>52</sup>, o “la mera interpretación gramatical” del artículo en cuestión<sup>53</sup>; o, en fin, con la “clara interpretación que ofrece la literalidad de la norma”<sup>54</sup>, han sido objeto de análisis en diversas sentencias de la audiencia nacional del año 2022 que afectaban a convenios suscritos a partir del año 2015 y posteriores. La negociación colectiva debería haber aprendido de las experiencias pasadas, y si el salto más cualitativo hacía fórmulas de regulación de la materia retributiva más acordes con la realidad social y económica del momento -presidida por una fuerte inseguridad, grandes dosis de incertidumbre y fuertes vaivenes derivados de un mundo altamente globalizado-, podría resultar complejo, no puede decirse lo mismo respecto a previsiones de incrementos salariales y regularizaciones posteriores en función de la evolución del IPC, pues sobre estos aspectos se ya contaba con una amplia doctrina jurisprudencial.

La traslación de las precedentes consideraciones al análisis del IV CCIG probablemente conduciría a entender que en los años en los que la diferencia entre el IPC real y el “previsto” (entendiendo por tal el que se utilizara en las leyes de presupuestos para la revalorización de las pensiones y hubiera sido el considerado para el incremento inicial de los salarios) diera como resultado un valor negativo, no se activaría la cláusula de salvaguarda. La redacción literal de la norma convencional es clara cuando define el supuesto de hecho para la revisión por garantía salarial que el “IPC real...fuera superior al previsto”, sin que, por tanto, en caso contrario, se produjera ni actuara efecto alguno, ni positivo ni negativo. Esto significa que no habría incremento adicional alguno de los salarios como consecuencia de la activación de la cláusula, pero tampoco cabría la devolución de las cantidades percibidas que hubieran excedido la diferencia entre el porcentaje utilizado en el aumento salarial inicial y el que resultaría de

<sup>51</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de abril de 2010, rc.119/2009, ECLI:ES:TS:2010:1820. Sobre otras posibles alternativas a las que podrían recurrir las empresas para inaplicar las cláusulas de revisiones salariales vinculadas al IPC, véase De La Puebla Pinilla, A.: “Negociación colectiva en un contexto de inflación acelerada...”, op. cit. págs.15 y ss.; Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T.: “Las cláusulas de revisión salarial establecidas en los convenios colectivos y la crisis económica”, op. cit., págs. 6-8.

<sup>52</sup> SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 10 de junio de 2022, núm. 88/2022, ECLI:ES:AN:2022:2426.

<sup>53</sup> SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de octubre de 2022, núm. 135/2022, ECLI:ES:AN:2022:4992, en relación con la actualización de las tablas salariales una vez expirada la vigencia del convenio.

<sup>54</sup> SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de junio de 2022, núm. 95/2022, ECLI:ES:AN:2022:2823.

la aplicación del IPC real. En sentido material ello significa, igualmente, que ese exceso no es un anticipo a cuenta de la remuneración final que se derivaría de la evolución del IPC a final de año.

Lo que no queda definido en el texto del convenio es si, con independencia de que no se produzca devolución salarial alguna sí podría entenderse que las tablas salariales sobre las que aplicar los aumentos para los años siguientes sí deberían ser actualizadas en los términos resultantes de la aplicación de esa variación negativa del IPC. Nótese la singular situación que se produce en el año 2010, en el que se parte de una diferencia negativa entre el IPC aplicado para el incremento inicial de los salarios en 2009 y el IPC real en dicho año, y donde la remisión al IPC previsto en las leyes de presupuestos, que en ese año ya no existen, se traduciría en la aplicación del IPC utilizado para la revalorización de las pensiones que en 2010 se separa del guarismo tradicional del 2% para bajar al 1%. ¿Realmente los sujetos negociadores tuvieron presente todas estas eventualidades a la hora de suscribir y redactar la cláusula de salvaguarda salarial? ¿Cumple en la práctica la aplicación de la previsión convencional con la finalidad u objetivos buscados cuando se suscribió?

Desde otra perspectiva, este IV CCIG incorpora una interesante novedad respecto a los precedentes, diversificando el juego de la revisión salarial para el personal ya vinculado a la empresa y el de nuevo ingreso. Para este último, y hasta que finalice el período de promoción que le permita alcanzar el SBC (salario base de calificación), la revisión de su SIR (salario individual reconocido) se realizará aplicando directamente, con efectos de 1 de enero de cada año (o de la fecha de ingreso), los nuevos valores actualizado para el nivel de la escala de ingreso en el que esté encuadrado. Tales valores de la escala de ingreso se revisan automáticamente con el IPC real del año anterior para cada uno de los cuatro años de vigencia convencional (2007-2010)<sup>55</sup>. Llama la atención esa fórmula de revisión según el IPC real del año anterior, que había sido la opción habitual con anterioridad

<sup>55</sup> En la regulación de la materia salarial, los artículos 45 a 47 del IV CCIG disponían: “a) *Conceptos retributivos comunes. Artículo 45. Salario individual reconocido (SIR). Es la parte de remuneración atribuida y consolidada individualmente a cada empleado en función de su historial profesional y, junto con el complemento de antigüedad en la empresa, será la referencia para las aportaciones y prestaciones de riesgo en el subplan A del Sistema de Previsión Social Complementaria pactado. El SIR absorbe, compensa y sustituye a todos los conceptos retributivos establecidos en los anteriores convenios colectivos, así como cualquier otro que viniera satisfaciendo la empresa por cualquier causa y que no se declare expresamente vigente en este convenio. Sobre el SIR se aplicarán los incrementos que se pacten en Convenio colectivo. La retribución anual del salario individual reconocido incluye las gratificaciones extraordinarias y se abona en 14 mensualidades. Artículo 46. Escala de calificación. Corresponde al salario fijado para cada escalón o nivel retributivo y será el salario mínimo garantizado para el personal de plantilla una vez completado el período de promoción de ingreso y está integrado en el SIR. Sus valores se indican en anexo 1. La escala se elevará anualmente con el incremento del IPC real del año anterior para cada uno de los cuatro años de vigencia pactada para los incrementos salariales (2007-2010). Para el presente año 2007, el incremento es del 2,7 %. Artículo 47. Escala de ingreso. La escala de ingreso define el*

a los Pactos de la Moncloa y que había sido abandonada, entre otras razones, por sus considerados efectos inflacionistas<sup>56</sup> (e, incluso, calificadas como “ilógicas” por la doctrina<sup>57</sup>). Debe aclararse que esa apelación al IPC real del año anterior se contempla de forma generalizada en el texto de la norma convencional en relación con la denominada escala de calificación (SBC), que es el salario fijado para cada escalón o nivel retributivo y que representa el salario mínimo garantizado para el personal de plantilla una vez completado el período de promoción de ingreso. Dicha cuantía está integrada en el salario individual reconocido (SIR), que es la parte de remuneración atribuida y consolidada individualmente por cada empleado en función de su historial profesional. Pues bien, esa escala de calificación se elevará anualmente con el incremento del IPC real del año anterior para cada uno de los cuatro años de vigencia pactada para los incrementos salariales (2007-2010) en el IV CCIG.

La suscripción de este convenio y su período de vigencia se corresponden con un panorama general presidido por la fuerte incidencia que, en lo relativo a cláusulas de salvaguarda y revisión salariales, tuvo la crisis financiera y económica de esos años, que supusieron cambios de gran hondura en la formulación de este tipo de cláusulas. Como era de esperar, se produjeron pactos frecuentes de congelación salarial, de reducción de los aumentos salariales y de desaparición de este tipo de previsiones<sup>58</sup>.

La crisis económica cuyos primeros síntomas aparecieron en agosto de 2007 y se hizo ya definitiva a partir de 2008, junto con la falta de previsión específica de IPC en las leyes de presupuestos dio paso a una nueva fisonomía en las cláusulas de revisión y salvaguarda salarial. De acuerdo con la diferenciación conceptual que

*salario individual reconocido correspondiente a los diferentes escalones o niveles retributivos para el personal que se incorpore a la empresa, hasta que, alcanzados los requisitos de capacitación, experiencia, integración y desempeño, se alcancen los valores indicados en la escala de salarios base de calificación vigente en cada momento. El salario de ingreso estará referido a los siguientes porcentajes sobre el salario base de calificación: Titulados Superiores: 55%. Escalones A y B y nivel retributivo II: 49 %. Escalones C y D y nivel retributivo III: 53 %. Escalones E al H y nivel retributivo IV: 55 %”.*

<sup>56</sup> En general, sobre el supuesto efecto inflacionista de la salvaguarda salarial puede consultarse Jimeno, J. F., “La indicación salarial y el análisis de las cláusulas de revisión salarial”, en XIX y XX Jornadas sobre negociación colectiva, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, nº 87, MTIN, 2008, págs. 127–135; Izquierdo, M. y Jimeno, J. F., “Las consecuencias de la indicación salarial sobre la inflación”, Boletín Económico del Banco de España, noviembre 2008, págs. 64–70.

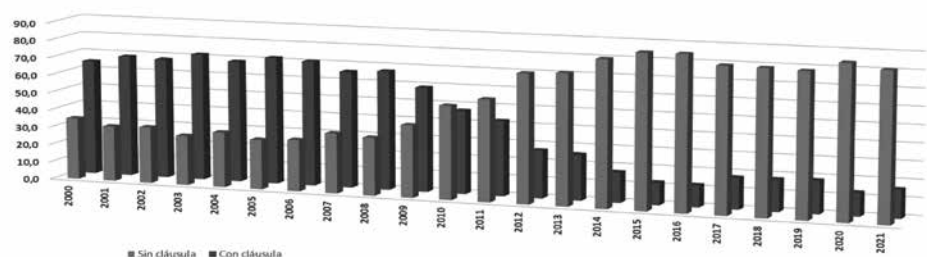
<sup>57</sup> Mercader Uguina, J.R. y Pérez del Prado, D.: “Cláusulas de revisión salarial. Instrucciones de uso para tiempos de crisis”, op. cit. pág. 29.

<sup>58</sup> Muñoz Ruiz, A.B.: “La revisión salarial: líneas de tendencia durante la crisis y en la recuperación económica”, en AAVV. Goerlich Peset, J.Mª (dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, MESS, Madrid, 2018, pág. 173. En este trabajo se realiza un análisis de la evolución de las cláusulas de revisión y salvaguarda salarial en el período 2007-2012.

venimos indicando, podría decirse que tales previsiones dejaron de ser de auténtica garantía para convertirse en simples mecanismos de revisión salarial cuando se cumplen determinados factores determinantes.

De acuerdo con los datos recogidos en la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2022 del CES de España, las cláusulas de garantía salarial *”llegaron a afectar a más de dos tercios de las personas trabajadoras cubiertas por convenio hasta la crisis financiera de 2008, sufrieron un fuerte descenso en el periodo 2009-2015, y desde entonces (2016 en volumen de convenios y 2017 en personas trabajadoras) vienen manteniendo una tendencia de suave recuperación, solo interrumpida en 2020. Este tipo de cláusulas suele incluir mayoritariamente, como referencia para la revisión salarial, el resultado de la inflación al final del año, estableciendo por tanto un marco temporal anual para su efectividad como opción más frecuente. Teniendo en cuenta que la variación anual del IPC en diciembre de 2022 fue del 5,7 por 100, la mayoría de estas cláusulas se activaron en aquellos ámbitos negociales que las tuviesen establecidas, resultando una variación salarial pactada revisada ligeramente superior a la pactada inicial*<sup>59</sup>.

Trabajadores afectados por convenios con /sin cláusula garantía salarial. %



La tabla inferior viene a demostrar muy gráficamente las anteriores afirmaciones.

Fuente: elaboración propia a partir de Estadísticas de Convenio Colectivos de Trabajo (Ministerio de Trabajo y Economía Social)

Desde el año 2000 hasta el 2008 el porcentaje de trabajadores afectados por convenios con cláusulas de garantía salarial se ha mantenido más o menos constante en torno al 68%, mientras que en el año 2009 el porcentaje desciende significativamente al 59% para llegar a mínimos del 12,5% y del 12,3% en 2015 y 2016, respectivamente. A partir de estos años si bien parece que la tendencia

<sup>59</sup> Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2022 del CES de España, págs. 258-259.

es de un cierto aumento, los niveles porcentuales de trabajadores afectados por convenios con cláusulas de garantía salarial son bajos.

En lógica correspondencia, el número de convenios con y sin cláusulas de garantía salarial ha pasado de un 56,0% de convenios sin este tipo de cláusulas en 2000 hasta máximos del 92,2% en 2015 y con evolución más o menos constante en torno a estos porcentajes<sup>60</sup>.

### 3.5. El abandono del índice de precios al consumo como factor de referencia y las nuevas fórmulas de revisión salarial

A partir del V CCIG, las cláusulas convencionales en materia de revisión y garantía salarial experimentan una importante transformación cualitativa. Antes de proceder a su análisis conviene tener presente algunas circunstancias contextuales que pueden explicar tales cambios o, cuando menos, incidir en su aplicación<sup>61</sup>.

El V CCIG se suscribe en mayo de 2011, cuando ya se había publicado el primer Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2010, 2011 y 2012)<sup>62</sup>,

<sup>60</sup> Fuente: elaboración propia a partir de Estadísticas de Convenio Colectivos de Trabajo (Ministerio de Trabajo y Economía Social). La serie porcentual de convenios sin cláusula de garantía salarial muestra los siguientes resultados: 88,3% en 2017; 86,3% en 2018; 85,8% en 2019; 84,3% en 2020 y 87,2% en 2021.

<sup>61</sup> La Disposición final quinta del V CCIG, con la misma denominación de convenios precedentes de “Revisión salarial” establecía: “El SIR [salario individual reconocido] y el complemento de antigüedad se revisarán con efectos del 1 de enero de cada año de vigencia del convenio con los siguientes criterios:

*Excepción aplicable al personal en escala de promoción de ingreso: la revisión del SIR de estos empleados, hasta que finalice el periodo de promoción de ingreso y alcance el SBC, será por aplicación directa, con efectos de 1 de enero de cada año (o de la fecha de ingreso, si ésta es posterior al 1 de enero) de los nuevos valores actualizados para el nivel de la escala de ingreso en el que este encuadrado en ese momento.*

*Todos los complementos variables regulados en este convenio (turno, retén, disponibilidad en IOMSA, disponibilidad de Renovables –bolsa de horas-, reclutamientos, plus de transporte, vacaciones fuera de temporada, horas extras, compensación pausa descanso mediodía, plus festivo especial, sustitución turno por prolongación igual o superior a 4 horas, etc.) se actualizarán con efectos de 1 de enero de cada año de vigencia del convenio con el mismo porcentaje que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC).*

*Los importes del plus de secretarías/os de dirección (recogidos en la NP-CD10) serán actualizados anualmente, durante la vigencia de este convenio, con el mismo porcentaje que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC), revisando la citada norma que será de aplicación a las 5 empresas. La tabla de gastos de manutención y estancia se actualizarán cada año, con efectos a 1 de enero, con el mismo porcentaje que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC).*

*Para el resto de conceptos retributivos se estará a lo dispuesto en el articulado de este convenio”.*

<sup>62</sup> Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 (BOE 22 de febrero de 2010).

que, consciente de la realidad económica del momento, de la grave recesión económica sufrida durante 2009 y de unas expectativas de nueva caída del PIB para 2010, encomienda a la negociación colectiva una distribución equilibrada de los esfuerzos entre trabajadores y empresarios. Ante un panorama de recuperación más lenta y débil de nuestra economía frente a la de nuestros principales competidores, afectada aquélla, además, por problemas de competitividad, el acuerdo insta a los futuros agentes negociadores a una evolución contenida de salarios y excedentes. Se apuesta por una política de crecimiento moderado de los salarios para contribuir a la reactivación económica y la recuperación del empleo, con previsiones de incrementos salariales de entre hasta un mínimo del 1% y un máximo del 2,5%<sup>63</sup>, acompañadas de cláusulas (que denomina de revisión salarial) que tomen como referencia la inflación real del período y actúen como mecanismo para evitar la pérdida de capacidad de compra de los salarios. Hay que precisar que los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) inauguraron un nuevo modelo salarial frente a los anteriores Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva, en los que se atendían a la inflación prevista por el gobierno y el incremento de la productividad<sup>64</sup>.

Desde los Pactos de la Moncloa el factor habitual para determinar el crecimiento de los salarios había sido la inflación prevista por el gobierno en las leyes de presupuestos, criterio que había sustituido al de la inflación pasada, y que desde 2000 se había fijado en el 2%. Bajo la premisa general de llevar a cabo una política de moderado crecimiento de los salarios, los diversos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva suscritos desde 2002 a 2007 abogaron por que la negociación salarial tomara como primera referencia la inflación prevista por el gobierno para cada año<sup>65</sup> (recomendando que no se utilizaran previsiones distintas de las oficiales), admitiendo incrementos superiores a la inflación prevista en función de la productividad y con la incorporación de cláusulas de revisión salarial, pero sin que ello supusiera trancar el objetivo de moderación salarial. Estas últimas cláusulas tomarían como referencia la previsión de inflación, el IPC real y el incremento salarial pactado en el convenio colectivo. La doctrina<sup>66</sup> observó cierta ambigüedad en esta fórmula, al utilizar como criterios simultáneos el IPC real, el objetivo o previsión de inflación y el incremento salarial

<sup>63</sup> En concreto, para los diversos años de vigencia del acuerdo se contemplan las siguientes referencias para la determinación de los incrementos salariales: para 2010, hasta el 1%; para 2011, entre el 1% y el 2%; y para el 2012, entre el 1,5% y el 2,5%.

<sup>64</sup> Pérez Infante, J.I.: “La negociación colectiva y los salarios en España: un análisis económico agregado”, op. cit., pág. 270.

<sup>65</sup> El acuerdo para 2003 indicaba expresamente que “*La credibilidad de la previsión de inflación es una base necesaria para el modelo de negociación salarial, evitando que éste se vea sometido a tensiones derivadas de una sustancial desviación entre el dato previsto y el dato real registrado, lo que perjudica a las rentas y genera también incertidumbre de costes para las empresas, como ha sucedido el pasado año*”.

<sup>66</sup> Pérez Infante, J.I.: “La negociación colectiva, las cláusulas de revisión salarial y la inflación en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* n° 86, 2010, pág. 47.

pactado, cuando, se indica, lo normal es usar dos de las tres variables pero no las tres. Aunque los diversos Acuerdos Interconfederales las denominaran cláusulas de revisión salarial, lo cierto es que realmente se configuraban como previsiones de garantía o salvaguarda salarial, cuya finalidad era de la evitar la pérdida del poder adquisitivo de los salarios cuando la inflación final superara a la prevista.

Volviendo al análisis particular del V CCIG, y en lo relativo a la labor exegética de la norma convencional, no es intrascendente tener muy presente que en junio de 2010 se publica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos<sup>67</sup>, que incorpora como anexos nuevos modelos de hojas estadísticas de convenios que, por lo que a la materia analizada concierne, resultan mucho más precisos e ilustrativos<sup>68</sup>. La información recogida en tales anexos y que sintetizamos en la tabla adjunta (ver anexo del artículo) proporciona una muy elocuente información acerca de cuál ha sido la voluntad de los sujetos negociadores a la hora de suscribir las cláusulas del convenio en materia salarial y, muy singularmente, la del alcance de sus efectos.

Descendiendo al examen del contenido de la disposición en materia de revisión y salvaguarda salarial, lo primero que habría que destacar es la desaparición de la referencia al IPC como factor de determinación del incremento inicial anual de los salarios, así como de la aplicación del procedimiento de garantía salarial. La simple lectura del precepto así lo evidencia y también la propia hoja estadística donde los negociadores hacen constar expresamente que la cláusula de revisión por garantía

<sup>67</sup> BOE de 12 de junio de 2010. Actualmente denominado “Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad”, tras modificación por la disposición final primera.1 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre. La disposición derogatoria de la mencionada norma deroga el Real decreto 1040/1981, de 22 de mayo, de registro y depósito de convenios colectivos de trabajo, así como la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 24 de febrero de 1992, por la que se establecen nuevos modelos de hojas estadísticas de convenios colectivos de trabajo y la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 10 de octubre de 1996, por la que se amplía el contenido de las actuales hojas estadísticas de convenios colectivos de trabajo.

<sup>68</sup> En los anexos 2.I y 2.II para las convenios de empresa y de sector, respectivamente, se recogen los datos a cumplimentar por la Comisión Negociadora, incorporando un punto 3 en relación con las cláusulas sobre retribución salarial, en donde los firmantes deben consignar datos como el incremento salarial pactado, si se recoge o no cláusula de revisión por garantía salarial, y, en caso afirmativo, su contenido, los efectos positivos o negativos, retroactivos o no, y si depende o no del valor del IPC. Asimismo, el anexo 2.III, bajo el rótulo “Revisión salarial por cláusula de «garantía salarial»”, contiene los datos a cumplimentar obligatoriamente cuando se registre la cuantía de la revisión de los salarios pactados, motivada por la aplicación de la “cláusula de garantía salarial”. Y el anexo 2.IV, intitulado “Revisión salarial anual de los convenios plurianuales o de las prórrogas para los sucesivos años de vigencia”, incorpora una serie de datos (entre otros, en materia de salario y jornada) que se deben cumplimentar, obligatoriamente, al inicio de cada año de vigencia del convenio, de forma que los datos consignados sean el resultado de negociación o concreción mediante un acto expreso de la comisión negociadora a la que el convenio atribuya esta misión, y, por tanto, respondan a la realidad a aplicar en cada uno de los años, independientemente de lo que se haya podido pactar “a priori” a la firma del convenio.

salarial no depende del IPC<sup>69</sup>. Como ya hemos señalado, la desvinculación de la evolución del IPC, especialmente de esa mención al IPC previsto en las leyes de presupuestos, aporta seguridad, claridad y certeza en la interpretación y aplicación de la norma pues hacía ya años que las normas presupuestarias dejaron de recoger tal previsión y el recurso al porcentaje utilizado para la revalorización de las pensiones, amén de no responder literalmente a lo que la cláusula convencional dictaba, funcionalmente tampoco era la mejor opción.

Desde una perspectiva más económica, la búsqueda de alternativas al modelo de revisión y garantía salarial ligado al IPC empezaba a ser ya una realidad más palpable en la negociación colectiva española<sup>70</sup>. Desde diversas instancias políticas y económicas se venía señalando que el tradicional sistema español de vincular salarios e inflación había producido efectos distorsionadores tanto en épocas de crecimiento económico como, sobre todo, en situaciones de recesión<sup>71</sup>. Con todo, la propuesta de ligar los salarios a la productividad, acogida por otros ordenamientos, tiene el problema esencial de determinar cómo medir esa productividad<sup>72</sup>, y, además, en España el comportamiento de la productividad en contracíclico por lo que se ha indicado que tal opción podría atraer mayores problemas para las

<sup>69</sup> La doctrina ha señalado que en el periodo post crisis de 2008 los aumentos salariales ya no dependían del IPC sino de otros factores, aunque faltaba por determinar si era una situación coyuntural derivada de la mencionada crisis o bien un cambio de carácter estructural en la forma de revisar los salarios. Lo que ya sí parecía definitivo era el abandono del IPC previsto como fórmula para el incremento inicial de los salarios (Todolí Signes, A. “Salario y negociación colectiva: últimas tendencias”, op. cit. págs. 341-342 y 352). Conviene no olvidar que la negociación salarial colectiva está excluida del ámbito de aplicación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (art. 3.2 a) Ley 2/2015).

<sup>70</sup> Una descripción de estas nuevas fórmulas de cláusulas de revisión y garantía salarial ligadas a parámetros como la inflación subyacente, el crecimiento del PIB, el EBITDA, el beneficio neto, o el margen de explotación en Mercader Uguina, J.R.: “Cláusulas de revisión salarial. Análisis de las nuevas fórmulas no ligadas al IPC en la negociación colectiva reciente”, En Portada, abril, 2014, págs. 30 y ss. También puede verse un análisis de estas nuevas experiencias innovadoras en la negociación colectiva desde 2012 en Gómez Rufián, L.: “La vinculación entre salarios y productividad: teoría económica y experiencias innovadoras en la negociación”, Revista de Información Laboral nº 4/2015, págs. 35 y ss.

<sup>71</sup> Gómez Rufián, L.: “La vinculación entre salarios y productividad: teoría económica y experiencias innovadoras en la negociación”, op. cit., págs.19-20, quien señala cómo esa conexión salarios e inflación en etapas de crecimiento económico habría supuesto una presión al alza de la inflación, mientras que, en recesión, habría exacerbado la destrucción de empleo. Señala el autor cómo uno de los escasos puntos de encuentro entre las diversas concepciones económicas del mercado laboral es el de, aunque desde razonamientos diferentes, llegar a la misma conclusión de señalar que los sistemas de indexación en torno a precios generan unos efectos macroeconómicos adversos en relación con los que se derivan de sistemas ligados a la evolución de la productividad.

<sup>72</sup> Una propuesta de mediación de la productividad industrial a través del indicador OEE (*Overall Equipment Effectiveness -eficiencia general de equipos-*) en Gómez Rufián, L.: “Vinculación entre salarios y productividad a través del indicador OEE (*overall equipment effectiveness*)”, Revista Información Laboral nº 11, 2015 (en la base de datos Aranzadi BIB 2015/17113).



empresas que el modelo de relación de los salarios con los precios<sup>73</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que los estudios realizados ponen de manifiesto que, al menos hasta 2013, no eran muchos los convenios que utilizaban la productividad como factor de ajuste de los salarios<sup>74</sup>.

Ahora, en el V CCIG, la revisión anual de los salarios se realiza “según los resultados operativos de la Compañía”, atendiendo al EBIT<sup>75</sup> presupuestado para España anualmente, y cuya cifra para el primer año de vigencia del convenio (2011) se especifica expresamente. A partir de tales parámetros se fija un incremento anual de un 1%, que se considera “a cuenta”, pues el aumento efectivo va ligado al cumplimiento de determinados objetivos; un objetivo denominado “bueno” (que significa el cumplimiento del presupuesto anual de EBIT), que conlleva un incremento del 1,5% (incluido el incremento anual a cuenta, ergo un 0,5%); y un objetivo excelente (120% objetivo) que da lugar a un incremento del 3,5% incluidos el incremento a cuenta y el correspondiente al objetivo bueno, ergo un 2%). La redacción del precepto indica expresamente que se admite un escalado proporcional entre el incremento derivado del cumplimiento del objetivo bueno (1,5%) y el excelente (3,5%), pero sin precisar el instrumento adecuado que podría realizar tal escala. No se sabe si va dirigido a futuras revisiones convencionales o al acuerdo individual.

Los aumentos salariales están en consonancia con esa llamada a la moderación salarial del IAENC a la que antes hemos aludido, y en su cuantificación concreta se ligán directamente a la evolución de la compañía. Nótese que, literalmente, se señala que existirá un incremento anual del 1% a cuenta, pero en los datos consignados en la hoja estadística se indica que la variación salarial media es conocida y que su valor es del 1% para el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012 (primer año de vigencia del convenio). Realmente lo que parece indicarse es que los salarios (técnicamente el salario individual reconocido y el complemento de antigüedad) experimentarían un incremento del 1% durante 2011, y que si se cumple el objetivo del 100% del presupuesto anual aquellos se incrementarán un 1,5%, considerándose que el 1% ya aplicado lo era a cuenta de este 1,5%; pero que, de no alcanzarse ese objetivo del 100%, el 1% ya incrementado se mantendría, sin que la no consecución de aquél suponga pérdida alguna de lo ya percibido. La comparación entre la redacción literal de la cláusula y

<sup>73</sup> Mercader Uguina, J.R.: “Cláusulas de revisión salarial. Análisis de las nuevas fórmulas no ligadas al IPC...”, op. cit. pág. 31.

<sup>74</sup> Cebrián López, I. y Pérez Infante, J.I.: “Evolución de las cláusulas de revisión y salvaguarda en el modelo salarial español. Enfoque económico”, op. cit., pág. 40.

<sup>75</sup> EBIT (*Earnings Before Interest and Taxes*) es un indicador financiero que representa las ganancias de una empresa y mide el beneficio operativo durante un ejercicio; muestra el beneficio que ha tenido la compañía en función de las operaciones realizadas, pero sin mostrar los intereses o los impuestos. Este indicador, en definitiva, muestra el coste de la estructura de la empresa que afecta a las ganancias.

los reflejado por los negociadores en la hoja estadística con lo dispuesto en el VI y VII CCIG en materia de revisión y en la hoja estadística así parecería confirmarlo, pero la redacción del precepto no deja de plantear dudas pues en su párrafo final viene a señalar que “este incremento, si hubiere lugar a él, se constatará una vez auditadas las cuentas de la compañía y se pagará con efectos de 1 de enero del año anterior”. Con esta dicción, que utiliza expresamente la palabra incremento, usada en exclusiva para aludir al incremento anual a cuenta del 1% (para los demás escenarios se habla simplemente de “cumplimiento del objetivo”), la norma convencional no termina de dejar claro a qué cuantía concreto de aumento salarial se está refiriendo.

Y el cotejo entre la redacción de la disposición final quinta que estamos estudiando y lo que los negociadores han cumplimentado en la hoja estadística en lo relativo a la existencia o no de cláusula de revisión por garantía salarial tampoco ayuda especialmente a la tarea hermenéutica. Las partes indican que existe esta cláusula de revisión por garantía y cuando han de transcribir su contenido incorporan lo recién comentado sobre la revisión salarial en función de los resultados operativos de la compañía. Adicionalmente precisan que dicha “cláusula” solo tiene efectos positivos y que estos tienen carácter retroactivo desde enero de 2011. Pero, tal como apreciábamos en la introducción, una revisión salarial no implica necesariamente un mecanismo de garantía salarial, al menos en los términos en los que habitualmente se suele entender este tipo de instrumentos como salvaguarda del poder adquisitivo de los salarios. Lo que están regulando en este precepto convencional es la forma de cuantificar la retribución durante la vigencia del convenio, ligando su evolución a la situación de la empresa y, eso sí, con un aumento anual, parece que fijo, del 1% y otros posibles incrementos en función del cumplimiento de objetivos.

La auténtica cláusula de revisión por garantía salarial, a nuestro juicio, se recoge en los subsiguientes párrafos de la disposición final quinta cuando se establece que *“Al finalizar el período de convenio, ambas partes garantizan un análisis de la evolución salarial de los años de vigencia en relación a la evolución de los salarios en el mercado y, si fuere necesario, se revisarán los mismos.*

*El procedimiento de aplicación de esta garantía salarial será el siguiente: a la finalización del período de vigencia de convenio se compararán anualmente los Salarios en el Mercado con lo obtenido por este Sistema, sumando y restando los valores obtenidos de la desviación anual (acumulado de la desviación), garantizándose en caso de que dicha operación fuera negativa (Salarios por Resultado – Salarios en el Mercado) el pago, en concepto de atrasos, por una sola vez y no consolidable, del 80 % de dicha cantidad, adaptándose el SIR y el Complemento de Antigüedad al Salario en el Mercado”.*

La garantía salarial se anuda a la cuantía de los salarios del mercado y se aplica o activa una vez finalizada la vigencia de la norma convencional. Si el resultado

de la comparación entre lo percibido según lo fijado en convenio y los salarios del mercado es negativo, se abonará, por una sola vez, el 80% de la desviación, en concepto de atrasos y con la precisión adicional de considerarse cantidades no consolidables. La previsión de que se adaptará el SIR y el complemento de antigüedad al salario de mercado parece que se refiere a las tablas a considerar de cara a la renovación del convenio.

Para el segundo año de vigencia del convenio el anexo 2.IV de la hoja estadística relativo a la revisión salarial de los convenios plurianuales indica que durante el segundo año de vigencia del convenio (2012), y con efectos económicos desde el 1 de enero, la variación salarial media conocida es de 2.90%. A continuación, se incorpora como cláusula de revisión por garantía salarial la transcripción de la disposición final quinta en idénticos términos que lo señalado para el primer año de vigencia. Realmente, la consideración conjunta de lo contemplado en el decreto

Al igual que el IV CCIG también se contempla una excepción aplicable al personal de nuevo ingreso, en la que ya no se alude ni se contiene remisión expresa al precepto del convenio que disciplina la revisión automática del SIR de estos trabajadores al IPC real del año anterior, al estar vinculados los valores de la escala de ingreso al SBC; sin embargo, por el juego de lo previsto en el artículo 42 del V CCIG, que remite a lo dispuesto en el IV CCIG<sup>76</sup>, la revisión deberá realizarse según idénticos parámetros.

Una parte importante de la vigencia de este V CCIG coincide con la del II AENC, que marcó las directrices de la negociación colectiva para los años 2012 a 2014. Este II AENC parte de un planteamiento similar en materia retributiva al comentado respecto al I AENC, abogando por la flexibilidad en materia salarial, la inclusión de elementos variables en la estructura del salario y por el crecimiento moderado de los salarios para los años 2012, 2013 y 2014. En concreto, se indicaba que el incremento de los salarios pactados no debía exceder del 0,5% en 2012, del 0,6% en 2013 y ajustarse al ritmo de actividad de la economía española en 2014, según determinados criterios de crecimiento del PIB claramente especificados. Ello se acompañaba de la previsión de incorporación de cláusulas de actualización, aplicables al final del ejercicio, concretadas en el exceso de la tasa de variación anual del IPC general español del mes de diciembre sobre el objetivo de inflación del Banco Central Europeo (2%). Estas cláusulas de actualización de aplicaban en los 2012 y 2013, mientras que para el año 2014 el aumento de los salarios quedaba condicionado exclusivamente por la evolución del IPC. En general, los estudios revelan un bajo seguimiento de las directrices recogidas en el II AENC

<sup>76</sup> El artículo 42 del V CCIG señalaba: “Escala de calificación (SBC). Corresponde al salario fijado para cada escalón o nivel retributivo TTSS y será el salario mínimo garantizado para el personal de plantilla una vez completado el período de promoción de ingreso y está integrado en el SIR. Sus valores se indican en Anexo 1. Durante la vigencia temporal del presente convenio (2011-2014), esta escala se revisará anualmente con idénticos criterios a los establecidos en el IV CCIG”.

a nivel de la negociación colectiva inferior<sup>77</sup>; en particular, la complejidad de la fórmula de revisión salarial recomendada por dicho acuerdo, que acabamos de comentar, había hecho aventurar a la doctrina su escasa utilización<sup>78</sup>, lo que, con posterioridad, fue confirmado por la práctica negocial<sup>79</sup>. También se constata en el período de vigencia del II AENC una utilización excepcional de la cifra del IPC previsto por el gobierno para proceder al incremento inicial de los salarios y su sustitución por la evolución del PIB, lo que se explica, entre otras razones, por la propia desaparición de aquella previsión de IPC<sup>80</sup>.

Los tres últimos convenios del grupo Iberdrola guardan importantes similitudes en la materia que estamos analizando. En particular, el VI y el VII CCIG incorporan una disposición final quinta, rotulada “Revisión salarial” de idéntica redacción (salvo las cantidades consignadas como EBITDA), por lo que vamos a examinarlas de manera conjunta<sup>81</sup>.

El contexto normativo en el que se enmarca la suscripción de ambos convenios viene marcado por el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva con

<sup>77</sup> Muñoz Ruiz, A.B.: “La revisión salarial: líneas de tendencia durante la crisis y en la recuperación económica”, en AAVV. Goerlich Peset, J.M<sup>a</sup> (dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, MESS, Madrid, 2018, pág.

<sup>78</sup> Todolí Signes, A.: *La revisión salarial*, op. cit. pág. 162.

<sup>79</sup> Todolí Signes, A.: “Salario y negociación colectiva: últimas tendencias”, en AA.VV., García-Perrote Escartín, I. y J.R. Mercader Uguina (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Thomson Reuters, 2015, pág. 350.

<sup>80</sup> Todolí Signes, A.: “Salario y negociación colectiva: últimas tendencias”, op. cit., pág. 346, quien considera que tal abandono del IPC previsto como forma de realizar el incremento inicial de los salarios es definitivo (pág. 352).

<sup>81</sup> La “Disposición final quinta. Revisión salarial del VI CCIG establecía: “El SIR y el complemento de antigüedad se revisarán (con la parte consolidable) con efectos del 1 de enero de cada año de vigencia del convenio con los siguientes criterios:

- Incremento según los resultados operativos de la Compañía: atendiendo al resultado obtenido por la empresa según el EBITDA presupuestado para España anualmente

(siendo para el año 2015, 3.228,225 M€), se establecen los siguientes porcentajes de incremento:

- Cumplimiento de objetivo entre el 80 y 100% → 0,5% (de esta cantidad será consolidable el 0,25%).

- Cumplimiento de objetivo entre 100 y 120% → hasta 2,5% adicional.

Del incremento del 2,5% se consolidará un máximo 0,45%. La consolidación se realizará desde el inicio de este tramo (este porcentaje de consolidación máximo se alcanzará en el 103,6% del cumplimiento del EBITDA).

El incremento entre el 100 y el 120% será proporcional.

- Las cantidades no consolidadas quedarán a opción del trabajador entre cobrarlas en efectivo o aportarlas al sistema de previsión social alternativo al plan de pensiones (Seguro Colectivo de Vida). La aportación al Seguro Colectivo de Vida, complementaria al Plan de Pensiones, estará exenta, o sujeta a tributación, de conformidad con la legislación aplicable en cada momento.

Este incremento, si hubiere lugar a él, se constatará una vez auditadas las cuentas de la Compañía y se pagará con efectos del 1 de enero del año anterior.

vigencia para los años 2015, 206 y 2017<sup>82</sup>. El VI CCIG se suscribió en julio de 2015, y si bien su ámbito temporal se extendía desde el 1 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018<sup>83</sup>, en 2017 fue sustituido por el VII CCIG, suscrito en mayo de 2017 y publicado en agosto de ese mismo año<sup>84</sup>. Según el artículo 4.1 de este VII CCIG su entrada en vigor se produciría el 1 de junio de 2017 y su duración se extendería hasta el 31 de diciembre de 2020.

El III AENC, frente al duro escenario de intenso deterioro de la actividad, el tejido productivo y el empleo en el que se gestó el II AENC, se enmarca en un entorno de cierta consolidación de la recuperación económica, aunque con una situación todavía compleja debido a la alta tasa de paro, el elevado nivel de endeudamiento y déficit público y la existencia de importantes desigualdades. Las partes del acuerdo recomiendan un avance en el crecimiento de los salarios, frente a la moderación aconsejada en el precedente, allí donde la realidad económica de los sectores y/o empresas lo permita, y la ausencia de presiones inflacionistas en la economía española; apuestan por la racionalización de la estructura salarial, dando entrada a conceptos retributivos vinculados a la productividad y resultados

*Excepción aplicable al personal en escala de promoción de ingreso: La revisión del SIR de estos empleados, hasta que finalice el periodo de promoción de ingreso y alcance el SBC, será por aplicación directa, con efectos de 1 de enero de cada año (o de la fecha de ingreso, si ésta es posterior al 1 de enero) de los nuevos valores actualizados para el nivel de la escala de ingreso en el que esté encuadrado en ese momento.*

*Todos los complementos variables regulados en este convenio (turno, retén, disponibilidad en IOMSA, disponibilidad de Renovables –bolsa de horas–, reclutamientos, plus de transporte, vacaciones fuera de temporada, horas extras, compensación pausa descanso mediodía, plus festivo especial, sustitución turno por prolongación igual o superior a 4 horas, etc.) se actualizarán con efectos de 1 de enero de cada año de vigencia del convenio con el mismo porcentaje que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC).*

*Los importes de todos estos conceptos para cada uno de los años de vigencia de este convenio quedan incluidos en el Anexo 1.*

*Los importes del plus de secretarías/os de dirección (recogidos en la NP-CD10) serán actualizados anualmente, durante la vigencia de este convenio, con el mismo porcentaje que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC).*

*La tabla de gastos de manutención y estancia se actualizarán cada año, con efectos a 1º de enero, con el mismo porcentaje que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC).*

*Para el resto de conceptos retributivos se estará a lo dispuesto en el articulado de este Convenio”. La redacción de la disposición final quinta (“Revisión salarial”) del VII CCIG es idéntica a la del VI CCIG con la única diferencia, lógica y derivada del período de vigencia de la norma convencional, de que se alude al EBITDA del año 2017, cifrado en 3.588,163 M €.*

<sup>82</sup> Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE de 20 de junio de 2015)

<sup>83</sup> Artículo 4.1 VI CCIG.

<sup>84</sup> Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE de 9 de agosto de 2017).

en la empresa. En relación con los criterios a seguir en materia de incrementos salariales se recomienda un aumento para 2015 de hasta un 1% y de hasta 1,5% para 2016. Como previsión de cierre se señala que el sumatorio de los salarios de 2015 y 2016 deberá ser mayor a la suma de las inflaciones de ambos años, en función proporcional de los salarios inicialmente pactados. Para el último año de vigencia del III AENC no se establecen parámetros específicos para determinar el aumento de los salarios a aplicar, sino que, para el 2017, las organizaciones firmantes deberán tomar como referencia la evolución del PIB en 2016 y el cuadro macroeconómico del gobierno para 2017, concretando los resultados derivados de tal análisis en los tres meses siguientes a la publicación del mencionado cuadro macroeconómico.

El VI y el VII CCIG, desde esta óptica, responden a lo recomendado en su nivel más bajo, pues durante el período de vigencia de estos convenios la revisión anual del SBC (salario base de calificación) oscila entre un incremento del 0% para el año 2015, y un incremento del 0,9% para los restantes años, desde el 2016 al 2020<sup>85</sup>. Conviene recordar y precisar que, con carácter general, en estos convenios la estructura retributiva se basa en el salario individual reconocido (SIR) y en la aplicación de unas escalas salariales de referencia en atención al ingreso, la promoción y el salario base de calificación. La *escala de calificación (SBC)* corresponde al salario fijado para cada escalón o nivel retributivo TTSS (titulado superior) y será el salario mínimo garantizado para el personal de plantilla una vez completado el periodo de promoción de ingreso y está integrado en el SIR.

Adentrándonos en el examen de lo previsto en el VI y el VII CCIG en materia de revisión y garantía salarial, en su disposición adicional quinta, ambas normas fijan una revisión anual de los salarios (el SIR y el complemento de antigüedad<sup>86</sup>) con

<sup>85</sup> Artículos 43 del VI CCIG y del VII CCIG.

<sup>86</sup> El SIR (Salario individual reconocido) “Es la parte de remuneración atribuida y consolidada individualmente a cada empleado en función de su historial profesional y, junto con el complemento de antigüedad en la empresa, será la referencia para las aportaciones y prestaciones de riesgo en el subplan A del sistema de previsión social complementaria pactado. El SIR absorbe, compensa y sustituye a todos los conceptos retributivos establecidos en los anteriores Convenios colectivos, así como cualquier otro que viniera satisfaciendo la empresa por cualquier causa y que no se declare expresamente vigente en este Convenio. Sobre el SIR se aplicarán los incrementos que se pacten en Convenio colectivo. La retribución anual del salario individual reconocido incluye las gratificaciones extraordinarias y se abona en 14 mensualidades” (artículos 42 del VI y VII CCIG). La estructura salarial queda conformada por el SIR y los complementos salariales: Complemento de antigüedad; complemento de polifuncionalidad (Funciones asociadas a ocupaciones); complementos de destino; complementos variables (turnos, retenes, disponibilidades, reclutamientos, plus de transporte, horas complementarias, horas extraordinarias y bonificaciones). Conviene precisar que, con carácter general, en estos convenios la estructura retributiva se basa en el Salario Individual Reconocido (SIR) y en la aplicación de unas escalas salariales de referencia en atención al ingreso, la promoción y el salario base de calificación. La *escala de calificación (SBC)* corresponde al salario fijado para cada escalón o nivel retributivo TTSS (titulado superior) y será el salario mínimo garantizado para el personal de plantilla una vez completado el periodo de promoción de ingreso y está integrado en

efectos del 1 de enero de cada año, en atención exclusiva a los resultados operativos de la compañía. Desaparece el incremento anual fijo de un 1% a cuenta previsto en el V CCIG y se sustituye la mediación de los resultados de la compañía según el EBIT por el EBITDA<sup>87</sup>. Asimismo, el incremento por cumplimiento de objetivo se modula según horquillas porcentuales (entre el 80 y el 100%, un 0,5%; y entre el 100 y el 120%, hasta 2,5% adicional, que se aplicará de manera proporcional). Como importante novedad se prevé la consolidación de un determinado porcentaje del incremento, mientras que las cantidades no consolidadas, a opción del trabajador, serán cobradas en efectivo o aportadas al sistema de previsión social alternativo al plan de pensiones (seguro colectivo de vida).

Si nos atenemos a la redacción y contenido de estas cláusulas convencionales, la conclusión es que, en puridad, no existe en esta previsión garantía salarial alguna en sentido estricto de salvaguarda salarial del poder adquisitivo de los salarios. No hay una cuantía salarial que se haya de salvaguardar en atención a contingencia alguna, sino, más propiamente, un compromiso de revisión de la cuantía de los salarios si se alcanza un determinado resultado operativo de la compañía. Esta reflexión viene al hilo de lo reflejado por los negociadores en la hoja estadística que, de alguna manera viene a identificar la verdadera voluntad de quienes suscriben el convenio. Pues bien, en ese documento se indica que sí existe una cláusula de revisión por garantía salarial, recogida en la disposición final quinta que analizamos, y que, según se refleja, no está vinculada al IPC y que solo tiene efectos positivos y retroactivos desde el 1 de enero de cada año. A nuestro juicio, la fórmula recogida en la disposición convencional mencionada solo es una cláusula de garantía en la medida en que se entienda que viene a garantizar una revisión e incremento de los salarios si se cumplen ciertos objetivos.

Olvidada ha quedado en la redacción de estos convenios esa directriz del III AENC de garantizar que el sumatorio de los salarios de 2015 y 2016 fuera mayor a la suma de las inflaciones de ambos años, en función proporcional de los salarios inicialmente pactados. En 2015 la variación interanual de la inflación fue del 0,0% y en 2016 del 1,6%. Cumplir con estas prescripciones, teniendo en cuenta el aumento del SCB dependerá de haber conseguido los objetivos operativos previstos.

Al igual que los convenios precedentes, se recoge una previsión especial aplicable al personal en escala de promoción de ingreso, que, aunque redactada

el SIR. Durante el periodo de vigencia del VI y VII CCIG esta escala se revisa anualmente en unos porcentajes que son del 0% para el año 2015, y del 0,9% para los restantes años desde el 2016 al 2020.

<sup>87</sup> El EBITDA es un indicador financiero representado mediante un acrónimo que significa, en inglés *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization* (beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones). Mientras que el EBIT evalúa el coste de la estructura de la empresa que afecta a las ganancias, el EBITDA mide, además, la depreciación y la amortización. Es el indicador que más se utiliza para analizar la rentabilidad de una compañía.

en similares términos que la del V CCIG, tendrá una aplicación real diversa, pues, como se ha señalado, el VI CCIG contiene una previsión específica de revisión anual de la escala de calificación (SBC) que ya no se vincula con el IPC real del año anterior.

Sin aún haber finalizado la vigencia del VI CCIG, cuya duración temporal se había fijado hasta el 31 de diciembre de 2018, se publica el VII CCIG con vigencia de 1 de junio de 2017 a 31 de diciembre de 2020. En esta franja temporal se publicó el IV AENC (2018, 2019 y 2020), que prorroga el III AENC salvo en lo que se oponga a las concretas previsiones de aquél. Entre esas escasas adiciones se encuentran las relativas a los incrementos salariales y la revisión de salarios. Así, para los tres años de vigencia del acuerdo se establece un incremento salarial en torno a un 2% de una parte fija; y un 1% de una parte variable ligada a conceptos como la evolución de la productividad, resultados, absentismo injustificado y otros, sobre la base de indicadores cuantificados, medibles y conocidos por ambas partes. Todo ello con el objetivo final de alcanzar durante la vigencia del Acuerdo de un salario mínimo de convenio de 14.000 € anuales. Como mecanismo de cierre, se instan a los convenios colectivos a establecer mecanismos de revisión salarial, en atención a los indicadores que los negociadores estimen aplicables en cada caso.

Las previsiones en la materia del VI y VII CCIG parecen haber anticipado tales directrices, pues contemplan incrementos cada año de vigencia (a partir del 2016) del 0,99% del SBC y revisiones adicionales anuales con efectos retroactivos desde el 1 de enero en función del cumplimiento de objetivos, entre un mínimo de 0,25% y máximos del 2,5%.

El VIII CCIG ve la luz sin referente o cobertura de Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, pues finalizado el IV AENC en 2020, el siguiente no se publica hasta mayo de 2023<sup>88</sup>. Este VIII CCIG abandona el incremento anual del SBC<sup>89</sup>, que queda exclusivamente afectado por los aumentos que pudieran derivarse de los porcentajes de consolidación salarial procedentes del proceso de revisión salarial ligado al cumplimiento de objetivos operativos de la compañía.

<sup>88</sup> Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 31 de mayo de 2023).

<sup>89</sup> El artículo 42 del VIII CCIG, denominado “Escala de calificación (SBC)” establece: *Corresponde al salario fijado para cada escalón o para el colectivo de Técnicos del grupo profesional de Técnicos Cualificados establecido en el apartado a) del artículo 9 y será el salario mínimo garantizado para el personal de plantilla una vez completado el periodo de promoción de ingreso y está integrado en el SIR. Sus valores se indican en Anexo 1.*

*Durante la vigencia temporal del presente Convenio (2021-2024), esta escala se revisará anualmente con el porcentaje resultante de la parte consolidada de la fórmula de la Disposición Final Sexta”. Por su parte, la regulación de la revisión salarial, localizada ahora en la Disposición final sexta del convenio, señala: “El SIR y el complemento de antigüedad se revisarán (con la parte*



En los últimos años, el fuerte incremento del IPC ha resucitado el interés por las cláusulas de salvaguarda o garantía salarial, especialmente en lo que a esa función primigenia se le viene atribuyendo de mecanismo para afianzar el poder adquisitivo de los salarios y su adecuación al coste de la vida. En 2021 y 2022 la

*consolidable) con efectos del 1 de enero de cada año de vigencia del Convenio con los siguientes criterios:*

*– Incremento según los resultados operativos de la Compañía: atendiendo al resultado obtenido por la empresa según el EBITDA presupuestado para España anualmente, se establecen los siguientes porcentajes de incremento:*

- *Cumplimiento de objetivo entre el 80 y 100% → 0,5% (de esta cantidad será consolidable el 0,25%).*

- *Cumplimiento de objetivo entre 100 y 120% → hasta 2,5% adicional.*

- *Del incremento del 2,5% se consolidará un máximo 0,45%. La consolidación se realizará desde el inicio de este tramo (este porcentaje de consolidación máximo se alcanzará en el 103,6% del cumplimiento del EBITDA).*

- *El incremento entre el 100 y el 120% será proporcional.*

- *Las cantidades no consolidadas quedarán a opción de la persona trabajadora entre cobrarlas en efectivo o aportarlas al sistema de previsión social alternativo al plan de pensiones (SPS). La aportación al SPS, complementaria al Plan de Pensiones, estará exenta, o sujeta a tributación, de conformidad con la legislación aplicable en cada momento.*

*Este incremento, si hubiere lugar a él, se constatará una vez auditadas las cuentas de la Compañía y se pagará con efectos del 1 de enero del año anterior.*

*Las tablas de referencia (Escala de Ingreso y SBC) se revisarán, con la parte consolidada resultante de la aplicación de la fórmula anterior, para cada año de vigencia de Convenio una vez auditadas las cuentas de la Compañía y se aplicará con efectos del 1 de enero del año anterior.*

*Excepción aplicable al personal en escala de promoción de ingreso: La revisión del SIR de estas personas trabajadoras, hasta que finalice el periodo de promoción de ingreso y alcance el SBC, será por aplicación directa, con efectos de 1 de enero de cada año (o de la fecha de ingreso, si ésta es posterior al 1 de enero) de los nuevos valores actualizados para el nivel de la escala de ingreso en el que esté encuadrado en ese momento.*

*Todos los complementos variables regulados en este Convenio (turno, retén, disponibilidad en IOMSA, disponibilidad de Renovables –bolsa de horas–, reclutamientos, plus de transporte, vacaciones fuera de temporada, horas extras, compensación pausa descanso mediodía, plus festivo especial, sustitución turno por prolongación igual o superior a 4 horas, etc.) se actualizarán con efectos de 1 de enero de cada año de vigencia del Convenio con el mismo porcentaje, y en los mismos plazos, que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC).*

*Los importes del plus de secretarías/os de dirección (recogidos en la NP-CD10) serán actualizados anualmente, durante la vigencia de este Convenio, con el mismo porcentaje, y en los mismos plazos, que la tabla del Salario Base de Calificación (SBC).*

*La tabla de gastos de manutención y estancia se actualizarán cada año, con efectos a 1 de enero, con el porcentaje consolidado resultante de aplicar la fórmula del año anterior. Para el año 2021 se aplicará el 0,69% correspondiente a la revisión de las cuentas auditadas en 2020.*

*Para el resto de conceptos retributivos se estará a lo dispuesto en el articulado de este Convenio”.*

Como cierre, la Disposición final séptima, bajo el rótulo “Garantía para el personal con fecha de alta anterior al 1 de enero de 2021”, indica “Para el personal con fecha de alta anterior al 1 de enero de 2021 se mantendrán, a todos los efectos, las tablas de ingreso y de SBC vigentes a 31 de diciembre de 2020 actualizadas para cada año conforme a la disposición final sexta”.

variación interanual del IPC ha sido del 6,5% y del 5,7%, respectivamente, lo que, lógicamente, ha puesto el foco de atención en las fórmulas y mecanismos a utilizar por la negociación colectiva a la hora de regular la materia salarial. El problema se ha planteado especialmente en relación con aquellos convenios plurianuales, suscritos con anterioridad a 2021 y que recogían cláusulas de salvaguarda salarial vinculadas al IPC. La desconexión de la negociación colectiva del grupo Iberdrola de la evolución del IPC evita este problema específico y, con ello, el debate acerca de la existencia o no de herramientas jurídicas que permitan a las empresas inaplicar cláusulas convencionales de salvaguarda salarial vinculadas al IPC real que se suscribieron en épocas en las que este se mantenía en niveles muy inferiores a los de los últimos años<sup>90</sup>.

El V AENC, suscrito en mayo de 2023<sup>91</sup>, en una coyuntura ciertamente compleja, en pleno proceso de recuperación económica tras la crisis sanitaria de 2020 y frente a los nuevos retos derivados de la guerra en Ucrania y sus consecuencias. Todo ello ha provocado un incremento desorbitado de los precios que deteriora la capacidad adquisitiva de los salarios e incrementa los costes de producción de las empresas. En este contexto los criterios negociados por los agentes sociales para la determinación de los incrementos salariales en los años 2023 a 2025 vuelven a referirse a la evolución del IPC a la hora de fijar los incrementos salariales anuales finales<sup>92</sup>. Así, tras establecerse incrementos iniciales que oscilan entre el 4% para 2023 y el 3% para los restantes años de vigencia, se añade la cláusula de cierre que indica que, si el IPC interanual de diciembre de cada año fuera superior al porcentaje de incremento realizado, se aplicará un incremento adicional máximo del 1%, con efecto de 1 de enero del año siguiente, es decir, sin efectos retroactivos.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

- Tradicionalmente, desde el pacto de rentas que representaron los Pactos de la Moncloa, la negociación colectiva española ha transitado por la senda de

<sup>90</sup> Un estudio de las posibles alternativas en De la Puebla Pinilla, A.: “Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, nº 3. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/issue/view/687/145>, págs. 12 y ss.

<sup>91</sup> Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 31 de mayo de 2023). Un análisis de su contenido en Cavas Martínez, F.: “El V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva”, *Briefs, AEDTSS*, 36, 2023; De La Puebla Pinilla, A.: “Por fin, el V Acuerdo para el empleo y la Negociación Colectiva”, *El Foro de Labos*, 11/05/2023.

<sup>92</sup> La doctrina ha destacado lo significativo del “renacer” del IPC como factor de referencia a la hora de revisar los incrementos salariales por la negociación colectiva de 2022 (De La Puebla Pinilla, A.: “Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva”, op. cit., [pág. 7](#).

la moderación salarial, acompañada por la inclusión de cláusulas de garantía o salvaguarda que matizaran y ajustaran esa contención de los salarios a la evolución de los precios.

- Tales cláusulas, caracterizadas por su heterogeneidad y por estar referenciadas a un factor como el IPC, tenían una configuración casi siempre unidireccional, pensadas con la exclusiva finalidad de adecuar los salarios a subidas del IPC superiores a la cifra del IPC inicialmente previsto (que actuaba como parámetro del incremento salarial inicial, y que venía fijado en la Ley de Presupuestos anual) y sin contemplar situaciones alternativas.
- Estas cláusulas de salvaguarda no siempre se han adaptado a situaciones de crisis económica más o menos imprevistas y que, en cualquier caso, daban lugar a evoluciones del IPC diversas a las del juego tradicional de un IPC previsto inferior al IPC real de final de año. Ello, unido a la eliminación de previsión de IPC en las Leyes de Presupuestos, dio lugar a numerosos conflictos interpretativos de estas cláusulas convencionales que tuvieron que resolverse en sede judicial. Los tribunales optaron por asimilar esa referencia al IPC previsto con el parámetro utilizado para el incremento anual de las pensiones, abogando asimismo por un canon hermenéutico de la cláusula de garantía fuertemente apegado a su literalidad, sin tener en cuenta el conjunto del texto convencional ni otros criterios interpretativos adicionales como el de la realidad social del tiempo en que se aplica la norma. Tampoco las eventuales apelaciones al posible juego de la cláusula *rebus sic stantibus* encontró favorable acogida judicial para evitar la aplicación de previsiones convencionales que, pensadas para situaciones de subidas generalizadas del IPC, no respondían a la realidad económicas del momento y, sobre todo, abocaban a adoptar medidas más drásticas para hacer frente al problema sobrevenido.
- En tal contexto, la opción de la negociación colectiva fue incorporar o no tal tipo de cláusulas de garantía según la situación económica del momento de la negociación así lo aconsejara, con la consiguiente parálisis, en muchas ocasiones, del proceso negociador, y las correlativas consecuencias perjudiciales desde muy diversas perspectivas e intereses.
- La negociación colectiva, en muchas ocasiones, tarda en reaccionar a la realidad del momento, lo que, en un mundo caracterizado cada vez más por una gran volatilidad en el devenir de los procesos, por una fuerte inseguridad y por una constante necesidad de adaptación rápida a los cambios, es especialmente perjudicial.
- La inclusión de cláusulas de garantía salarial y su propia configuración están estrechamente ligadas a la estructura salarial por la que se opte y, especialmente, al papel y diseño de los complementos salariales. En la misma medida, las previsiones convencionales sobre la revisión de los salarios guardan íntima

conexión con la materia, no siendo extrañas las previsiones que interrelacionan una regulación con otra, cuando no confunden nominalmente lo que se quiere conseguir con lo que se dice disciplinar.

- Por todo lo expuesto, y por lo que concierne a la materia salarial, se hace preciso que los convenios sean capaces de anticipar medidas que respondan a situaciones imprevistas, diversas de las inicialmente presentes en el momento de su negociación. A tales efectos, la materia salarial debe regularse como un conjunto completo, donde la configuración de la estructura salarial guarde estrecha conexión con eventuales previsiones de ajuste de las partidas retributivas a la evolución de los precios.
- La redacción de las cláusulas de salvaguarda debe ser precisa, a tenor del canon interpretativo acogido por los tribunales que otorga especial significación a la literalidad de la cláusula, con clara identificación de la finalidad pretendida y de la voluntad de quienes la suscriben; configurada en función de parámetros de fácil determinación, con especificación del carácter retroactivo o no de la medida, de las partidas salariales revisadas y de los incrementos adicionales buscados. La tendencia a la desindexación de la regulación de la materia salarial y la apuesta por previsiones más vanguardistas, que conjuguen el derecho a una retribución mínima suficiente con la percepción de partidas adicionales en atención a la productividad, la situación de la empresa, los beneficios o, incluso, la situación general del sector o de la economía, es un camino para no dejar de transitar.
- La terminología debe ser clara, en el sentido de que revisar anualmente los salarios no necesariamente significa aumentar; que si lo que buscan las cláusulas de garantía es adecuar los salarios a la evolución de los precios, ha de preverse que esa evolución puede ser al alza o a la baja, que pueden existir fenómenos que distorsionen tal correlación y que las previsiones salariales, en tanto que parte de los costes salariales, afectan a muy diversos aspectos del desarrollo empresarial y de la propia situación de la economía, que también son merecedores de atención.
- El abandono del IPC como factor determinante de la evolución de la cuantía salarial, ya como elemento inicial para proceder al incremento salarial, ya como cláusula de cierre en la revisión y garantía salarial final, parece una realidad cada vez más consolidada en la negociación colectiva. No obstante, en los últimos años, el fuerte repunte de la inflación ha vuelto a poner sobre la mesa el acuciante problema del mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios, al que las tradicionales cláusulas de garantía salarial referenciadas al IPC real procuraban ofrecer cumplida respuesta. La experiencia, sin embargo, debe conducirnos a ser cautos y precisos en la formulación de las previsiones convencionales en materia de incrementos y cuantías salariales, teniendo siempre presente la vigencia temporal de la norma y la necesidad de que el

procedimiento utilizado permita el equilibrio entre la necesaria adecuación salarial al coste de la vida y la no menos imperiosa exigencia de que los costes laborales no obstaculicen el crecimiento y la competitividad empresarial. Probablemente, la clave de bóveda esté en la adaptabilidad y flexibilidad del mecanismo elegido a las circunstancias cada vez más volátiles de la realidad, así como en una traslación en su redacción que realmente acate la voluntad de los firmantes.

- De manera general, la necesidad de que la redacción de las cláusulas convencionales obedezca a los más altos estándares propios de la norma jurídica en que se convierte es una exigencia que excede del estricto marco de la materia tratada y que debe predicarse de todo el contenido convencional.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAGÓN GÓMEZ, C., NIETO ROJAS, P. Y PÉREZ DEL PRADO, D.: “Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial”, en AAVV. López Ahumada, J.E. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica*, CCOO, Cinca, Madrid, 2013.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva”, *Briefs, AEDTSS*, 36, 2023.

CEBRIÁN LÓPEZ, I. Y PÉREZ INFANTE, J.I.: “Evolución de las cláusulas de revisión y salvaguarda en el modelo salarial español. Enfoque económico”, en AAVV., López Ahumada, J.E. (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva. Revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica*, CCOO, Cinca, Madrid, 2013.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Negociación de salarios en un contexto de inflación acelerada. Incrementos salariales y cláusulas de revisión: dos puntos de tensión en la negociación colectiva”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, nº 3. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/issue/view/687/145>

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Por fin, el V Acuerdo para el empleo y la Negociación Colectiva”, *El Foro de Labos*, 11/05/2023.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Un problema clásico en la subrogación convencional: las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones formales o documentales por la contratista saliente”, *El Foro de Labos*, 26/09/2023.

GÓMEZ RUFIÁN, L. “Vinculación entre salarios y productividad a través del indicador OEE (*Overall equipment effectiveness*) Aproximación a la experiencia española e internacional, *Revista de Información Laboral*, nº 11, 2015.

GÓMEZ RUFÍAN, L.: “La vinculación entre salarios y productividad: teoría económica y experiencias innovadoras en la negociación”, *Revista de Información Laboral*, nº 4, 2015.

IZQUIERDO, M. Y JIMENO, J. F.: “Las consecuencias de la indicación salarial sobre la inflación”, *Boletín Económico del Banco de España*, noviembre 2008.

JIMENO, J. F., “La indicación salarial y el análisis de las cláusulas de revisión salarial”, en XIX y XX Jornadas sobre negociación colectiva, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, nº 87, MTIN, 2008.

LAHERA FORTEZA, J.: “Problemática jurídica y política de las cláusulas convencionales de revisión salarial en la crisis económica”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2010.

MERCADER UGUINA, J.R.: *Salario y crisis económica*, Tirant lo Blanch, 2011.

MERCADER UGUINA, J.R.: “Cláusulas de revisión salarial. Análisis de las nuevas fórmulas no ligadas al IPC en la negociación colectiva reciente”, *En Portada*, abril 2014.

MERCADER UGUINA, J.R. Y PÉREZ DEL PRADO, D.: “Cláusulas de revisión salarial instrucciones de uso para tiempos de crisis”, *Temas Laborales*, núm. 103/2010.

MERINO SEGOVIA, A.: “Puntos críticos de la ordenación salarial en la negociación colectiva. Propuestas de mejora”, *Revista de Derecho Social* nº 43, 2008.

MORGADO PANADERO, P.: “La revisión salarial fijada en convenio colectivo según el IPC: ¿Una garantía o una trampa para los trabajadores en las épocas de crisis? Sentencia de la Audiencia Nacional 22 febrero 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. num.18/20105/2010.

MUÑOZ RUIZ, A.B.: “La revisión salarial: líneas de tendencia durante la crisis y en la recuperación económica”, en AAVV. Goerlich Peset, J.M<sup>a</sup> (dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, MESS, Madrid, 2018.

OLARTE ENCABO, S.: “Cláusulas de revisión salarial en la negociación colectiva durante la crisis económica”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 2012.

PEDRAJAS MORENO, A.Y SALA FRANCO, T.: “Las cláusulas de revisión salarial establecidas en los convenios colectivos y la crisis económica”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2009.

PÉREZ INFANTE, J.I.: “La negociación colectiva y los salarios en España: un análisis económico agregado”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29, núm. 2 (2011).

PÉREZ INFANTE, J.I.: “La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España”, *RMTAS*, nº 46, 2003.

PÉREZ INFANTE, J.I.: “La negociación colectiva, las cláusulas de revisión salarial y la inflación en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 86, mayo 2010.

ROCCELLA, M.: *I Salari*, Il Mulino, 1986.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre las revisiones salariales indexadas con el IPC (al hilo del caso Sogecable)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2/2010.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Revisiones salariales de 2009 y reducción del índice de precios al consumo en la actual crisis económica. Sentencia de la Audiencia Nacional, de 21 de mayo de 2009”, *Temas Laborales*, núm. 102/2009.

TODOLÍ SIGNES, A.: *La revisión salarial*, Tirant lo Blanch, 2013.

TODOLÍ SIGNES, A.: “La revisión salarial ante la desaparición del IPC previsto de la LPGE y con un año en deflación (IPC real negativo)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm.180/2015.

TODOLÍ SIGNES, A.: “Salario y negociación colectiva: últimas tendencias”, en AA.VV., García-Perrote Escartín, I. y J.R. Mercader Uguina (dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Thomson Reuters, 2015.

ANEXO. TABLAS EXPLICATIVAS ELABORADAS A PARTIR DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA DE LA HOJA ESTADÍSTICA DE REGCON

**I Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo.** *Resolución de 24 de julio de 1998, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del I Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (BOE de 20 de agosto de 1998)*

|                         | Vigencia del convenio                          | Período efectos condiciones salariales                                            | Variación salarial media pactada conocida                | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL           |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |
|-------------------------|------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|-------------------|----|
|                         |                                                |                                                                                   |                                                          | SÍ<br>Anexo 2. Anexo de Acuerdos al CCIG. Acuerdo 1º |                       |                                          |                              |                                        |                   | NO |
|                         |                                                |                                                                                   |                                                          | EFECTOS                                              |                       | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC? |    |
| I<br>Convenio Colectivo | Día de la firma<br>(29/05/1998)-<br>31-12-2000 | 01/01/1998-<br>31/12/1998                                                         | Sí<br>2,1%<br><br>0,4 adicional por mejora productividad | Solo positivos                                       | Positivos o negativos | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ<br><br>X       | NO |
|                         |                                                | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas<br>01/01/1999-<br>31/12/1999 | Sí<br>IPC previsto                                       |                                                      |                       |                                          |                              |                                        | X                 |    |
|                         |                                                | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas<br>01/01/2000-<br>31/12/2000 | No<br>A negociar                                         |                                                      |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |

Datos extraídos del propio texto del convenio. REGCON ofrece información de los modelos de hojas estadísticas de convenios a partir del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, que entró en vigor el 1 de octubre de 2010.



**II Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo.** *Resolución de 3 de mayo de 2001, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción y publicación del II Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (BOE de 25 de mayo de 2001)*

|                          | Vigencia del convenio                             | Período efectos condiciones salariales                                     | Variación salarial media pactada conocida                                  | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL           |                       |                                          |                              |                                        |                                                        |    | NO |
|--------------------------|---------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|--------------------------------------------------------|----|----|
|                          |                                                   |                                                                            |                                                                            | Sí<br>Anexo 2. Anexo de Acuerdos al CCIG. Acuerdo 1º |                       |                                          |                              |                                        |                                                        |    |    |
| II<br>Convenio Colectivo | Para incrementos salariales 01/01/2001-31/12/2003 | 01/01/2001-31/12/2001                                                      | Si<br><br>2% (IPC previsto) + 0,5                                          | EFECTOS                                              |                       | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC?                                      |    |    |
|                          |                                                   |                                                                            |                                                                            | Solo positivos                                       | Positivos o negativos | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ<br><br>X<br><br>Revisión IPC real de 2000<br><br>4% | NO |    |
|                          |                                                   |                                                                            | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2002-31/12/2002 | Si<br><br>IPC previsto + 0,5                         |                       |                                          | X<br><br>01/01/2002          |                                        |                                                        |    | X  |
|                          |                                                   | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2003-31/12/2003 | Si<br><br>IPC previsto + 0,5                                               |                                                      |                       |                                          |                              |                                        |                                                        | X  |    |

Datos extraídos del propio texto del convenio. REGCON ofrece información de los modelos de hojas estadísticas de convenios a partir del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, que entró en vigor el 1 de octubre de 2010.

**III Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo.** *Resolución de 4 de octubre de 2004, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del III Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 26 de octubre de 2004)*

|                          | Vigencia del convenio | Período efectos condiciones salariales                                     | Variación salarial media pactada conocida | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |    |
|--------------------------|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|--------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|-------------------|----|----|
|                          |                       |                                                                            |                                           | SÍ<br>DF Quinta                            |                       |                                          |                              |                                        |                   |    | NO |
| II<br>Convenio Colectivo | 01/01/2004-31/12/2006 | 01/01/2004-31/12/2004                                                      | SI<br><br>2% (IPC previsto) + 0,5         | EFECTOS                                    |                       | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC? |    |    |
|                          |                       |                                                                            |                                           | Solo positivos                             | Positivos o negativos | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ                | NO |    |
|                          |                       |                                                                            |                                           | ¿?                                         |                       | X ?<br>01/01/2004                        |                              |                                        | X                 |    |    |
|                          |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2005-31/12/2005 | SI<br><br>IPC previsto + 0,5              |                                            |                       |                                          |                              |                                        | X                 |    |    |
|                          |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2006-31/12/2006 | SI<br><br>IPC previsto +0,5               |                                            |                       |                                          |                              |                                        | X                 |    |    |

Datos extraídos del propio texto del convenio. REGCON ofrece información de los modelos de hojas estadísticas de convenios a partir del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, que entró en vigor el 1 de octubre de 2010.

**IV Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo.** *Resolución de 14 de enero de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 29 de enero de 2008)*

|                          | Vigencia del convenio | Período efectos condiciones salariales                                     | Variación salarial media pactada conocida                                  | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL |                       |                                          |                              |                                        |                   |    | NO |
|--------------------------|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|-------------------|----|----|
|                          |                       |                                                                            |                                                                            | SÍ<br>DF Quinta                            |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |    |
| IV<br>Convenio Colectivo | 01/01/2007-31/12/2010 | 01/01/2004-31/12/2004                                                      | Si<br><br>2%                                                               | EFECTOS                                    |                       | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC? |    |    |
|                          |                       |                                                                            |                                                                            | Solo positivos                             | Positivos o negativos | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ                | NO |    |
|                          |                       |                                                                            |                                                                            | ¿?                                         |                       | X ?<br>01/01/2004                        |                              | X                                      |                   |    |    |
|                          |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2008-31/12/2008 | Si<br><br>IPC previsto                                                     |                                            |                       |                                          |                              |                                        | X                 |    |    |
|                          |                       |                                                                            | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2009-31/12/2009 | Si<br><br>IPC previsto                     |                       |                                          |                              |                                        |                   | X  |    |
|                          |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2010-31/12/2010 | Si<br><br>IPC previsto                                                     |                                            |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |    |

Datos extraídos del propio texto del convenio. REGCON ofrece información de los modelos de hojas estadísticas de convenios a partir del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, que entró en vigor el 1 de octubre de 2010.

**V Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. Resolución de 17 de junio de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 5 de julio de 2011)**

|                          | Vigencia del convenio | Período efectos condiciones salariales                                                                                                                                 | Variación salarial media pactada conocida | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL |                           |                                          |                              |                                        |                   |    |
|--------------------------|-----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|--------------------------------------------|---------------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|-------------------|----|
|                          |                       |                                                                                                                                                                        |                                           | SÍ<br>DF Quinta                            |                           |                                          |                              |                                        |                   |    |
|                          |                       |                                                                                                                                                                        |                                           | EFECTOS                                    |                           | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC? |    |
| IV<br>Convenio Colectivo | 01/01/2011-31/12/2014 | 01/01/2011-31/12/2011                                                                                                                                                  | Sí<br>1%                                  | Solo positivos (2)                         | Positivos o negativos (3) | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ                | NO |
|                          |                       |                                                                                                                                                                        |                                           |                                            |                           | X<br>01/01/2011                          |                              |                                        |                   | X  |
|                          |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2012-31/12/2012 Anexo 2.IV No hay registro de revisiones para los dos últimos años de vigencia del convenio | Sí<br>2,9%                                | X                                          |                           | X<br>01/01/2012                          |                              |                                        |                   | X  |

Fuente: datos extraídos de la hoja estadística publicada en REGCON

1. El concepto salarial al que debe referirse la variación pactada será el total de retribuciones garantizadas a cada persona y trabajadora, con independencia de las circunstancias personales, de cantidad y calidad del trabajo realizado, del puesto de trabajo y del tipo de contrato. Para el cálculo de la variación media se ponderará la variación correspondiente a cada categoría profesional, por el número de trabajadores de la misma, sin tener en cuenta posibles reducciones de jornada. Si se ha pactado una variación salarial en función de un parámetro no conocido al principio del período (por ejemplo: en función del valor del IPC real del año de referencia) indique en la casilla la variación aplicado a cuenta y, en la descripción del literal de la cláusula de garantía salarial, cumplimente el literal de lo pactado que dará lugar a la regularización cuando se conozca el valor del citado parámetro.
2. Se considera que tiene efectos positivos cuando las condiciones establecidas para la revisión solo contemplen la posibilidad de elevar la variación salarial aplicada al principio de cada año o período de efectos económicos.
3. Se considera que tiene efectos negativos cuando las condiciones establecidas para la revisión contemplen la posibilidad de modificar, en menos, las tablas salariales aplicadas en un año o período, para que sirva de base a la negociación y aplicación del aumento salarial del año o períodos siguientes.

**VI Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo.** *Resolución de 14 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 25 de septiembre de 2015)*

|                          | Vigencia del convenio                                                      | Periodo efectos condiciones salariales                                     | Variación salarial media pactada conocida     | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL |                       |                                          |                              |                                        |                   |    | NO |
|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------|--------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|-------------------|----|----|
|                          |                                                                            |                                                                            |                                               | SÍ<br>DF Quinta                            |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |    |
| VI<br>Convenio Colectivo | 01/01/2015-31/12/2018                                                      | 01/01/2015-31/12/2015                                                      | NO Resultado operativo de la empresa (EBITDA) | EFECTOS                                    |                       | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC? |    |    |
|                          |                                                                            |                                                                            |                                               | Solo positivos                             | Positivos o negativos | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ                | NO |    |
|                          |                                                                            |                                                                            |                                               | X                                          |                       | X<br>01/01/2015                          |                              |                                        |                   | X  |    |
|                          |                                                                            |                                                                            |                                               |                                            |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |    |
|                          |                                                                            | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2016-31/12/2016 | NO Resultado operativo de la empresa (EBITDA) | X                                          |                       | X<br>01/01/2016                          |                              |                                        |                   | X  |    |
|                          | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2017-31/12/2017 | NO Resultado operativo de la empresa (EBITDA)                              | X                                             |                                            | X<br>01/01/2017       |                                          |                              |                                        | X                 |    |    |
|                          | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2018-31/12/2018 | NO Resultado operativo de la empresa (EBITDA)                              | X                                             |                                            | X                     |                                          |                              |                                        | X                 |    |    |

Fuente: datos extraídos de la hoja estadística publicada en REGCON

**VII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo.** *Resolución de 26 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 9 de agosto de 2017)*

|                              | Vigencia del convenio | Período efectos condiciones salariales                                     | Variación salarial media pactada conocida        | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |
|------------------------------|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|-------------------|----|
|                              |                       |                                                                            |                                                  | SÍ<br>DF Quinta                            |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |
| VII<br>Convenio<br>Colectivo | 01/06/2017-31/12/2020 | 01/06/2017-31/12/2017                                                      | NO<br>Resultado operativo de la empresa (EBITDA) | EFECTOS                                    |                       | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC? |    |
|                              |                       |                                                                            |                                                  | Solo positivos                             | Positivos o negativos | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ                | NO |
|                              |                       |                                                                            |                                                  | X                                          |                       | X<br>01/01/2017                          |                              |                                        |                   | X  |
|                              |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2018-31/12/2018 | NO<br>EBITDA                                     | X                                          |                       | X<br>01/01/2018                          |                              |                                        |                   | X  |
|                              |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2019-31/12/2019 | NO<br>EBITDA                                     | X                                          |                       | X<br>01/01/2019                          |                              |                                        |                   | X  |
|                              |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2020-31/12/2020 | NO<br>EBITDA                                     | X                                          |                       | X<br>01/01/2020                          |                              |                                        |                   | X  |

Fuente: datos extraídos de la hoja estadística publicada en REGCON

**VIII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo.** *Resolución de 18 de febrero de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio Colectivo de Iberdrola Grupo. (BOE 2 de marzo de 2021)*

|                         | Vigencia del convenio | Período efectos condiciones salariales                                     | Variación salarial media pactada conocida | CLÁUSULA DE REVISIÓN POR GARANTÍA SALARIAL |                       |                                          |                              |                                        |                   |    |
|-------------------------|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|--------------------------------------------|-----------------------|------------------------------------------|------------------------------|----------------------------------------|-------------------|----|
|                         |                       |                                                                            |                                           | SÍ<br>DF Quinta                            |                       |                                          |                              |                                        |                   | NO |
|                         |                       |                                                                            |                                           | EFECTOS                                    |                       | CONDICIONES PARA REVISIÓN RETROACTIVIDAD |                              |                                        | ¿DEPENDE DEL IPC? |    |
| VIII Convenio Colectivo | 01/01/2021-31/12/2024 | 01/01/2021-31/12/2021                                                      | NO<br>Beneficios de la empresa (EBITDA)   | Solo positivos                             | Positivos o negativos | Solo efectos retroactivos                | Solo efectos no retroactivos | Efectos retroactivos y no retroactivos | SÍ                | NO |
|                         |                       |                                                                            |                                           | X                                          |                       | X<br>01/01/2021                          |                              |                                        |                   |    |
|                         |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2022-31/12/2022 | NO<br><br>EBITDA                          | X                                          |                       | X<br><br>01/01/2022                      |                              |                                        |                   | X  |
|                         |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2023-31/12/2023 | NO<br><br>EBITDA                          | X                                          |                       | X<br><br>01/01/2023                      |                              |                                        |                   | X  |
|                         |                       | Revisión anual de convenios plurianuales o prórrogas 01/01/2024-31/12/2024 | NO<br><br>EBITDA                          | X                                          |                       | X<br><br>01/01/2024                      |                              |                                        |                   | X  |

Fuente: datos extraídos de la hoja estadística publicada en REGCON

# EL IMPACTO DE LA PRUEBA ILÍCITA DERIVADA DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO: ¿IMPROCEDENCIA O NULIDAD?

RODRIGO MIGUEL BARRIO

*Profesor ayudante doctor de Derecho procesal (acreditado a profesor contratado doctor)*

Universidad de Burgos

## EXTRACTO

**Palabras clave:** prueba ilícita; despido improcedente, despido nulo

El despido de una persona trabajadora puede tener su justificación en distintas causas, pero ¿qué sucede cuando la prueba utilizada para fundamentar dicha decisión es obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental de la persona empleada? En el presente artículo se analiza la improcedencia o nulidad del despido basado en pruebas ilícitas, considerando las distintas calificaciones que pueden derivarse conforme se adopte la tesis de la nulidad o la tesis de la improcedencia. Se examinan tanto los criterios jurisprudenciales como las normas legales y se reflexiona sobre las implicaciones prácticas que tiene para el personal empleador la propuesta de pruebas ilícitas en el ámbito laboral. Se discute así la necesidad de no aplicar únicamente una de las tesis expuestas para todos los supuestos conocidos, puesto que el órgano jurisdiccional debe de amoldarse a cada caso concreto. Así, se proponen cuatro supuestos en los cuales la prueba ilícita tiene mayor o menos afectación, y por tanto, ha de aplicarse la improcedencia o nulidad del despido conforme las propias características del supuesto.

## ABSTRACT

**Keywords:** illicit evidence; Unfair dismissal; null dismissal

*The dismissal of an employee may be justified for various reasons, but what happens when the evidence used to support such a decision is obtained by violating a fundamental right of the employee? This article analyzes the impropriety or nullity of dismissal based on illicit evidence, considering the different qualifications that may arise depending on whether the nullity or invalidity thesis is adopted. Both jurisprudential criteria and legal norms are examined, and the practical implications for employers who propose illicit evidence in the workplace are reflected upon. Thus, the need to not apply only one of the exposed theses for all known cases is discussed, since the jurisdictional body must adapt to each specific case. Four cases are proposed in which illicit evidence has a greater or lesser impact, and therefore, the invalidity or nullity of dismissal must be applied according to the characteristics of the case.*



## ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL
  - 2.1. Breve aproximación al concepto de medios y fuentes de prueba
  - 2.2. Diferencias entre fuentes y medios de prueba
  - 2.3. Concepto y caracteres de la prueba ilícita
3. TESIS DE NULIDAD VS TESIS DE IMPROCEDENCIA
  - 3.1. Una primera aproximación a la situación
  - 3.2. La tesis de nulidad: motivos que sustentan la calificación del despido como nulo ante la existencia de una ilicitud probatoria
  - 3.3. La tesis de improcedencia: motivos que sustentan la calificación del despido como improcedente ante la ilicitud probatoria
  - 3.4. La STC 61/2021, de 15 de marzo y la tesis de la desvinculación
  - 3.5. Entre la improcedencia y la nulidad: una propuesta para la calificación del despido
4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

## 1. INTRODUCCIÓN

El despido es una acción unilateral por la cual se pone fin a la relación contractual entre la persona empleada y la empresa. Puede tener su fundamento en múltiples causas, lo que conlleva que su catalogación sea objetivo o disciplinario. Es este último el que se torna de interés en el presente trabajo, puesto que el despido es una de las sanciones disciplinarias más graves adoptadas por el empresario contra el personal trabajador. Queda inicialmente claro y plenamente aceptado que la persona empleadora, en base a las disposiciones de control y dirección que le reconoce el art. 20.3 ET, puede adoptar medidas de control sobre las personas empleadas. Derivadas de las mismas obtendrá evidencias de la comisión de irregularidades sobre las que asentar y basar las hipotéticas sanciones impuestas sobre las personas autoras de las mismas.

En principio no existe controversia alguna a tal situación. Empero el asunto se torna en un camino fangoso cuando las pruebas se han obtenido bajo una acción vulneradora de los derechos esenciales inherentes a la condición de trabajador como ser humano<sup>1</sup>. Son muchas las variables que aquí se vienen a la mente de la persona lectora, pues son muy variadas las posibilidades existentes para que

<sup>1</sup> Antes de adentrarse en el análisis del trabajo, resulta imprescindible hacer una precisa delimitación del objeto de estudio. En este sentido, se debe señalar que el presente artículo parte de una concepción de prueba ilícita que encuentra su origen en una vulneración de un derecho fundamental, y más específicamente, de aquellas pruebas que han sido obtenidas en contravención de los derechos fundamentales de la persona trabajadora en la cual se adopta la medida disciplinaria. Por lo tanto, es importante destacar que cualquier referencia a la prueba ilícita en este estudio debe ser entendida dentro de esta concepción, que se enfoca específicamente en las pruebas obtenidas por las empresas vulnerando los derechos fundamentales de la persona trabajadora en cuestión. Estas situaciones se presentan cuando la parte empleadora ejecuta una medida de control y dirección empresarial que implica una intrusión injustificada en la esfera privada de la persona trabajadora.

pueda producirse una intromisión injusta en la esfera de la persona trabajadora, y más aún con el actual impulso y uso de la tecnología. Esta última otorga una amplia gama de instrumentos que permiten llevar a cabo las labores contractuales de una manera más ágil y eficiente. A su vez, facilita ejercer un exhaustivo control en las dependencias de la empresa, tales y como a través de la instalación de mecanismos de captación de imagen y sonido, sistemas de geolocalización, acceso a los ordenadores de la empresa y/o cuentas institucionales de correo electrónico, o incluso, deviniendo de interés en los últimos tiempos, el acceso a las redes sociales de las personas trabajadoras. Tantos nuevos instrumentos llevan a una amplia posibilidad de violar un derecho fundamental. Cada método de control tiene una finalidad muy distinta, y a su vez todos ellos permiten una intromisión rápida en todos los niveles de intimidad de la persona trabajadora mientras ejerce sus labores contractuales. La tecnología se convierte en un fuerte aliado de la parte empleadora en su interés de dirección del seno empresarial, pero a su vez en un peligroso arma contra los derechos de la parte empleadora, puesto que facilitan el ejercicio de estas labores de control en todos los niveles.

Es de interés efectuar un estudio en aras de llevar a cabo un análisis sobre las consecuencias existentes cuando una prueba es declarada ilícita en un proceso por despido, y consecuencia de tal valoración probatoria, determinar cómo ha de ser calificado el mismo. Una cuestión bastante común, y que los órganos jurisdiccionales no han mostrado excesiva clarividencia, llegando a aplicar tesis contrarias al propio enunciado de la normativa procesal laboral conforme las necesidades y caracteres subyacentes del litigio conocido. Ello genera a su vez una insatisfacción de los diferentes operadores jurídicos y contractuales ante el muy variado maremágnum de pronunciamientos judiciales no unánimes. En estos supuestos, en los cuales el despido se basa en una prueba ilícita, la jurisprudencia ha venido aplicando dos opciones para la calificación del despido: improcedencia o nulidad. Las consecuencias son muy dispares. En el primer supuesto se permitirá a la parte empresarial optar entre la readmisión de la persona trabajadora y el abono de los salarios de tramitación o, en caso de no desear que continúe en el organigrama de la compañía, proceder a la indemnización por la cuantía legalmente fijada (art. 56 ET). Por su parte, en el segundo de los supuestos, la consecuencia jurídica derivada de la adopción de esta medida disciplinaria basada en una violación de derechos fundamentales será la readmisión obligatoria de la persona trabajadora en su puesto de trabajo (art. 55.5 ET) y el abono de los salarios de tramitación. En este último supuesto ha de exceptuarse los supuestos de imposibilidad (por ejemplo, por desaparición de la empresa), o por motivos de acoso laboral, sexual, por razón de género o violencia de género, en los cuales sea más conveniente la extinción de la relación laboral que la reincorporación al puesto de trabajo.

Por tanto, y ante estas dos posibles consecuencias dispares que están siendo aplicadas por la jurisprudencia ante un mismo hecho (prueba ilícita justificadora de la adopción de una medida disciplinar como es el despido), es necesario

llevar a cabo un análisis de las diferentes líneas jurisprudenciales existentes y de su conexión con la norma para, y a modo conclusivo, valorar la influencia que la prueba ilícita ha ocasionado en el proceso, y la posibilidad de determinar la declaración de improcedencia o nulidad del despido. Así, el objeto del presente trabajo se centra en otorgar una respuesta en la cual se finalice el eterno debate existente acerca de qué calificación otorgar al despido.

## 2. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL

Antes de adentrarnos en el examen de la clasificación del despido en aquellos casos en los que se obtiene prueba de forma contraria a los derechos fundamentales de los trabajadores, es necesario realizar una breve aproximación a los conceptos de prueba y su carácter ilícito.

### 2.1. Breve aproximación al concepto de prueba

El término “prueba” tiene su origen en las expresiones latinas *probus* y *probatio*, las cuales enfocaban su interés en la idea de demostrar una realidad que había sucedido<sup>2</sup>. De este plano, se puede entender que la nomenclatura “prueba” se basa en un instrumento de verificación de hechos ocurridos en un momento específico y entre un grupo de personas determinado. Igualmente podría ser entendido como una actividad para valorar aquellos hechos que son controvertidos y que permite al órgano judicial poder resolver acerca de las pretensiones interpuestas por las partes del proceso<sup>3</sup>. La prueba se transforma así en un conjunto de medios utilizados para demostrar la verdad o falsedad de los hechos objeto de prueba. De aquí surge una cuestión a tener en cuenta, ¿qué es el término “verdad”? Hay que plantear la presente pregunta desde un prisma exclusivamente judicial, por el cual la relación llevada a cabo se sustente entorno a la aplicación de la ley y los hechos controvertidos alegados, obteniéndose así un resultado en el cual es el órgano judicial quien se pronuncia acerca de qué hechos han sido comprobados y cuales no han podido demostrarse.

Se entiende así que el objetivo de la práctica probatoria no es más que verificar una serie de hechos<sup>4</sup>, o igualmente una realidad que ha sido percibida y sentida por los litigantes en el momento de la confrontación o inicio de la disputa. De esta

<sup>2</sup> Cornejo Aguiar, J. S. y Piva Torres, G. E., *Teoría general de la prueba*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 2020, p. 14.

<sup>3</sup> Sobre tal cuestión, manifiesta Carnelutti, F., *La prueba civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 43, que la prueba debe de limitarse a los “procedimientos instituidos por el juez para la comprobación de los hechos controvertidos”.

<sup>4</sup> Sentís Melendo, S., *La prueba*. Ediciones Ejea, Buenos Aires, 1947, p. 12.

forma, las partes acuden ante los órganos jurisdiccionales a defender esta realidad, su propia perspectiva del conflicto. Las pruebas sirven como un instrumento o medio de verificación de las afirmaciones de hechos que alegan en sede judicial<sup>5</sup>. Así, la “verdad” no es realmente el objetivo por el cual las personas litigantes acuden ante el tribunal, sino que su objetivo tiende a la búsqueda de un resultado formal<sup>6</sup> que se acomode respecto a las pretensiones buscadas.

De las líneas expuestas se han podido advertir una serie de características que engloban a la institución de la prueba (o también evidencia si se torna a la utilización de vocablos con orígenes en el derecho anglosajón, y más exactamente a la locución *evidence*). Para Muñoz Sabaté<sup>7</sup> “todo lo que es prueba, es prueba, aunque dogmáticamente no sea prueba”. Esta definición conduce una interpretación excesivamente amplia y abstracta que no termina de ofrecer una solución real a la problemática derivada de la búsqueda de un concepto lo más uniforme posible. Que cualquier elemento propuesto como prueba en sede judicial sea tenido como tal, sin entrar en sus requisitos formales o materiales, no supone una real definición del término aquí estudiado, aun cuando pueda llegar a tener relevancia procesal. Se tiende en mayoría a ofrecer una idea de prueba que enlaza la misma al procedimiento<sup>8</sup> para la acreditación de los hechos afirmados. Entenderlo como un resultado<sup>9</sup> ofrece un paso que va más allá, permite la apertura de un camino hacia las virtualidades del proceso probatorio y la idea de convencimiento intelectual del órgano juzgador. Esto se lleva a cabo a través de un conjunto de percepciones sensoriales que son expuestas por las partes a través de la práctica probatoria y percibidas por el órgano judicial a través de la lectura de los escritos, la escucha de los interrogatorios y la visualización y observación directa de los objetos o imágenes que le sean allí reproducidas.

En esta línea basa su planteamiento Abel Lluch<sup>10</sup>, quien entiende que la prueba debe equipararse a actividad desarrollada en el ámbito judicial, tanto por los litigantes como por el juez, y su propósito consiste en comprobar las aseveraciones

<sup>5</sup> Montero Aroca, J., *La Prueba en el Proceso Civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 38.

<sup>6</sup> Cortés Domínguez, V., “Concepto y objeto de la prueba”, en M.I. González Cano (dir.) y M.I. Romero Pradas (coord.), *La prueba. Tomo I. La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19-55, esp. p. 21.

<sup>7</sup> Muñoz Sabaté, L., *Curso superior de probática judicial, cómo probar los hechos en el proceso*, La Ley, Madrid, 2012, p. 57

<sup>8</sup> Guasp Delgado, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 320-321.

<sup>9</sup> Gómez del Castillo y Gómez, M.M., (2001) “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, 1/2001, pp. 77-90, esp. p. 78.

<sup>10</sup> Abel Lluch, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en X. Abel Lluch (Dir.) y J. Picó i Junoy (dir.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 17-46, esp. pp. 20-21.

sobre hechos expuestas por las partes. Se entiende la misma como pilar básico sobre el cual debe fundarse la resolución del órgano judicial, quien motivará qué pruebas han sido relevantes para su decisión. A partir de esta idea central, se derivan diversos puntos de vital importancia que procedemos a desarrollar. Así, y en primer lugar, se subraya que corresponde a las partes la iniciativa probatoria, quienes deben aportar todo el material fáctico que sea relevante para el asunto, con la finalidad de probar la existencia o inexistencia de los hechos que vienen siendo alegados. No obstante, se reconoce la existencia de concesiones en favor del órgano judicial para practicar la prueba, como ocurre en el caso de las diligencias finales. En segundo lugar, se destaca que el objeto de la prueba está directamente relacionado con la causa petendi manifestada en los escritos de exposiciones de los litigantes. Es decir, la prueba debe estar estrechamente vinculada a la pretensión que las partes buscan hacer valer en el proceso judicial. En tercer lugar, se enfatiza que la finalidad de la prueba es valorar los hechos afirmados por las partes, utilizando los medios que se consideren más apropiados para someter dichas valoraciones al criterio del juez. La prueba es esencial para establecer los hechos relevantes del caso y poder tomar una decisión justa y basada en el derecho aplicable. En cuarto y último lugar, se hace hincapié en que el órgano judicial debe emitir una respuesta fundamentada y motivada, a través la cual se efectúe una valoración de las pruebas que se han considerado pertinentes, útiles y fiables para la resolución del asunto. Dicha valoración puede basarse en reglas preestablecidas o en la sana crítica del juez, pero en todo caso, es fundamental para garantizar una decisión justa y adecuada a las circunstancias del caso en cuestión.

El proceso jurisdiccional se sustenta en un planteamiento racional, que busca arribar a una decisión basada en la práctica de diversas pruebas aceptadas por el órgano jurisdiccional. La prueba se convierte en un factor fundamental en la tramitación de actuaciones procesales. Su objetivo principal es demostrar la veracidad o falsedad de ciertos hechos y proporcionar al juez una base racional para tomar una decisión justa. La verdadera utilidad de la prueba reside en persuadir al órgano juzgador acerca de los hechos relevantes del caso y que, por ende, tienen valor procesal. La práctica probatoria es vital para que el juez pueda tomar una decisión fundamentada y motivada. Debe valorar la credibilidad de cada medio de prueba presentado en la sala de acuerdo con sus propias máximas de experiencia y las aportaciones de las partes involucradas. La función de la prueba es demostrar las afirmaciones realizadas por las partes y dotar al juez del conocimiento necesario para seleccionar la versión que considera más veraz y justificar su elección. En síntesis, la prueba es un componente crucial en la búsqueda de una decisión justa, equitativa y no arbitraria en un proceso judicial.

Este último aspecto ha de ser reevaluado, puesto que el clásico concepto de prueba es completado como resultado del advenimiento de las tecnologías emergentes a las relaciones humanas, y especialmente, al proceso judicial. Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) han procedido a efectuar una

abrupta entrada en todos los niveles, tanto sociales, laborales como procesales. No son pocos los procedimientos actuales en los cuales la práctica probatoria basa su gran mayoría de actuaciones en instrumentos tecnológicos (captación de imágenes y sonido en su gran mayoría). Se lleva el plano judicial y procesal a un nuevo *status* necesario de adaptar conforme las ventajas y desventajas que implica el uso de la tecnología. Así, y ante la gran complicación, especialmente relativa a la locución utilizada para ello<sup>11</sup>, que supone llevar a cabo una definición de prueba tecnológica<sup>12</sup>, se ha de partir del estudio basado en el aspecto que le diferencia respecto a la prueba en sentido clásico, y este sería el mecanismo utilizado para su captación y reproducción, así como el soporte en el que se almacena<sup>13</sup>, sin obviar su contenido<sup>14</sup>.

## 2.1. Diferencias entre fuentes y medios de prueba

Siguiendo a Montero Aroca<sup>15</sup>, existen notables diferencias entre el concepto de fuente y medio de prueba, lo que conlleva desgranar adecuadamente ambos para un correcto entendimiento de las instituciones aquí analizadas. Las fuentes de prueba se entienden como un concepto metajurídico, y son elementos que

<sup>11</sup> Tal y como recoge Arrabal Platero, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35-41, el término ha llevado a ser aplicado de muy variadas formas, siendo ampliamente aceptados los vocablos prueba electrónica o tecnológica, pero coexistiendo con otros más dispares como informática, cibernética, digital o telemática, conviviendo las mismas como sinónimos o complementos para determinados asuntos.

<sup>12</sup> Aun así, no han sido pocos los autores que se han aventurado a ofrecer una definición de una institución tan cambiante conforme la aparición de las nuevas realidades tecnológicas habidas en cada momento histórico. Para De Urbano Castrillo, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 47-48, son los dispositivos que pueden reproducir palabras, sonidos e imágenes, y a los instrumentos que permiten archivar, consultar o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas relevantes para el caso, ya sea de índole contable o de otra naturaleza. Ofreciendo un concepto más amplio Abel Lluch, X., *Prueba electrónica*, en X. Abel Lluch (dir.) y J. Picó i Junoy (dir.), *La prueba electrónica*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2011, pp. 21-230, esp. p. 33: “información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso. Una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel -por citar algunos ejemplos-, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una “prueba electrónica” o “documento electrónico”, aun cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes”.

<sup>13</sup> Sanchís Crespo, C., “La prueba en soporte electrónico”, en E. Gamero Casado (coord.) y J. Valero Torrijos (coord.), *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 707-734, esp. p. 173.

<sup>14</sup> Sobre la importancia de valorar el contenido, véase Delgado Martín, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 40, quien lo define como “toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio”.

<sup>15</sup> Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007, p. 150.

existen en la realidad, previos al proceso, y que están en contacto con el objeto del mismo. Pueden ser ilimitadas –razón a que su existencia se sitúa en un plano extrajudicial, y corresponden a la interacción del conflicto u objeto del proceso con las diferentes realidades existentes- y cada parte tiene la responsabilidad de investigar y presentar aquellas que sean relevantes para el caso<sup>16</sup>. De estos “germinan” los medios de prueba, los cuales pueden ser definidos como aquellas fuentes probatorias que las partes han elegido para fundamentar sus argumentos en un asunto específico, siendo debidamente propuestas para su admisión y valoración por el juez en el proceso judicial. A diferencia de los anteriores, estos están limitados, puesto que su conocimiento debe de situarse en un plano judicial, y no todas las realidades existentes pueden ser trasladadas al proceso. Así, para llevar a cabo esta “depuración” o “purga” entre las fuentes de prueba y los medios de prueba, a los litigantes les compete la tarea de seleccionar aquellas fuentes de prueba que entiendan más acordes para la defensa de sus intereses procesales. El órgano judicial tiene la responsabilidad de decidir qué pruebas son admisibles y cuáles no, evaluar su legalidad, pertinencia y utilidad. Es en los medios de prueba donde puede encontrarse la ya citada función de convencimiento del órgano juzgador, puesto que los mismos se formulan en vistas de conseguir probar la veracidad de las afirmaciones expuestas por cada parte. Es así un elemento para dar a conocer un hecho, conllevando de esta manera un resultado probatorio<sup>17</sup>.

El art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge el catálogo existente de medios de prueba, denominándolos como aquellos que se podrán hacer uso en juicio. Desarrolla así el legislador un *numerus clausus* de los medios de prueba existentes en el proceso civil, de carácter finito, que otorga seguridad a las partes acerca de qué puede ser propuesto. Estos instrumentos podrían catalogarse como aquellos medios de prueba clásicos o tradicionales, utilizados desde un punto de vista histórico como las únicas vías para la resolución de los conflictos, y debidamente adaptados a las necesidades de las partes y el orden jurisdiccional donde son propuestos y practicados. Desde un prisma laboral, los medios de prueba vienen recogidos en el art. 90 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el cual se valora la admisibilidad de las pruebas. Recoge en su primer apartado que los litigantes podrán valerse de los medios probatorios previstos en la norma siempre y cuando justifiquen la relevancia y pertinencia de los mismos. A partir de aquí, se recoge en los artículos posteriores los clásicos métodos probatorios compuestos por los interrogatorios de parte y testigo, la prueba documental, la prueba pericial, el reconocimiento judicial y el informe de expertos.

El avance tecnológico ha venido ocasionado la aparición de nuevas realidades en la sociedad, de nuevos instrumentos utilizados por la ciudadanía para llevar a cabo sus propias relaciones interpersonales y contractuales. Partiendo así desde este

<sup>16</sup> Abel Lluch, X., “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, op. cit., p. 24

<sup>17</sup> Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 447-450.

prisma, la normativa procesal, a través de cláusulas abiertas y generales, recoge la posibilidad de la utilización de estas nuevas vías en el seno del proceso judicial. El inciso segundo del art. 299 LEC prevé la posibilidad de admitir los medios que permiten la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y aquellos dispositivos que posibilitan la conservación, acceso y reproducción de palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra naturaleza. Muy similar ha sido igualmente desarrollado por el art. 90. LRJS, mostrando su finalidad en su propuesta cuando estos devengan de interés en la materia que se trate en el juicio pendiente. Se parte así de ofrecer habilitación procesal a la existencia de múltiples nuevos instrumentos utilizados en los pleitos judiciales y que ofrecían situaciones y posibilidades que iban más allá de los tradicionales planteamientos de prueba existentes. Así, y conforme correctamente manifiesta Ortuño Navalón<sup>18</sup>, estos artículos recogen como fuente de prueba las imágenes, videos e informaciones, mientras que los soportes de almacenamiento descritos en el articulado comprenderían los medios probatorios<sup>19</sup>.

El tercer apartado del artículo analizado de la LEC puede ser entendido como un cajón de sastre, el cual recoge, acertadamente, la posibilidad de que el órgano judicial pueda aceptar cualquier otro medio de prueba<sup>20</sup> y tomar las medidas necesarias para su efectiva práctica y despliegue de efectos oportunos si fuera de interés para obtenerse certeza relativa a los hechos relevantes del asunto. El aspecto sustancial del mismo es ofrecer un *numerus apertus* para la propuesta y admisión de fuentes probatorias desconocidas en el momento de la redacción del precepto. No se pretende en el actual apartado abordar las diferentes posturas existentes tanto

<sup>18</sup> Ortuño Navalón, M.C., *La prueba electrónica ante los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 35.

<sup>19</sup> Algunos autores como Ormázabal Sánchez, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2000, pp. 168-170, o Durán Silva, C.M., *La videovigilancia en el proceso penal. Tratamiento procesal y eficacia probatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 220-221, han efectuado críticas a la redacción del segundo apartado del artículo 299 LEC, al entender que la misma conlleva una postura evidenciada por el legislador que podría resumirse en que los medios tecnológicos sean entendidos como una modalidad especial de prueba documental y carente de sustantividad propia. Así, ambos autores parten igualmente de la idea de que realmente el precepto ofrece una línea de continuidad al situarles en el mismo plano que los medios tradicionales bajo el vocablo utilizado “también”.

<sup>20</sup> Recoge Abel Lluch, X., *Prueba electrónica*, op. cit., p. 64 que el precepto debe de ser interpretado como alusión a cualquier fuente de prueba y no medio. Sobre tal cuestión se pronuncia Montero Aroca, J., *Introducción al derecho procesal laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 488, entiende que la terminología “medios de prueba” únicamente puede ser aplicada a los instrumentos recogidos en el apartado primero del art. 299 LEC; los restantes apartados recogerían nuevas fuentes probatorias que pueden ser aportadas al proceso a través de una adaptación de los anteriores medios de prueba para su correcta propuesta, práctica y valoración.



en la doctrina<sup>21</sup> como en la jurisprudencia<sup>22</sup>, las cuales parten de aplicar un concepto amplio de prueba documental e incluir en la misma los mecanismos tecnológicos, en el cual deben de incluirse los mecanismos tecnológicos, hipervalorizando el concepto de documento. Simplemente, y sin ánimo exhaustivo, es necesario partir de la idea de “independizar”<sup>23</sup> la prueba electrónica o tecnológica -preservando su propia naturaleza<sup>24</sup>- para ofrecer una respuesta acorde a las nuevas realidades, especialmente aquellas percepciones adquiridas por una Inteligencia Artificial o cualquier otra tecnología disruptiva.

### 2.3. Concepto y caracteres de la prueba ilícita

La institución jurídica de la prueba ilícita es una figura de amplia controversia. Su falta de uniformidad en cuanto a su aplicación ha venido degenerando el concepto inicialmente desarrollado sobre la misma en el art. 11.1 LOPJ, hasta tal punto que recientemente se ha empezado a entender que podemos estar ante el final de la misma<sup>25</sup>. Tomando posiciones menos extremistas, no es menos cierto que la jurisprudencia aplica tesis y excepciones que restringen el concepto inicial de prueba ilícita acuñado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre. Así, y gracias a tal pronunciamiento, se transcribió el actual art. 11.1 LOPJ, por el cual la prueba ilícita es aquella que en su obtención se hayan vulnerado los derechos o libertades fundamentales<sup>26</sup>. Se observa de esta manera

<sup>21</sup> Véase, a modo de ejemplo, Montón Redondo, A., “Medios de reproducción de la imagen y del sonido”, *Cuadernos de derecho judicial*, 7/2000, pp. 173-202, esp. p. 180. En la misma línea puede situarse Nores Torres, L.R., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales. Aspectos individuales, colectivos y procesales”, *Revista de información laboral*, 7/2016, pp. 21-52, p. 48, para quien es necesario llevar a cabo un análisis *case by case* pero, a su vez, tiende a atribuir el carácter de prueba documental a ese tipo de pruebas derivadas del uso de las tecnologías.

<sup>22</sup> El interés de catalogar a la prueba tecnológica como prueba documental radica en poder aplicar la tesis establecida en el art. 193 letra b), por el cual, y mediante el recurso de suplicación, se podrán “revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales [...]”. Así, han sido múltiples los pronunciamientos que han optado por aplicar esta tesis, tales y como STSJ, Sala de lo Social, Galicia, de 28 de enero de 2016, ECLI:ES:TSJGAL:2016:173; STSJ, Sala de lo Social, Madrid, de 27 de julio de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:8724.

<sup>23</sup> Ya el propio texto procesal civil, en su exposición de motivos, ofrece una idea de confeccionar a la prueba tecnológica como un tipo de prueba independiente con una serie de garantías propias para su valoración probatoria (art. 382.1 LEC)

<sup>24</sup> Bueno de Mata, F., “La validez de los “screenshots” o “pantallazos” como prueba electrónica a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en F. Bueno de Mata (coord.), J. Pérez Gaipo (coord.) y A. Neira Pena (dir.), *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 141-152, esp. p. 144.

<sup>25</sup> A tal ejemplo véase Asencio Mellado, J.M., “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita”, *Diario La Ley*, 9499/2019.

<sup>26</sup> Es necesario efectuar una diferenciación del término prueba ilícita de otras locuciones con significado similar pero distinto. Así, la prueba irregular es aquella en la que para su obtención se ha

cómo el concepto es sencillo y claro, puesto que la LOPJ únicamente hace referencia a la transgresión de un derecho constitucionalmente catalogado como fundamental. Manifiesta Picó i Junoy<sup>27</sup> que es necesario valorar si la noción de prueba ilícita es amplia o restrictiva, lo que lleva al autor hacia una concepción genérica que englobe los términos “fuente” y “medio” dentro del articulado expuesto. Compartimos tal opinión, puesto que el precepto manifiesta una terminología que nos lleva a aplicar ambas locuciones. Y exactamente así queda reflejado cuando se indica “obtenidas”, lo que nos conduce inexorablemente a la fuente de prueba; y “no surtirán efecto”, lo cual es un claro indicador de la existencia de un resultado consecuencia de la práctica de un medio de prueba.

Genera mayores controversias la regulación expuesta en el art. 283.3 LEC, el cual manifiesta que bajo ninguna circunstancia se aceptará como prueba cualquier acción que esté prohibida por la norma. Esta definición tiene un carácter más amplio, pues engloba en principio a la vulneración de ley ordinaria. La interpretación de este precepto debe de llevarse a cabo desde un punto de vista restrictivo. El articulado de la ley procesal civil regula criterios de admisión de pruebas, lo que nos conduciría a entender que viene a recoger, al igual que manifiesta la LOPJ, una vulneración de un derecho fundamental<sup>28</sup>. No obstante, esta opinión no es pacífica. Es ampliamente aceptada la postura de entender que el articulado de la norma procesal civil engloba una vulneración de las normas legales, esto es, una vulneración de una ley ordinaria o de un derecho fundamental<sup>29</sup>.

vulnerado una normativa procesal pero sin afectación de un derecho fundamental (Arrabal Platero, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, op. cit., p. 73). Se entiende así que la infracción cometida es de carácter leve, no genera indefensión y puede ser debidamente subsanada, lo que conllevaría su admisión y práctica en el proceso. De igual interés radica el concepto de prueba prohibida, el cual ha venido siendo mayormente confuso y equiparado tanto a prueba irregular como a prueba ilícita. Lo trascendental en la misma radica en que es una vulneración que ha podido afectar tanto a derechos fundamentales como a derechos con un menor rango de protección. Así, y en consonancia con el art. 90.2 LRJS, si la prueba prohibida afectase a un derecho fundamental, su efecto será equivalente al de la prueba ilícita, puesto que deberá de ser inadmitida del proceso tal prueba así como aquellas sobre las que exista un efecto reflejo y deriven o traigan causa de la misma. Por el contrario, si la prueba prohibida no afectase a un derecho fundamental sino a una cuestión de legalidad ordinaria, podrá ser excluida únicamente esta prueba si no fuere subsanada, en caso de que se pudiera.

<sup>27</sup> Picó i Junoy, J., “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en X. Abel Lluch (coord.) y J. Picó i Junoy (coord.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2005, pp. 17-48, esp. p. 20.

<sup>28</sup> Sobre tal cuestión, Picó i Junoy, J., “Alcance de la prueba ilícita en la LEC”, *Justicia: revista de derecho procesal*, 3-4/2007, pp. 122-124, esp. p. 123, entiende que la LEC parte de un concepto estricto de prueba ilícita en aras de establecer criterios para evitar la infracción del procedimiento. Esto nos llevaría a que no puede estar aduciendo a cualquier norma, sino exclusivamente a aquella de carácter constitucional.

<sup>29</sup> Sobre esta postura véase Moreno Catena, V., “Comentario al art. 287”, en F. Escribano Mora (coord.), *Proceso civil. Libro II. artículos 248 a 386 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 2213-2228, esp. p. 2228, para quien, la ley procesal civil se caracteriza por elaborar un

Siguiendo la idea de la STC de 29 de noviembre de 1984<sup>30</sup>, la prueba ilícita se torna en un inicial camino sencillo, pero poco a poco controvertido. La falta de posibilidad de valoración procesal puede existir como resultado de una salvaguarda objetiva e implícita en el sistema de protección de los derechos. Esta circunstancia no se origina necesariamente por la afectación de un derecho fundamental específico. Tal garantía puede exigir la exclusión de toda prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. Es esencial señalar que la admisión hipotética de una prueba obtenida de forma ilícita no implica automáticamente una lesión a un derecho fundamental. Esto no significa que la admisibilidad de pruebas ilícitas y su posterior uso en la toma de decisiones, no puede ser considerada como completamente ajena a la protección de los derechos fundamentales, garantizados por el recurso de amparo constitucional. La potencial afectación y lesión a dichos derechos solo pueden ser evaluadas en relación con los derechos que se materializan en el contexto del proceso.

En el ámbito procesal laboral, la prueba ilícita cobra particular importancia al momento de analizar la relación contractual existente entre el personal empleado y el empleador. El poder de dirección y control ejercido por la empresa con el fin de establecer una correcta ordenación del trabajo puede, en ciertas ocasiones, significar una intromisión injusta en el ámbito personal de la persona empleada. Ello tendría como consecuencia una prueba cuyo origen radica en una vulneración de los derechos fundamentales de la persona empleada. Esta problemática se vuelve aún más delicada en una perspectiva temporal reciente, ya que la aparición de distintas tecnologías de la información ha brindado nuevos métodos de control a favor de las empresas. Esto ha permitido la captación de datos sensibles de las personas afectadas por dichos dispositivos, lo que genera controversias en relación a la confidencialidad y salvaguarda de la información personal.

El segundo apartado del art. 90 LRJS recoge una definición igual a la ya aducida previamente. Determina que la prueba ilícita es aquella cuyo origen u obtención provenga de procedimientos en los cuales se hayan violado derechos fundamentales o libertades públicas. Esta definición en una norma procesal social prosigue con el planteamiento efectuado por la LOPJ, la cual no hacía otra cosa que normativizar los extremos expuestos por la doctrina constitucional. Al retrotraernos a la pretérita sentencia de 1984, es de interés resaltar que este pronunciamiento,

criterio más amplio de prueba ilícita, lo que incluiría cualquier prueba alcanzada o realizada en contravención a las leyes constitucionales. o de legalidad ordinaria.

<sup>30</sup> Conforme manifiesta Fuentes Soriano, O., “La prueba prohibida aportada por particulares a la luz de las nuevas tecnologías”, en J.M. Asencio Mellado (coord.) y A. Rosell Corbelle (coord.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Vicente Gimeno Sendra. Liber amicorum*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2020, pp. 715-745, esp. p. 736, la importancia de este pronunciamiento es primordial para la regulación de la institución aquí estudiada, puesto que produjo un “giro copernicano” en la concepción existente sobre la misma elaborando unos límites en la prueba que confeccionaron a la misma como una garantía procesal.

el cual llevó a un cambio profundo y transformador en la forma en que se entendía la prueba ilícita en el derecho nacional, resolvía una cuestión nacida en el ámbito laboral. Así, puede observarse que la institución relativa a la prueba ilícita tiene su origen en una cuestión contractual, y exactamente, en la obtención de la prueba a través de una grabación de una conversación sin comunicación ni consentimiento del otro interlocutor. Este inicial posicionamiento, en el cual se elabora un concepto de prueba ilícita caracterizado por su rigidez y garantismo de los derechos procesales de las partes, ha sido limitado a través de distintas posturas basadas en la ponderación de intereses en juego como método a aplicable<sup>31</sup>. En consecuencia, la evaluación de las pruebas en estos casos requiere de un examen riguroso de su origen y de la legitimidad de los métodos empleados para obtenerlas, a fin de proteger los derechos fundamentales del personal trabajador y garantizar el respeto de su esfera privada. Este proceso debe llevarse a cabo de manera rigurosa y justa, a través de un enfoque equilibrado que busque armonizar los intereses del empleador y del trabajador. Y para ello, los tribunales nacionales han ofrecido soluciones basadas en un juicio de proporcionalidad que ofrezca, en cada caso concreto, una respuesta ponderada acerca de la admisión de una prueba obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental.

La aparición y desarrollo de los variados instrumentos tecnológicos ha propiciado una inevitable transformación en cuanto a la ejecución de las tareas laborales. Su principal consecuencia es una notable incidencia e intromisión en la preservación de los derechos fundamentales del personal laboral. En efecto, la utilización de herramientas tecnológicas, en particular aquellos que posibilitan la monitorización de la persona empleada, ha provocado una invasión en la esfera privada de los mismos. Ello ha dado lugar a una serie de situaciones en las que se han violentado algunos de los derechos más elementales que protegen a la persona humana en el seno empresarial. Este nuevo entorno digital y telemático ha posibilitado la obtención de pruebas que, en muchas ocasiones, han sido obtenidas mediante la vulneración de los derechos del personal laboral, con lo que se compromete gravemente la validez y admisibilidad de tales elementos probatorios en el seno del proceso judicial. En suma, la aparición de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo ha supuesto una mayor vulneración de los derechos fundamentales en el seno empresarial, al otorgar una mayor capacidad de control y monitorización sobre las actividades laborales, lo que conlleva un notable riesgo de lesión en los derechos humanos de los mismos. Y esto lleva a la pregunta objeto del presente trabajo, ante un despido justificado en una prueba ilícita, cual es

<sup>31</sup> Para un estudio acerca de la utilización del juicio de ponderación o proporcionalidad en el ámbito social puede acudirse a los pronunciamientos de mayor relevancia en el plano constitucional tales y como SSTC 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 29/2016, de 3 de marzo; 119/2022, de 29 de septiembre. Desde una óptica supranacional, véase SSTEDH asunto Bărbulescu contra Rumania, de 5 de septiembre de 2017; asunto López Ribalda y otros c. España II, de 17 de octubre de 2019.

la consecuencia de tal vulneración de un derecho fundamental, ¿la improcedencia, la nulidad o una tesis intermedia que admita ambas posturas?

### 3. TESIS DE NULIDAD vs TESIS DE IMPROCEDENCIA

En el presente apartado se va a proceder a efectuar un análisis acerca de las actuales calificaciones que llevan a cabo los órganos judiciales sociales cuando conocen de un asunto en el cual existe una prueba ilícita. Así, el estudio se va a centrar en abordar las tesis de nulidad y de improcedencia, comprender su aplicación, sus fortalezas y debilidades. A modo de corolario, se expresa una propuesta intermedia en la cual se determina la imposibilidad de aplicar las anteriores tesis de manera general, optándose por un análisis particular *case by case*.

#### 3.1. Una primera aproximación a la situación

En España, el despido se rige por una normativa que establece que debe ser causal, es decir, debe estar justificado por alguna causa objetiva o disciplinaria, tal y como se estipula en los artículos 52 y 54 ET. En otras palabras, no basta con la simple declaración de voluntad de la empresa, sino que ésta debe alegar y probar la existencia de una causa que justifique la extinción del contrato laboral. Sin embargo, en aquellos casos en los que se reconozca la imposibilidad de demostrar dicha causa, se aceptará la calificación del despido como improcedente. El problema radica cuando la causa que justifica la extinción de la relación laboral tiene su fundamento en una vulneración de los derechos fundamentales. La respuesta a esta cuestión ha venido siendo ampliamente controvertida, puesto que los pronunciamientos habidos en la materia, especialmente dentro del seno de los Tribunales Superior de Justicia, no han ofrecido una tesis unánime, sino que han variado entre diferentes planteamientos.

Por líneas generales, en los despidos, especialmente aquellos de índole disciplinario, el acervo probatorio no está compuesto por más de una, dos o tres pruebas. A su vez, y en múltiples ocasiones, se encuentran conexas entre ellas, esto es, la segunda y la tercera son derivaciones de la primera. La obtención de pruebas puede ser consecuencia de una sospecha o de un mal hacer empresarial que suponga una injerencia injusta en la esfera personal de la persona trabajadora. Así, si es en la prueba originaria la que recaen dudas acerca de su licitud, esta situación puede llevar a aplicar a las pruebas derivadas o reflejas la misma consecuencia jurídica que a la primera prueba puesta en tela de juicio. La existencia de un nexo causal entre las pruebas llevaría a determinar que todas ellas obedecen a un mismo acto ilícito, no teniendo ninguna de ellas cabida en el proceso judicial. Aun así, también puede darse a cabo la situación por la cual las pruebas propuestas carezcan de relación entre las mismas. Aun ante la existencia de una prueba ilícita, las restantes pruebas aportadas no deriven de ella, sino que su obtención sea autónoma

e independiente. Aun cuando ambos escenarios poseen un denominador común -la existencia de una prueba ilícita-, deben de carecer de un mismo tratamiento y resultado, puesto que el material probatorio restante es distinto.

Aunque inicialmente los planteamientos de los órganos jurisdiccionales se enfocaban exclusivamente en la práctica realizada, la tendencia desde el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y la actual norma procesal laboral, han tendido a valorar igualmente cual era la intención del empresario<sup>32</sup> y la posibilidad de ponderación de los intereses en juego. Y es la normativa la cual ofrece una serie de ideas para decidir si la prueba ilícita ha de conllevar la improcedencia o nulidad del despido.

En el ámbito del proceso social, especialmente en los despidos disciplinarios, el art. 105 LRJS regula la necesidad de la parte demandada, conforme a las inversiones de carga probatoria que se aplican en este tipo de procesos especiales, de justificar y probar el despido. En el supuesto en que la parte demandada no llevara a cabo la labor que la normativa le exige, se aplica una presunción de improcedencia del despido adoptado, puesto que no han podido probarse los hechos alegados en la carta de despido. Los efectos de este principio legal son similares a aquellos que, en materia criminal, se derivan del principio constitucional de la presunción de inocencia. No obstante, hay que entender que este derecho recogido en el art. 24.2 CE no tiene cabida en un proceso cuyos intereses son meramente privados, y su no aplicación conlleva una improcedencia del despido. Si existiere una aplicación directa de este principio constitucional, su vulneración conllevaría que la no condena del trabajador llevara a una nulidad del despido<sup>33</sup>.

La jurisprudencia ha vacilado en cuanto a la aplicación de una doctrina acerca de las consecuencias en el despido de la declaración de ilicitud de la prueba. La falta de una respuesta unánime ha conducido a un muy variado *maremágnum* de resoluciones jurisprudenciales y estudios que, ante supuestos iguales, aplicaban consecuencias muy variadas. En consecuencia, se ha producido una diversidad de criterios en relación a la aplicación de las consecuencias derivadas de la ilicitud de la prueba en supuestos de despido. Esta situación ha llevado a una gran complejidad

<sup>32</sup> Sobre tal cuestión, la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 5 de Septiembre de 2000, ES:TSJCAT:2000:10928, FJ. 5 remarca que La categorización del despido debe hallarse ligada al propósito que lo motivó o a la infracción de los derechos y libertades contemplados en el artículo 55.5 ET, y no al carácter ilícito de alguna de las pruebas que se hayan presentado en el proceso. Esta última condición, aunque pudiera influir en la determinación que se adopte en última instancia (pues incidiría en la demostración de los hechos y, por ende, en el principio de inversión de la carga de la prueba), no afecta directamente a la calificación jurídica que merece la decisión disciplinaria que tomó la compañía.

<sup>33</sup> Baviera Puig, I., “Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1, 12/2008, p. 75-93, esp. p. 87.

en la toma de decisiones en estos casos, generando una notable inseguridad jurídica tanto para empleadores como para trabajadores.

Tal y como se interpreta de la normativa y jurisprudencia, la obtención de una prueba mediante la transgresión de un derecho fundamental conlleva su ineficacia y nulidad. Sin embargo, esto no implica necesariamente que el despido se deba calificar como tal. La normativa actual refleja la idea del móvil del transgresor, no únicamente la determinación de la fuente probatoria. El art. 108.2 LRJS manifiesta que “será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, rigiéndose en igual línea que el art. 55.5 ET. Desde el presente trabajo únicamente es de interés la segunda parte del precepto, sobre la cual se procede a debatir. La intención se estipula como un factor clave para determinar si el despido ha de ser calificado como nulo o improcedente. Una idea loable del legislador, pero insuficiente. Hay supuestos en los cuales puede manifestarse un evidente propósito de perjudicar a la parte trabajadora al utilizarse instrumentos que ocasionan una intromisión injusta en la esfera interna de la persona trabajadora y que, por tanto, pueda delimitarse exactamente que la intención era doble: despedir y vulnerar los derechos fundamentales. Pero en la mayoría de supuestos esto no es así, y la voluntad de la parte empresarial está enfocada en descubrir una conducta irregular llevada a cabo en el seno empresarial, aun cuando para ello deba de vulnerar un derecho fundamental de la persona empleada, cuestión que realmente no desea. En estos supuestos, el resultado es el mismo, pero no existe un “dolo” en la parte empresarial, y por tanto, no podría categorizarse el despido como nulo sino como improcedente. Igualmente, y en ambos supuestos, hay un factor a tener en cuenta, y es la dificultad de demostrar esa intención en el actuar del empresario, puesto que la misma puede inclusive subsumirse en materias ponderativas de los derechos contrapuestos. Igualmente, ¿se ha de dejar en un factor tan volátil y enteco la calificación del despido?

Aunque la norma es clara y evidente, la jurisprudencia y la doctrina han optado por dos tesis muy diferenciadas<sup>34</sup>, la tesis de la nulidad, por la cual se establece que la ilicitud de una prueba extiende sus efectos a la calificación del despido; y la tesis de la improcedencia, a través la cual o se propugna la autonomía de la calificación del despido respecto de la ilicitud probatoria, no existiendo irradiación de efectos de una a la otra, tal y como sí que sucede en la primera tesis, lo que lleva a una calificación del despido como improcedente, procedente o nulo<sup>35</sup> conforme a las

<sup>34</sup> Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, *LABOS. Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 2/2022, pp. 76-101, esp. p. 79.

<sup>35</sup> Lousada Arochena, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral, *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, 5/2006, pp. 825-838, esp. p. 830.

características propias del asunto y el material probatorio. Esto es lógico, se pueden amparar en el artículo citado, siendo determinante el móvil<sup>36</sup> que determina la calificación del despido y no así la ilegalidad de las pruebas incorporadas al proceso por las partes<sup>37</sup>. Es el juez quien ha de determinar si existiere intencionalidad o mala fe en la conducta de la parte demandada, estipulándose así como figura garante de los derechos constitucionales de las partes.

### **3.2. La tesis de nulidad: motivos que sustentan la calificación del despido como nulo ante la existencia de una ilicitud probatoria**

Quienes abogan por las tesis de nulidad basan sus argumentaciones en la regla de exclusión, otorgando un amplio valor a los derechos fundamentales, irradiándose la calificación de ilicitud de la prueba al despido. Su justificación se fundamenta en la prevalencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, lo que supone una especial protección y limitación bajo determinadas causas especiales. La ilicitud en la obtención de la prueba implicaría la nulidad de las medidas disciplinarias, puesto que el empresario ha sobrepasado los límites legales y constitucionales para la obtención de la prueba. Su consecuencia conlleva la necesaria aplicación del máximo castigo posible a tal situación: la nulidad del despido.

Esta postura basa su argumentación en una interpretación literal del art. 55.5 ET, por el cual la vulneración de un derecho fundamental va más allá del motivo del despido adoptado. Se integra así, tal y como ya se ha analizado anteriormente, otras variables que han afectado al asunto. La forma a través la cual se ha producido la adopción de la medida disciplinaria se transforma en uno de los factores incluidos en el precepto. Si la parte empleadora ha utilizado instrumentos que han supuesto una intrusión injusta -y contraria a la legalidad y a los derechos fundamentales-, ha existido una violación de derechos fundamentales y libertades públicas. En tal

<sup>36</sup> Manifiesta la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 12 de Enero de 2018, ECLI:ES:TSJCLM:2018:1, FJ. 7, que la nulidad del despido se fundamenta en el motivo que lo originó, en el caso de que el despido mismo viole un derecho fundamental, como establece el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, si el objetivo del empleador es demostrar el comportamiento del trabajador para obtener una prueba que justifique el despido, la nulidad se limita a la prueba obtenida ilegalmente, sin afectar directamente la calificación del despido, que podría ser considerado improcedente. Para un estudio acerca de esta sentencia y sus posibles consecuencias véase Benito-Butrón Ochoa, J.C., “¿Cabe reconocer la indemnización de daños cuando se declara nula una prueba con lesión de derechos fundamentales, aunque el despido no sea declarado nulo (solo improcedente)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 25/2018, de 12 de enero”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 421/2018, pp. 124-133. En este análisis, el autor parte de una posición crítica a la jurisprudencia por la no aplicación de la tesis de nulidad del despido ante prueba ilícita.

<sup>37</sup> STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 5 de Septiembre de 2000, ECLI:ES:TSJCAT:2000:10928, FJ. 1



idea se apoya la STC de 21 de julio de 2008<sup>38</sup>, y especialmente la STSJ País Vasco de 10 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TSJPV:2011:5122) por la cual se establecía una doctrina que fue entendida como la base para aplicar la nulidad a este tipo de despidos<sup>39</sup>. Esta última partía de un posicionamiento excesivamente radical, puesto que obvió los aspectos relativos a la ilicitud probatoria, enfocando su interés exclusivamente en el hecho de que una violación de derechos fundamentales conlleva un despido nulo, no entrando a desarrollar si este actuar vulnerador afecta igualmente a la práctica probatoria<sup>40</sup>. Esta línea es igualmente desarrollada y defendida en pronunciamientos tales y como las SSTC de 11 de febrero de 2013<sup>41</sup> y de 26 de noviembre de 2018<sup>42</sup>. Se observa una interpretación que conducía a entender que la nulidad del despido prevista en los arts. 55.5 ET y 108.2 LRJS tenía un carácter automático y se vinculaba a la acreditación de la trasgresión de un derecho fundamental. Igualmente, diferentes Tribunales Superiores de Justicia vienen adhiriéndose a esta doctrina<sup>43</sup>, otorgando a la nulidad del despido el carácter de consecuencia necesaria frente a la actuación empresarial.

Se crea así un nexo de unión entre la prueba y la calificación del despido, lo que implica que, si se determina que la prueba utilizada es ilícita, el despido

<sup>38</sup> STC 92/2008, de 21 de julio, ECLI:ES:TC:2008:92.

<sup>39</sup> Segalés Fidalgo, J., “La nulidad de la prueba que sostiene las imputaciones en un despido provoca también la de éste último. Control de la intimidad informática mediante autorización judicial: comentario a la STSJ País Vasco, de 12 de septiembre de 2006 (AS 2006, 2602)”, *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, 3/2006, pp. 3042-3045, esp. p. 3045.

<sup>40</sup> Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., p. 82.

<sup>41</sup> STC 29/2013, de 11 de febrero, ECLI:ES:TC:2013:29. Este pronunciamiento, aun cuando no versa sobre un despido, sí considera, a través de una interpretación analógica de las tesis de nulidad del despido, nulas las sanciones que le han sido impuestas al personal laboral a consecuencia del control ejercido a través de un sistema de grabación, vulnerándose así el derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE.

<sup>42</sup> STC 125/2018, de 26 de noviembre, ECLI:ES:TC:2018:125.

<sup>43</sup> Entre otros véase TSJ Asturias, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2016, ECLI:ES:TSJAS:2016:103, FJ. 2., pronunciamiento en el cual el tribunal manifiesta que en virtud del incumplimiento por parte de la empresa del deber informativo exigido por la normativa, se evidencia una violación de los derechos fundamentales del demandante que se han visto afectados por la medida intrusiva. A pesar de que la recurrente intenta restringir la consecuencia de dicha infracción a la validez del medio de prueba obtenido a través de la grabación de imágenes, la nulidad del despido se presenta como la consecuencia necesaria y adecuada de la actuación empresarial; en similares ideas puede encontrarse el posicionamiento llevado a cabo por la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 5 de abril de 2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:2619, FJ. 5, que indica que la falta de cumplimiento por parte de la empresa de su deber informativo con respecto a la instalación de un sistema de vigilancia por video constituye una trasgresión de los derechos fundamentales del trabajador afectado por la medida intrusiva. Las consecuencias derivadas de tal infracción no se limitan a la invalidez del medio de prueba obtenido, sino que se extienden a la nulidad del despido como consecuencia necesaria y apropiada de la actuación empresarial. La grabación de

será declarado nulo de forma inmediata<sup>44</sup>. La lógica detrás de este planteamiento es clara: los efectos de la prueba empleada para justificar la causa del despido se extienden a la medida disciplinaria adoptada. Existe así una relación entre el medio utilizado y el resultado que conlleva el mismo. No cabe una separación entre ambos institutos jurídicos<sup>45</sup>, puesto que el primero es causa del segundo. Si no se hallase tal medio probatorio no hubiere podido llevarse a cabo el despido, y por consiguiente, el vicio de nulidad se extiende entre ambos, lo que conlleva un efecto de contagio del primero al segundo.

Igualmente se ha tornado de interés entender que la calificación del despido como nulo ofrece un mayor halo de seguridad e integridad al derecho fundamental lesionado por la conducta empresarial<sup>46</sup>. Se apunta así a una necesaria reintegración en el derecho fundamental a la persona que se ha visto afectada por la intromisión injusta. Una reparación total únicamente puede suponer la nulidad de la medida disciplinaria adoptada frente a la persona trabajadora<sup>47</sup>. Esta tesis pretende superar las limitaciones derivadas de la declaración de improcedencia de un despido ocasionado conforme una prueba ilícita. En este último supuesto, tal calificación del despido seguiría permitiendo a la parte empleadora, en base del art. 56 ET, la elección entre la readmisión o no de la persona trabajadora. Se entiende que el derecho fundamental pierde el *status* y protección que la Carta Magna le otorga. La única reparación al derecho fundamental afectado es la eliminación de

imágenes constituyó un elemento esencial para la adopción de la medida disciplinaria, lo que a su vez determina, por sí solo, la nulidad del despido en cuestión.

<sup>44</sup> Siguiendo esta línea véase STSJ, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2018, ES:TSJCL:2018:1431, FJ. 3, la cual manifiesta que La vulneración de los derechos fundamentales inherentes al trabajador por parte de la entidad empleadora en virtud de la ilicitud de la prueba aducida no solo conlleva la imposibilidad de acreditar los hechos imputados en la comunicación del despido, sino que nos conduce a incurrir en la hipótesis contemplada en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se prescribe la categorización de nulidad del despido en aquellos casos en los que se haya perpetrado con quebranto de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador afectado.

<sup>45</sup> Colàs-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E., “Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad”, en J. de Quintana Pellicer (Dir.), M. Mirón Hernández (Dir.) y F. Pérez Durán (Dir.), *Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2019, pp. 255-283, esp. p. 270.

<sup>46</sup> Gil Plana, J., “La prueba ilícita y sus efectos en la calificación del despido”, en J. Cabeza Pereiro (coord.) y N. M. Martínez Yáñez (coord.), *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 249-263, esp. pp. 255-256.

<sup>47</sup> Se estaría así en consonancia con la postura adoptada por el art. 9.2. a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por el cual la tutela judicial comprende aquellas medidas para el “restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior”.

sus efectos derivados<sup>48</sup>. No obstante a todo lo anterior, la especial justificación a este planteamiento es que es así como se estipula en la normativa, la cual es clara al fijar la nulidad del despido y el restablecimiento del derecho del trabajador<sup>49</sup>, eliminando absolutamente todos los efectos<sup>50</sup>.

La nulidad conlleva la ineficacia del acto jurídico, la determinación que el mismo no ha existido o no se ha producido, o más correctamente, que no puede producir efectos jurídicos válidos. Ello es conexo con los efectos de la prueba ilícita conforme a la teoría de los frutos del árbol envenenado, que nos conduce a que la prueba que sea nula y provoca que sus derivados tengan la misma consideración. Así, si la prueba ha nacido nula por la ilicitud en su obtención, el efecto derivado de la misma, el despido, debería ser entendido como nulo. Se observa una idea de conexión entre las instituciones de la prueba y del despido, partiéndose que si la segunda es consecuencia de una actividad ilícita en la primera, existe un “trasvase” del vicio.

A modo conclusivo del presente apartado, se ha de manifestar que la cuestión de la prueba ilícita adquiere especial relevancia en el ámbito social, puesto que puede generar diferentes resultados a la calificación del despido. Sin embargo, no todas las pruebas ilícitas conllevan necesariamente la automática calificación de nulidad del despido. Es necesario que la prueba ilícita sea relevante y determinante para el despido del trabajador. Esto es, debe ser la única o la principal –derivándose

<sup>48</sup> STC 196/2004, 15 de noviembre, ECLI:ES:TC:2004:196, FJ. 10: “la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo”. Citando a este pronunciamiento véase STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4613, FJ. 3, órgano que entiende que el sustento de la calificación de nulidad del despido reposa en la circunstancia de que el procedimiento empleado por la empresa para validar los presuntos incumplimientos laborales del trabajador, sujetos a sanción con despido, ha conllevado una conculcación de sus derechos fundamentales. La reparación de dicha lesión no puede limitarse al simple pronunciamiento de invalidez de la prueba obtenida de tal modo, sino que obliga a considerar la nulidad del despido en cuestión, habida cuenta de que, de no haberse producido la aducción probatoria ilícita, el despido del trabajador no hubiera podido acontecer.

<sup>49</sup> Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., p. 80.

<sup>50</sup> Para la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 4 de junio de 2019, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4613, FJ. 3, la fundamentación de la calificación de nulidad del despido yace en el hecho de que la empresa ha empleado un método que, para obtener la acreditación del incumplimiento laboral sancionable con despido del trabajador, ha infringido sus derechos fundamentales. La reparación de tal violación no puede limitarse a la mera anulación de la prueba obtenida en tales circunstancias. En consonancia con lo dispuesto en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, debe lograr la eliminación absoluta de los efectos de tal vulneración y, por ende, llevar a considerar el despido nulo. La existencia de prueba ilícita, de hecho, hace que el despido del trabajador no se hubiera podido producir sin la misma. Por tanto, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador exige la calificación de nulidad. De no ser así, se conllevaría que un trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados podría perder su empleo, incluso con indemnización, sin que haya una reparación para su lesión de derechos fundamentales.

el restante acervo probatorio de la evidencia ilícita originaria- prueba que se utiliza para justificar el despido, lo cual conllevaría una automática calificación de nulidad de la medida disciplinaria adoptada contra la persona trabajadora. Si existen otras pruebas válidas y lícitas que permiten acreditar los hechos que se imputan al trabajador, éstas pueden ser suficientes para que el despido sea considerado procedente o improcedente si de las mismas no se pudiere determinar las causas del despido. Por tanto, es importante tener en cuenta que la prueba ilícita no es determinante en sí misma para la resolución del caso, sino que deben valorarse todas las pruebas que se hayan obtenido de manera lícita y que permitan acreditar los hechos objeto de controversia. No debe de aplicarse una tesis de un calado tan restrictivo para todos los supuestos en los que sea aportada una prueba que haya sido obtenida bajo la vulneración de un derecho fundamental.

### **3.3. La tesis de improcedencia: motivos que sustentan la calificación del despido como improcedente ante la ilicitud probatoria**

Por contraparte, las tesis que abogan por la improcedencia como calificación del despido –tesis de desvinculación de la prueba ilícita con la calificación del despido- no valoran la regla de exclusión. Parten de una perspectiva fundamentada en la separación entre la obtención de la prueba y la calificación del despido, y sostienen la inexistencia de irradiación entre ambos elementos. Todo ello aun cuando la única prueba propuesta fuere obtenida a través de una violación de derechos fundamentales (también podría admitirse la situación en la cual los restantes medios de prueba derivasen de tal prueba o fuere independiente, pero sin suficiente capacidad para demostrar los hechos justificativo de la medida disciplinaria adoptada). La STC de 10 de julio del año 2000<sup>51</sup> valora la necesidad de entrar a conocer todas las pruebas propuestas y admitidas y aplicar la improcedencia del despido, lo que nos conduce a tesis contrarias a decretar la nulidad del despido.

Al no tenerse en cuenta la prueba ilícita, esta no es valorada en el proceso ya que es ineficaz. La no valoración de la prueba lleva a una imposibilidad de probar los hechos que han sido alegados conforme a una interpretación literal del art. 55.4 ET, y con ello, a la improcedencia del despido. La finalidad del empresario en la adopción de la medida no es tomada en cuenta, sino únicamente la introducción de la fuente probatoria que ha sido obtenida con vulneración del derecho fundamental. Entienden así que el despido no es el instrumento de transgresión del derecho, sino que es la consecuencia de un hecho cierto (la irregularidad cometida por el personal trabajador) incorrectamente acreditado por la parte empresarial.

<sup>51</sup> La STC 186/2000, de 10 de julio, ECLI:ES:TC:2000:186, entra a valorar la licitud o no de un sistema de control por cámaras en la empresa y determina que la existencia de material probatorio ajeno a la prueba sometida a un control de legalidad, debe de ser valorado para la convicción judicial, tomando partidos de las tesis que aplican la improcedencia del despido.

Lo trascendental en esta idea es separar la actividad probatoria y la vulneración de los derechos fundamentales, lo que conlleva la imposibilidad de acreditación de los hechos que la persona trabajadora había sido imputada. La violación de un derecho fundamental ha de relacionarse a la actividad probatoria, lo que conlleva que no pueda tenerse en cuenta en el proceso la prueba ilícita y las derivadas de la misma. El medio de prueba se separa del despido, el cual es consecuencia de la actuación irregular del personal laboral, no de la medida de control adoptada por la empresa<sup>52</sup>.

Si únicamente existiere una prueba contra la parte trabajadora y esta fuere declarada ilícita, debería ser calificado como improcedente, puesto que se trataría de un despido sin causa<sup>53</sup> (la justificación a la misma no puede ser incluida en el proceso al haber sido obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental). Se diferencia así el despido que proviene de una actuación intencionadamente discriminatoria o vulneradora de los derechos fundamentales, el cual debe de ser declarado como nulo; de aquel en el cual la prueba ha sido obtenida a través de la violación de tales derechos pero sin que la finalidad sea causar este perjuicio, sino la obtención de pruebas para descubrir la irregularidad y poder adoptar la medida disciplinaria, siendo improcedente el despido. A diferencia de la anterior tesis de nulidad, en la cual la reparación del derecho fundamental lesionado se centraba en calificar como nulas todas las medidas disciplinarias adoptadas bajo la justificación de ese actuar, la presente tesis de desvinculación entiende que la reparación al derecho fundamental vulnerado únicamente debe de consistir en la expulsión del proceso de aquella prueba que provocó la intromisión injusta en la esfera privada de la persona trabajadora.

Si la anterior tesis sobre la irradiación de los efectos de la ilicitud probatoria en la calificación del despido se basaban en la teoría de la exclusión, o mejor dicho, en la teoría de los frutos del árbol envenenado, esta tesis también es acogida, aunque de

<sup>52</sup> La STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2011, ECLI:ES:TSJM:2011:6385, FJ. 4, manifiesta que a fin de que el despido sea calificado como nulo, debe ser motivado por una causa ajena al contrato laboral, cuya naturaleza atente directamente contra un derecho fundamental, constituyendo así el verdadero móvil de la decisión extintiva del empleador, independientemente de cualquier motivo disciplinario. En el presente caso, se han presentado hechos concretos que se imputan al trabajador, presuntamente cometidos en su puesto de trabajo y con ocasión del mismo, los cuales, de haber sido acreditados, podrían ser objeto de sanción por parte del empleador, si bien, la petición de declaración de nulidad presentada por el recurrente se centra en la violación de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba correspondiente a los hechos imputados. Este supuesto, claramente diferenciable del que versa sobre la vulneración de la voluntad vulneradora del empleador al despedir, se focaliza en la actividad probatoria previa al despido, donde la prueba obtenida de manera ilícita y aquella derivada de dicha ilicitud, no puede ser considerada en el proceso, por lo que, en ningún caso se puede hablar de despido nulo, sino más bien de uno improcedente.

<sup>53</sup> Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., p. 83.

un modo distinto, por los defensores de la aplicación de la improcedencia a la medida disciplinaria de la empresa. Ello tiene su justificación en la decadencia de la regla de exclusión a través de diferentes excepciones que pretenden romper la conexión de antijuridicidad. Llevado al plano del despido puede aplicarse igualmente. Si la idea de las excepciones es romper el nexo existente entre la conducta ilícita y las pruebas, para poder así valorar el restante conjunto de evidencias, trasladado al ámbito del despido significaría una ruptura de la conexión existente entre la prueba ilícita y la calificación del despido, especialmente por la posibilidad de soslayar la prueba ilícita mediante la valoración de otras pruebas no ilícitas<sup>54</sup>.

Esta tesis puede apoyarse igualmente en el controvertido art. 55.5 ET. Anteriormente se había manifestado que el precepto hacía referencia a la nulidad del despido no sólo cuando el móvil del mismo sea discriminatorio, sino también cuando provenga de actuaciones tendentes a ocasionar una violación de derechos fundamentales, ya sean intencionadas o no. Quienes defienden la presente tesis optan por señalar que la idea del legislador no venía centrada en englobar en el mismo la obtención de una prueba, puesto que parten de una desvinculación entre las actuaciones tendentes a controlar y dirigir la empresa, de las sanciones disciplinarias que puedan derivar de tales medidas amparadas en el art. 20.4 ET. Así, se parte de aplicar el apartado quinto del precepto 55 ET únicamente como un requisito de valoración en supuestos de que exista un móvil de vulneración del derecho fundamental de la persona trabajadora por parte de la parte empresarial<sup>55</sup>. En nuestra opinión esta postura no tiene realmente cabida, siendo una débil justificación amparada en una idea errónea. El art. 55.5 ET es tajante al determinar que la violación de un derecho fundamental puede conllevar la nulidad del despido. Es evidente que tal situación acaecerá cuando la medida disciplinaria se sustente en una prueba ilícita. Se observa que esta justificación a tal postura no es la más adecuada, ya que alberga un posicionamiento contrario al espíritu de la norma, en aras de “salvar” las actuaciones.

<sup>54</sup> A tal cuestión manifiesta Bohigues Esparza, M. D., “La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo”, *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, 2/2021, pp. 263-287, esp. p. 272: “existe una clara separación entre la conducta atentatoria del derecho fundamental al obtener la prueba, y la decisión del despido en el que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental, con la consecuencia, de que si la única prueba es ilícita, su ineficacia impedirá que se acredite el incumplimiento, y por tanto, ante un despido sin causa, *per se* la declaración de improcedencia”.

<sup>55</sup> En tal opinión véase STSJ, Sala de lo Social, Castilla la Mancha, de 30 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TSJCLM:2018:2819, FD. 4, manifestando que, si el empleador ejerce su poder de supervisión y control en contravención de los límites legales, la prueba obtenida de tal actividad resultaría ilícita, y no podría ser utilizada con el propósito de demostrar la comisión de una falta susceptible de ser sancionada con la extinción del contrato laboral. En consecuencia, se derivaría la declaración de improcedencia del despido por falta de prueba de la causa justificativa del mismo, tal y como dispone el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores. Es de destacar que en este caso no sería de aplicación el párrafo quinto del mencionado precepto, el cual se refiere a la nulidad del despido cuando éste tiene como móvil la vulneración de un derecho fundamental del trabajador.

### 3.4. La STC 61/2021, de 15 de marzo y la tesis de la desvinculación

Tal y como se ha analizado, la tesis de la desvinculación ha tenido un fuerte apoyo jurisprudencial. Ya en el Caso López Ribalda I<sup>56</sup> se partía de la idea de que la prueba ilícita no llevaba a la nulidad del despido al existir más material probatorio. Desde un prisma nacional, es de interés estudiar la STC de 15 de marzo de 2021<sup>57</sup>, pronunciamiento que avala, e incluso lleva al exceso, la argumentación efectuada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en pronunciamiento de 13 de septiembre de 2018<sup>58</sup> en tal materia. Desde la presente óptica, el órgano máximo intérprete de la Carta Magna parte de entender que no existe ningún derecho constitucional por el cual pueda conectarse la lesión extraprocesal con la calificación de nulidad del despido. La lesión del derecho en la obtención de la prueba ya se reconoce en el momento de su inadmisión por vulneración de un derecho fundamental. Se aplica de esta manera una de las dos posibilidades existentes, y se procede a valorar como más viable aquella que entiende que ya dispone de un “anclaje positivo en nuestro ordenamiento jurídico” (FJ. 5), y que parte de tratar la prueba ilícita como una cuestión de legalidad ordinaria.

Como aspecto innovador respecto a previos pronunciamientos apoyados en la tesis de desvinculación, puede hacerse visible la interpretación relativa a la indemnización. Contradiendo a la jurisprudencia ya consolidada, el tribunal entiende que desestimar la indemnización conlleva una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En el momento en el cual la resolución del órgano juzgador manifieste la existencia de vulneración de un derecho fundamental e inadmita una prueba por ilícita, conllevaría automáticamente que la sentencia que no se pronuncie o desestime la indemnización, carezca de los requisitos de congruencia que todo pronunciamiento judicial ha de revestir. E igualmente, y en sustento del apartado primero del art. 183 LRJS, aquella sentencia que declare que ha cometido una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización. Esto es, la indemnización no debe depender de la calificación del despido, sino mera y exclusivamente de la violación de un derecho fundamental (FJ. 6).

Aun cuando en el posterior apartado se va a llevar a cabo una propuesta intermedia de aplicación futura, se entiende desde la presente la necesidad de proceder a un breve análisis de las críticas que este último planteamiento puede

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto López Ribalda y otros vs. España, de 9 de enero de 2018.

<sup>57</sup> STC 61/2021, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2021:61. Para un estudio de esta sentencia puede acudir a: Casas Baamonde, M.E., “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Labora*, 4/2021, pp. 1-19. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001261](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001261)

<sup>58</sup> STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:11813

recibir<sup>59</sup>. No es menos cierto que el TC, al adoptar esta tesis, parte de una idea menos garantista de los derechos fundamentales del personal trabajador, lo que podría equipararle a degradar el valor de la prueba ilícita<sup>60</sup>. Esto es, su planteamiento en favor de limitar los efectos e importancia de esta institución jurídica puede ser similar al efectuado por el mismo tribunal en el supuesto de la sentencia 97/2019, de 16 de julio, más popularmente conocida como asunto de la Lista Falciani<sup>61</sup>. Una resolución que pondera mayormente el derecho fundamental a la prueba que los derechos de las partes afectadas por la ilicitud de la prueba. Mantiene aquella idea, extraña y alejada del marco legal establecido por el art. 11.1 LOPJ y, en nuestro caso, art. 90.2 LRJS, por el cual la licitud de las pruebas obtenidas mediante la vulneración de un derecho fundamental corresponde a un problema de legalidad ordinaria. El pronunciamiento llega inclusive a interpretar erróneamente el tenor literal de los artículos citados y de la doctrina favorable a ellos, considerándolos como posiciones teóricas indefendibles salvo por la vía de entenderlos como propuestas de *lege ferenda*<sup>62</sup>.

Se observa así como el pronunciamiento, aun cuando defiende una postura razonadamente aceptable, utiliza fundamentos no exentos de crítica para justificar

<sup>59</sup> Sobre tal cuestión véase con igual interés el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, quien procede a articular una postura distinta a los restantes magistrados del TC, partiendo de la teoría previamente analizada por la cual el despido ha de calificarse como nulo en el supuesto de declaración de ilicitud de uno de los medios probatorios propuestos. Así, su posición se fundamenta en el art. 55.5 ET, por el cual es necesario reforzar la defensa constitucional en los supuestos de implicaciones de derechos fundamentales, tal y como sucede a través de la prueba ilícita. Manifiesta la magistrada que tanto el momento de obtención de prueba como el de calificación del despido han de ser presentados en unidad de actos. Ello le lleva a la necesidad de efectuar una interpretación más favorable en la protección de los derechos fundamentales, aquella que otorgue el debido status a tales valores (FJ. 2 del voto particular: “si se acepta el criterio de la resolución impugnada, se degrada el valor y la importancia de los derechos fundamentales, cuya lesión, de admitirse esa tesis, podría no llevar aparejada en muchos supuestos la inexcusable reacción reparadora”).

<sup>60</sup> En esta cuestión incidía ya la STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJCLM:2020:2881. Determina el Tribunal que la exclusión de la prueba ilícita ya es garantía suficiente para el litigante que ha sufrido la vulneración del derecho fundamental, entendiéndose así que no ha de ofrecerse un excesivo blindaje a la persona trabajadora en defensa de sus actos irregulares en sede empresarial (FD. 5).

<sup>61</sup> En tal opinión véase a Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, 3/2021, pp. 13-26, esp. p. 20, para quien la sentencia 61/2021 va más allá del pronunciamiento 97/2019, de 16 de julio al eludir la referencia a un proceso justo a través de su postura de restricción del derecho a la tutela judicial efectiva. Este último lo limita a la obtención de un resultado fundado en derecho y no arbitrario. Conforme manifiesta el autor, opinión que se comparte desde la presente autoría, el derecho recogido en el art. 24.1 CE, conforme a la interpretación efectuada por el TC, quedaría restringido a un mero derecho prestacional, desvaneciéndose las garantías procesales que tanta protección ofrecen a los litigantes.

<sup>62</sup> Véase, a modo de ejemplo, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, op. cit., pp. 16-17.



la tesis de la desvinculación. Se promueve la idea de sustitución de las garantías procesales por la búsqueda de un pronunciamiento que no sea irrazonable, arbitrario o incurso en un error judicial. Parte de una posición extraña, en la cual no se pronuncia aun existiendo un actuar lesivo de derechos fundamentales que ha conllevado un despido. La STC 61/2021 ha querido dejar su impronta al decretar que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho a un servicio no arbitrario. Efectúa un entendimiento restringido del art. 24 CE, el cual lo limita exclusivamente a un derecho de prestación a obtener un resultado fundado en derecho, cuestión que lleva a obviar el real contenido del derecho de acción. Entendemos así que las garantías recogidas en el primer y segundo apartado del artículo constitucional son meras intenciones desde esta óptica propuesta por el TC. Conforme a la doctrina consolidada, el Tribunal solo está facultado para revisar una interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por jueces y magistrados si ésta resulta arbitraria o irrazonada, lo que constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Así se establece un modelo de “deferencia al juez ordinario” que restringe el ámbito del control constitucional sobre sus resoluciones<sup>63</sup>.

Se constata una merma en la protección que brindan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, especialmente y en el caso concreto, en lo que concierne al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En este sentido, se aduce que no emana un requerimiento, ni de un derecho subjetivo que pueda salvaguardar la tipificación del despido disciplinario de la demandante de amparo como nulo. Un camino erróneo que marca un evidente retroceso en la modernización y protección de los derechos constitucionales en el ámbito de las relaciones laborales. Estas últimas, conforme a sus propias características derivadas de la relación contractual entre empresa-persona trabajadora, y por la posición de superioridad habida por la primera respecto a la segunda, debe caracterizarse por ser una vía judicial ampliamente garantista de los derechos fundamentales del personal laboral. Cuestión no obtenida a través de una aplicación muy extensiva de la tesis de desvinculación por el TC, otorgando habilitación legal (y constitucional) a la calificación de improcedencia del despido basado en pruebas ilícitas.

Según lo anticipado, el Tribunal no suscribe la postura que distingue la nulidad del despido en casos de vulneración de derechos fundamentales para la obtención probatoria. En efecto, se parte del supuesto de inexistencia de un derecho constitucional que acarree la nulidad del despido laboral. No obstante, se reconoce una indemnización por la vulneración del derecho fundamental a causa de la intromisión ilícita generada<sup>64</sup>. Lo que queda claro de la misma es que el posicionamiento lleva a una reducción en el interés del personal laboral de buscar

<sup>63</sup> Velasco Pardo, B., “Prueba ilícita y calificación del despido. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 56/2021, pp. 225-233, esp. p. 230.

<sup>64</sup> Altés Tárrega, J.A. y Fita Ortega, F., “La prueba ilícita en el proceso laboral. Sus efectos sobre el despido”, op. cit., pp. 89-90.

amparo ante el TC, el cual ha promulgado una tesis que le es evidentemente poco beneficiosa, pero en cambio, abre las puertas convertirse en, tal y como manifiesta Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “una vía utilizada por los empleadores para contener o reprimir los entusiasmos de los jueces ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales del trabajador”<sup>65</sup>.

A pesar de la importancia que supone una sentencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia que ha venido dictándose posterior al fallo estudiado no ha terminado de aceptar tal postura. Se observa así cómo los Tribunales Superiores de Justicia siguen siendo “fieles” a la teoría de la nulidad<sup>66</sup>. El planteamiento defendido para ello es la conexión<sup>67</sup> (real, no procesal) que supone la vulneración de un derecho fundamental con la adopción del despido, y en virtud del art. 55.5 ET, la calificación del despido debe de ser de nulidad. Lo que queda claro es que, tal y como manifestaba la el Tribunal Constitucional en su sentencia, existen pronunciamientos dispares que, aun estando en consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva, crea una disparidad de criterios a aplicar para casos iguales. El problema no es que hasta el 15 de marzo de 2021 existiera tal problemática, sino que la sentencia del Tribunal Constitucional no ha venido a solucionar el problema, encontrándose en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios la misma incertidumbre que se pretendió solucionar.

### **3.5. Entre la improcedencia y la nulidad: una propuesta para la calificación del despido**

Tras el análisis de ambas tesis se procede a delimitar qué postura ha de ser aplicada y en qué condiciones. Se han estudiado dos líneas muy dispares que ofrecen resultados muy distintos, y que podrían delimitarse conforme al grado de protección de los derechos fundamentales y su reparación. Manifiesta Velasco Pardo<sup>68</sup> que parece que la doctrina de la desvinculación encuentra un mayor encaje en el ordenamiento jurídico interno. Pero se observa a su vez como el art. 55.5 ET ofrece habilitación legal para la aplicación de la tesis de la nulidad –aun cuando venga siendo interpretado en sentido contrario-. Así, y tras un estudio de ambas posibilidades, se da inicio al análisis de la manera en que ha de procederse.

<sup>65</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “Prueba ilícita y nulidad del despido”, op. cit., p. 21.

<sup>66</sup> Véase a modo de ejemplo STSJ, Sala de lo Social, País Vasco, de 11 de mayo de 2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1542. En la sentencia se califica como nulo el despido al entender que el TC, al determinar que es una materia de legalidad ordinaria, permite la calificación a los órganos jurisdiccionales (FD. 5).

<sup>67</sup> Destaca la STSJ, Sala de lo Social, Islas Canarias, de 23 de junio de 2021, ECLI:ES:TSJICAN:2021:2208, que la conectividad existente entre la medida adoptada –vulneradora de un derecho fundamental- por la parte empresarial y la calificación del despido como nulo (FD. 2).

<sup>68</sup> Velasco Pardo, B., “Prueba ilícita y calificación del despido: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, op. cit., p. 233

En la opinión desde la óptica de este trabajo, se parte de un planteamiento más intermedio, por el cual la improcedencia o nulidad no ha de devenir en la intención del empresario en violentar un derecho fundamental o en la mera calificación de ilicitud de la prueba cuestionada. No ha de existir una única respuesta ante variadas situaciones acaecidas, sino que se ha de otorgar al órgano judicial la capacidad de tener en cuenta el acervo probatorio existente para la toma de decisiones.

Esto lleva a la posibilidad de aplicar ambas tesis pero con matices. Si no existiere más que una única evidencia procesal, y esta fuere declarada nula, automáticamente el órgano judicial no podrá entrar a valorar el asunto a consecuencia de la ilegalidad de la prueba propuesta, debiendo de calificarse como nulo el despido. Por el contrario, la medida disciplinaria del empresario será calificada como improcedente si, conjunta e independientemente a la prueba declarada como ilícita, existieren otras pruebas que permitan al órgano juzgador tener suficiente material fáctico como para efectuar una valoración de los hechos. Si no fueren lo suficiente como para enervar esta “presunción de inocencia”<sup>69</sup>, devendrá la improcedencia del despido.

Es importante valorar si el restante material probatorio es independiente de la prueba ilícita y no deviene de la misma. Esto es, la prueba complementaria no sido obtenida por el conocimiento directo y derivado de aquella que es declarada ilícita. Este restante material deberá de ser debidamente admitido, practicado en sala y valorado por el órgano judicial para la resolución de la controversia. Si la única prueba que disponía para evidenciar la infracción cometida es declarada ilícita, el despido sería nulo. Si por el contrario existiere restante material probatorio, deberá de ser valorado por el órgano judicial, y si no demostraren los hechos que han llevado a la adopción del despido por la empresa, este será considerado improcedente.

Esta propuesta, que a continuación procedemos a desarrollar, consideramos que es la más óptima para dar respuesta ante el incesante número de procesos en los cuales el despido viene avalado por una medida empresarial vulneradora de los derechos fundamentales del personal laboral. No existe realmente un criterio uniforme en la doctrina española, la mayoría de jurisprudencia se apoya en calificar el despido como improcedente<sup>70</sup>. Las características propias del proceso social conllevan una amplia disparidad de criterios doctrinales emanada desde los Tribunales Superiores de Justicia, órganos que aplican su propia

<sup>69</sup> Entrecomillamos ‘presunción de inocencia’ puesto que es una expresión que se utiliza de forma imprecisa. La presunción de inocencia es una garantía del debido proceso que se aplica en el ámbito penal, no en el laboral. Sin embargo, se utiliza esta garantía en el ámbito social para entender la postura de la defensa e inocencia de la persona trabajadora, aunque desde una perspectiva disciplinaria.

<sup>70</sup> Colàs-Neila, E. y Yélamos Bayarri, E., “Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad”, op. cit., p. 263.

línea jurisprudencial de una manera muy variada. Igualmente, el recurso de casación para la unificación de doctrina no ha otorgado una respuesta acorde, sino pronunciamientos vacilantes en los cuales ha interpretado diferentes tesis en lapsos temporales excesivamente cortos. Inicialmente parecía que la tesis de desvinculación era la mayormente recogida, pero la jurisprudencia no fue ajena a la tesis de la nulidad. La doctrina constitucional no ha terminado de establecer una doctrina firme sobre la que asentarse. Sus pronunciamientos no entraban a valorar exactamente esta problemática, sino que se han venido enfocando en la ilicitud o no probatoria a consecuencia de una hipotética vulneración de un derecho fundamental, especialmente el relativo a la intimidad.

Siguiendo la ya citada STSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2018, y su aval por la STC de 15 de marzo de 2021, se parte inicialmente de una idea de desligar la calificación de la terminación del contrato laboral de la invalidez de la prueba obtenida con transgresión de preceptos fundamentales. Así, y aunque este pronunciamiento inicialmente se ha expuesto como defensor de la tesis de la desvinculación, ha de advertirse que de la misma se extraen posibilidades de aplicación de la nulidad para los casos en que la única prueba (así como las derivadas) sea ilícita. Siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional, la tesis que establece una diferenciación entre el despido en el que se han vulnerado derechos fundamentales y la acción vulneradora de derechos fundamentales en la obtención de la prueba que justifica el despido, no resultaría infundada. Aun cuando es en el apartado anterior el momento en el cual se ha analizado el contenido del mismo en relación a la tesis de desvinculación, es importante rescatar ciertas ideas. Es trascendental para el desarrollo de la idea expuesta en el presente apartado, aun cuando más que el posicionamiento de los magistrados lo que se pretende es partir de la doctrina expuesta por el Ministerio Fiscal.

El órgano público, en su informe, valora ambas situaciones y determina los intereses en juego. Su postura no obedece a seguir una postura u otra, sino que centra su interés en el análisis *case by case* para poder ofrecer una adecuada respuesta. En primer lugar, considera que la infracción de un derecho fundamental en la adquisición probatoria conlleva la nulidad del despido<sup>71</sup>, y así mismo, que esta prueba ilícita conllevará que los hechos se tengan como no probados, valorándose el restante acervo probatorio aportado al proceso<sup>72</sup>. Así, el Ministerio

<sup>71</sup> “[...] aunque no sea el hecho de despedir lo que viola un derecho fundamental, sino que la violación es anterior al despido, y este no existiría sin esa violación previa, de tal modo que no resulta lógico desligar esta del despido”, AH. 7.

<sup>72</sup> “[...] en ese sentido un documento u otro medio de prueba obtenido con vulneración de derechos fundamentales no podrá ser tenido en cuenta, no podrá utilizarse para probar los hechos en los que el empresario justifique el despido, de tal modo que si es la única prueba de dichos hechos o si las otras se derivan de ella con la conexión antes mencionada, esos hechos se tendrán por no probados; pero si hubiera otros medios de prueba, estos podrían ser analizados con total separación de los anteriores, para ver si son suficientes para probar por si mismos los hechos que se aleguen”, AH. 7.

Fiscal entiende que, y en primer lugar, cuando del restante material probatorio propuesto se califique la existencia de una infracción laboral, la causa del despido no ha de ser entendida como una vulneración de un derecho fundamental, sino una irregularidad efectuada por la persona trabajadora. Pero, y en segundo lugar, si de las restantes pruebas no pudiese entenderse que los hechos alegados tienen la suficientemente gravedad para ser castigados, y por tanto únicamente a través de la prueba ilícita pudiese determinarse el perjuicio que se ha cometido a la empresa, nos llevaría a la aplicación de la nulidad del despido.

De esta sentencia, se observa igualmente que el TC determina<sup>73</sup> que es tarea de los juzgados y tribunales la decisión acerca de la improcedencia o nulidad de la sanción disciplinaria adoptada por la empresa<sup>74</sup>—aun cuando su posicionamiento es claro en favor de la tesis de aplicar la improcedencia al separar la ilicitud probatoria de la calificación del despido como nulo, dejando esta posibilidad exclusivamente cuando la motivación sea irrazonable o arbitraria<sup>75</sup>-. Especialmente recae en el TS, a quien le confiere efectuar una unificación de doctrina, la competencia para establecer los criterios sobre los cuales han de servirse los órganos inferiores para resolver tal controversia. En el momento de la escritura de las presentes líneas todavía no ha sucedido tal unificación de criterios, aunque sí que se ha expresado por el más alto tribunal algunas ideas en tal cuestión. La STS de 26 de julio del 2022<sup>76</sup>, aun cuando manifiesta en reiteradas ocasiones (FD. 4 y 5) su postura más cercana a determinar que si la única prueba existente (o el restante material probatorio no fuere capaz de demostrar los hechos) es ilícita, la sentencia devendrá nula, no resuelve acerca de ello porque las sentencias opuestas no aportan contradicción, y ambas posibilidades las considera plausibles, en determinación teniendo en cuenta las particularidades inherentes a cada caso.

Esta última idea ya había sido manifestada a través de ATS, Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:10641<sup>a</sup>. El tribunal manifiesta que la calificación del despido llevada a cabo por el órgano juzgador ha de atender a las circunstancias especiales de cada caso específico que esté conociendo. Se entiende que no existe, ni debe de existir, una respuesta única frente a una situación muy variada y dependiente de múltiples factores que van más allá del aspecto meramente teórico.

<sup>73</sup> Velasco Pardo, B., “Prueba ilícita y calificación del despido. Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”, op. cit., p. 233.

<sup>74</sup> Romero Burillo, A. M., “Los efectos del despido acreditado mediante una prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, 3/2021 pp. 133-141.

<sup>75</sup> Bohigues Esparza, M. D., “La ilicitud de la prueba con vulneración de derechos fundamentales. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2021 de 15 de marzo”, op. cit., p. 285.

<sup>76</sup> STS, Sala Cuarta de lo Social, de 26 de julio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:3192.

Nuestro planteamiento viene aquí a darle estabilidad a tal cuestión, puesto que la exégesis de la literalidad de ambos artículos ha causado amplias dudas a nivel judicial y doctrinal, aun cuando existen opiniones favorables a aplicar la tesis de la improcedencia por tener mejor encaje en el ordenamiento jurídico español. Así, y a través de una ordenada y lógica aplicación que aquí vuelve a exponerse, se propone aunar los conceptos existentes en la doctrina y finalizar con las clásicas dudas aún existentes en cuanto a qué sucede cuando se sanciona con el despido a un trabajador, y posteriormente la prueba es declarada ilícita, hubiese tenido o no intención el empleador en la vulneración del derecho fundamental. Así, puede subdividirse en cuatro las posibilidades existentes:

La primera de las posibilidades versa acerca de la calificación de nulidad del despido. Esta halla fundamento en la existencia de una única fuente de prueba que ha sido declarada ilícita al haberse obtenido con vulneración de los derechos fundamentales de la parte afectada<sup>77</sup>. En este escenario, es trascendental que el medio probatorio propuesto sea único y el hecho no pueda ser comprobado a través de otras evidencia. Si se inadmitiere por ilícita la prueba, al únicamente haberse aportado al proceso la misma, el despido tendría su base en un hecho vulnerador de los derechos fundamentales, y por consiguiente, debería ser calificado como nulo.

La segunda posibilidad igualmente obedece al mismo resultado de nulidad, pero el acervo probatorio se compone de más de una prueba. Será calificada como nula la decisión sancionadora empresarial cuando la misma se sustente en una prueba declarada ilícita y varias fuentes de prueba derivadas directamente de aquella, las cuales no habrían podido obtenerse si no fuera por la prueba que vulneró los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Es así consecuencia lógica que, si la obtención de la primera y originaria prueba adolecía de un grave defecto (la violación del derecho fundamental de la persona trabajadora), las pruebas derivadas de la misma sufran los mismos efectos. Sin la prueba original estas no hubieren podido ser obtenidas, por tanto su nacimiento es consecuencia de la primera, de una fuente probatoria ilícita. En tal sentido, se aplicará la regla de exclusión, y no cabiendo la posibilidad de aplicar ninguna excepción, y que

<sup>77</sup> Como ya manifestó la STSJ de Catalunya, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2017, ECLI:ES:TSJCAT:2017:2532, FJ.4, en materia de videovigilancia, la ineficacia de la prueba supone la nulidad del despido, y más concretamente si esa es la única prueba aportada al proceso, basándose así en la teoría de los frutos del árbol envenenado. Así, En virtud del hecho de que la prueba obtenida ilícitamente era el único sustento para la decisión del empleador de despedir a la trabajadora, se hace imperativa la invalidación de todas las consecuencias derivadas de tal prueba, siguiendo en esta línea la conocida doctrina jurídica del “fruto del árbol envenenado” que ha sido aplicada en múltiples ocasiones en el ámbito penal. Por lo tanto, el despido resulta nulo debido a la violación de los derechos fundamentales de la trabajadora.

existiera un nexo de conexión entre todas ellas, no podría efectuarse una valoración del conjunto probatorio propuesto, resultando en la nulidad del despido<sup>78</sup>.

En cuanto a la tercera hipótesis aquí valorada, esta tiene su enfoque en relación al art. 55.5 ET. Si el empleador actuara injusta e inmoralmemente contra la persona trabajadora, con la intención de vulnerar su derecho fundamental sin justa causa, para obtener una prueba en su contra, el despido sería considerado nulo conforme a la normativa aplicable. En este escenario planteado se analiza no solo la prueba como tal, sino la conducta de la persona empleadora. Si el órgano judicial determina que su actuar ha sido contrario a la norma, enfocado en una intención de vulnerar los derechos fundamentales del personal trabajador afectado por la medida, el despido deberá ser calificado como nulo. Se muestra evidente la importancia de los derechos fundamentales y su necesidad de protección frente a cualquier forma de abuso en el ámbito laboral. Deberá recaer en la parte trabajadora aportar los indicios suficientes para evidenciar la intención de la persona empleadora de vulnerar sus derechos fundamentales a través de la obtención de la prueba.

Como cuarto y último escenario, se declararía la improcedencia del despido ante la presencia de pruebas independientes a aquella calificada como ilícita. Esto es, no cabría nulidad del despido la existencia de material probatorio complementario e independiente suficiente para que, incluso ante la declaración de ilicitud de una de las pruebas, el órgano judicial pueda valorar los hechos y responder negativamente a las pretensiones de la parte actora, en virtud de la imposibilidad de acreditar los hechos alegados en la carta de despido<sup>79</sup>. El aspecto trascendental y diferenciador de los anteriores puntos radica en la existencia de otras pruebas que permiten al órgano juzgador entrar a conocer de la decisión del empleador sin tener en cuenta la prueba declarada ilícita. El material probatorio adicional es considerado suficiente para efectuar una valoración de los hechos relevantes y poder valorar las causas que motivaron a la adopción del despido. Las pruebas adicionales han de ser legales, esto es, independientes de la prueba ilícita y, por supuesto, no haber sido obtenidas a través de la vulneración de un derecho fundamental de la persona trabajadora. Igualmente aquí cabría la posibilidad de que, si las pruebas adicionales son lo suficientemente sólidas, puedan respaldar la decisión de la parte empleadora y declarar el despido como procedente, rechazando las pretensiones de la parte actora.

<sup>78</sup> Sobre esta cuestión y la extensión de la contaminación entre la prueba ilícita y sus derivadas, véase STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 10 de Mayo de 2011, ECLI:ES:TSJPV:2011:5122, FD. 6. Debido a que el único medio probatorio utilizado como base para la decisión de despido del demandante fue obtenido mediante la transgresión de su derecho fundamental a la intimidad, y, por consiguiente, el conocimiento de los hechos que motivaron su cese fue adquirido exclusivamente a través de una prueba ilícita, vulnerando así una garantía de rango constitucional, se infiere que la consecuencia pertinente es la nulidad del despido.

<sup>79</sup> Se obvia aquí la posibilidad de determinar una quinta posibilidad, la cual es la procedencia del despido ante la existencia de suficiente material probatorio independiente a la prueba ilícita como para demostrar la existencia de causa justificadora de tal medida sancionadora.

#### 4. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La prueba ilícita se ha convertido en un gran desafío para los tribunales. Aunque de la lectura de los artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS parece evidente que su efecto es la inadmisión del proceso, no genera igual de claridad su afectación en la calificación despido basado en dicha prueba ilícita. Tal y como se ha analizado en líneas anteriores -y partiendo desde una perspectiva en la cual se analiza aquella prueba ilícita derivada de la vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora-, dos tesis coexisten en la jurisprudencia nacional: la tesis de nulidad y la tesis de improcedencia. Ambas tienen su justificación en la norma y en la distinta doctrina emanada de los tribunales superiores. La primera se basa en calificar como nulo del despido que se haya fundamentado en una prueba vulneradora de derechos humanos. Por otro lado, la segunda defiende la improcedencia del despido debido a la existencia de otros elementos de prueba sobre los cuales sustentar el pronunciamiento, así como la postura de eliminar los efectos de la prueba ilícita y no tenerla en cuenta por el órgano jurisdiccional. Se genera así una desvinculación entre la prueba ilícita y la calificación del despido.

Aunque ambas tesis otorgan una respuesta a las necesidades surgidas en un momento oportuno, se plantea la necesidad de establecer una tesis intermedia. Esta tiene como base unificar los criterios expuestos por ambas posturas y no posicionarse a favor de ninguna, sino poder aplicarlas según cada caso concreto que se presente ante el órgano judicial. No puede aplicarse la misma respuesta (ya sea nulidad o improcedencia) ante situaciones distintas. La propuesta aquí expuesta pretende aportar estabilidad a la cuestión en consideración, puesto que la hermenéutica literal de las dos tesis expuestas ha generado extensas inquietudes a nivel judicial y doctrinal. Es por ello que, tal y como se ha observado en las líneas precedentes, se ha procedido a confeccionar cuatro situaciones existentes y la respuesta que se ha de ofrecer ante la existencia de una prueba ilícita aportada por la parte demandada. Se busca no aplicar unas consecuencias jurídicas (la calificación del despido como improcedente o nulo) de manera automática, sino valorar *case by case* la situación que se está conociendo.

La aplicación de la tesis de desvinculación tendrá cabida cuando existan pruebas complementarias e independientes a la prueba ilícita original. A través de las mismas se proporcionará al órgano judicial la posibilidad de conocer de los hechos que han dado ocasión al despido, siendo no derivadas de aquella que se ha inadmitido por vulnerar un derecho fundamental. La calificación del despido podrá declararse como improcedente o procedente, conforme al análisis de todo el material probatorio aportado en su conjunto. La prueba ilícita no generará mayores efectos que a sí mismo y a sus derivadas, suponiendo su exclusión del proceso, y procediéndose a valorar los restantes medios de prueba admitidos.

Por su parte, la calificación del despido nulo acaecerá en aquellos supuestos en los cuales la prueba ilícita sea trascendental para el devenir del supuesto,



esto es, justifica el despido. De esta forma, las posibilidades expuestas pueden ser tres, aplicándose en todas ellas la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ. La primera de ellas es la calificación como nulo del despido que tenga su base en una actuación lesiva de los derechos fundamentales de la persona trabajadora. La segunda supone una situación similar, en la cual los mismos efectos se aplicarán cuando todas las pruebas existentes deriven de una prueba ilícita. Por último, y en tercer lugar, en aquellos supuestos en los cuales la prueba derive de un actuar de la parte empresarial, enfocado en una intencionalidad de vulnerar los derechos fundamentales del personal laboral en la obtención de la prueba, se derivará igual declaración de nulidad del despido. A diferencia de los dos anteriores supuestos, en este último la prueba no es sólo ilícita por el medio de obtención, sino también por la intención de la parte empleadora en ocasionar tal trasgresión.

A modo de corolario, partimos de entender la necesidad de establecer una tesis intermedia que permita la aplicación de ambas posturas. No ha de existir una calificación de nulidad o improcedencia automática, sino que la misma ha de obedecer a los supuestos propios de cada asunto. Esta cuestión otorga cierta estabilidad, y especialmente, permite adaptar la respuesta del tribunal al proceso que está conociendo. Es trascendental promover una garantía de los derechos fundamentales del personal laboral, pero esta cuestión no puede transformarse en una infranqueable vía que hipervalore la protección de los mismos (tal y como sucede con la declaración automática de nulidad del despido ante la existencia de una prueba ilícita, sin valorar el restante material probatorio). Por contraparte, tampoco debe de acudir a posiciones que ofrezcan a tal cuestión un *status* de mera legalidad ordinaria, separando completamente la irradiación de efectos que puede acaecer entre la prueba ilícita y el despido. Este enfoque intermedio, el cual parecía que era el camino sobre el cual se iban a asentar los primeros pronunciamientos basados en la tesis de desvinculación, ofrece una respuesta adecuada ante los dispares asuntos y adaptado a las características concretas de cada uno de ellos, otorgando igualmente un mayor halo de seguridad jurídica.

# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS AGENTES SOCIALES COMO NUEVOS ALIADOS EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL: ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR QUÍMICO\*

MAROUANE LAABBAS-EL-GUENNOUNI\*\*

*Investigador Pre-doctoral. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universitat Rovira i Virgili*

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Medio ambiente, negociación colectiva verde, cláusulas ambientales, eco-sindicalismo, sector químico

En los últimos años la preocupación por los aspectos ambientales ha aumentado socialmente. El medio ambiente se ha venido definiendo como una entidad única e interconectada con los demás sistemas (económico, social, etc.). En este sentido, la preocupación ambiental también se ha materializado en las relaciones laborales pues el medio ambiente interno y externo de la empresa están interconectados y requieren ser atendidos de forma conjunta. En este sentido, el presente estudio se propone analizar hasta qué punto el Derecho del Trabajo puede dar respuesta a los retos ambientales en los centros de trabajo e identificar qué rol juegan al respecto el diálogo social y la negociación colectiva en sectores con implicación ambiental como es el caso del sector químico.

## ABSTRACT

**Keywords:** Environment, green collective bargaining, environmental clauses, eco-unionism, chemical sector

*In recent years, awareness of environmental concerns has increased socially. The environment has been defined as a single entity interconnected with all systems (economic, social, etc.). In this respect, environmental concern has also materialised in labour relations and at the industrial level, as the internal and external environment of the company are interconnected and need to be addressed jointly. In this sense, this study aims to analyse to what extent labour law can respond to environmental challenges in the workplace and to identify the role of social dialogue and collective bargaining in sectors with environmental implications such as the chemical sector.*

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2021-124045NB-C33, “La transición a la economía respetuosa con el medio ambiente y consciente del cambio climático desde la perspectiva del Derecho del Trabajo individual y del empleo”; IP: Dra. Eva López Terrada, acreditada a catedrática; financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y FEDER: Una forma de hacer Europa. Mi más sincero agradecimiento a la Dra. Esther Guerrero Vizuite por sus amables comentarios al presente trabajo.

\*\* Miembro del Instituto Universitario de Investigación en Sostenibilidad, Cambio Climático y Transición Energética, del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona y del grupo de investigación Territorio, Ciudadanía i Sostenibilidad, reconocido como grupo de investigación consolidado por la Generalitat de Catalunya. Contratado con el apoyo del *Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya* y el Fondo Social Europeo. Investigador Fulbright en la Colorado State University y Rutgers University. ORCID: 0000-0003-4045-1589.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS IMPLICACIONES AMBIENTALES EN LA REGULACIÓN LABORAL
  - 2.1. La perspectiva ambiental en la regulación laboral internacional y europea
  - 2.2. La protección ambiental en el Derecho del Trabajo español
3. LOS ACTORES SOCIALES INVOLUCRADOS EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL
4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL
5. BREVE REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES VINCULADAS A LA ACTIVIDAD QUÍMICA
6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Los artículos 35 y 45 de la Constitución española se refieren al derecho al trabajo y al derecho que toda persona tiene a disfrutar de un medio ambiente adecuado, respectivamente. Si bien es cierto que figuran en capítulos distintos, no es baladí recordar que la carta magna los posiciona en el mismo título “de los derechos y deberes fundamentales”. De la lectura de ambos preceptos se desprende la posible vinculación entre la protección del medio ambiente y la protección del trabajo, es decir, la protección ambiental en el entorno laboral. Por ello, parece lógico pensar que ningún trabajo puede realizarse sin un entorno adecuado<sup>1</sup>, a la vez que un entorno ambiental adecuado no será posible sin involucrar a todos los agentes que se encuentran en el mercado de trabajo, esto es, las personas trabajadoras, sus representantes y los sindicatos, entre otros<sup>2</sup>.

En este sentido no debemos olvidar que el medio ambiente es un concepto que no implica límites físicos, sino que atiende a una abstracción multinivel e interdisciplinar que requiere la participación de toda la sociedad. Sin embargo, cuando se hace referencia al medio ambiente, en raras ocasiones – aunque cada vez más – se piensa en el centro de trabajo. Por ello, creemos firmemente que las personas trabajadoras, sus representantes y la acción sindical juegan un rol crucial en el cuidado del medio ambiente de trabajo, y por ende, en el medio ambiente general.

Desde esta premisa, cabe preguntarse hasta qué punto estos actores están en condiciones de participar en la protección ambiental y qué preceptos legales lo hacen posible. En este sentido, destacan herramientas como los convenios colectivos, que en el Derecho Laboral español representan una de las fuentes jurídicas del Derecho del Trabajo. A este respecto, a partir de la negociación colectiva se hace posible la

<sup>1</sup> Chacartegui Jávega, C., *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental: un compromiso social y ecológico*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 19-20.

<sup>2</sup> Zbyszewska, A., “Regulating work with people and nature in mind: feminist reflections”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 40/1/2018, pp. 9-10.

incorporación de cláusulas medioambientales con el fin de abordar la protección del medio ambiente en la empresa. Estas cláusulas, como veremos más adelante, pueden materializarse en beneficios o instrumentos de control de las personas trabajadoras y sus representantes en relación con el cuidado del medio ambiente en la empresa.

Por todo ello, el objetivo de este estudio es analizar cómo se puede incorporar la cuestión ambiental en el Derecho del Trabajo. Con este fin, se procederá, en primer término, a la identificación del marco jurídico que vincula protección medioambiental y empresa. En segundo lugar, se analizará la participación de los sindicatos, con el objetivo de determinar cómo intervienen en la mejora de las condiciones laborales desde la perspectiva ambiental. Finalmente, con el objetivo de mostrar el desarrollo del contenido de carácter ambiental en los convenios colectivos, se estudiarán algunas cláusulas ambientales convencionales aplicables en el sector químico, dado que se trata de un sector que se encuentra estrechamente relacionado con la degradación ambiental y fue uno de los primeros en atender a la protección ambiental en la empresa.

## **2. LAS IMPLICACIONES AMBIENTALES EN LA REGULACIÓN LABORAL**

### **2.2. La perspectiva ambiental en la regulación laboral internacional y europea**

Ya en 1867 MARX compartía la idea de que la producción capitalista se basaba en socavar al mismo tiempo dos fuentes originales de riqueza, la tierra y el hombre, lo que puede traducirse en que la producción tiene su origen en dos recursos, los naturales y los humanos<sup>3</sup>. Sin embargo, la materia laboral y ambiental a nivel jurídico se ha regulado normalmente de forma separada.

No es hasta 1977 cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) promulga el Convenio 148 sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales debido a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo. Dicha norma atiende por primera vez a la conexión entre la protección de las personas trabajadoras y del medio natural, pero desde una perspectiva meramente de higiene y salud en el trabajo y no desde la vertiente del medio ambiente en la empresa<sup>4</sup>. Esto segundo ocurre con el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente, el cual ahora

<sup>3</sup> Marx, K., *El capital*, Tomo II, Ediciones 62, Barcelona, 1867, pp. 151-152.

<sup>4</sup> Escribano Gutiérrez, J., “La protección del medioambiente y el derecho del trabajo”, *Jueces para la Democracia*, 98/2020, pp. 73-74.

sí, trasciende el espacio físico de la empresa y pretende la protección ambiental<sup>5</sup>. En efecto, es esta la norma que cambia de paradigma hacia un enfoque global de la prevención y constituye, según RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER “un marco de referencia necesario para las políticas y los sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo”<sup>6</sup>. A ambas normas de carácter general cabe añadir otros convenios destinados a la protección de riesgos concretos en sectores con implicaciones ambientales como el Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción (1988), el Convenio 176 sobre seguridad y salud en las minas (1995) o el Convenio 170 sobre los productos químicos (1999).

A partir de entonces la OIT ha destacado por querer incorporar la perspectiva ambiental en el trabajo. Así se hace en diversas iniciativas que a pesar de no ser vinculantes requieren ser destacadas pues son guías para los Estados que quieran hacer suyos los compromisos ambientales. A este respecto, destacan el Programa de Empleos Verdes y el Programa de Trabajo Decente<sup>7</sup>. El primero de ellos persigue “la creación de empleos verdes, contribuyendo de esta manera a la preservación y reestructuración del medio ambiente, el desarrollo social y económico asegurando [la] cohesión social y la creación de empleo”<sup>8</sup>. Este objetivo pretende alcanzarse a partir de la puesta en marcha de siete servicios distintos: (a) la creación de conocimiento a partir de estudios a diferentes niveles sobre los vínculos entre los aspectos laborales y ambientales, (b) la promoción internacional a partir de la presencia de la OIT en escenarios de debate como fue la Conferencia sobre el Cambio Climático de París, (c) el desarrollo de capacidades facilitando la posibilidad de adquirir conocimientos y capacidades relacionadas con la promoción de los empleos verdes, (d) el diagnóstico y establecimiento de prioridades en relación con sectores con mayor potencial, (e) la puesta en marcha de proyectos piloto, (f) el asesoramiento en políticas de creación de empleos verdes nacionales y sectoriales, y, (g) el intercambio de conocimientos con el fin de identificar buenas prácticas<sup>9</sup>. El segundo programa, por su parte, también aspira a vincular la protección ambiental y laboral basándose en la idea de que un medio ambiente adecuado es uno de los componentes básicos de un trabajo decente. De este modo, al potenciar el trabajo decente, necesariamente se promociona la protección del medio ambiente dentro y fuera del trabajo.

<sup>5</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Medio ambiente y relaciones de trabajo”, *Temas Laborales*, 50/1999, p.8.

<sup>6</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Promover la Seguridad y la salud en el medio ambiente de Trabajo”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1/2009, pp. 135-136.

<sup>7</sup> *Vid.* La iniciativa en: <https://dev-climateactionforjobs.pantheonsite.io/es/la-iniciativa/>

<sup>8</sup> Organización Internacional del Trabajo, *El programa Empleos Verdes de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, pp. 5-6.

<sup>9</sup> *Vid.* Los diferentes servicios del programa en el siguiente enlace web: [https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS\\_344728/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_344728/lang--es/index.htm)

Ahora bien, cabe preguntarse qué lugar ocupa para la OIT la atención a la protección ambiental en el marco del diálogo social. En este sentido, destacan las “Directrices de política para una transición hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos”, las cuales identificaron el diálogo social como uno de sus principios rectores debiendo “formar parte integrante del marco institucional para la formulación y la aplicación de políticas en todos los niveles”. A su vez, se establece que son “los interlocutores sociales quienes deberían propiciar [...] la incorporación de disposiciones ambientales específicas a través de la negociación colectiva y de los convenios colectivos a todos los niveles, según convenga, como forma concreta de facilitar la cooperación entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y de alentarlas a respetar las regulaciones ambientales”<sup>10</sup>. En definitiva, se identifica la negociación colectiva como uno de los instrumentos de diálogo social más adecuados para la atención a la protección del medio ambiente.

No obstante, si bien es cierto que los convenios colectivos resultan ser un instrumento valioso en lo referente a la protección ambiental en el trabajo, es la propia OIT la que, en su informe sobre el diálogo social del pasado 2022, incide en que la realidad dista de tener un sistema de negociación colectiva que atienda a la protección ambiental de forma sistemática pues los convenios colectivos que incluyen cláusulas ambientales son más bien escasos<sup>11</sup>.

Finalmente, cabe destacar el Informe 111 de la OIT sobre la Promoción de la Justicia Social del pasado junio en el cual se indica que la transición ambiental (entre otras transiciones) forma parte de una de las cuatro dimensiones para la consecución de la justicia social. Es decir, vincula la transición ambiental en el trabajo con la idea de justicia social, la cual, a su vez, “se basa en el valor intrínseco de la dignidad humana”<sup>12</sup>. Ahora bien, también se indica en este mismo Informe que es el “diálogo social inclusivo y eficaz [el que] proporciona la capacidad institucional para definir vías de desarrollo inclusivo con oportunidades equitativas para todos, asegurar transiciones justas y hacer frente a los retos futuros”<sup>13</sup>. En definitiva, el Informe viene a afirmar que la negociación colectiva, como componente del diálogo social, es el cauce adecuado no solo para atender a la transición ambiental sino también a los retos de futuro que dicha transición conlleva y que están relacionados con muchos otros derechos.

<sup>10</sup> Organización Internacional del Trabajo, Directrices de política para una transición hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2015, pp. 6-10.

<sup>11</sup> Organización Internacional del Trabajo, Informe sobre el Diálogo Social de 2022, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2022, pp. 96-97. Los convenios con dichas cláusulas ambientales no alcanzan ni la cuarta parte.

<sup>12</sup> Organización Internacional del Trabajo, Informe 111 de la OIT sobre la Promoción de la Justicia Social, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2023, pp. 9-11

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

En segundo lugar, es preciso destacar la actividad de la Unión Europea (UE), en la medida que ha sido la institución que ha abogado por el “desarrollo sostenible” haciendo suyo el concepto que en su día, las Naciones Unidas definieron como el “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, garantizando el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado del medio ambiente y el bienestar social”<sup>14</sup>. Este concepto implica que el trabajo sea más consciente en sentido ambiental, y para ello, se incorpora la sostenibilidad como un objetivo de la UE, lo que a su vez se traduce en un mayor nivel de protección (art. 11 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)<sup>15</sup>.

Centrándonos en el “medio ambiente de trabajo”, se modificaron los tratados constitutivos de la UE y se incorporó el concepto de medio ambiente de trabajo con el artículo 118.A del Acta Única Europea. Con este ejercicio la normativa de la UE se alineaba con el sentido del Convenio 155 de la OIT<sup>16</sup>. Además, la “Directiva 89/391 del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo” culminó la inclusión de la perspectiva ambiental estableciendo un mayor rol para las personas trabajadoras en materia de seguridad y salud en el trabajo y una mayor atención al medio ambiente de trabajo. Esto lo consigue, en primer término, abandonando la figura del empresario/a como responsable de la seguridad y salud en el trabajo y, en segundo lugar, incorporando mecanismos concretos de protección ambiental de las personas trabajadoras<sup>17</sup>.

Ahora bien, las implicaciones ambientales en la empresa no se limitan a la seguridad y salud en el trabajo, sino que van más allá. En este sentido, son varias las normas que, de una u otra forma, prestan atención a la relación entre el medio ambiente y el entorno laboral. De este modo, destacan diversos textos jurídicos:

- Reglamento (CE) 1221/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales, el cual

<sup>14</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible (A/42/427). Oficina de las Naciones Unidas, Nueva York, 1987, pp. 55-56.

<sup>15</sup> Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (DOUE, n. 83, de 30-03-2010, pp. 47-199).

<sup>16</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M., “Trabajo y medio ambiente”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, 2/1995, pp. 104-107.

<sup>17</sup> Pérez Amorós, F., “Derecho del trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias”, *Revista Gaceta Laboral*, 16/1/2010, pp. 102-103. *Vid.* Arts. arts. 6.2.g y 6.3.c de la Directiva. Sin embargo, se repite la tónica de protección de riesgos concretos mediante normas de la UE destinadas a situaciones específicas, las cuales, no atienden a una perspectiva ambiental integral como es el caso de la Directiva 80/117/CEE sobre protección frente a riesgos físicos, químicos y biológicos o los arts. 54 y 55 de la CECA sobre la protección ambiental en minas y acerías.

prevé mecanismos de gestión y cumplimiento de la normativa ambiental en la empresa (EMAS).

- Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en la que se prevé que los EEMM deben tomar “las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión” (art. 18.2 Directiva 2014/24/UE).
- Directiva UE/2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión, la cual dota a las personas trabajadoras de protección en caso de denunciar el incumplimiento de la empresa de la norma ambiental (art. 2.1.a.v Directiva UE/2019/1937).
- La Propuesta de Directiva sobre debida diligencia empresarial en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 que pretende la protección de los derechos tanto laborales como ambientales desde una óptica global e implicando a todos los componentes de las cadenas globales de valor (art. 1 de la Propuesta).

En esta misma línea, el protagonismo de la UE en la materia da un importante paso con el Pacto Verde Europeo (PVE) y las diferentes herramientas que de él se despliegan. Este PVE viene de la mano del Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática («Legislación europea sobre el clima»). Esta nueva política pretende cambiar el sentir de la producción a nivel general pero también, centrándose en algunos sectores con una mayor implicación en la degradación ambiental hacia una forma de producir más sostenible sin desatender la idea de crecimiento<sup>18</sup>, que, a su vez, debe ser necesariamente responsable<sup>19</sup>. En este sentido, como bien indica ESCRIBANO GUTIÉRREZ, algo realmente importante de este documento es que “se advierte de la necesidad de que no se desatienda este [refiriéndose al empleo] y se realicen transiciones respetuosas con los derechos de los trabajadores”<sup>20</sup>, todo ello con el fin de no abandonar a las

<sup>18</sup> Cabe decir que se trata de un aspecto conflictivo pues diversos autores no identifican el crecimiento como parte de la sostenibilidad. *Vid.* Herrero, Y., “Vivir y trabajar en un mundo justo y sostenible”, en VV.AA., *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida* (L. Mora Cabello de Alba y J. Escribano Gutiérrez Coords.), Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 55-70.

<sup>19</sup> Álvarez Cuesta, H., “Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde Europeo en el proyecto de Ley de cambio climático en España”, *IusLabor*, 2/2020, pp. 80-81.

<sup>20</sup> Escribano Gutiérrez, J., “Diálogo social y nuevo pacto verde: la libertad de empresa como límite”, *Revista de Derecho Social*, 98/2022, pp. 201-202.



personas trabajadoras que son las que sufren, en mayor medida, las consecuencias de la degradación ambiental<sup>21</sup>.

Es con este objetivo – no dejar a nadie atrás – que el PVE incluye un grupo de mecanismos “orientados a desarrollar políticas de empleo” en el marco de la transición justa<sup>22</sup>. Estos mecanismos son, por una parte, el Mecanismo de Transición Justa<sup>23</sup>, y, por otra, el Fondo de Transición Justa<sup>24</sup>. El primero está destinado a atender a aquellas regiones en las que las políticas de transición verde van a suponer un mayor reto dado el alto nivel de des-carbonización requerido. El segundo instrumento crea un fondo para apoyar a aquellas personas que se hayan visto afectadas por las políticas de transición verde, concretamente, pretende apoyar las políticas destinadas a la mejora y adquisición de habilidades, el soporte a las personas demandantes de empleo y su inclusión activa en las políticas llevadas a cabo en el marco de este fondo<sup>25</sup>. Finalmente, también a nivel europeo destaca el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia<sup>26</sup>, con el que se pretende la mejora de la economía y la cohesión social y territorial de la UE a partir de la promoción tanto de la transición verde como de la creación de empleo de alta calidad al mismo tiempo<sup>27</sup>.

No obstante, si bien es cierto que los esfuerzos para atender al vínculo entre protección ambiental y entorno laboral son considerables, no puede pasarse por alto la carencia de protagonismo de los actores sociales en estas últimas herramientas de la UE; máxime cuando, como se ha afirmado anteriormente, el diálogo social es una de las herramientas más adecuadas para atender al reto que supone una transición verde en el mercado de trabajo. A este respecto, el Comité Económico y Social Europeo (CESE), publicó el pasado 31 de mayo de 2023 su informe sobre Negociación Colectiva Verde en el que “asume que las empresas y las personas trabajadoras deben disponer de canales adecuados de participación en los esfuerzos

<sup>21</sup> Chacartegui Jávega, C., “Sostenibilidad y Trabajo decente. El papel de los agentes sociales”, *Documentación Laboral*, 128/1/2023, pp. 53-54.

<sup>22</sup> Canalda Criado, S., “The right to work and the greening of employment policies”, en AA.VV., *Labour Law and Ecology* (C. Chacartegui Jávega, Ed.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 80-81.

<sup>23</sup> *Vid.* [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/finance-and-green-deal/just-transition-mechanism\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/finance-and-green-deal/just-transition-mechanism_es)

<sup>24</sup> Unión Europea. Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa (DOUE, n. 231, de 30-06-2021, pp. 1-20)

<sup>25</sup> Canalda Criado, S., “The right to work and...”, *Op. Cit.*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 81-82.

<sup>26</sup> Unión Europea. Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DOUE, n. 57, de 18-02-2021, pp. 17-75).

<sup>27</sup> Canalda Criado, S., “The right to work and...”, *Op. Cit.*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 80-81.

para apoyar la protección del medio ambiente y luchar contra el cambio climático. Al tiempo que respetar el papel de los sistemas nacionales de relaciones laborales y la autonomía de los interlocutores sociales, el CESE considera que las cuestiones relacionadas con la transición ecológica podrían constituir un punto más central de la negociación colectiva en los niveles adecuados. Considera que una vía adecuada para ello es promover las negociaciones colectivas verdes en todos los niveles”. A su vez, destaca que la negociación colectiva constituye un instrumento útil “que puede ayudar a las empresas y a las personas trabajadoras a hacer frente a los retos de la crisis climática, incluidos los costes derivados para las empresas”<sup>28</sup>. De esta forma, se observa el papel real que deben jugar los actores sociales no solo como herramienta de mejora de las condiciones laborales y ambientales sino como aliados a la hora de atender a la competitividad de la empresa en tiempos de crisis climática.

### **2.3. La protección ambiental en el Derecho del Trabajo español**

La Constitución española recoge el vínculo entre el medio ambiente laboral y la protección de las personas trabajadoras. Concretamente, el art. 45.1 establece que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. Este mandato constitucional de ninguna manera se puede entender que excluya el ámbito laboral; es más, no se nos ocurre más desarrollo personal que el adquirido en un puesto de trabajo y, por ende, entendemos que toda actividad realizada en el centro de trabajo debe gozar de un medio ambiente adecuado. Por ello, queda claro que la norma que traza la dirección del ordenamiento jurídico estatal permite la práctica de un Derecho Ambiental-Laboral, máxime cuando el art. 35 CE reconoce el derecho y el deber al trabajo de los españoles.

Centrándonos en la normativa laboral, la cuestión que se nos plantea es saber dónde reside el fundamento jurídico que da paso a este nuevo paradigma del Derecho del Trabajo. Para dar respuesta a esta pregunta resulta primordial acudir al Estatuto de los Trabajadores (ET), el cual contiene varias referencias a la defensa del medio ambiente. A este respecto destaca el art. 64.2.b ET el cual establece que “el comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente: sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa

<sup>28</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Negociación Colectiva Verde. *Vid.* <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/green-collective-bargaining>. Dictamen que, además, fue solicitado por el Gobierno Español a propuesta del sindicato UGT-España.

de producción”<sup>29</sup>. De este primer precepto se entiende que el medio ambiente goza de una importancia que debe ser reflejada en el derecho a la información del que es titular el comité de empresa.

Sin embargo, de la redacción de este texto surgen diferentes cuestiones a considerar: la primera de ellas, es la posibilidad de que una repercusión ambiental sea indirecta. A este respecto, discernir entre repercusión directa o indirecta es indiferente pues debería bastar con la existencia de una repercusión ambiental en la empresa para que la representación laboral pudiera acceder a la información ambiental. A pesar de ello, actualmente, si se trata de una consecuencia indirecta, dicho acceso a la información puede negarse. El segundo aspecto criticable es la discrecionalidad que goza la parte empresarial pues es quien determina si la repercusión es de carácter directo o no<sup>30</sup>. Lo que, en nuestra opinión, desvirtúa el derecho de acceso a la información que ostenta el comité de empresa.

Por otra parte, en relación con la participación, destaca el art. 64.7.c ET, el cual establece que el comité de empresa tendrá derecho a “colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos”. Aquí es donde aparece un segundo límite mediante el cual el comité de empresa solo podrá participar de la política ambiental si se ha establecido por convenio, lo que quiere decir que, solo los comités de empresa a los que en virtud de la autonomía colectiva se les confiera dicha potestad, podrán participar en la sostenibilidad ambiental de la empresa.

En tercer lugar, esta participación de las personas trabajadoras puede cobrar otro sentido. Haciendo referencia al impacto ambiental externo y las posibles consecuencias que la actividad empresarial pueda causar a la sociedad, el art. 45 CE posibilita que la persona trabajadora pueda desobedecer las directrices del empleador/a ante una orden que pueda afectar negativamente el medio ambiente. Ahora bien, esto se configura como un derecho que ostenta todo ciudadano y no va asociado a la condición de persona trabajadora, por lo que todos pueden accionarlo. Esta figura es la conocida como “Ciudadano Medioambiental”, pero para que se lleve a cabo una correcta fiscalización de las obligaciones ambientales sería necesario que se establecieran facultades sobre el control y el cumplimiento

29 España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, del Estatuto de los Trabajadores. (BOE, n. 255, 24-10-2015, pp. 100224-100308).

30 Garí Ramos, M., “La participación de los trabajadores y las trabajadoras en las cuestiones ambientales de sus empresas”, en AA.VV., *Aspectos Medioambientales de las Relaciones Laborales: participación, salud laboral y empleo* (P. Rivas Vallejo, Dir. y M. D. García Valverde, Coord.), Ed. Laborum, Murcia, 2013, pp. 114-115.

de las normas ambientales, así como definir mayores garantías para las personas trabajadoras frente al poder empresarial en estos casos<sup>31</sup>.

Finalmente, al igual que sucede en el ámbito internacional y europeo, la protección ambiental en España se ha materializado sobre todo en el perímetro de la seguridad y la salud en el trabajo. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su art. 33.1.A<sup>32</sup> también proporciona un marco legal a la participación de trabajadores/as mediante el establecimiento de la obligación empresarial de “consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo”. Aquí sí, no cabe limitación alguna, puesto que la ley obliga a facilitar dicha información por parte de la empresa en lo que pudiese afectar a la seguridad y salud de las personas trabajadoras derivado del impacto ambiental en el trabajo<sup>33</sup>. En otras palabras, se trata de una norma que establece las condiciones mínimas que se deben dar en la prevención de riesgos laborales conectándolas con el medio ambiente<sup>34</sup>. Sin embargo, en el mismo sentido que apuntaba MONEREO PÉREZ, la protección ambiental de esta norma se limita a la salud y seguridad de la persona trabajadora y al medio ambiente interno de la empresa sin atender a las consecuencias ambientales externas. Así pues, estamos ante una fragmentación difícilmente explicable, pues las implicaciones ambientales internas y externas a la empresa en pocas ocasiones muestran esta dualidad inconexa<sup>35</sup>.

En definitiva, podemos concluir con la idea de que el orden normativo español sienta las bases para una participación de las personas trabajadoras en las políticas ambientales en el trabajo, particularmente en relación con el acceso a la información y la colaboración en mejoras ambientales. Sin embargo, existen algunas limitaciones que deberían desaparecer con el claro objetivo de alcanzar la protección ambiental y laboral en el seno de la empresa y de la sociedad respectivamente siendo preciso adoptar “restricciones” a la libertad de empresa,

<sup>31</sup> Escribano Gutiérrez, J., “Derechos de los Trabajadores ante las Ordenes Empresariales Medioambientalmente Injustas”, *Revista de Derecho Social*, 78/2017, pp. 57-58.

<sup>32</sup> España. Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. (BOE, n. 269, 10-11-1995, pp. 32590-32611).

<sup>33</sup> Además, cabe mencionar que la protección ambiental en la rama social apareció de la mano de la seguridad y salud en el trabajo.

<sup>34</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Medio ambiente y...”, *Op. Cit.*, TL 50/1999, pp. 15-16.

<sup>35</sup> Monereo Pérez, J. L., “Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1/2009, pp. 507-508.

pues a la hora de utilizar las diversas herramientas del Derecho del Trabajo con el cometido de proteger el medio natural, es la superioridad de las empresas frente a la clase obrera la que entorpece dicha protección<sup>36</sup>. Además, cabe decir que los vínculos entre medio ambiente y trabajo trascienden a la sociedad superando la frontera de la seguridad y la salud en el trabajo.

Esta doble problemática puede observarse en la reciente Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Ecológica (LCCTE) en la que se prevé la participación descafeinada, por no decir nula, de los sindicatos y representantes de las personas trabajadoras en el objeto de la norma, que no es otro que el de “promover la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades”<sup>37</sup>, es decir, un objeto que implica directamente a las personas trabajadoras y que pretende ir más allá incidiendo en la lucha contra el cambio climático a la vez que promociona el trabajo. Sin embargo, en su desarrollo sigue ignorándose a los actores sociales en el marco de los instrumentos destinados a paliar los efectos del cambio climático: la estrategia de transición justa y los convenios de transición justa.

El primero persigue “la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición”. Además, esta estrategia tiene un importante alcance en la materia que aquí interesa pues su contenido comprende: “(a) La identificación de colectivos, sectores, empresas y territorios potencialmente vulnerables al proceso de transición a una economía baja en emisiones de carbono, (b) El análisis de las oportunidades de creación de actividad económica y empleo vinculadas a la transición energética, (c) Políticas industriales, agrarias y forestales, de investigación y desarrollo, de innovación, de promoción de actividad económica y de empleo y formación ocupacional para la transición justa e (d) instrumentos para el seguimiento del mercado de trabajo en el marco de la transición energética mediante la participación de los agentes sociales, así como en las mesas de diálogo social” (art. 27.2 LCCTE). Todo ello lleva a afirmar la indiscutible vinculación que presenta dicha estrategia con las relaciones laborales y el futuro incierto de las personas trabajadoras en momentos de transición. No obstante, cuando se pretende materializar la participación de estas personas trabajadoras a través de sus representantes, el articulado se limita a afirmar que dicha estrategia se aprobará por el Gobierno en periodos de 5 años a través de Acuerdo de Consejo de Ministros,

<sup>36</sup> Baylos Grau, A., “Trabajo y ambiente: la necesidad del límite”, *Lavoro e Diritto*, 36/2/2022, pp. 255-256.

<sup>37</sup> Art. 1, España. Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Ecológica. (BOE, n. 121, de 21-05-2021, pp. 62009-62052).

a propuesta de varios ministerios y “con la participación de las Comunidades Autónomas y a los agentes sociales” (art. 27.1 LCCTE).

En segundo lugar, los convenios de transición justa (CTJ) los cuales tienen el objetivo “de fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones”. No obstante, algo parecido a lo anterior sucede cuando es momento de fomentar la participación de los actores sociales pues se prevé que los CTJ “en los que las Comunidades Autónomas participarán de acuerdo con el ámbito de sus competencias, se suscribirán entre el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico [...] y otras Administraciones Públicas, en particular, Entidades Locales de áreas geográficas vulnerables a la transición hacia una economía baja en carbono”. En este sentido, los sindicatos no tienen ninguna fuerza vinculante a la hora de negociar dichos CTJ más allá de una posible intervención, disponiéndose que se “fomentará la participación de empresas, organizaciones de los sectores empresariales y organizaciones sindicales”<sup>38</sup>, es decir, que sigue sin saberse hasta qué punto se materializa dicha participación o qué fuerza decisoria tienen los sindicatos. A ello, cabe añadir la gran ambigüedad de dichos instrumentos pues “parece faltar precisión en cuanto al horizonte a alcanzar en esa transición justa, los plazos para su negociación y adopción en cada territorio en concreto para que el convenio de transición justa no se convierta en un remedio ofrecido una vez ya se ha producido el daño laboral”<sup>39</sup>.

Ambas situaciones apoyan lo ya señalado por ESCRIBANO GUTIÉRREZ en relación con “la falta de creación de instrumentos eficaces de los sujetos afectados” pues no se prevé un rol decisorio de los agentes sociales y mucho menos de la representación de las personas trabajadoras<sup>40</sup>. Idea que se refuerza cuando se consultan los CTJ que existen hasta el momento – un total de quince<sup>41</sup> –, pues ningún sindicato ha sido parte firmante de los mismos – como ya se ha señalado, los sindicatos no son parte negociadora de los mismos – pero, además, en los procesos de participación, el número de sindicatos en tanto que “agente participante” dista mucho en representatividad del total de empresas y asociaciones

<sup>38</sup> Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, *Estrategia de Transición Justa*, MTERD, Madrid, 2019, pp. 45-46.

<sup>39</sup> Álvarez Cuesta, H., “La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10/1/22, pp. 329-330.

<sup>40</sup> Escribano Gutiérrez, J., “Diálogo social y nuevo pacto verde: la...”, *Op. Cit.*, RDS, 98/2022, pp. 202-203.

<sup>41</sup> Concretamente involucrando a 197 municipios en regiones de 8 Comunidades Autónomas: Andalucía, Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Castilla y León con el País Vasco, Galicia y las Islas Baleares. *Vid.* [https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Convenios\\_transicion\\_justa/Convenios.aspx](https://www.transicionjusta.gob.es/es-es/Paginas/Convenios_transicion_justa/Convenios.aspx)

empresariales participantes en las conversaciones; siendo en ocasiones – los sindicatos – los participantes con menor representación, siendo superados incluso por los particulares (véase la siguiente tabla).

| AGENTES PARTICIPANTES                                        | Bierzo-Laciana | Montaña Central | As Pontes | Meirama | Aragón | Valle del Nalón | Sur-occidente | Guardo Velilla |
|--------------------------------------------------------------|----------------|-----------------|-----------|---------|--------|-----------------|---------------|----------------|
| Adm. Autonómica o General del Estado                         | 16             | 10              | 3         | 4       | 5      | 1               | 1             | 13             |
| Ayuntamientos y Entes Regionales                             | 36             | 12              | 4         | 5       | 28     | 6               | 8             | 16             |
| Empresas y Asoc. Empresariales                               | 64             | 31              | 36        | 24      | 40     | 25              | 20            | 18             |
| Grupos de desarrollo local, Fundaciones, Asoc. y Org. de I+D | 33             | 11              | 8         | 7       | 7      | 9               | 10            | 14             |
| Particulares                                                 | 9              | 0               | 1         | 0       | 1      | 1               | 1             | 9              |
| Sindicatos                                                   | 3              | 2               | 3         | 6       | 7      | 5               | 2             | 1              |
| Otros                                                        | 0              | 3               | 1         | 0       | 3      | 0               | 0             | 0              |

Tabla 1: N°. de agentes participantes (por categoría) en algunos de los CTJ firmados. Fuente: elaboración propia.

3. LOSACTORESSOCIALESINVOLUCRADOSENLA PROTECCIÓN AMBIENTAL

Es lógico pensar que los poderes públicos deben ser los primeros en establecer un régimen jurídico en el que se pueda, sobre la base del Derecho Laboral, fomentar la participación en los aspectos medioambientales de la empresa<sup>42</sup>. Este objetivo puede alcanzarse ya sea mediante el aumento de las facultades de los representantes o bien a partir de la creación de figuras que versen sobre el cuidado ambiental en la empresa (como es el caso del delegado ambiental). No obstante, y en su defecto, resulta primordial analizar el papel de las organizaciones sindicales y empresariales a la hora de establecer mecanismos en este sentido.

Haciendo referencia a los sindicatos, cabe decir que juegan un importante rol a la hora de fortalecer la participación en materia ambiental como también de

<sup>42</sup> Poschen, P., *Decent Work, Green Jobs and the Sustainable Economy: Solutions for Climate Change and Sustainable Development*, Greenleaf Publishing Limited, Sheffield, 2015, pp. 28-29.

defender los derechos ambientales a nivel laboral<sup>43</sup>. Esta afirmación no era tan clara hace un tiempo, pues la materia ambiental distaba de la laboral. Es más, la defensa del medio natural se concebía, por parte de estos actores, como un límite al progreso de los intereses de las personas trabajadoras<sup>44</sup>, idea que aún está presente en algunos círculos<sup>45</sup>. Fue en los años 50 cuando se produjo la primera manifestación a favor del cuidado ambiental por parte de sindicatos australianos del sector de la construcción<sup>46</sup>. A partir de entonces la implicación ambiental de los mismos ha ido en aumento tanto a nivel internacional como nacional<sup>47</sup> hasta llegar al punto de que estos son los actores que más esfuerzos dedican a la conexión entre trabajo y medio ambiente<sup>48</sup>. Tanto es así, que, a nivel internacional, la Confederación Sindical Internacional (CSI) estableció en sus propios estatutos el objetivo de garantizar la protección ambiental del trabajo<sup>49</sup>. A su vez, a nivel nacional, UGT<sup>50</sup> y CCOO<sup>51</sup> (entre otros) contienen premisas al respecto en sus estatutos.

Sin embargo, al margen de que los propios sindicatos asuman compromisos en *pro* del cuidado ambiental, una función que estos deben ejercer es la de *lobby* contra los poderes públicos. Esto tiene su origen en la doble finalidad que tienen atribuida según lo establecido en el art. 7 CE de defender y promover mejoras de los intereses de las personas trabajadoras<sup>52</sup>. En efecto, dicha finalidad otorgada a

<sup>43</sup> Escribano Gutiérrez, J., “Trabajo y Medio Ambiente: perspectivas jurídico laborales”, en VV.AA., *La ecología del trabajo... Op. Cit.*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 136-137.

<sup>44</sup> García-Muñoz Alhambra, M. A., “Derecho del trabajo y ecología: repensar el trabajo para un cambio de modelo productivo y de civilización que tenga en cuenta la dimensión medioambiental”, en VV.AA., *La ecología del trabajo... Op. Cit.*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 47-48.

<sup>45</sup> Ejemplo de ello es la limitación del derecho de huelga en industrias con implicaciones ambientales con el objetivo de prevenir desastres ambientales. En este sentido se pronuncia Bugada, A., “L’influence du droit de l’environnement sur le droit du travail”, *Semaine Sociale Lamy*, 1232/2005, pp. 11-13.

<sup>46</sup> Rivas Vallejo, P., “La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales”, *Tribuna Social*, 103/1999, pp. 17-18.

<sup>47</sup> Garí Ramos, M., “Naturaleza, Trabajo y Sindicalismo”, en VV.AA., *La ecología del trabajo... Op. Cit.*, Bomarzo, Albacete, 2015, pp. 177-179.

<sup>48</sup> Tomassetti, P., “Conversione ecologica degli ambienti di lavoro, sindacato e salari”, *Diritto delle relazioni Industriali*, 25/2/2015, pp. 365-366.

<sup>49</sup> Disponibles en: [https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc\\_constitution\\_2019\\_es.pdf](https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc_constitution_2019_es.pdf)

<sup>50</sup> El art. 7.2.h de sus estatutos establece la tarea de “Velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente”. Disponible en: <https://www.ugt.es/estatutos-confederales-43-congreso-confederal-de-ugt>

<sup>51</sup> El art. 1.H de sus estatutos establece las orientaciones de las actividades sindicales en relación con “La protección del medio ambiente, la consecución de un modelo de desarrollo sostenible y la soberanía y seguridad alimentaria”. Disponible en: <https://www.ccoo.es/58f7e0e162eb9e89f66d40a25eed2cf3000001.pdf>

<sup>52</sup> Martínez Abascal, V. A. y Herrero Martín, J. B., *Sistema de Derecho del Trabajo*, Publicacions URV, Tarragona, 2015, pp. 637-638.



los sindicatos debe ayudar a la promoción de normas afines a una mayor y mejor participación de las personas trabajadoras en materia ambiental en el entorno laboral.

Esta potestad ha sido utilizada por los sindicatos españoles mediante acciones llevadas a cabo a iniciativa propia y su cada vez más activa participación en conversaciones a nivel sectorial y estatal en ámbitos en los que, *a priori*, la presencia sindical no es tan clara. En este sentido destacan las diversas acciones llevadas a cabo por los departamentos de dichos sindicatos especializados en la materia – el Área de Acción Climática y Transición Ecológica Justa de la UGT y la Secretaría de Medioambiente, Igualdad y Movimientos Sociales de CCOO (entre otros sindicatos) – los cuales tienen como objetivo promocionar las relaciones entre medio natural y sectores industriales con importantes implicaciones en el mismo. En cuanto a estas acciones podrían destacarse, a título meramente ejemplificativo:

- La elaboración de guías para representantes con funciones en la protección ambiental<sup>53</sup>.
- El impulso de UGT de la “mesa de diálogo para un acuerdo estratégico por la energía”.
- La colaboración de los sindicatos con el Ministerio de Transición Justa y Reto Demográfico en la creación de “Herramientas Laborales para la Transición Justa (HELP-TJ)” destinadas a la mejora de la formación de representantes y personas trabajadoras en la materia.
- La promoción del debate sobre la protección ambiental en el entorno laboral a nivel estatal, sectorial a la vez que regional a partir de Congresos Confederales de los diferentes sindicatos españoles o la organización de actividades regionales de concienciación.
- El control de políticas estatales que no alcanzan los compromisos ambientales adquiridos<sup>54</sup>.
- El diálogo activo con organizaciones ecologistas y en debates internacionales siendo destacables los diferentes actos organizados por diversos sindicatos y organizaciones como CONAMA o ECOEMBES y la presencia de diversos sindicatos en las Conferencias de las Partes del Convenio Marco de las Naciones Unidas contra el Cambio Climático<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Véase la Guía Básica de Intervención Ambiental para Delegados/as o las publicaciones del Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud de CCOO

<sup>54</sup> Véase la crítica a la “insuficiente” Estrategia Española de Economía Circular 2030 por parte de los sindicatos mayoritarios españoles

<sup>55</sup> Toda esta información puede encontrarse en los portales de medio ambiente de cada uno de los sindicatos referenciados. Para más información *Vid.* [https://www.ccoo.es/Salud\\_y\\_Sostenibilidad/Actualidad](https://www.ccoo.es/Salud_y_Sostenibilidad/Actualidad) y <https://www.ugt.es/ugt-en-verde-0>.

También en relación con esta finalidad de carácter socio-político de los sindicatos pero desde un punto de vista más institucionalizado, puede destacarse el art. 9 del Real Decreto 2355/2004 por el que se regulan la estructura y funciones del Consejo Asesor de Medio Ambiente, que establece un importante papel a los sindicatos y a la patronal en el análisis de “los avances en la elaboración y puesta en práctica de la Estrategia española de desarrollo sostenible”<sup>56</sup>, siendo estos quienes trazarán el camino hacia la sostenibilidad en diversos sectores<sup>57</sup>.

Aparecen, además, nuevas formas de representación con un marcado acento ambiental como es el caso del “eco-sindicalismo”, concepto nacido de un esfuerzo conjunto entre las organizaciones sindicales y ecologistas y centrado en la lucha en favor de los derechos laborales y la defensa de los ecosistemas, ríos, bosques, atmósfera, etc. Esto no supone que las funciones clásicas de los sindicatos decaigan, más bien lo contrario, pues la CSI ya estableció como suya la lucha en favor de los derechos laborales implicando a su vez, la defensa del medio natural<sup>58</sup>.

Sin embargo, aun estableciéndose estas funciones, su implementación por nuestros sindicatos ha sido históricamente escasa, al estar inmersos en una crisis tanto económica, por la precariedad de la economía española, como estructural a causa de la disminución de la afiliación traduciendo en una pérdida de la fuerza sindical<sup>59</sup>. Consecuentemente, es lógico afirmar que la presión de los sindicatos como lobby en materia medioambiental, se verá afectada del mismo modo que lo han sido todas aquellas luchas laborales mantenidas por los sindicatos durante los últimos años frente a la precariedad laboral. A esto, cabe añadir que la última reforma laboral de 2021, no incluía ningún precepto de corte ambiental lo que denota la falta de implicación de los actores en la inclusión de esta materia en la normativa laboral.

Es ante esta realidad en la que las fuerzas sindicales deben utilizar sus potestades e intentar ir más allá en relación con la protección ambiental en el entorno laboral. Esto quiere decir, no proteger el medio natural solamente en la esfera de la seguridad y salud en el trabajo – lo que en realidad sería proteger la seguridad y

<sup>56</sup> España. Real Decreto 2355/2004, de 23 de diciembre, sobre la Estructura y Funciones del Consejo Asesor de Medio Ambiente. (BOE, n. 12, 14-01-2005, pp. 1527-1529).

<sup>57</sup> Aspecto que confronta con la limitada presencia de dichos actores en la negociación de los CTJ.

<sup>58</sup> Álvarez Cuesta, H., “El papel de los sindicatos en la promoción del empleo verde”, en VV.AA., *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo V* (L. Mella Méndez, Dir. y N. Maggi-Germain, Coord.), Peter Lang, Bern, 2017, pp. 279-280.

<sup>59</sup> Barranco, O. y Molina, O., “Sindicalismo y crisis económica: amenazas, retos y oportunidades”, *Revista Interdisciplinària sobre la Cultura de la Ciutat*, n. 2/2014, pp. 177-179. A este respecto, cabrá identificar el protagonismo de los sindicatos después de la última reforma laboral de 2021, que aparentemente, puede suponer aspectos positivos, aunque el engranaje normativo sobre la materia no se resume solamente al Derecho Laboral, sino que, al ser un ámbito marcadamente interdisciplinar, otras normas como la LCCTE juegan un rol importante.

salud de las personas – sino posicionar a los sindicatos como verdaderos agentes de cambio a partir de la promoción de las herramientas que ya tienen a su alcance desde una óptica “verde”. Según la OIT, para llegar a tal objetivo sería necesario que las organizaciones sindicales respondieran a diversos comportamientos<sup>60</sup>:

- “Ser proactivos y definir estrategias de transición justa para el futuro”. Esto se debe a que los compromisos adquiridos por los estados van a suponer a medio y largo plazo la afectación de diversos puestos de trabajo y ello conlleva la necesaria protección de las personas trabajadoras que resultarán afectadas, a poder ser, de una forma proactiva, es decir, previniendo la afectación y preparando a las personas trabajadoras con más probabilidad de vivir las consecuencias de la des-carbonización y las políticas contra el cambio climático.
- “Implicarse a todos los niveles”. Esto quiere decir utilizar el diálogo social como herramienta para enfrentar las consecuencias de la transición verde. Se trata de participar en la toma de decisiones con gobiernos y organizaciones ecologistas, aprovechando las herramientas del Derecho Laboral con el objetivo de establecer mecanismos de protección a todos los niveles (empresa, sectorial y estatal).
- “Establecer coaliciones”. Esto es, estar preparados en aquellos casos en los que las políticas tanto empresariales como gubernamentales vayan en detrimento de la protección de las personas trabajadoras y sea necesario poner en marcha acciones de protesta y movilización para así cambiar el rumbo de dichas políticas unilaterales<sup>61</sup>.
- “Gestionar transiciones del mercado laboral”. Seguir llevando a cabo la tarea de investigación y transferencia en relación con medidas que guíen a los sectores más afectados a superar y afrontar las posibles consecuencias de las políticas de transición verde a partir de buenas prácticas y políticas sindicales. Ahora bien, será necesario el compromiso de los poderes públicos y las empresas en la implementación de las mismas.
- “Desarrollar enfoques innovadores de cara al futuro”. Es decir, no solamente centrarse en la protección antes, durante y después de la vida laboral (por ejemplo, la protección de la salud o las medidas de reestructuración<sup>62</sup>) sino ir

<sup>60</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos: Reseña de políticas OIT-ACTRAV*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, pp. 14-15.

<sup>61</sup> *Vid.* Escribano Gutiérrez, J., “Conflicto laboral y conflicto medioambiental: posibles confluencias”, *Documentación Laboral*, 128/1/2023, pp. 35-49.

<sup>62</sup> Sobre la reestructuración de empresas y transición justa *Vid.* Canalda Criado, S., “Transición socialmente justa y procesos de reestructuración empresarial en clave verde”, *Documentación Laboral*, 128/1/2023, pp. 103-124.

más allá y pretender la mejora del medio natural con medidas de lucha contra el cambio climático y la contaminación.

Además de las organizaciones sindicales, debe destacarse también el rol de las organizaciones empresariales, a las que en virtud del art. 7 CE, se las dota de un cuadro normativo equiparable al de los sindicatos, al señalar que “las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”<sup>63</sup>.

La diferencia entre unos y otras reside en que, por una parte, los sindicatos ven como una posible mejora de la competitividad de la empresa el abordar la materia medioambiental, mientras que, por otra, las empresas – en mayor medida las PYMES – lo perciben como una limitación a su crecimiento económico. Esta tendencia, en el caso de la mediana empresa, se debe a los métodos de gestión y el coste a corto plazo que supone la mejora ambiental en relación con las ganancias que ésta percibe. Pero en realidad no se tienen en cuenta las posibles mejoras de la competitividad que se pueden llegar a generar gracias a la inversión empresarial en materia ambiental<sup>64</sup>. Dicho en otras palabras, cada vez más las mejoras ambientales se conciben como beneficiosas para las personas trabajadoras, y por ello, los sindicatos pretenden fomentarlas. En la misma línea debería posicionarse también la patronal puesto que las mejoras ambientales a largo plazo son positivas para la competitividad de las empresas además de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones ambientales a las que estas deben atender.

Ahora bien, este sentimiento no parece estar presente en el día a día de las empresas. Un claro ejemplo de ello es la falta de compromiso con la protección ambiental en el momento de elegir las herramientas de gestión ambiental. Esto se debe a que muchas de las empresas europeas acaban optando por el Sistema de Gestión Ambiental UNE-ISO 14001:2015 de las Naciones Unidas<sup>65</sup> con obligaciones ambientales más ambiguas que el Sistema Comunitario EMAS<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, (BOE, n. 311, 29-12-1978, pp. 29313-29424).

<sup>64</sup> Cerda Urritia, A., *Empresa, Competitividad y Ambiente*, Escuela de Ciencias Económicas, Talca, 2005, pp. 3-4.

<sup>65</sup> Organización Internacional de Estandarización. Disponible en: <https://www.iso.org/fr/standard/60857.html>.

<sup>66</sup> Goñi Sein, J. L., “Protección legal e instrumentos de tutela del medio ambiente natural y laboral”, *CISS. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 231/2010, pp. 21-22.

#### 4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Llegados a este punto cabe analizar cuál podría ser el instrumento adecuado para incorporar la protección ambiental a nivel laboral. El cauce perfecto para realizarlo sería, como ya se ha argumentado, la negociación colectiva, mediante la cual pueden crearse normas de obligado cumplimiento tanto para la empresa como para las personas trabajadoras. Es más, esta herramienta deviene “un instrumento valioso y útil para alcanzar acuerdos entre las partes sociales en orden a la mejora de la gestión medioambiental en la empresa”<sup>67</sup>.

El art. 37.1 CE señala que, “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”. De esta redacción constitucional pueden extraerse diferentes elementos que configuran la negociación colectiva. El primero de ellos, es el elemento constitutivo por ser un derecho reconocido constitucionalmente. El segundo es el subjetivo, por el que la titularidad de la negociación reside en los representantes tanto de trabajadores/as como de empresarios/as, seguido del elemento objetivo que engloba dos caracteres, por una parte, el carácter laboral de la negociación colectiva, dejando fuera la participación que pudieran tener los estamentos públicos, y por otra, el amplio contenido de dicha negociación, incluyéndose toda materia laboral que afecte a personas empleadoras y trabajadoras. Finalmente, se encuentra el elemento aplicativo, el cual dota de eficacia normativa y fuerza vinculante a los convenios colectivos<sup>68</sup> emanados de las negociaciones. De aquí que resaltemos esta figura en la materia que nos ocupa.

En consecuencia, el convenio colectivo acaba siendo una herramienta mediante la cual se puede regular toda materia que afecte tanto a personas trabajadoras como a empresas, y así se establece en el art. 85 ET el cual dispone que “dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”. Así pues, los aspectos ambientales entrarían en dicho ámbito<sup>69</sup> puesto que es indiscutible, en nuestra opinión, su carácter de condición de empleo al tratarse de una cuestión que afecta al ámbito de las relaciones de personas trabajadoras con la empresa y sus representantes.

<sup>67</sup> Rivas Vallejo, P., “La protección del medio ambiente en...”, *Op. Cit.*, TS, 103/1999, pp. 21-22.

<sup>68</sup> Martínez Abascal, V. A. y Herrero Martín, J. B., *Sistema...*, *Op. Cit.*, Publicacions URV, Tarragona, 2015, pp. 760-761.

<sup>69</sup> Fernández Avilés, J. A., “Gestión Medioambiental y Negociación Colectiva: Potencialidades y Límites”, en AA.VV., *Aspectos Medioambientales...*, *Op. Cit.*, Ed. Laborum, Murcia, 2013, pp. 128-129.

Es aquí donde identificamos la negociación colectiva como el instrumento perfecto para incorporar la protección ambiental en la empresa, salvando la escasa atención normativa, dado que los directamente implicados en los procesos productivos son quienes mejor conocen las medidas que cabrían aplicar en cada situación. Desde esta perspectiva y considerando el medio ambiente como parte de la negociación colectiva, el único límite al contenido medioambiental de los convenios colectivos será el que la ley pueda establecer<sup>70</sup>.

La negociación colectiva deviene así en una herramienta principal en relación con la protección ambiental a nivel laboral pues el diálogo social es imprescindible en la consecución de este objetivo<sup>71</sup>. En este sentido, los representantes de las personas trabajadoras podrían negociar con los representantes empresariales las condiciones laborales de carácter ambiental (aspectos que, sin duda, afectan a ambos e incluso a terceros no relacionados con ellos). Por otra parte, las negociaciones llevadas a cabo por los agentes sociales se materializarán en acuerdos, los cuales pueden contener preceptos ambientales de obligado cumplimiento; aspecto que no presenta problema alguno en relación con el contenido del convenio pues las condiciones ambientales en el trabajo son a su vez condiciones laborales<sup>72</sup>.

En definitiva, los convenios colectivos, como bien afirma BARRIOS BAUDOR “constituyen una de las fuentes más ricas, inagotables y dinámicas del Derecho del Trabajo. El estudio de sus contenidos permite descender desde la abstracción y generalidad de la construcción legal a un terreno mucho más cercano a la realidad cotidiana que es, en definitiva, donde está llamado a operar la totalidad del ordenamiento jurídico”<sup>73</sup>. Sin embargo, es preciso que esta herramienta sea el complemento de una norma de rango legal que incorpore la perspectiva ambiental. En este sentido destacamos la propuesta de MONEREO PÉREZ acerca de la necesidad de una norma integral que prevea la situación ambiental en la empresa sin limitarse al medio ambiente interno y previniendo las consecuencias ambientales externas de la actividad empresarial<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Garrigues Jiménez, A., “La negociación colectiva en materia medioambiental: Amenazas y Fortalezas”, en AA.VV., *Aspectos Medioambientales...*, Op. Cit., Ed. Laborum, Murcia, 2013, pp. 158-159.

<sup>71</sup> Chacartegui Jávega, C., “Workers’ participation and green governance”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, n. 40/1/2018, pp. 97-98.

<sup>72</sup> Vid. Chacartegui Jávega, C., *Negociación colectiva y sostenibilidad...* Op. Cit., Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 1-107 y Escribano Gutiérrez, J., *Labour and Environmental Sustainability: Comparative Report*, ADAPT University Press, Bergamo, 2020, pp. 1-56.

<sup>73</sup> Barrios Baudor, G., “La negociación colectiva en materia medioambiental: resultados, capacidades y posibilidades”, en AA.VV., *Aspectos Medioambientales...*, Op. Cit., Ed. Laborum, Murcia, 2013, pp. 289-290.

<sup>74</sup> Monereo Pérez, J. L., “Medio ambiente de trabajo y...”, Op. Cit., RL, 1/2009, pp. 527-533.

No obstante, si bien es cierto que a partir de la negociación colectiva se pueden llegar a entendimientos entre las partes que pueden mejorar las condiciones laborales incluyendo los aspectos ambientales, la realidad es que la prioridad ambiental no destaca, siendo los aspectos clásicos de la negociación colectiva – salarios, tiempo de trabajo, permisos, vacaciones... – los que están presentes en las mesas de negociación y no las preocupaciones ambientales. Esta aseveración se lleva a cabo para observar la triste realidad en la que se encuentra la sostenibilidad ambiental en el marco de la negociación colectiva en comparación con otras materias que históricamente sí han sido parte del contenido de los convenios colectivos.

Esta realidad va a sufrir un cambio a corto plazo pues las preocupaciones ambientales van en aumento y el contenido de los convenios colectivos será cada vez más verde. Sin embargo, actualmente las herramientas del Derecho del Trabajo, y más concretamente, la negociación colectiva, no está obteniendo todo el rédito que podría tener<sup>75</sup>. Cabe decir en todo caso, que esta falta de atención a la protección ambiental está a su vez condicionada por el modelo sindical en el que nos encontremos. A este respecto, son dos los aspectos a destacar. En primer lugar, los modelos sindicales centralizados que presentan una equiparación de poderes entre las partes tienen una mayor probabilidad de que la aplicación del contenido – ambiental – del convenio se lleve de forma satisfactoria a diferencia de aquellos en los que la parte empresarial presenta una mayor fuerza de negociación evitando la inclusión de cláusulas ambientales. En segundo lugar, en los sistemas – como el español – en los que el contenido del convenio es aplicable a la totalidad de personas trabajadoras incluidas en el ámbito personal del convenio tendrá una aplicación más generalizada que en aquellos modelos en los que el contenido del convenio solo sea de aplicación a las sindicadas<sup>76</sup>; lo que a su vez supondrá una importante limitación en la protección del medio natural pues las cláusulas ambientales no serán de aplicación a la totalidad de las personas trabajadoras cuando en realidad todas ellas viven en un mismo medio natural.

Finalmente, otro de los retos que debe afrontar la negociación colectiva en relación con la protección ambiental, es el relativo a su alcance. No solo debe atenderse a la protección de la salud ambiental en el trabajo, sino que la negociación colectiva debe marcarse objetivos más ambiciosos y tratar de mejorar la situación del aire, los suelos, la biodiversidad, la lucha contra el cambio climático<sup>77</sup> entre

<sup>75</sup> Chacartegui Jávega, C., “Sostenibilidad y Trabajo Decente: el papel de los agentes sociales”, *Documentación Laboral*, 128/1/2023, pp. 59-60.

<sup>76</sup> Escribano Gutiérrez, J., *Labour and...*, Op. Cit., ADAPT University Press, Bergamo, 2020, pp. 18-19.

<sup>77</sup> *Vid.* en lo referente al cambio climático: Martín-Pozuelo López, A., “Las personas trabajadoras como actrices en la lucha contra el cambio climático: propuesta de impulso normativo con mirada comparada al derecho francés”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 13/1/2023, pp. 1-43; Álvarez Cuesta, H., “Climate Change and Workers’ representation”, en

otros muchos retos ambientales. Ya existen ejemplos en los que se han incorporado cláusulas en convenios colectivos con el fin de ir más allá y luchar contra la degradación ambiental y promocionar una economía circular todo identificando que dichas cláusulas suponen no solo la mejora del medio natural sino también la promoción de las condiciones laborales y el bienestar de las personas trabajadoras. A título de ejemplo, este sería el caso de la “remuneración sostenible” a partir de bonos ecológicos<sup>78</sup>.

## 5. BREVE REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES VINCULADAS A LA ACTIVIDAD QUÍMICA

Hasta hace relativamente poco en los convenios colectivos rara vez se hacía referencia al cuidado del medio ambiente. No obstante, cada vez va cobrando más importancia la materia medioambiental a nivel laboral<sup>79</sup> en diversos sectores como el cementero<sup>80</sup>, la construcción<sup>81</sup>, el transporte<sup>82</sup> o el químico. Esto se debe a una mayor sensibilización ambiental tanto en el plano social como en el jurídico. Sin embargo, aunque la negociación colectiva avanza todavía estamos lejos de considerar la materia ambiental como uno de sus contenidos esenciales<sup>83</sup>.

La doctrina al analizar las diferentes manifestaciones ambientales en los convenios colectivos las clasifica en diferentes grupos de cláusulas según su temática: declaraciones generales no obligatorias (declaraciones de intenciones/

AA.VV., *Labour Law and...*, *Op. Cit.*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 157-175. Miñarro Yanini, M., “La proyección de la emergencia climática y la transición ecológica en el ámbito laboral”, *Documentación Laboral*, 128/1/2023, pp. 70-80.

<sup>78</sup> Bruus, S. y Huybrechts, S., “sustainability through collective labour agreements”, en AA.VV., *Labour Law and...*, *Op. Cit.*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 190-193. Aunque ello genere dudas acerca de si sería una percepción salarial o extrasalarial a tenor de lo establecido por la STS de 14 de septiembre de 2021 como bien indica en Chacartegui Jávega, C., “Sostenibilidad y Trabajo Decente...”, *Op. Cit.*, DL 128/1/2023, pp. 62-63.

<sup>79</sup> Sastre Ibarreche, R., “Cláusulas medioambientales y prevención de riesgos en la negociación colectiva”, en AA.VV. *Estudios sobre negociación y convenios colectivos* (M. Álvarez de la Rosa, M. C. Palomeque López, M. Isabel Ramos Quintana y J. Saavedra Acevedo, Coord.), Centro de Estudios Ramón Acero, Madrid, 2003, p. 425.

<sup>80</sup> Álvarez Cuesta, H., “La sostenibilidad ambiental y social en el sector cementero”, *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 48/2018, pp. 428-430.

<sup>81</sup> Rodríguez Escanciano, S. “Empleo y urbanismo sostenible”, *Revista Jurídica de Castilla-León*, 39/2016, p. 7.

<sup>82</sup> Martínez Barroso, M. R., “Una tímida, pero creciente apuesta de la negociación colectiva por los planes de movilidad sostenible”, en AA.VV., *Los Nuevos escenarios y Nuevos contenidos de la negociación colectiva. Informes y estudios relaciones laborales* (J. J. Fernández Domínguez, Dir.), Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2020, pp. 707-711.

<sup>83</sup> Falguera Baró, M. A., “La Negociación Colectiva en materia Medioambiental”, en AA.VV., *Aspectos Medioambientales...*, *Op. Cit.*, Ed. Laborum, Murcia, 2013, pp. 140-141.



programáticas), regulación del derecho a la información en materia ambiental, medios de participación a través del establecimiento de instrumentos o figuras de representación, creación de cláusulas de gestión de residuos y regulación de planes formativos en la materia<sup>84</sup>, permisos retribuidos para quienes desarrollen una labor de cuidado del medio natural o incentivos que fomenten la participación de los empleados en relación al funcionamiento de la actividad empresarial y la ecología<sup>85</sup>.

Para ver hasta qué punto se está atendiendo al medio ambiente en el trabajo y si este está siendo observado desde una óptica interdisciplinar y sin fronteras entre medio ambiente interno y externo a la empresa, el presente apartado pretende mostrar el avance de los convenios colectivos en la materia en los últimos años. Para ello, se ha decidido acotar el estudio bajo dos criterios, uno cronológico y otro material. El primero hace referencia a todos aquellos convenios acordados a partir del 2021 y que a día de hoy siguen en vigor. El segundo se refiere a los convenios tanto de empresa como sectoriales que tienen vinculación con la industria química en cuanto que resulta ser una de las industrias con mayor incidencia en el medio natural<sup>86</sup>.

De los convenios colectivos estudiados se han podido extraer diversas tipologías de cláusulas ambientales siguiendo, en la medida de lo posible, la clasificación señalada anteriormente por la doctrina y que pueden identificarse resaltadas a continuación.

En primer lugar, destacan las cláusulas sobre medios de participación a través del establecimiento de instrumentos o figuras de representación, que, a su vez, hemos dividido en dos categorías para su mejor comprensión: (a) los órganos colegiados, es decir, formados por representantes de las personas trabajadoras y de la empresa que actúan o bien a nivel sectorial o a nivel empresarial y (b) la representación legal de las personas trabajadoras.

En la primera categoría se observan dos órganos con funciones en materia ambiental que actúan a nivel sectorial. Se trata de:

- Comité Mixto de Seguridad y Salud en el Trabajo y Medio Ambiente regulado en el art. 70.11 Convenio Química, el cual juega el rol de la más

<sup>84</sup> Ídem. pp. 143-144.

<sup>85</sup> Álvarez Cuesta, H., “El papel de los sindicatos en...”, *Op. Cit.*, RGDTS, 48/2018, pp. 291-292.

<sup>86</sup> Concretamente, se han analizado las cláusulas ambientales de nueve convenios colectivos, entre los cuales se el Convenio colectivo general de la industria química de aplicación en todas aquellas empresas que realicen una actividad química, siendo a su vez la norma de carácter mínimo para el sector: Resolución de la Dirección General de Trabajo de 7 de julio de 2021, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo general de la industria química. (BOE, n. 171, de 19-07-2021, pp. 86274-86412); (Convenio Química).

alta representación en materia ambiental en el sector, siendo “*grosso modo*” el encargado de abordar las prioridades ambientales que se identifican en esta industria. A nivel ambiental este comité ostenta funciones concretas como la de “velar y orientar para conseguir en el ámbito de las empresas las adecuadas condiciones de trabajo y medio ambiente” y, además, sus miembros podrán ser asistidos por personas con formación en la materia. Esto último es destacable pues la especificidad de la materia ambiental en la empresa requiere de una formación especializada. Otras tareas a destacar de este comité, aun no siendo de carácter ambiental son las de “recabar la información necesaria para atender a sus propios fines a través de las organizaciones y empresas de la industria química [...] mantener reuniones periódicas, de carácter semestral o periodicidad que pueda acordarse, levantándose acta del contenido de las mismas [y] emitir informes a requerimiento de las partes acerca de los problemas y cuestiones que plantee el correcto y adecuado tratamiento de la seguridad y salud en el trabajo en la industria química, así como su repercusión hacia el exterior del propio sector y opinión pública” (art. 70.11.1 Convenio Química), lo cual es de gran importancia pues se establece un mecanismo de comunicación con el exterior de la empresa, que en cuanto a aspectos ambientales se refiere, es fundamental.

- El segundo órgano a destacar, aunque con un papel más residual en la materia es la Comisión Mixta como “órgano de interpretación, conciliación y vigilancia del cumplimiento colectivo del Convenio” (art. 95 Convenio Química), aunque sus competencias se resumen en: (a) “ser informados de los trabajos, sugerencias y estudios realizados por el Comité Mixto de Seguridad y Salud en el Trabajo y Medio Ambiente” (art. 99.8.3 Convenio Química) y (b) “constituir un Registro de Delegados de Medio Ambiente” (art. 99.12 Convenio Química); aspecto que permite conocer y mantener informada a la red de delegados ambientales de las empresas del sector.

También en el ámbito de los convenios de empresa encontramos previsiones referidas a la constitución de órganos colegiados. Estos normalmente llevan el nombre de Comité o Comisión de Seguridad, Salud y Medioambiente y tienen como objeto “velar por el cumplimiento de la norma” ambiental, “recibir información por escrito sobre la situación del Medioambiente” y “ser informado y participar, a petición de una de las partes, en las investigaciones de accidentes considerados graves y muy graves que ocurran en los centros de trabajo, así como en las investigaciones de accidentes o incidentes medioambientales graves o muy graves que se produzcan en los centros de trabajo y que afecten tanto a las instalaciones de la empresa, como al exterior de las mismas” (art. 25.E Convenio Ercros)<sup>87</sup>. También son órganos que normalmente participan “en la elaboración, puesta en

<sup>87</sup> Resolución de la Dirección General de Trabajo de 18 de octubre de 2022, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Ercros, SA. (BOE. n. 261, de 31-10-2022, pp. 148458-

práctica y evaluación de los planes de formación [...] y elaborar de propuestas alternativas o complementarias” al respecto. Además, están facultados para “emitir informes sobre aspectos ambientales de la empresa”. Cabe destacar que dicho órgano representa un gran avance en la materia pues se elimina la frontera – en la mayoría de los casos, ficticia – entre medio ambiente interno y externo a la empresa (art. 47 Convenio Fertiberia)<sup>88</sup>, pues las facultades de dicho comité son conocer sobre las consecuencias negativas al medio natural con origen en el centro de trabajo.

Finalmente, en relación con la representación legal de las personas trabajadoras – esto es la segunda categoría –, destacan los Delegados de Medio Ambiente. El art. 72 Convenio Química establece que “cada organización sindical que ostente la condición de más representativa en el ámbito estatal podrá designar en los centros de trabajo donde tenga presencia en los órganos unitarios de representación de los trabajadores un delegado de Medio Ambiente de entre los delegados de Prevención” reconociéndole una serie de funciones<sup>89</sup> que hacen posible una representación integral y completamente enfocada a la protección del medio ambiente, además

148503); (Convenio Ercros). En estas investigaciones también participan los Delegados Ambientales.

<sup>88</sup> Resolución de la Dirección General de Trabajo de 16 de enero de 2023, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Fertiberia, SA. (BOE. n. 22, de 26-01-23, pp. 11159-11245), (Convenio Fertiberia). Cabe decir que esta vinculación entre medio ambiente interno y externo se repite en el art. 71 Convenio Química en el que se vincula la salud humana con el medio ambiente y el sector químico y el art. 24 Convenio Ercros el cual se refiere al equilibrio de los sistemas naturales y la responsabilidad que presenta el sector químico.

<sup>89</sup> Dichas funciones, presentes en varios de los convenios analizados, son: “Colaborar con la Dirección de la empresa en la mejora de la acción medioambiental, en el marco de los principios generales definidos en el presente artículo, Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en el cumplimiento de la normativa medioambiental, Ejercer una labor de seguimiento sobre el cumplimiento de la normativa de medio ambiente, así como de las políticas y objetivos medioambientales que la empresa establezca, Recibir información sobre la puesta en marcha de nuevas tecnologías de las que se pudieran derivar riesgos medioambientales, así como sobre el desarrollo de sistemas de gestión medioambiental, Recibir de la empresa copia de la documentación que ésta venga obligada a facilitar a la administración pública en relación con emisiones, vertidos, generación de residuos, uso de agua y la energía y medidas de prevención de accidentes mayores, Proponer a la empresa la adopción de medidas tendentes a reducir los riesgos medioambientales y de mejora de la gestión medioambiental, Colaborar en el diseño y desarrollo de las acciones formativas en materias relacionadas con las obligaciones medioambientales de la empresa”, “Acompañar a los técnicos (incluidos la ITSS y la Inspección ambiental) en las auditorías internas y externas”, arts. 25 Convenio Ercros y 57.A.2.a Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de mayo de 2023, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de Repsol Química (BOE. n. 40, de 16-02-2023, pp. 23972-24068) (Convenio Repsol Química). Destaca también el tiempo de trabajo efectivo de los Delegados de Prevención en reuniones sobre medio ambiente (art.25.a Convenio Ercros). Aunque existen trabas a estas funciones *Vid.* art. 68 Resolución de la Dirección General de Trabajo de 16 de enero de 2023, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines. (BOE. n. 22, de 26-01-2023, pp. 11246-11326), (Convenio Perfumería) sobre el delegado ambiental sin crédito horario.

de incluir aspectos como la formación en materia ambiental, la participación en la dirección de la empresa, la facultad de proponer medidas con el objetivo de reducir riesgos ambientales o incluso, la facultad de “acompañar a los técnicos en las auditorías internas y externas” – incluidos la ITSS y la Inspección ambiental – (art. 57.A.2.a Convenio Repsol Química). En definitiva, es un instrumento muy válido para la consecución de los objetivos ambientales y no de forma aislada, sino que muestra una finalidad integradora. En definitiva, se configura como una figura representativa que puede hacer valer los derechos ambientales de las personas trabajadoras, para lo que es preciso de un alto conocimiento de la materia<sup>90</sup>. No obstante, hay que destacar que la tarea de representación en esta materia es de gran importancia a la vez que, de gran tecnicidad, aspectos que requieren una gran implicación por parte de esta representación en el desarrollo de sus funciones. En este sentido, el anterior convenio aplicable a la industria química establecía que el número de delegados de medio ambiente ascendía a dos a escoger entre los delegados de prevención, mientras que en la redacción actual todas las tareas relacionadas con la protección ambiental en el trabajo recaen en uno solo<sup>91</sup>. Es inevitable la crítica a este retroceso en materia ambiental dentro del sector químico pues dado que se trata de un convenio de mínimos, los demás convenios colectivos se limitarán a reducir el número de delegados ambientales salvo que el número acordado en ellos sea mayor.

En segundo lugar, cabe destacar que dentro de estas cláusulas de creación de órganos con competencia en materia ambiental se pueden observar mecanismos sobre la protección de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras cuando existe un riesgo ambiental y sobre la participación en relación con la formación ambiental en la empresa. Esto mismo se repite en aquellos convenios que presentan un capítulo dedicado al Medio Ambiente<sup>92</sup>, en los cuales se hace referencia a las potestades de diversos órganos en los que se establece la participación de las personas trabajadoras en la materia. Esto se lleva a cabo de dos formas mayoritariamente. En primer lugar, mediante cláusulas que comprenden derechos de información, consulta y participación de las personas trabajadoras a partir de los órganos de representación o incluso, de personas trabajadoras o agentes externos

<sup>90</sup> Gutiérrez Pérez, M., “El delegado de Medio Ambiente”, *Documentación Laboral*, 90/2010, pp. 135-136.

<sup>91</sup> Resolución de la Dirección General de Trabajo de 26 de julio de 2018, por la que se registra y publica el XIX Convenio colectivo general de la industria química (BOE, n. 191, de 08-08-2018, pp. 80030-80159). *Derogado*.

<sup>92</sup> Presente en gran parte de convenios analizados. *Vid.* art. 62 Convenio Repsol Química, art. 47 Convenio Fertilizantes, art. 71 Convenio Química y art. 68 Convenio Perfumería, art. 42 Resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de marzo de 2023, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo para el grupo Maxam. (BOE, n. 77, de 31-03-2023, pp. 47321-47382), (Convenio Maxam), art. 54 Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de mayo de 2023, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades. (BOE, n. 123, de 24-05-2023, pp. 71317-71382), (Convenio Repsol Lubricantes).

con nociones y experiencia avanzadas en la temática<sup>93</sup>. En segundo lugar, a partir de cláusulas de formación en la materia ambiental, las cuales destacan por su alto nivel de tecnicidad y complejidad que en algunos casos se hacen extensivas a los delegados de prevención y, en menor medida, a las personas trabajadoras<sup>94</sup>.

Es en estos capítulos, además, se inscriben un cuarto tipo de cláusulas ambientales en forma de declaraciones programáticas estableciendo el medio ambiente como un elemento crucial en aquellas empresas que lleven a cabo una actividad en el sector químico. Un ejemplo de ello son los preceptos sobre el valor superior del medio ambiente y el deber de las personas trabajadoras de observar las medidas ambientales en la empresa<sup>95</sup>. No obstante, la carencia de fuerza vinculante de dichas cláusulas no significa que no sean importantes pues son las que posteriormente dan paso a un quinto tipo de cláusulas ambientales sobre mecanismos voluntarios de protección ambiental en la empresa. En este sentido, el art. 73 Convenio Química establece la importancia de los compromisos voluntarios en relación con el “crecimiento económico, la protección ambiental y la equidad social”. A este respecto, el texto de dicho convenio obliga a las empresas participantes en estos programas a atender al principio de transparencia y a considerar la totalidad de la cadena de valor; aspecto que está íntimamente relacionado con el medio ambiente pues normalmente las consecuencias negativas del medio natural las sufren aquellas sociedades que no son beneficiarias del rédito económico de las empresas pero contienen los recursos naturales utilizadas por las mismas (esto es, el conocido como *sur global*). Es por todo ello que el art. 74 Convenio Química se marca como objetivo “promover [...] la adhesión de las empresas [del sector] al Programa internacional de la Industria Química «*Responsible Care*» y a la consecución de los objetivos pretendidos con esta iniciativa voluntaria, pública y activa de las empresas químicas” que no son otros que la “seguridad, la protección de la salud y del medio ambiente”. Además, esta medida va acompañada de la intención a nivel sectorial de alcanzar un “desarrollo competitivo y sostenible en la industria química para 2030” incluyendo la

<sup>93</sup> *Vid.* Arts. 67.1.2 Convenio Maxam, 49.1 Convenio Repsol Lubricantes y 58 ap. 4º Convenio Repsol Química; los cuales establecen mecanismos de consulta no solo a las personas competentes en materia de PRL y medio ambiente sino también a las personas trabajadoras en lo referente al impacto en factores ambientales de los cambios en la planificación, organización y nuevas tecnologías implementadas por la empresa.

<sup>94</sup> *Vid.* Art. 26 Convenio Ercros y art. 43.b Convenio Maxam o incluso, una formación específica en casos en los que la implicación ambiental en algunos centros de trabajo sea mayor (Anexo II Convenio Maxam) y el art. 72 Convenio Química, aunque en muchos de ellos se establezcan 20 horas de formación para los delegados ambientales, lo que resulta insuficiente pues el conocimiento requerido para la tarea no puede adquirirse en dicho tiempo. Aspecto que debe sumarse a la carencia de formación en materia ambiental a la totalidad de la empresa.

<sup>95</sup> *Vid.* Art. 9.5 Convenio Repsol Química y arts. 9 y 42 Convenio Maxam. Aunque destaca el retraso de la mejora de condiciones laborales por los costes de los retos ambientales de la empresa (antecedente 3.b Convenio Ercros).

descarbonización y la economía circular<sup>96</sup>. Todo ello supone superar la cultura que rodea los esquemas empresariales tradicionales, dando a entender que, en el futuro, solo aquellas empresas que aborden el trabajo decente (incluyendo el aspecto ambiental) tendrán más probabilidades de obtener resultados satisfactorios.

Hasta el momento, ha podido observarse que ambiente y prevención de riesgos laborales son materias cercanas. En este sentido, cobra importancia un sexto tipo de cláusulas ambientales referentes a la planificación de la prevención de riesgos laborales y ambientales<sup>97</sup>. Ejemplo de ello son los límites máximos de algunos contaminantes y agentes químicos a los que las personas trabajadoras pueden estar expuestas<sup>98</sup>. En este mismo sentido, también destacan herramientas concretas de algunos convenios colectivos como los planes anuales de actividades preventivas en el centro de trabajo, que tendrá en cuenta la evaluación ambiental del lugar de trabajo, los estudios de higiene sobre condiciones ambientales en el marco del Programa de Higiene Industrial de la empresa (arts. <sup>36 y 39</sup> Convenio Maxam), el registro periódico de los riesgos ambientales en los puestos de trabajo y su tratamiento en la planificación (art. 48 Convenio Repsol Lubricantes)<sup>99</sup> o aquellas herramientas que atienden al medio ambiente mediante la elaboración de manuales de autoprotección para indicar las actuaciones requeridas en caso de poner en peligro el medio ambiente de trabajo (art. 67.1 Convenio Perfumería)<sup>100</sup>.

Cabe señalar también las cláusulas sobre el acceso y la promoción en la empresa. En varios convenios se ha podido identificar que en las pruebas tanto de selección como de promoción se premia el conocimiento y la experiencia en materia ambiental (anexo 1 Convenio Nippon)<sup>101</sup>. Además, también se han podido

<sup>96</sup> Chacartegui Jávega, C., “Sostenibilidad y Trabajo Decente...”, *Op. Cit.*, DL 128/1/2023, pp. 61-62.

<sup>97</sup> *Vid.* Art. 70.1 *in fine* Convenio Química, art. 62 Convenio Repsol Química, art. 42 Convenio Maxam. Todos ellos identifican el medio ambiente como uno de los principios de la política de prevención de riesgos laborales tanto a nivel empresarial como a nivel sectorial.

<sup>98</sup> *Vid.* Art. 35 Convenio Maxam y art. 70.1.1 Convenio Química. Dicho precepto va acompañado normalmente de medidas en caso de que los límites sean alcanzados: registro de personas trabajadoras que puedan ser afectadas, medidas para evitar la exposición, dotación de equipos de protección individual mientras la exposición exista y control de los límites en la evaluación y control de riesgos para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras.

<sup>99</sup> *Vid.* También art. 55.2 Convenio Repsol Química estableciendo que “En cada centro de trabajo y por cada área homogénea se llevará el registro periódico de los datos ambientales con la frecuencia y metodología que establezca el Plan de Prevención con el fin de conocer la evaluación del ambiente de trabajo”.

<sup>100</sup> Aunque este precepto solo atienda a personas trabajadoras y medio ambiente interno.

<sup>101</sup> Grupos 3 y 4 Resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de agosto de 2022, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Nippon Gases España (BOE, n. 207, de 29-08-2022, pp. 120989-121039), (Convenio Nippon), art. 19.g Convenio Perfumería y art. 22.III.c Convenio Química. Destaca la discreción de la empresa en la selección de la Jefatura en Medio Ambiente (art. 19.1 Convenio Química).

observar cláusulas que establecen categorías profesionales encargadas del respeto de los aspectos ambientales en la empresa<sup>102</sup>. Ambos aspectos son beneficiosos a la hora de incitar el interés por el cuidado del medio ambiente en la empresa.

Finalmente, el último tipo de cláusulas a destacar son los incentivos que fomentan la participación de los empleados con relación al funcionamiento de la actividad empresarial y la ecología, destinados a premiar aquellas personas trabajadoras que lleven a cabo tareas que ayuden a alcanzar alguno de los objetivos empresariales como es el caso de la protección ambiental<sup>103</sup>. De esta manera, se pretende que cada trabajador/a participe de forma indirecta en favor del medio natural. Decimos que lo hacen de forma indirecta puesto que el único objetivo de la persona trabajadora no es el de mejorar el medio ambiente, sino que va asociado al de un aumento salarial que, sin duda, y en nuestra opinión, va a revertir de forma positiva tanto en los resultados empresariales como en la protección del medio natural. Ahora bien, esto se contrapone a la aminoración de la retribución como consecuencia de la política de lucha contra el absentismo puesto que se faculta a la empresa a suprimir los pluses de asistencia al trabajo, aunque dichas faltas al trabajo tengan su origen en un medio ambiente de trabajo inadecuado (art. 58.1 Convenio Productos Químicos)<sup>104</sup>.

En definitiva, se observa que las cláusulas ambientales de los convenios colectivos estudiados pretenden la protección ambiental. Ahora bien, destaca que gran parte de estas cláusulas se relacionan con un contenido concreto referente a la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, aunque sea cierto que se vaya avanzando – lentamente – en la promoción de la situación ambiental. Lo que queda claro en este apartado es que se requiere de un mayor protagonismo de cláusulas ambientales con objetivos más ambiciosos que promuevan la mejora de la situación ambiental y la conexión entre el ambiente interno y externo en la empresa<sup>105</sup>. De ahí que se considere necesario la sistematización de esta práctica en la norma laboral ya sea a partir de la autonomía colectiva – esto es incluyendo la perspectiva ambiental en los convenios colectivos – o de una norma “integral de

<sup>102</sup> Anexo III.6.2 Convenio Repsol Química y art. 10.1.b.B Convenio Fertiberia.

<sup>103</sup> *Vid.* Art. 34 Convenio Química.

<sup>104</sup> *Vid.* Resolución de la Dirección General de Trabajo de 15 de septiembre de 2021, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería y perfumería (BOE. n. 231, de 27-09-2021, pp. 118394-118452), (Convenio Productos Químicos). También arts. 51 Convenio Perfumería, 36 Convenio Química, 30 Convenio Fertiberia. No obstante, se prevé que en casos en los que el absentismo tenga origen en un ambiente de trabajo no adecuado se aplicarán medidas contra la problemática.

<sup>105</sup> Destaca la escasez de cláusulas ambientales en el Convenio Nippon y el Convenio Productos Químicos.

coordinación y tutela preventiva y reparadora de daños ambientales” como en su momento propuso MONEREO PÉREZ<sup>106</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Apostar por la mejora del medio ambiente en las relaciones laborales no implica que se deban abandonar otras reivindicaciones laborales como las mejoras salariales o la mejor formación, entre otras. Más bien todo lo contrario, pues apostar por lo ambiental va unido a la idea de un trabajo en mejores condiciones; en otras palabras, resulta cuestionable un desarrollo adecuado del trabajo sin atender al cuidado ambiental en la empresa<sup>107</sup>.

A este respecto, la normativa laboral se va acercando cada vez más a la posibilidad de incorporar la perspectiva ambiental como mecanismo para atender a la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. Un objetivo no exento de críticas pues las fronteras entre la salud de las personas trabajadoras y la sociedad no están tan claras, ya que en ocasiones se ha tenido que limitar un Derecho Laboral con el objetivo de evitar riesgos ambientales. Resulta necesario un texto legal que regule de forma integral las implicaciones ambientales existentes en los centros de trabajo, las cuales pueden afectar no solo a las personas trabajadoras sino a la sociedad en general.

A falta de esta regulación expresa destaca la tarea que se está realizando por parte de los actores sociales al incorporar la perspectiva ambiental en el entorno laboral. La implicación de estos se debe a que lo han entendido como un aspecto esencial de las relaciones laborales que juega un importante rol, sobre todo, en la prevención de riesgos laborales. Esta tarea la han llevado a cabo de dos formas. En primer término, a partir de un gran número de acciones dirigidas a sensibilizar a la sociedad mediante documentos no vinculantes. En segundo lugar, mediante la incorporación paulatina en la negociación colectiva de cláusulas ambientales según lo observado en el sector químico. Ahora bien, resulta necesario una hoja de ruta que ordene la participación de las personas trabajadoras con el objetivo de que puedan inferir en este proceso, lo cual puede recogerse en el texto normativo integral al que hacíamos referencia anteriormente.

Ahora bien, si bien es cierto que estas cláusulas están en aumento, cabe recordar que aún no están sistematizadas en la mayoría de los convenios colectivos, al estar presentes principalmente en aquellos sectores que inciden de forma significativa en la degradación ambiental como es el caso de la industria química. Por otro lado, el contenido de dichas cláusulas hace referencia en gran parte, a la protección

<sup>106</sup>Monereo Pérez, J. L., “Medio ambiente de trabajo y...”, *Op. Cit.*, RL, 1/2009, pp. 527-532.

<sup>107</sup>Despax, M., *Droit du Travail et Droit de l’Environnement. Droit et économie de l’environnement*, Revue Juridique de l’Environnement, 1/1994, pp. 51-52.



de las personas trabajadoras y no a la protección del medio natural. Es por este motivo que los actores sociales deben apostar por una cultura de la autonomía colectiva que vaya incluyendo estas cláusulas y así atender a la importancia de las implicaciones ambientales en el trabajo, además de darle a la materia ambiental el protagonismo que merita en el Derecho del Trabajo. Pero, además, también resulta necesario que el objeto de protección del Derecho Laboral sea mayor incluyendo en el mismo la protección del medio ambiente de trabajo externo a la empresa, cuando este pueda estar afectado por la actividad de la misma. En definitiva, tanto sindicatos como asociaciones empresariales deben intentar apostar cada vez más por una negociación colectiva verde en la línea del informe estudiado del Comité Económico y Social con el objetivo no solo de mejorar sus resultados sino de proteger el medio natural y a las personas trabajadoras.

---

# Informes y Documentos



## II PLAN DE APOYO DEL CARL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL ANDALUZA (2023-2025)<sup>1</sup>

Se cumplen cuarenta años del nacimiento del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), órgano de diálogo y participación social en el ámbito de las relaciones laborales que contribuyó a democratizar. Creado en 1983, está formado por las organizaciones sindicales y empresarial más representativas de nuestra Comunidad Autónoma, Confederación de Empresarios de Andalucía, Comisiones Obreras de Andalucía y la Unión General de Trabajadores de Andalucía, así como por la Junta de Andalucía, a cuya Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo queda funcionalmente adscrito. Según el art. 3.1.d) de la Ley 4/1983, de 27 de junio, corresponde al CARL “facilitar, dentro del respeto al principio de autonomía colectiva consagrado en el artículo 37 de la CE, la negociación colectiva entre organizaciones empresariales y sindicales, mediante apoyos materiales y personales que posibiliten los más altos niveles de diálogo y entendimiento”.

En estos cuarenta años de funcionamiento, el CARL se ha consolidado como un referente fundamental en el marco general de las relaciones laborales en Andalucía. Como adalid del diálogo y del consenso ha sido, y es, especialmente decisiva su aportación al mejor desarrollo de las relaciones laborales en nuestra Comunidad Autónoma y para la configuración de la negociación colectiva como instrumento principal para la regulación de las relaciones colectivas de trabajo en donde el convenio colectivo se convierte en espacio idóneo para favorecer la competitividad empresarial y para el mantenimiento y la creación de empleo.

La negociación colectiva es uno de los pilares esenciales de nuestro sistema de relaciones laborales y rigiéndose la misma por el principio fundamental de la autonomía colectiva de las partes, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales es garante y propulsor de este principio inalienable en torno al cual, articula y extiende todas sus competencias y ámbitos de actuación.

Es también este Consejo expresión máxima de la participación institucional y representativa de los interlocutores sociales y económicos en los órganos colegiados de la administración autonómica, cumpliéndose el mandato Constitucional y Estatutario en cuanto al papel que desempeñan las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ejercicio de la defensa de los intereses que les son propios. El CARL se proyecta como un modelo que ha servido de referencia para la composición de los demás

<sup>1</sup> Aprobado por el Pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en su sesión de 3 de julio de 2023 con el apoyo unánime de todos sus miembros, representantes de la Administración, CEA, CCOO, UGT y expertos.

órganos de participación institucional consagrando el carácter tripartito y paritario que rigen en estos ámbitos participativos y representativos.

El CARL tiene también asignada por el art. 3.1.e) de su Ley la función de “Facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo. A tal fin, el Consejo podrá adoptar medidas encaminadas a su solución mediante el ofrecimiento de mediadores y árbitros y la adopción de propuestas o recomendaciones, en especial respecto de contiendas prolongadas o de amplia repercusión en la Comunidad Autónoma o sobre autorregulación de huelgas y paros en servicios públicos esenciales”. Actualmente, y desde 1999, la gestión de los conflictos laborales colectivos y de determinados conflictos laborales individuales se realiza en el CARL a través del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), residenciado en el Consejo y regulado en el Acuerdo Interprofesional por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA) (BOJA de 09/02/2022 - corrección de errores BOJA de 03/03/2022.)

Igualmente, tiene como función la “emisión de informes en el procedimiento de extensión de convenios, como órgano consultivo competente en Andalucía” (Orden de 30 de noviembre de 2007, BOJA de 21/12/2007), y la “emisión, de conformidad con el art 82.3 del E.T, de laudo arbitral en el procedimiento para inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable” (Disposición adicional única del Decreto 69/2013, de 2 de julio, por el que se modifica el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo. BOJA de 04/07/2013).

Asume el CARL, a través de la Secretaría General, art. 3.1.g) de su Ley, el registro de sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales de ámbito superior a la provincia y que no rebase el de la Comunidad Autónoma. Actualmente esta competencia encuentra su marco regulador en la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación; Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales y Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía, aplicándose de manera supletoria la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. De la misma manera lleva la gestión del Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía, creado por Decreto 362/2009, de 27 de octubre, y único para todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con lo previsto en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, así como la gestión del Registro de Acuerdos de Interés Profesional de Andalucía, de conformidad con lo previsto en el Decreto

487/2022, de 13 de septiembre, por el que se crea el Registro de Acuerdos de Interés Profesional de Andalucía (BOJA de 16/09/2022).

El RD-L 32/2021 en su Art.86. 4, viene a reforzar el papel de los sistemas de mediación en la resolución de los conflictos: *“Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes. Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.*

Actualmente, el estudio, seguimiento e impulso que de la negociación colectiva se lleva a cabo desde el CARL determina que anualmente se efectúen, entre otras actuaciones, la elaboración de informes estadísticos periódicos y de estudio del contenidos de los convenios colectivos; la atención de un millar de consultas sobre vigencias y ámbitos de los convenios; la celebración de más de treinta reuniones provinciales de seguimiento de ritmo de la negociación colectiva; la atención de las presidencias de convenios colectivos solicitadas y la recepción de más de 200.000 visitas de usuarios de la web del CARL, que se encuentra en proceso de actualización, y de su mapa de negociación colectiva.

El Consejo fomenta, en especial, la negociación colectiva en aquellos sectores donde existan particulares dificultades para la misma. En desarrollo de dicha previsión legal, se aprobó el I Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza (2018-2021) que contenía un conjunto ordenado de objetivos y medidas para el impulso de la negociación colectiva que es necesario actualizar y modernizar en este momento de la mano del Pacto Social y Económico para el Impulso de Andalucía suscrito en marzo de 2023 por la Junta de Andalucía y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

El punto 2.3.11 del Pacto Social y Económico recoge el compromiso de los firmantes de elaborar un II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza (2023-2025) con una relación no exhaustiva de objetivos estratégicos, entre los que destacan *“Contribuir a facilitar los procesos de negociación en los distintos ámbitos sectoriales”, “Facilitar a los negociadores propuestas de contenidos que permitan una agilización del proceso negociador”, “Implementar la formación específica a las personas negociadoras de los convenios”, “Reforzar el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales como órgano colegiado de participación*

*institucional y pilar básico de las relaciones laborales en Andalucía*” o “*Fortalecer y dinamizar nuestro Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía (SERCLA)*”. Con el objetivo estratégico de reforzar el CARL, se pondrá en marcha el proceso de modificación de su actual Ley que permita superar la actual dispersión normativa en la que se encuentran sus funciones y modernizar su estructura interna adecuándola a las realidades y exigencias del siglo XXI. Es voluntad de los firmantes que este II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva de Andalucía sirva de impulso de una nueva Ley del CARL que le permita seguir cumpliendo su cometido de facilitar la consulta y la cooperación entre la Administración autonómica y las organizaciones empresariales y sindicales, así como las de éstas entre sí, y favorecer su acceso a los servicios administrados por la Comunidad Autónoma.

La negociación colectiva despliega una función reguladora de las relaciones laborales que constituye un factor esencial para generar un clima favorable a la inversión productiva, al tiempo que facilita mecanismos efectivos de adaptación de las empresas a las circunstancias cambiantes de los mercados, mejorando su competitividad y capacidad productiva, todo lo cual propicia la creación de empleo y el mantenimiento de un mayor número de puestos de trabajo, estableciendo un adecuado equilibrio entre los respectivos intereses de empresas y personas trabajadoras. Además de estas funciones, la negociación colectiva, al ser fruto de un proceso cuyo fin es la adopción conjunta de decisiones, ayuda a crear confianza y respeto mutuo entre las partes y a mejorar la calidad de las relaciones laborales. Asimismo, el carácter libre y voluntario de la negociación colectiva, configurado constitucionalmente como derecho de autonomía de las partes, implica que los resultados de la negociación contenidos en los convenios colectivos son generados por las propias partes, lo que les permite dar respuesta a las necesidades que en cada momento pueden requerir las circunstancias del mercado laboral. En este sentido el convenio colectivo, como complemento de la legislación, permite a sus protagonistas ofrecer mecanismos para abordar cuestiones propias de los sectores productivos.

Como ha indicado la Organización Internacional del Trabajo, son múltiples los beneficios que la negociación colectiva supone, tanto en relación con la calidad del empleo, la igualdad, la formación y las relaciones laborales en la empresa, como a nivel macroeconómico. En efecto, la negociación colectiva permite la mejora y adecuación de los salarios y puede ser una herramienta para el ajuste de estos a la productividad; permite negociar acuerdos sobre la jornada laboral que armonicen el interés de las personas trabajadoras en conciliar la vida laboral y familiar y el interés de las empresas por las jornadas laborales flexibles; puede mejorar el acceso a mayores coberturas sociales y facilitar la seguridad y la protección en el empleo; crear mecanismos para la participación en el lugar de trabajo; mejorar la igualdad de género y promover la paridad en los órganos de representación; puede mejorar el acceso a la formación profesional continua y adecuarla a las necesidades

de las personas trabajadoras, de la empresa y del sector; permite el ejercicio de derechos y principios democráticos; ofrece una vía para expresar y resolver demandas, lo cual a su vez mejora el bienestar de las personas trabajadoras y las empresas; institucionaliza la solución de conflictos y contribuye a la estabilidad de las relaciones laborales; permite adaptar una normativa aprobada de forma conjunta a un sector de actividad o lugar de trabajo; legitima las normas y mejora el cumplimiento de las disposiciones legales; puede facilitar la adaptabilidad de las empresas a una caída o aumento temporal de la demanda; aumenta el compromiso de trabajadores y trabajadoras y mejora el intercambio de información y se asocia, en fin, a una mayor estabilidad en el empleo. Asimismo, a nivel macroeconómico, la negociación colectiva sectorial se convierte en mecanismo para reducir la desigualdad y permitir una distribución más justa de la renta, contribuyendo en definitiva a mejorar la productividad empresarial y la calidad del empleo.

Por otra parte, la negociación colectiva es inherente al diálogo social. El art 10.20º Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA) establece entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, el diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía. Los protagonistas de la negociación colectiva son las personas trabajadoras y las empresas, a través de sus representantes: las organizaciones sindicales y empresariales. En esta materia, y como consecuencia del necesario respeto al principio de autonomía de las partes, el papel de los agentes sociales y económicos como interlocutores necesarios e imprescindibles resulta incuestionable. El diálogo social y la negociación colectiva son los métodos de trabajo más apropiados para el buen funcionamiento del sistema de relaciones laborales en todos los niveles y para abordar reformas, cambios y adaptaciones en los sectores productivos y empresas.

De igual manera, el art. 26.2 EAA, garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. En estos ámbitos, la función del CARL resulta esencial, singularmente en lo que se refiere a la asistencia técnica en materia de negociación de convenios colectivos, y en el mantenimiento del SERCLA, residenciando su sede y correspondiendo al CARL la ejecución material de los acuerdos adoptados por la Comisión de Seguimiento para la gestión del Sistema (artículo 8 del Reglamento SERCLA). En Andalucía, el Estatuto de Autonomía establece como objetivo básico el diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de nuestra Comunidad. La participación activa de estas organizaciones en el proceso de fijación de la agenda es la mejor manera de garantizar la adecuación de las medidas adoptadas y el funcionamiento eficaz de la negociación colectiva. Cualquier actuación pública para promover la negociación colectiva difícilmente tendrá éxito si los



interlocutores sociales no utilizan las instituciones concebidas para tal fin, lo cual significa que es necesaria su visión y participación para identificar los problemas y fijar la agenda. Después de todo, ellos son los protagonistas y beneficiarios directos de la negociación colectiva.

En esta labor de participación se ha revelado imprescindible la promoción de procedimientos y mecanismos de impulso y apoyo para la negociación colectiva, así como el fomento de negociaciones constructivas, fundamentadas e informadas, previniendo y resolviendo los conflictos laborales de manera canalizada a través del SERCLA. En efecto, el SERCLA se ha consolidado como un instrumento valioso y positivo para canalizar y resolver conflictos en el ámbito de las relaciones laborales y facilitar la adopción de acuerdos.

En esta fase de diagnóstico se ha evidenciado de manera particular el papel fundamental que el convenio colectivo de sector tiene en orden a asegurar la mayor cobertura posible de empresas y personas trabajadoras en cualquiera de sus distintos niveles, provincial, autonómico o estatal. No en vano en Andalucía los convenios colectivos de sector, pese a su menor entidad numérica (12% del total de las unidades de negociación), dan cobertura al 93% de las personas trabajadoras y al 99% de las empresas acogidas a convenios colectivos de esta naturaleza, de ámbito provincial o autonómico.

Siendo en cualquier caso los interlocutores sociales los que están en mejor disposición para decidir cuál es el nivel de negociación más adecuado, cabe reseñar en cualquier caso el papel configurador que realizan los convenios colectivos sectoriales en sus distintos ámbitos, estableciendo las reglas de articulación y vertebración que han de regir la estructura de la negociación colectiva y potenciando la flexibilidad que la misma necesita para adaptarse a un mercado cambiante y competitivo, además de cumplir una función niveladora en la distribución salarial y de establecimiento de condiciones de trabajo en el sector de actividad concreto.

Fruto de esa participación y de la necesidad de estructurar, potenciar y divulgar las actuaciones que se vienen llevando a cabo en esta materia, y de la mano del Pacto Social y Económico para el Impulso de Andalucía, nace el presente II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza (2023-2025), en el marco de un nuevo contexto de recuperación económica y del empleo, con pleno respeto a la autonomía colectiva y con el necesario cometido que corresponde y debe ofrecer el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales como institución activa y de referencia para la negociación colectiva andaluza.

Por otra parte, la canalización de la conflictividad laboral a través del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía, residenciado en el CARL y creado por el Acuerdo Interprofesional firmado en 1996 por las organizaciones sindicales y empresarial más representativas de nuestra Comunidad Autónoma, Confederación de Empresarios de Andalucía, Comisiones Obreras de Andalucía y la Unión General de Trabajadores de Andalucía, así como por la Junta

de Andalucía, como garante del mismo, ha permitido gestionar de manera ordenada la conflictividad laboral, contribuyendo a un adecuado clima de diálogo y de paz social en nuestra comunidad autónoma. Desde que en 1999 inició sus actuaciones, el SERCLA ha gestionado más de 25.000 expedientes que han afectado a 16 millones de trabajadoras y trabajadores, 1,5 millones de empresas, y ha logrado evitar la pérdida de 47 millones de horas de trabajo en nuestra Comunidad Autónoma por acuerdos alcanzados en conflictos previos a convocatorias de huelgas.

Para posibilitar un diseño adecuado y eficiente de este II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva de Andalucía (2023-2025) se ha partido de un análisis riguroso de la situación de la misma en todo el territorio de Andalucía y en el que han tenido un papel destacado los agentes sociales y económicos más representativos que conforman, junto a la Administración autonómica, el CARL. En este sentido cabe destacar que el punto de partida del presente Plan serán las unidades sectoriales de negociación por dar cobertura a más del 99% y del 93%, respectivamente, de empresas y personas trabajadoras.

## **PLAN DE APOYO 2023-2025**

### **OBJETIVO ESTRATÉGICO 1. Contribuir a facilitar los procesos de negociación en los distintos ámbitos sectoriales y otras unidades de negociación**

#### **Objetivo Operativo 1: Ritmo adecuado de la negociación colectiva prevista en el año**

En cada ejercicio deben renovarse aquellos convenios colectivos que han sido denunciados, y que por tanto deben negociarse en la correspondiente anualidad. Entendemos por ritmo adecuado aquellos procesos de renovación de la negociación colectiva que se inician con antelación suficiente a la conclusión de su vigencia; que cuentan con un calendario real y efectivo de reuniones de la Comisión Negociadora; que recurren de inmediato y de común acuerdo a instrumentos de desbloqueo en casos de bloqueos en el arranque o durante el proceso de negociación y que culminan la negociación y firma del convenio dentro del primer semestre del año inicial de vigencia.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 1*

- 1.1 Invitar a la iniciación con anticipación suficiente del nuevo proceso de negociación y puesta a disposición de todos los instrumentos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales de aquellos convenios sectoriales que vayan siendo denunciados.

- 1.2 Ofrecer las instalaciones del Consejo en las ocho provincias andaluzas para la constitución y desarrollo de las sesiones de la Comisión Negociadora.
- 1.3 Prestar Servicio de Presidencia del Convenio Colectivo, cuando sea solicitado al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por acuerdo de ambas partes, de los convenios colectivos sectoriales o aquellos convenios colectivos de empresa que tengan 50 ó más personas trabajadoras. Con este servicio se proporciona a las mesas negociadoras que se alojen en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, un experto que facilite la negociación entre las partes, ordenando los debates, desarrollando igualmente las labores de convocatoria y levantamiento de actas de sesión.
- 1.4 Facilitar a las mesas de negociación una guía para la negociación colectiva bajo el principio de buena fe, que incluya buenas prácticas en materia de preaviso de la denuncia anticipada en 2 meses, pacto de ultraactividad ampliada hasta la firma del siguiente convenio, cláusulas de desarrollo de la negociación bajo el principio de buena fe, y utilización de los procedimientos de gestión de conflictos del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), con carácter previo e inmediato a la adopción de medidas de conflicto colectivo o a la escalada del mismo.
- 1.5 Seguimiento por las Comisiones de trabajo de carácter técnico para el seguimiento de la negociación colectiva provincial del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales de la constitución de las comisiones negociadoras y del calendario de reuniones previsto.
- 1.6 Prestar Servicio de adecuación normativa del texto del convenio colectivo, cuando sea solicitado al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por acuerdo de ambas partes. Con este servicio se proporciona a las mesas negociadoras, un estudio sobre las necesidades de adecuación normativa que pueden observarse en el anterior texto del convenio colectivo.
- 1.7 Remitir en el arranque de los procesos negociales, previo análisis de la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, una comunicación a las mesas no constituidas de aquellos convenios sectoriales denunciados tras los cuatro primeros meses desde la terminación de la vigencia para impulsar su constitución.
- 1.8 Actuar desde el SERCLA en mediación o arbitraje voluntario, en los supuestos de bloqueo durante el proceso negocial.
- 1.9 Ofrecer los servicios del SERCLA para canalizar el deber de las partes de someterse a los procedimientos de mediación previstos en su reglamento, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sectorial sin que se haya acordado un nuevo convenio.

- 1.10 Facilitar la firma de los convenios colectivos en las instalaciones del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

### **Objetivo Operativo 2: Reactivación y actualización de la negociación colectiva pendiente o desfasada**

La negociación colectiva pendiente es aquella que no ha culminado su negociación durante el año posterior a la denuncia. La negociación desfasada es aquella que no se ha iniciado tres años después de finalizada su vigencia inicial pactada por encontrarse en prórroga tácita. La culminación de los procesos de negociación pendiente debe ser prioritaria para las partes debiendo dinamizarse la actualización de la negociación desfasada.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 2*

- 2.1 Contactar con las mesas de negociación sectoriales pendientes para conocer las causas que están impidiendo la firma del convenio colectivo y canalizar el proceso de negociación a alguno de los servicios de apoyo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- 2.2 Prestar Servicio de Apoyo técnico, cuando sea solicitado al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por acuerdo de ambas partes. Con este servicio se proporciona a las mesas negociadoras de convenios colectivos de sector que se alojen en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, un equipo de asesores técnicos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales para facilitar la negociación entre las partes, ordenando los debates, desarrollando igualmente las labores de convocatoria, levantamiento de actas de sesión y utilización de técnicas de mediación cuando fuese necesario.
- 2.3 Facilitar a las mesas de negociación una guía para la negociación colectiva bajo el principio de buena fe, que incluya buenas prácticas en materia de preaviso de la denuncia anticipada en 2 meses, pacto de ultraactividad ampliada hasta la firma del siguiente convenio, cláusulas de desarrollo de la negociación bajo el principio de buena fe, y utilización de los procedimientos de gestión de conflictos del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), con carácter previo e inmediato a la adopción de medidas de conflicto colectivo o a la escalada del mismo.
- 2.4 Seguimiento de la negociación colectiva provincial desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a través de las Comisiones de trabajo de carácter técnico para el seguimiento de la negociación colectiva provincial.
- 2.5 Prestar Servicio de adecuación normativa del texto del convenio colectivo, cuando sea solicitado al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por

acuerdo de ambas partes. Con este servicio se proporciona a las mesas negociadoras, un estudio sobre las necesidades de adecuación normativa que pueden observarse en el anterior texto del convenio colectivo.

- 2.6 Actuar a instancia de parte desde el SERCLA en mediación o arbitraje voluntario, en los supuestos de bloqueo durante el proceso negocial.
- 2.7 Ofrecer los servicios del SERCLA para canalizar el deber de las partes de someterse a los procedimientos de mediación previstos en su reglamento, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes, transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sectorial sin que se haya acordado un nuevo convenio.
- 2.8 Facilitar la firma de los convenios colectivos en las instalaciones del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- 2.9 Contactar con las comisiones paritarias de los convenios colectivos sectoriales que lleven más de tres años en prórroga tácita para conocer las causas de esta situación.

## **OBJETIVO ESTRATÉGICO 2. Implementar formación específica a las personas negociadoras de los convenios**

### **Objetivo Operativo 3: Facilitar formación especializada a las personas que conforman las Comisiones Negociadoras de los convenios colectivos sectoriales**

La negociación de un convenio colectivo exige una especial formación de sus protagonistas, no sólo por su función normativa y eficacia general sino también por el importante elenco de materias y complejidad de las mismas que se han ido incorporando como contenido de la negociación colectiva. A ello debe añadirse un mayor grado de complejidad e incertidumbre derivada de los cambios en reglas básicas de la negociación colectiva introducidas por las sucesivas reformas laborales. Por ello, se pone en marcha desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales un conjunto de acciones formativas destinadas a la negociación colectiva sectorial andaluza.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 3*

- 3.1 Creación de la Cátedra de Negociación Colectiva y Mediación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales mediante convenios de colaboración con Universidades Públicas.
- 3.2 Establecer un itinerario formativo continuo en materia de negociación colectiva sobre la base de cursos modulares.
- 3.3 Detectar las necesidades formativas de los componentes de las Comisiones Negociadoras y Paritarias.

- 3.4 Impartir cursos de iniciación a la negociación colectiva que aborden, entre otras materias, cuestiones relativas a la legitimación, procedimiento, ámbitos, reglas de estructura, negociación de buena fe, resolución de conflictos y eficacia del convenio.
- 3.5 Impartir cursos de especialización en negociación colectiva que aborden, entre otras materias, contenidos, revisión del convenio, tipología de acuerdos o técnicas de negociación.
- 3.6 Puesta en marcha de seminarios específicos sobre la negociación colectiva en los principales sectores de actividad de Andalucía.
- 3.7 Realización de talleres monográficos y foros de debate sobre nuevas realidades sociolaborales.
- 3.8 Referenciar las acciones formativas del CARL como estándar para quien vaya a incorporarse por primera vez a procesos de negociación colectiva.

### **OBJETIVO ESTRATÉGICO 3. Reforzar el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales como órgano colegiado de participación institucional y pilar básico de las relaciones laborales en Andalucía**

#### **Objetivo Operativo 4: Reformar la Ley del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales**

La Ley del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales data de junio de 1983, nacida en un contexto económico, social y político muy distinto del actual. Sin duda alguna, el CARL favoreció la democratización de las relaciones laborales en Andalucía, en un momento en el que las instituciones reguladas por el Estatuto de los Trabajadores de 1980 estaban en proceso de construcción y cuando aún no se había aprobado la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985. Cuarenta años después, es preciso abordar la tarea de modernización de esta Ley por distintos motivos. En primer lugar, para dotar de seguridad jurídica el ejercicio de las funciones realmente prestadas por el CARL, habida cuenta de la enorme dispersión normativa en las que aquéllas se encuentran actualmente recogidas. En segundo lugar, la creación del Consejo Económico y Social en 1997 supuso la absorción por este órgano de autogobierno de las funciones consultivas que inicialmente poseía el CARL, lo que obliga a la reformulación de estas competencias en la nueva Ley. En tercer lugar, la puesta en marcha del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía en 1999 supuso para el CARL la asunción de competencias de gestión administrativa del SERCLA, al que presta apoyos materiales y personales para el desarrollo de sus funciones arbitrales y mediadoras.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 4*

- 4.1 Garantizar la participación institucional de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de Andalucía en los órganos de gobierno del Consejo y en las Comisiones Técnicas o Grupos de Trabajo que se creen.
- 4.2 Impulsar la reformulación y modernización por parte de la Consejería de la relación de puestos de trabajo del CARL para adecuar su estructura a la realidad funcional actual.
- 4.3 Dotar de los medios necesarios al CARL para llevar a cabo una política de comunicación social propia en redes sociales coordinada con la de las organizaciones empresariales y sindicales.
- 4.4 Dotar de los medios técnicos y personales suficientes para el desarrollo de las funciones administrativas del Consejo y para el desempeño de la labor del Consejo como observatorio estadístico de la negociación colectiva.
- 4.5 Visibilizar el CARL y el SERCLA mediante un acceso directo en la web institucional de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, reubicando su actual posición. Desarrollar una web corporativa del CARL que permita una mayor visibilidad del Consejo y del SERCLA a la ciudadanía.

#### **Objetivo Operativo 5: Racionalización de la estructura de la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial y autonómico**

Detectar los ámbitos de negociación que de acuerdo con los intereses de las partes afectadas sean adecuados en cada sector de actividad según el ámbito funcional y territorial de los sectores. Los Acuerdos Interprofesionales de ámbito autonómico en materia de negociación colectiva y solución de conflictos son un instrumento válido para resolver necesidades detectadas e impulsar líneas de actuación estructurales, como las contenidas en este plan. Se prestará especial atención en el nivel provincial a convenios fragmentados del mismo sector de actividad con semejanzas en sus contenidos. Todo ello con atención al respeto de la autonomía colectiva de las partes.

#### **Medidas de apoyo del objetivo operativo 5**

- 5.1 Realizar estudios comparativos de contenidos para la racionalización de la negociación colectiva provincial fragmentada en subsectores.
- 5.2 Consensuar en el CARL un protocolo de actuación de conformidad con la legislación vigente para los casos que existan dificultades en la constitución de las mesas de negociación por ausencia de partes legitimadas para negociar.

- 5.3 Prestar especial atención a la negociación colectiva de ámbito interprovincial o autonómico, en nuevos sectores de actividad que pudieran surgir o en las aquellos otros sectores existentes en que las partes así lo determinen.

**Objetivo Operativo 6: Contribuir a facilitar un mayor conocimiento y seguridad jurídica con relación a la determinación de vacíos de cobertura, convenios aplicables, ámbitos funcionales, legitimación para negociar y situaciones que afectan a la aplicabilidad del convenio. Determinar la realidad de los ámbitos personales de cobertura**

La creciente complejidad de los procesos de negociación colectiva y el cambio operado en sus reglas de configuración por las últimas reformas legales ha determinado una acción continua de empresas, representaciones de las personas trabajadoras y profesionales, públicos o privados, de las relaciones laborales demandando al Consejo consultas sobre la materia. Para contribuir a facilitar un mayor conocimiento y seguridad jurídica en relación con la determinación de vacíos de cobertura, convenios aplicables, ámbitos funcionales, legitimación para negociar y situaciones que afectan a la aplicabilidad del convenio, es oportuno formalizar el proceso de consultas llevado a cabo desde el Consejo con una mayor participación de sus organizaciones miembros.

*Medidas de apoyo del objetivo operativo 6*

- 6.1 Facilitar un buscador web de convenios colectivos que de información sobre los textos vigentes y el histórico de su negociación.
- 6.2 Realizar Informes sobre vacíos de cobertura de la negociación colectiva andaluza.
- 6.3 Realizar estudios técnicos sobre el convenio colectivo aplicable a una determinada actividad económica.
- 6.4 Realizar Informe periódico sobre acuerdos y laudos de inaplicación de convenios depositados.
- 6.5 Realizar Informe estadístico periódico sobre la negociación colectiva andaluza.
- 6.6 Facilitar la posibilidad de consulta sobre asociaciones empresariales y sindicales en Andalucía por sectores de actividad inscritas en el Depósito telemático de Asociaciones Empresariales y Sindicales (DEOSE).
- 6.7 Desarrollar un repositorio de preguntas más frecuentes en las consultas al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales e informes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en materia de convenio aplicable.



## **OBJETIVO ESTRATÉGICO 4. Facilitar a las unidades de negociación propuestas de contenidos que permitan una agilización del proceso negociador**

### **Objetivo Operativo 7: Colaborar en la adaptación y renovación del convenio al marco regulador y a las nuevas realidades socio laborales como factor para el logro del incremento de la productividad empresarial y los niveles y estabilidad de un empleo de calidad. Convertir el convenio colectivo en herramienta clave para las relaciones laborales**

La mayoría de los convenios colectivos que se encuentran en situación de prórroga tácita o en ultraactividad hasta la firma del siguiente convenio, no han actualizado sus contenidos tras las últimas reformas legales operadas o muestran referencias a regulación reglamentaria derogada. Asimismo, la calidad de los contenidos de los convenios colectivos sectoriales en materias como, entre otras, prevención de riesgos laborales, igualdad, formación o responsabilidad social es mejorable respecto a la mera transposición del marco normativo, contemplando la propia norma legal amplios y variados espacios disponibles para la negociación colectiva que parece oportuno colmar. Finalmente, se aprecia una falta de referencias o incorporación a su clausulado de regulación o declaraciones sobre nuevas realidades económicas, socio laborales o nuevas modalidades de organización del trabajo surgidas en los últimos años. Por ello, desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, se pretende que se lleve a cabo una adaptación de los convenios, como fuentes del derecho, al marco legal y reglamentario vigente en cada momento; una renovación de sus contenidos esenciales sobre la base de criterios de calidad; una progresiva ampliación de contenidos vinculados a nuevas realidades económicas y socio laborales y una utilización efectiva del contenido del convenio para el logro de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 7*

- 7.1 Realizar a solicitud conjunta de la comisión negociadora o paritaria informes de adaptación a marco normativo de convenios colectivos.
- 7.2 Facilitar a través de la página web del CARL un índice general de materias propias o tradicionales de un convenio colectivo tipo y nuevos espacios y materias para la negociación colectiva.
- 7.3 Facilitar a través de la web del CARL recomendaciones generales a las mesas negociadoras que contribuyan a extender la negociación colectiva a las nuevas realidades empresariales, nuevas formas de organización del trabajo y adaptarse a las necesidades de las personas trabajadoras y empresas de esos ámbitos sectoriales (economía colaborativa, empresas multiservicios, teletrabajo, desconexión digital, etc.).

- 7.4 Facilitar a través de la web del CARL un repositorio con declaraciones institucionales del pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en materia de Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Diálogo Social, Protocolos, Clausulas-Tipo, y Buenas Prácticas negociales.
- 7.5 Elaborar Guías monográficas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales para la Negociación Colectiva, que recojan entre otros aspectos lo referido la regulación en los convenios colectivos de las transiciones ecológicas, digitales y tecnológicas: en cuanto a organización del trabajo, competencias y condiciones laborales que suponen.
- 7.6 Elaborar una guía sobre comisiones paritarias que recoja un procedimiento a aplicar en relación a cada materia sobre la que, por norma legal o convencional, esté prevista la intervención de aquellas, indicando los plazos de comunicación y/o, en su caso, resolución; la documentación a presentar por la empresa o por cualquiera de las partes afectadas y garantías de audiencia.

### **Objetivo Operativo 8 Apoyar y potenciar el funcionamiento de las Comisiones Paritarias**

Se hace necesario tener un mayor conocimiento del funcionamiento, composición, y necesidades o dificultades de las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos que se firman en Andalucía. La mejora de este conocimiento es clave para que desde el Consejo se le pueda prestar apoyo para el desarrollo de las importantes funciones que le tiene encomendada el Estatuto de los Trabajadores, entre otras en su actuación para la adaptación del contenido del convenio a los cambios normativos sobrevenidos durante su vigencia. Por otra parte, su labor en la resolución de discrepancias hace conveniente la necesaria coordinación con los procedimientos de mediación y arbitraje en el SERCLA.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 8*

- 8.1 Identificar las necesidades de las Comisiones paritarias de convenios colectivos sectoriales mediante la elaboración de una encuesta a las mismas.
- 8.2 Facilitar la domiciliación de las Comisiones Paritarias sectoriales en las sedes del Consejo a efectos de reuniones y gestión de sus comunicaciones.
- 8.3 Realizar informes a solicitud conjunta de ambas partes sobre necesidades de adaptación a cambios normativos sobrevenidos de convenios colectivos sectoriales en vigencia expresa o en prórroga tácita.
- 8.4 Traslado desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a las Comisiones Paritarias de las consultas y respuestas dadas por aquel en el ámbito de su convenio.

## **OBJETIVO ESTRATÉGICO 5. Promover la igualdad de género, de trato y de oportunidades, y el impulso de la prevención de la violencia sexual y de género en la negociación colectiva**

### **Objetivo Operativo 9: Igualdad de género, de trato y de oportunidades en la negociación colectiva**

La negociación colectiva es un instrumento que nos permite contribuir a la igualdad de trato y de oportunidades en las empresas respondiendo a la diversidad actual de las plantillas y de la sociedad y consiguiendo aprovechar el potencial humano, social y económico que supone esta diversidad. Nos permite seguir avanzando en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de manera compatible con una mayor competitividad de las empresas, pues surge con la proximidad a las necesidades de empresas y personas trabajadoras.

Asegurar la igualdad, estableciendo, en su caso, medidas o criterios en la negociación colectiva que contribuyan a superar situaciones de desigualdad en que se puedan encontrar las personas en el ámbito laboral, tiene un efecto positivo que va más allá del propio centro de trabajo y de aquellas a quienes se aplica un convenio colectivo. Un efecto que alcanza al conjunto de la sociedad porque el empleo en igualdad es el principal elemento de integración social de todas las personas y el motor del desarrollo y la cohesión de una sociedad.

Como han venido manifestando las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, a través de sus Acuerdos Interconfederales, los convenios colectivos en el ámbito de su competencia pueden avanzar en el desarrollo de criterios orientadores de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres, con pleno ejercicio de la autonomía colectiva, así como establecer cláusulas que permitan adecuar el contenido de los convenios a la normativa vigente, y contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo, abordando medidas u orientaciones en relación con la igualdad entre mujeres y hombres, incorporando medidas o criterios que mejoren el acceso al empleo, la promoción y la formación, prestando especial atención a la contratación de mujeres en aquellos sectores en los que se encuentren subrepresentadas.

Asimismo el convenio colectivo es un instrumento que permite abordar en el ámbito sectorial criterios relativos a los contenidos de los Planes de igualdad referidos a sus ámbitos de aplicación, evaluación, seguimiento, administración y resolución de las discrepancias. Debe abordar la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, a través de medidas de prevención como la negociación de protocolos de actuación que permitan erradicar este tipo de acciones y actitudes en las empresas.

En este contexto, y habida cuenta de la normativa y legislación generada en los últimos 5 años, resulta oportuno desarrollar una actuación tendente a formar de

manera específica en materia de igualdad de género, y de prevención de la violencia sexual y de género, a las personas que conforman las comisiones negociadoras y paritarias de los convenios colectivos sectoriales de Andalucía, sin perjuicio del desarrollo general de la formación en negociación colectiva en el ámbito del objetivo 3.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 9*

- 9.1 Desarrollar acciones formativas específicas en materia de igualdad y perspectiva de género destinadas a las personas que conforman las Comisiones Negociadoras y Paritarias de los convenios colectivos sectoriales orientada a la incorporación de la transversalidad de género en todos los contenidos de los convenios colectivos.
- 9.2 Realizar a solicitud conjunta de las comisiones negociadoras sectoriales un informe de adaptación específica del convenio en materia de igualdad entre mujeres y hombres, al objeto de actualizar los contenidos y lenguaje de acuerdo a la legislación vigente.
- 9.3 Facilitar a través de la web del CARL Protocolos, Decálogos, Clausulas-Tipo, y Buenas Prácticas negociales en materia de igualdad entre mujeres y hombres que contribuyan a favorecer la contratación de mujeres en sectores donde estén infrarepresentadas, la incorporación de las mujeres en los procesos formativos y en la promoción y ascensos para contribuir a la igualdad real y reducir las brechas de género.
- 9.4 Desarrollar reuniones monográficas de la Comisión Permanente del Consejo para el análisis del conjunto de medidas del plan relacionadas con la igualdad de género.

#### **Objetivo Operativo 10: Fomentar la incorporación de la mujer a la negociación colectiva**

Los presupuestos en clave de género de la Junta de Andalucía asignan al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales como objetivo “promover el incremento de la participación de las mujeres en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos”. La eficacia en el avance de este objetivo se limita en gran medida a la negociación colectiva sectorial en donde los legitimados para negociar son representaciones empresariales o sindicales, con más margen para la designación de personas en clave de género, frente a la negociación colectiva en el nivel de empresa, en las que normalmente las personas actúan en virtud de representación legal o en su condición individual de empresario. Una actuación semejante debe llevarse a cabo respecto a la incorporación de la mujer en la composición de las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos sectoriales.

### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 10*

- 10.1 Impulsar una Recomendación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a las organizaciones firmantes de los convenios sectoriales para promover la presencia equilibrada de la mujer en todas las comisiones negociadoras.
- 10.2 Impulsar una Recomendación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a las organizaciones firmantes de los convenios sectoriales para promover la presencia equilibrada de la mujer en todas las comisiones paritarias.

### **Objetivo Operativo 11: Impulso de la prevención de la violencia sexual y de género en la negociación colectiva**

Las organizaciones firmantes de este Plan compartimos la necesidad de impulsar la prevención de las violencias sexuales y de hacer frente al grave problema de la violencia de género, así como de garantizar los derechos de sus víctimas. Somos conscientes de que la autonomía económica de la mujer, el empleo, su calidad y estabilidad en el mismo son claves para las víctimas de violencia de género. Por ello, debemos garantizar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el ámbito laboral a las víctimas de violencia de género por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, así como las sucesivas legislaciones tanto estatales como autonómicas, Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género y Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

Así como favorecer protocolos de actuación para la prevención y denuncia del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en línea con lo previsto en el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el artículo 12 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

La negociación colectiva puede y debe promover condiciones de trabajo que garanticen empresas y centros de trabajo como espacios seguros y libres de violencias y acosos sexuales o por razón de sexo, así como la dignidad de las personas trabajadoras, evitando conductas contra la libertad sexual y la integridad en el trabajo.

### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 11*

- 11.1 Desarrollar acciones formativas específicas en materia de prevención de la violencia contra las mujeres destinadas a las personas que conforman las Comisiones Negociadoras y Paritarias de los convenios colectivos

sectoriales, así como la sensibilización y formación para la protección integral contra las violencias sexuales (art. 12 de la LO 10/2022).

- 11.2 Facilitar a través de la web del CARL Protocolos, Decálogos, Clausulas-Tipo, y Buenas Prácticas negociales en materia sobre los derechos reconocidos en el ámbito laboral a las víctimas de violencia de género por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- 11.3 Promover desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales la elaboración por las comisiones negociadoras y paritarias de los convenios colectivos de protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la incorporación de medidas “cautelares” de apoyo a las víctimas, a fin de garantizar su integridad y su continuidad en el empleo durante el desarrollo del procedimiento de denuncia.
- 11.4 Desarrollar acciones formativas específicas en materia de elaboración de protocolos contra la violencia sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral.

## **OBJETIVO ESTRATÉGICO 6. Fortalecer y dinamizar el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA)**

### **Objetivo Operativo 12: Potenciar la utilización del SERCLA como cauce principal para la gestión de la conflictividad laboral a través de la negociación colectiva**

Las sucesivas reformas del marco legal y del ámbito funcional del SERCLA han determinado la creación de nuevos espacios y oportunidades para la mediación laboral en determinadas situaciones, al tiempo que han originado ciertos desajustes en las menciones de los convenios colectivos en relación con el SERCLA. Asimismo, parece recomendable impulsar desde su origen, desde los propios convenios colectivos, el uso voluntario del SERCLA para gestionar la conflictividad laboral mediante compromisos obligacionales de las mesas negociadoras y el empleo del procedimiento arbitral en determinados supuestos.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 12*

- 12.1 Impulsar una Recomendación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a las organizaciones firmantes de los convenios sectoriales para la incorporación del SERCLA como sistema de canalización de la conflictividad mediante una cláusula tipo en el texto de los convenios.
- 12.2 Impulsar una Recomendación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a las organizaciones firmantes de los convenios sectoriales para fomentar el uso voluntario del SERCLA en conflictos individuales excepcionados de conciliación o mediación previa a la vía judicial.

- 12.3 Recomendar la posibilidad de sustituir las negociaciones de los periodos de consulta por mediaciones en el SERCLA, en los casos previstos en los artículos 40 (movilidad geográfica); 41 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo); 44.9 (sucesión de empresas); 47 (suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor); 51 (despido colectivo); 82.3 (inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable).
- 12.4 Ofrecer los servicios del SERCLA como cauce para el desbloqueo de las negociaciones de convenios colectivos, acuerdos o pactos colectivos, incluidos los existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse acuerdo o la negociación en materias concretas, como los diagnósticos y planes de igualdad o la regulación del teletrabajo.
- 12.5 Recomendar que en la regulación del régimen disciplinario se contemple, siempre que exista plazo para ello, la suspensión de la imposición de la sanción prevista hasta la celebración del acto de mediación en el SERCLA respecto de aquellas infracciones competencia del Sistema.
- 12.6 Fomentar el recurso al procedimiento arbitral y voluntario del SERCLA tras el uso de la mediación SERCLA sin acuerdo, como forma de dirimir de manera rápida y eficaz los conflictos colectivos jurídicos de interpretación, aplicación o inaplicación de normas y los conflictos colectivos de intereses conforme a lo previsto en el artículo 86.4 de la LET.

**Objetivo Operativo 13: Adaptación del marco funcional del SERCLA a las necesidades y circunstancias que exijan el devenir de las relaciones laborales que permita la mejora de la eficacia y la gestión de la calidad en el Sistema**

*Medidas de apoyo del objetivo operativo 13*

- 13.1 Ajustar por la Junta de Andalucía la RPT del CARL y los servicios administrativos que apoyan el funcionamiento del SERCLA en sus sedes provinciales desde las Delegaciones Territoriales para la atención al actual volumen y complejidad de los asuntos que se someten a la competencia del sistema.
- 13.2 Procurar un número de personas mediadoras del SERCLA de acuerdo con las necesidades de cada sede y en atención al volumen que se atiende en ellas, procurando la continuidad en su permanencia y desempeño.
- 13.3 Diseñar e implementar las medidas técnicas oportunas para la mejora de los procedimientos de mediación y de la actuación de las personas mediadoras.

- 13.4 Analizar de manera específica las peculiaridades y dificultades para la actuación eficaz del SERCLA en el ámbito de la conflictividad en el sector público.
- 13.5 Divulgar y materializar compromisos formales a través de colegios profesionales y entidades con el código ético de la actuación profesional en el SERCLA, como forma de favorecer una mediación autocompositiva de los intereses de las partes y una negociación conforme al principio de buena fe.

### **Objetivo Estratégico 7: Promover la sensibilización y generación de cultura preventiva de la seguridad y la salud en el trabajo**

#### **Objetivo Operativo 14: Promover la sensibilización y generación de cultura preventiva de la seguridad y la salud en el trabajo, con la incorporación de cláusulas en colaboración con el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales**

Las organizaciones firmantes de este plan consideramos que la negociación colectiva es la vía idónea para adaptar las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo a las características de cada sector o de la organización empresarial y de sus plantillas.

Creemos que en vista de las preocupantes cifras de siniestralidad laboral y con un mercado laboral cambiante y con nuevos escenarios donde las nuevas tecnologías y el teletrabajo han irrumpido de manera creciente, se hace indispensable impulsar nuevos planes de acción preventiva desde la negociación colectiva, como apuesta inequívoca de las organizaciones empresariales, sindicales y del CARL en la defensa de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras andaluzas. Avanzar en la ampliación de las evaluaciones de riesgos psicosociales, el desarrollo de las posibilidades de empleo en personas discapacitadas, la prevención de adicciones desde el ámbito laboral, etc.

#### *Medidas de apoyo del objetivo operativo 14*

- 14.1 Facilitar a través de la web del CARL Protocolos, Decálogos, modelos de Clausulas, y Buenas Prácticas negociales, de establecimiento de medidas concretas para que las empresas, con la participación de la representación legal de los trabajadores o, en su caso, con las personas trabajadoras, desarrollen un plan integral enfocado al fomento de la cultura preventiva y a la reducción de la siniestralidad laboral, así como también, a la mejora de la seguridad y la salud.
- 14.2 Impulsar la incorporación de programas de formación e información sobre los nuevos riesgos emergentes en el mundo del trabajo (nanotecnología, digitalización, cambio climático, inteligencia artificial...) y las medidas



preventivas a adoptar frente a los mismos, además de criterios de buenas prácticas respecto a la digitalización.

14.3 Priorizar la acción preventiva sobre factores que generan determinados riesgos frente al mero establecimiento de pluses de toxicidad, penosidad, peligrosidad e insalubridad.

14.4 Impulsar desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales el compromiso de las empresas y de las personas trabajadoras en el cumplimiento de las normas de prevención.

### **Gestión, seguimiento y evaluación del Plan**

La gestión operativa del Plan se llevará a cabo por los servicios Administrativos del Consejo, tanto en su sede central como en sus sedes provinciales. En concreto será responsable de la divulgación del Plan entre sus destinatarios, de la recepción y tramitación de solicitudes de servicios y de la programación de las reuniones informativas o de negociación con las Comisiones negociadoras y paritarias. Atenderá los servicios de asistencia técnica, domiciliaciones y análogos. Se articularán colaboraciones técnicas para el desarrollo de determinadas medidas específicas relacionadas con la igualdad de género o formación de negociadores y negociadoras.

El seguimiento trimestral del Plan se llevará a efecto en las Comisiones Permanentes del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, sin perjuicio de su funcionamiento operativo a través del grupo técnico de trabajo en cuantas cuestiones le sean encomendadas por el Consejo.

La evaluación anual del Plan y su revisión e implementación se verificará en los órganos colegiados del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Los servicios de presidencias se atenderán a través del Colegio de Presidencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por parte de su Comisión Permanente, de forma análoga a las solicitudes de arbitraje a través del Colegio de Árbitros del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales/SERCLA actualmente existente.

La celebración de reuniones informativas de presentación del Plan se efectuará a través de las correspondientes Comisiones Técnicas provinciales.

### **Transparencia y seguimiento**

A través de la página web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales se mostrará a los destinatarios en particular y a la sociedad en general el contenido y avances que vaya teniendo el Plan, así como la valoración del mismo.

### **Divulgación del Plan**

Se considera necesaria no sólo la propia divulgación del Plan entre sus destinatarios, sino, de manera más amplia, el desarrollo de una campaña de información y concienciación en la sociedad andaluza en su conjunto, en orden al reconocimiento social del papel que la negociación colectiva realiza en la mejora de las condiciones laborales y de vida de las personas trabajadoras y de la sociedad en general.



---

## Comentarios de Jurisprudencia



**LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS SOBRE  
CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR E  
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES\***

*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 427/2023, de 14 de junio  
ECLI:ES:TS:2023:2729*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ\*\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El litigio se inicia por demanda de un trabajador que solicita una reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de 8 años, con una concreción horaria consistente en un turno de 8:00 a 15:00 horas, de lunes a viernes, que supone su exclusión del sistema de rotación mañana/tarde, así como que se condene a las empresas a que le abonen una cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios. El actor venía trabajando a tiempo completo para las demandadas desde 2013, con horario de trabajo de 6 a 14 horas, de lunes a viernes, y los sábados correspondientes de acuerdo con la rotación prevista. El 24 de enero de 2018 se le comunica su traslado a otro centro de trabajo, aceptado por el trabajador, que se hizo efectivo el 5 de marzo de 2018. También el 24 de enero de 2018 la empresa le notifica un cambio de horario a turnos de 6:00 a 14:00, 14:00 a 22:00 y de 22:00 a 06:00 horas, siendo los turnos diurnos rotatorios quincenalmente, pudiéndose acordarse turnos intermedios en función de los nuevos clientes o cambios organizativos. El 29 de enero de 2018 el trabajador solicitó la citada reducción en un octavo de su jornada, pasando a ser de 35 horas semanales y la concreción horaria citada, denegándolo la empresa con base en la petición del actor a su adscripción desde el 05-03-18 al sistema de turno rotatorio de mañana/tarde. El convenio colectivo aplicable permite que la jornada reducida “se desarrolle incluso fuera de su horario habitual, siempre dentro de los horarios de su área funcional”<sup>1</sup>. La esposa del actor trabaja a tiempo completo, siendo su jornada de trabajo de 40 horas semanales, de lunes a viernes, a razón de 8 horas, distribuidas según las necesidades de la empresa.

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La negociación colectiva como instrumento de gestión anticipada del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial” (PID2021-122537NB-I00), Plan Estatal 2021-2023, Ministerio de Ciencia e Innovación.

\*\* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> Art. 57.4 del Convenio Colectivo de Transporte por Carretera de Barcelona (DOGC 16/10/2007, referencia Convenio 0804295).

**RESUMEN:** La demanda frente a las empresas Carreras Grupo Logística, S.A., y Carreras Servicios Integrales, S.A. fue desestimada íntegramente por el Juzgado de lo Social en la instancia, formalizándose recurso de suplicación frente a la misma tanto por el actor como por las empresas, los cuales fueron resueltos por la STSJ de Cataluña 5985/2019, de 12 diciembre<sup>2</sup>, en la que se estima íntegramente el recurso del trabajador. Planteado por las empresas recurso de casación, el Tribunal Supremo dicta sentencia de 14 de junio de 2023, que lo desestima, confirmando la sentencia recurrida. Ha sido ponente de la misma el Ilmo. Magistrado D. Ignacio García-Perrote Escartín.

## ÍNDICE

1. LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LA MATERIA EN EL ITER PROCESAL
2. LA CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA POR GUARDA LEGAL DE HIJO MENOR
3. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y SU CUANTÍA
4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN RELACIÓN A LA INDEMNIZACIÓN

### 1. LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LA MATERIA EN EL ITER PROCESAL

Desde que se aprobara el actual Texto Refundido de la Ley que aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET) de 2015<sup>3</sup>, hasta junio de 2023, fecha en que dicta la STS que ahora comentamos, la materia relativa a la reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado directo de hijos menores e hijos con discapacidad que no desarrollen una actividad retribuida, y su concreción horaria, con la disminución proporcional del salario, prácticamente no ha experimentado reforma legal alguna (art. 37.6 y 37.7 ET), dejando al margen las reformas relativas a otro tipo de hijos con enfermedad grave, y el cuidado de otro tipo de familiares, así como de las víctimas de violencia de género y terrorismo.

Las reformas normativas de esta concreta medida de conciliación laboral y familiar se producen sobre todo con anterioridad a 2015, dirigidas principalmente a ampliar el límite máximo de edad del hijo menor que, por razones de guarda legal y por su cuidado directo, dan derecho a la reducción de jornada con reducción proporcional del salario: prevista inicialmente para menores de seis años<sup>4</sup>, después

<sup>2</sup> ECLI:ES:TSJCAT:2019:11577.

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre).

<sup>4</sup> Art. 37.5 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

para menores de ocho años<sup>5</sup> y posteriormente ampliada al cuidado directo de menores de 12 años<sup>6</sup>, edad que se mantiene en la actualidad. También se ha modificado la terminología utilizada para referirse hijos, sin límite de edad y siempre dentro del contexto de cuidado directo y por razones de guarda legal, afectados por alguna discapacidad, siempre que no desempeñen actividad retribuida: “disminuido físico o psíquico”<sup>7</sup>, “ minusválido físico, psíquico o sensorial”<sup>8</sup>, “personas con discapacidad física, psíquica o sensorial”<sup>9</sup>, o simplemente y de forma más acertada “persona con discapacidad”<sup>10</sup>, denominación con la que llega al actual texto 2023 del art. 37.6 ET.

Ha sido también objeto de modificación la cantidad mínima de jornada que puede ser objeto de reducción por esta causa, pasando de un mínimo de un tercio de la jornada del trabajador o trabajadora solicitante (1980) a un mínimo de un octavo de la jornada (2007), tope mínimo que permanece en la actualidad. Por su parte, la cuantía máxima que puede ser objeto de reducción ha estado siempre fijada en la mitad de la duración de la jornada de la persona trabajadora.

Y, por último y más novedosa es la reforma operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que reconoce la medida como un derecho individual de los trabajadores y trabajadoras, con el contrapeso de su posible limitación por parte de la empresa en caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante (art. 37.5 ET).

Esta Ley incorpora un nuevo apartado 6 al art. 37 ET mediante el que atribuye a la parte trabajadora la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de la jornada, dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria; y remite el conocimiento de las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos, a la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, estando actualmente regulado en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS).

<sup>5</sup> Disposición adicional 11.4 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>6</sup> Artículo 1.4 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

<sup>7</sup> Art. 37.5 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>8</sup> Art. Segundo, apdo. 2, de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>9</sup> Disposición adicional 11.4 y 5 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

<sup>10</sup> Texto original del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.



Mediante la reforma laboral de 2012<sup>11</sup>, aunque se sigue manteniendo el mandato de que la concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de la reducción de jornada por cuidado de hijo “corresponderá al trabajador”, se introduce la posibilidad de que los convenios colectivos puedan “establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5 (por cuidado de hijos menores y de hijos con discapacidad), en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas”. Esta llamada al convenio colectivo se ha manteniendo en los mismos términos hasta el momento actual, si bien desde la aprobación del nuevo texto refundido de la Ley que aprueba el Estatuto de los Trabajadores de 2015, la medida ha pasado a estar en el apartado 6, y la concreción horaria en el apartado 7, ambos del art. 37 ET. En el caso analizado avanzamos que el convenio colectivo aplicable contiene una previsión respecto de la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado de hijos, que abordaremos enseguida.

Centrada la medida de conciliación laboral y familiar en la reducción de jornada con la reducción proporcional del salario, por razones de guarda legal de quienes tengan a su cuidado directo un menor de 12 años o persona con discapacidad, y no en otros supuestos que dan derecho a permisos y reducciones de jornada, podemos afirmar que si bien las reformas más importante en esta materia se han llevado a cabo antes de 2015, no obstante las numerosas y sucesivas reformas que a partir de entonces se han ido produciendo, desde una perspectiva más amplia en materia de conciliación, llevan a que en numerosas ocasiones los juzgados y tribunales del orden social tengan que resolver casos en los que la legislación aplicable, por ser la vigente en el momento de ejercicio de la medida de conciliación litigiosa, ha sido reformada al tiempo de dictarse la sentencia de instancia y, más aún lo ha podido ser en la fecha de dictarse la sentencia que resuelva el posible recurso, en su caso. En estos casos, y ante la duda interpretativa que pueda ocasionar la norma anterior aplicable, juega un importante papel para la resolución del caso la función interpretativa que se puede derivar de las nuevas normas en la materia, pese a no ser directamente aplicables al caso en cuestión. Así por ejemplo ocurre en el presente caso, en el que la sentencia recurrida (STSJ de Cataluña, de 12 de diciembre de 2019) indica que pese a que no resulta aplicable al caso la reforma operada en la materia por el Real Decreto-ley 6/2019<sup>12</sup>, “alguna doctrina judicial sostiene que tiene ya un gran contenido interpretativo”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

<sup>12</sup> Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación, que fue publicado en el BOE de 7 de marzo.

<sup>13</sup> Con cita de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, núm. 1082/19.

Téngase en cuenta, desde esta perspectiva, que los hechos objeto de la demanda se remontan a enero de 2018, y que la sentencia que resuelve el recurso de suplicación se dicta una vez vigente el RDL 6/2019, si bien no aplicable a casos anteriores a su entrada en vigor. Por otro lado, en el periodo comprendido entre la citada reforma a la actualidad (2019-2023), las medidas de conciliación de la vida profesional y familiar previstas en el art. 37 ET han experimentado ocho reformas, que han ido ampliando los derechos de conciliación en la relación laboral, contemplando nuevos supuestos de conciliación, nuevos titulares de los derechos, así como mayores garantías para su ejercicio efectivo<sup>14</sup>. A título ilustrativo, la reforma más reciente en la materia, operada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio<sup>15</sup>, entre las numerosas novedades que contiene, incorpora el mandato de que en el ejercicio del derecho de reducción de jornada se tenga en cuenta *el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género*” (art. 37.6 ET), transponiendo a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. También introduce como causa de discriminación el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral (art. 4.2.c ET).

<sup>14</sup> Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incluye el supuesto previsto en el art. 37.5 ET (nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados tras el parto) en el derecho a la concreción horaria prevista en el art. 37.7 ET. Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre los derechos relativos a la jornada para víctimas de violencia de género o de terrorismo. Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que reconoce el derecho a las víctimas de violencia de género a la adaptación de su jornada al trabajo a distancia. Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, modifica el art. 37.6 ET en lo relativo a la edad de hijos con cáncer a los efectos de su cuidado. Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que incluye en el art. 37.8 ET a las víctimas de violencias sexuales. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, quita del apartado 8 a las víctimas de violencias sexuales. Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, que amplía el supuesto del art. 37.6 ET para el cuidado de hijos con cáncer. Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, de transposición de la Directiva UE 2019/1158, de 20 de junio 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

<sup>15</sup> Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE 29 junio).

La nueva Directiva avanza en el sentido de considerar la conciliación profesional y familiar, junto con la corresponsabilidad, instrumentos imprescindibles para alcanzar la igualdad entre los hombres y las mujeres, principio fundamental de la UE<sup>16</sup>, siendo su objetivo eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares o dependientes<sup>17</sup>.

Esta nueva realidad normativa se acompasa con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que ya reconoció mediante su STC 3/2007 “la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”. En los mismos términos, se pronuncia en su STC 26/2011, en base al derecho a la no discriminación por circunstancias personales (art. 14 CE), que fundamenta el pronunciamiento tanto de la sentencia recurrida como en la STS ahora comentada, como tendremos ocasión de ver.

## **2. LA CONCRECIÓN HORARIA DE LA JORNADA REDUCIDA POR GUARDA LEGAL DE HIJO MENOR**

La primera cuestión que plantean las empresas recurrentes en casación para la unificación de doctrina, invocando de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Cataluña 9 de diciembre de 2014, es la de si el trabajador tiene el derecho a la concreción horaria por reducción de jornada por guarda legal, que le ha reconocido la sentencia recurrida. Cabe recordar que la empresa denegó la concreción horaria solicitada, fundando su negativa en la adscripción del trabajador desde el 5 de marzo de 2018 al sistema de turno rotatorio de mañana/tarde. La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda del trabajador, en tanto que la sentencia de suplicación declaró el derecho del trabajador a que la reducción

<sup>16</sup> Art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1, 18/12/2000.

<sup>17</sup> El objeto de la Directiva 2019/1158 UE es establecer requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional. Para ello, la presente Directiva establece derechos individuales relacionados con lo siguiente: a) el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores; b) fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores (art. 1).

de jornada, que le ha sido reconocida por las empresas, se concrete en un horario de mañana de 8:00 a 15:00 horas, así como a que se le indemnice con la cantidad de 6.251 euros por los daños morales irrogados, revocando la sentencia del Juzgado de lo Social.

Por su parte, la STS comentada rechaza este primer motivo del recurso en base a que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, ya que en la primera la estimación del recurso del trabajador obedece a una cuestión de fondo, en tanto que la segunda se pronuncia únicamente sobre infracción de garantías del procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto.

No obstante, pese al rechazo del motivo, interesa hacer alguna matización sobre la facultad de concreción horaria que el art. 37.7 ET atribuye al trabajador o trabajadora, al menos inicialmente. Se puede afirmar que es un derecho, si bien con ciertos condicionantes, como es la precisión legal de que dicha concreción horaria sea “dentro de su jornada ordinaria”. Es una precisión que ha dado lugar en sede judicial a una amplia casuística que atiende a las circunstancias concurrentes en cada caso, despejando las dudas interpretativas que suscita la citada precisión legal y, en otros casos, interpretando los criterios establecidos convencionalmente para ejercer la concreción horaria, como ocurre en el caso presente. La concreción horaria propuesta por el trabajador supone el cambio de una jornada a turno rotatorio quincenalmente de mañana y tarde, a uno fijo de 8:00 a 15:00 h., de lunes a viernes, con jornada reducida a 35 horas semanales.

La sentencia recurrida confirma el derecho del trabajador a este horario en base a que el convenio colectivo aplicable permite que la nueva jornada reducida se desarrolle “incluso fuera de su horario habitual, siempre dentro de los horarios de su área funcional”<sup>18</sup>. Se observa pues, que el convenio establece este criterio atendiendo por un lado al derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora, y por otro lado a las necesidades productivas y organizativas de las empresas, tal como establece el art. 37.7 ET. De manera que la condición establecida convencionalmente para que el trabajador pueda concretar el horario de su jornada reducida fuera de su horario habitual es que se haga dentro de los horarios del área funcional en que presta sus servicios que, en este caso y según la sentencia recurrida, es en turnos rotatorios de mañana y tarde de 6.00 a 14:00 y de 14:00 a 22:00, y un turno fijo de noche, quedando amparada la petición del trabajador en el contenido del convenio colectivo que la permite, según el parecer de la Sala del TSJ de Cataluña. Se argumenta, además, que no existe imposibilidad alguna de tipo organizativo que impida que el trabajador demandante trabaje exclusivamente en turno único de mañana de 8:00 a 15:00 h., y que este horario no va en contra de la jornada y horario general de la empresa.

<sup>18</sup> art. 57.4 del Convenio Colectivo de Transporte por Carretera de Barcelona 2007-2010.

Téngase en cuenta que, a diferencia de lo establecido en el art. 34.8 ET sobre adaptación de la jornada y horario de trabajo (sin reducción de jornada), en la medida de conciliación establecida en el art. 37.6 ET (con reducción de jornada y salario) no se contempla la negociación entre el trabajador y la empresa respecto de la medida. Ni tampoco está condicionada a que la medida (reducción de la jornada) deba ser razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa, como sí se condiciona por el art. 34.8 ET a las adaptaciones de la jornada<sup>19</sup>. Se trata de derechos diferentes, aunque ambos constituyan medidas para favorecer la conciliación profesional y familiar. Por ello no se entiende que la sentencia recurrida argumente que no existe imposibilidad alguna de tipo organizativo que impida esa concreción horaria, a la par que se argumenta que los horarios de trabajo de la esposa del trabajador justifican la concreción horaria pedida por el trabajador para el cuidado del menor. Consideramos que lo único que se debe tener en cuenta en el caso analizado es la previsión legal prevista para la medida en cuestión (art. 37.6 y 7 ET), junto con los criterios establecidos en el convenio colectivo, por lo que el reconocimiento del derecho no puede descansar en posibles razones organizativas de la empresa (salvo que el convenio aplicable sí lo especifique), así como tampoco hacer depender este derecho a la situación laboral de la pareja del trabajador, ya que constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Entendemos que mezclar las reglas que rigen las adaptaciones de jornada y las reducciones de jornada puede provocar inseguridad jurídica.

Entendemos que en la reducción de jornada por cuidado de hijo (art. 37.6 ET) y su concreción horaria (art. 37.7 ET) la negativa del derecho por parte de la empresa o su demora en la efectividad de la medida, en los supuestos en los que la norma legal y la convencional la amparan, supone ya el presupuesto necesario para entender que estamos ante un trato desfavorable por motivos de conciliación (la necesidad de conciliar, manifestada en la solicitud de la medida de conciliación, frente a quienes no la solicitan por no serle necesaria) desplegándose en ese momento la dimensión constitucional de las medidas de conciliación y su tutela al amparo del art. 14 CE, conforme a la doctrina del TC, a la que nos referiremos en el siguiente apartado. Y ello sin necesidad de valorar las circunstancias personales y familiares concretas del caso, ni de la situación organizativa de la empresa más allá de los posibles criterios establecidos convencionalmente. Además, dicha negativa o demora puede dar lugar a la reclamación de la reparación de los daños y perjuicios (sean económicos o morales) por parte del trabajador, derivados de tal comportamiento, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador, tal como establece el art. 139 LRJS.

<sup>19</sup> En su redacción dada al art. 34.8 ET por el RDL 6/2019, no aplicable al caso, tal como indica la propia sentencia recurrida.

Cuestión diferente será que en el caso de que se trate existan dudas acerca de si concurren o no los presupuestos legales y/o convencionales para que proceda el derecho a obtener la medida de conciliación, en cuyo caso sí sería necesario la acreditación de las circunstancias personales, familiares y las organizativas de la empresa, como ocurre en el supuesto analizado por la STC 26/2011, y si esas circunstancias acreditan la necesidad de conciliación, la negativa puede suponer una discriminación por razón de las circunstancias personales del trabajador o trabajadora (art. 14 CE), que se traducen en circunstancias familiares.

### **3. EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y SU CUANTÍA**

La sentencia recurrida se pronuncia sobre el motivo de impugnación alegado por el trabajador en su recurso de suplicación, quien denuncia la infracción del art. 1101 del Código Civil, dado que para esta parte resultaba incuestionable la existencia de daños morales al haberse inaplicado unilateralmente por la empresa los arts. 57.4 del Convenio y 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores (en la actualidad art. 37.6 y 7 ET), daños que cuantificó en 6.250 euros. La citada sentencia estima la procedencia de la indemnización y su cuantía, una vez dejado sentado que la actuación de la empresa ha impedido indebidamente la conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador, al considerar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 26/2011, la negativa de la empresa puede suponer un supuesto de discriminación por razón de las circunstancias personales del trabajador (art. 14 CE).

Partiendo de esa declaración, y en cumplimiento del mandato procesal sobre la necesidad de que el tribunal se pronuncie sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta en la medida de lo posible en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (art. 183.2 de la LRJS), considera la sentencia recurrida aceptable como criterio orientador en la determinación del daño moral las sanciones contenidas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)<sup>20</sup>. Según la Sala, la negativa de la empresa puede encajar en la falta muy grave tipificada en el art. 8.12 LISOS<sup>21</sup>, siendo la

<sup>20</sup> Por tratarse de un criterio aceptado por múltiple doctrina jurisprudencial, con cita de las STS de 15 de febrero de 2012, rcud 67/2011, así como las posteriores de 8 de julio de 2014, rcud 282/2013, y la de 2 de febrero de 2015, rec. 279/2013.

<sup>21</sup> El texto vigente en la fecha de dictarse la sentencia recurrida, establecía en su art. 8.12 LISOS como infracción muy grave: Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables

sanción prevista en su grado mínimo y máximo la que va desde 6.251 euros a 25.000 euros, de manera que aplicando criterios de razonabilidad, considera ajustada a derecho la petición del trabajador de resarcimiento de los daños morales sufridos en cuantía de 6.251 euros.

La empresa recurrente en casación cuestiona el derecho a una indemnización porque entiende que no se ha acreditado la vulneración de un derecho fundamental, y propone de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2018 (rec. 971/18). Esta sentencia estima parcialmente el recurso de la trabajadora frente a la sentencia de instancia, que había desestimado su demanda en materia de concreción de jornada por guarda legal, estimación parcial que implicó el no reconocimiento de la indemnización solicitada por vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14 y 39 CE, por entender la Sala que en los hechos probados no obraba dato fáctico alguno que pusiera de manifiesto represalia de la empresa, de manera que a falta dichos indicios, no entra en juego la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 181.2 LRJS.

La STS que comentamos, entra a conocer este motivo por entender que sí existe contradicción de doctrina, por lo que analiza cuál de ellas es la correcta. En síntesis, entiende el TS que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia recurrida que analiza (STSJ Cataluña, de 12/12/2019, rec. 4739/2019), en base a dos argumentos, y partiendo del hecho imbatido de que la empresa ha impedido indebidamente la conciliación de la vida familiar y laboral: el primero, porque entiende que no es correcta la afirmación de la parte recurrente de que no ha existido vulneración de un derecho fundamental. En efecto, la sentencia recurrida razona que tanto el art. 37.6 y 7 ET, como especialmente el art. 57.4 del convenio colectivo aplicable, ampara la concreción horaria solicitada por el trabajador para su reducción de jornada por guarda legal, entendiendo el TSJ que no existe imposibilidad alguna de tipo organizativo para denegar esa concreción horaria, y en el contexto de este razonamiento, “resulta aplicable al efecto el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, en el sentido de que ‘la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales ( art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia ( art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de

o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”<sup>22</sup>.

El segundo argumento que sostiene la STS es que, adicionalmente, no se puede olvidar que el artículo 139.1 a) LRJS prevé que “en la demanda del derecho a la medida de conciliación puede acumularse la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador”. Entiende la Sala del TS que así lo hizo el trabajador en el presente supuesto, solicitando concretamente una indemnización de 6.250 euros, además de que la sentencia recurrida razona ampliamente sobre el criterio orientador que puede tener la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social a la hora de fijar una concreta cuantía indemnizatoria.

La doctrina contenida en la citada STC 26/2011 considera que la perspectiva desde la que se debe analizar la negativa a reconocer al trabajador la medida de conciliación laboral y familiar es la del derecho fundamental a la no discriminación por circunstancias personales o sociales (art. 14 CE), pues lo que se plantea es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a la medida de conciliación (acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante) pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. Según esta doctrina, “la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...)”. Para el TC, el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999 y la LO 3/2007, de manera que la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto.

Según esta doctrina constitucional, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado”<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Con cita de sus SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; 92/2005, de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007, de 15 de enero, FJ 6.



La discriminación por razón de circunstancias personales (en este caso, familiares), según esta doctrina constitucional obliga tanto a las empresas como a los órganos judiciales que conozcan de la controversia, a valorar las circunstancias personales y familiares del trabajador solicitante de la medida, para averiguar hasta qué punto resulta necesaria esa medida para lograr la efectiva participación del trabajador en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares; obliga también a analizar cuáles son las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios.

Esta valoración de las circunstancias concretas del trabajador y de la empresa entendemos que resulta necesaria en los casos en los que existen dudas acerca de la interpretación de la norma legal o convencional aplicable y, por tanto, acerca de la existencia del derecho mismo a la medida de conciliación, como ocurre en el caso analizado por la STC 26/2011, en el que no existía norma legal o convencional que amparara expresamente el derecho del trabajador a que se le asignara el turno de noche fijo solicitado, de manera que esto justifica en que se deba tener en cuenta las circunstancias personales-familiares del trabajador y su pareja, la situación de los menores, y la situación organizativa de la empresa. En ese caso, de no hacerse, se estaría lesionando el derecho constitucional a la no discriminación por circunstancias personales/familiares, dada la dimensión constitucional de las normas sobre conciliación laboral y familiar, que constituyen un instrumento imprescindible para la consecución del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

En el caso analizado en este comentario, la STSJ recurrida analiza la situación del trabajador y de su esposa, así como que la medida no va contra la jornada y horarios de la empresa, ni existe por tanto dificultades organizativas que impidan su aplicación. Esto lleva a la STJS a aplicar la doctrina constitucional contenida en la STC 26/2011, confirmada por la STS que comentamos. Como apuntábamos *supra*, valorar la dimensión constitucional de las medidas de conciliación, por el objetivo constitucional de igualdad y corresponsabilidad que persiguen y de atención a la familia, supone un avance necesario en la interpretación de las normas sobre la materia, ahora corroborado por la Directiva UE 2019/1158, y su norma de transposición, RDL 5/2023, que erigen la conciliación profesional y laboral como causa autónoma de discriminación, tutelada al amparo del art. 14 CE.

Por tanto, entendemos plenamente aplicable al caso la doctrina contenida en la STC 26/2011, previamente sentada por la STC 3/2007, en la que también concurría la duda interpretativa sobre la norma legal y, por tanto, sobre la existencia del derecho mismo a la concreción horaria fuera de su jornada ordinaria, y sin embargo “la resolución judicial prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera

ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba” (STC 3/2007).

Entendemos que esta fundamentación es aplicable no sólo a los casos en los que existe duda interpretativa sobre la norma legal y el derecho a la medida de conciliación –en cuyo caso es necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes- sino también y con más motivo, en los casos en los que la norma (legal y convencional) no arroja duda alguna acerca del derecho en cuestión – como ocurre en el caso analizado por la STS-, sin que en este caso sea necesario analizar las circunstancias concurrentes, más allá del análisis de concurrencia de los requisitos legales y los convencionales exigidos, que en el caso analizado se cumplen.

#### **4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL EN RELACIÓN A LA INDEMNIZACIÓN**

Se formula por la empresa recurrente otro motivo de impugnación consistente en la necesidad de acreditar previamente el daño derivado para que surja el derecho a la indemnización, en base a los arts. 179.3, 183 y 184 de la LRJS, aportando como sentencia de contraste la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid de 13 de abril de 2015 (rec. 975/2014). La STS comentada entiende que no existe contradicción, pues en la sentencia de contraste se desestima la indemnización otorgada porque no había sido solicitada por la parte demandante, de manera que se producía una incongruencia *extra petita*, dado que la indemnización no procede de oficio sino a petición de parte, conforme al art. 183 LRJS, por lo que se desestima el motivo del recurso.

Sólo añadiremos unas breves consideraciones procesales sobre la prueba de los daños en relación con la indemnización, por la negativa de la empresa a reconocer la medida de concreción horaria propuesta por la parte trabajadora, en virtud del art. 37.6 y 7 ET y del art. 57.4 del convenio colectivo aplicable, y teniendo en cuenta la dimensión constitucional de la medida de conciliación y su conexión con el art. 14 CE.

La LRJS regula la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184), incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. Si bien el art. 184 LRJS remite la tramitación de diversos tipos de demandas (entre ellas la de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las

que se refiere el artículo 139) en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, a su tramitación de forma inexcusable con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

Por su parte, el citado art. 139 LRJS contempla unas pocas reglas específicas para esta modalidad procesal denominada “Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”. Entre esas reglas específicas se establece una, que guarda relación con la reparación de los daños y perjuicios a los efectos de admitir en la demanda del derecho a la medida de conciliación la acumulación de la acción de daños y perjuicios causados al trabajador, exclusivamente por los derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador (art. 139.1.a LRJS). De acumularse la pretensión de resarcimiento de perjuicios, la sentencia sí sería recurrible si por la cuantía reclamada pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia (art. 139.1.b LRJS).

La aplicación de estas reglas específicas no impide la aplicación de las garantías procesales previstas en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, ya que no son incompatibles en lo que a daños y su reparación se refiere, sino complementarias. De manera que sería aplicable a estos casos la consolidada doctrina jurisprudencial existente sobre la acreditación del daño y su reparación, incluido el daño moral, lo que dicho de forma sintética se traduce en la necesidad de probar los daños económicos que la negativa a la medida de conciliación ha ocasionado al trabajador, en el caso de que existiera algún tipo de perjuicio económico, como pudiera ser, a título de ejemplo, tener que abandonar el trabajo, ya sea el trabajador o su pareja; contratar a una persona cuidadora de los menores; cambiar de centro de trabajo o algunas condiciones de trabajo que le repercuta en el salario, etc. Son daños económicos tangibles, que requieren prueba. En el presente caso no se alega la existencia de este tipo de daños.

Pero un comportamiento que lesione un derecho fundamental, como queda acreditado en el caso analizado (art. 14 CE) no es inocuo, es decir, que la lesión de un derecho fundamental comporta siempre un daño moral a la persona que se ve privada del mismo, de manera que no requiere una prueba específica de ese daño porque es personal, no económico.

El propio legislador, consciente de la dificultad de determinar el daño moral y su cuantificación, exonera de su adecuada especificación en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, (art. 179.3 LRJS). Solicitada la indemnización por daño,

la norma procesal requiere que el órgano judicial se pronuncie sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa (como es el caso del daño moral), para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

La STSJ recurrida estima la existencia de daño moral y considera razonable la cuantificación de la indemnización solicitada por el trabajador en base a la cuantía de la sanción administrativa que contempla la LISOS, en su cuantía mínima. La estimación del daño moral y la cuantía de la indemnización para su reparación es confirmada por la STS que comentamos, por considerar que resulta razonable, a lo que añade que “esa indebida denegación (de la medida de conciliación) ha durado desde el 5 de febrero de 2018 (fecha de la negativa empresarial) hasta, al menos, la notificación de la sentencia recurrida, que se dictó el 12 de diciembre de 2019. Cabe recordar que, de conformidad con el artículo 139.1 a) LRJS, la empresa se podía haber exonerado de la indemnización si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador”.



## **EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA EN LAS RELACIONES LABORALES. EL AMPARO CONSTITUCIONAL**

*Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 79/2023, de 3 de julio  
ECLI:ES:TC:2023:79*

MAIEDAH JALIL NAJI\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo núm. 3638-2020, promovido contra el auto de 11 de junio de 2020, dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por el que se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3594-2019, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm.525/2019, de 29 de mayo, y que declara la procedencia del despido disciplinario sufrido por un trabajador (director de la sucursal sita en Madrid de un banco marroquí). Considera acreditada la causa esgrimida en la carta de despido basada en la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. Concretamente, el despido se fundamentaba en que había quedado demostrado que el trabajador hizo un uso indebido de la imagen y medios de la empresa en redes sociales mediante la publicación de fotografías tomadas en su despacho con mensajes de contenido político. Con este pronunciamiento, el TSJM revocaría la anterior resolución de instancia<sup>1</sup> en la que se calificaba el despido como nulo, al apreciarse en la demanda un panorama indiciario lo suficientemente solvente, de la vulneración de derechos fundamentales y que no fue desvirtuado por la empleadora. Dicho panorama indiciario ponía de manifiesto que la causa esgrimida en la carta de despido por la entidad bancaria enmascaraba el verdadero motivo del despido: la participación del trabajador en una manifestación pública en defensa de los ciudadanos del Valle del Rif en la que se denunciaba la situación política en la que se encontraba la región dentro del Reino de Marruecos.

**RESUMEN:** El Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez acerca de la eventual infracción del ejercicio del derecho de libertad ideológica (art.16 CE) en el marco de una relación laboral y sin que la parte empleadora pueda considerarse organización ideologizada o de tendencia. De esta forma, en

\*Contratada FPU, Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> Sentencia núm. 217/2018, de 15 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 27 de Madrid.

aplicación de la doctrina constitucional relativa al derecho fundamental de libertad ideológica y basándose en la inversión de la carga probatoria para alcanzar la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, se concede el amparo. La medida empresarial adoptada se encuadra dentro de los denominados despidos “pluricausales” y se declara vulneradora del derecho a la libertad ideológica, en conexión con las libertades de expresión [art. 20.1 a) CE] y de reunión (art. 21.1 CE).

### ÍNDICE:

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. UNA DELIMITACIÓN INICIAL
2. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL: EL DESPIDO “PLURICAUSAL”
3. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA EN EL TRABAJO Y LA CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VS. PROCESO JUDICIAL

## 1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA. UNA DELIMITACIÓN INICIAL

Aunque son numerosas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) se ha pronunciado acerca de la eficacia de los derechos fundamentales de las personas en el trabajo, todavía y en el concreto ámbito de las relaciones laborales, existen facetas aún inexploradas doctrinalmente y por ende carentes de tutela constitucional. A esta tarea se dedica la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 79/2023, de 3 de julio (en adelante, STC 79/2023)<sup>2</sup>, en la que se basa el presente comentario, y que contiene una doctrina novedosa en nuestra disciplina sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica de las personas trabajadoras<sup>3</sup>.

La libertad ideológica como derecho fundamental se reconoce en el artículo 16 de la Constitución Española (en adelante, CE) cuando dispone que: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley; 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. De esta forma se integran en un mismo precepto

<sup>2</sup> ECLI:ES:TC:2023:79

<sup>3</sup> Sobre la existencia de una especial transcendencia constitucional de esta resolución y la novedad de la cuestión planteada, *vid.* F.J. 2 b) de la STC 79/2023.

dos derechos autónomos con significado y contenido diferenciado<sup>4</sup>, pudiendo distinguir de un lado, la libertad ideológica (y creencias), y de otro, la libertad religiosa y de culto<sup>5</sup>.

En su conjunto, los derechos reconocidos en el artículo 16 CE conforman la denominada libertad de pensamiento o de conciencia, y general, se corresponde con los derechos de todas las personas “para poder escoger o elaborar por sí misma las respuestas que estime más convenientes a los interrogantes que le plantea su vida personal y social, de comportarse de acuerdo con tales respuestas y de comunicar a los demás lo que considere verdadero”<sup>6</sup>. En este sentido, la libertad de pensamiento como derecho fundamental reconocido en el artículo 16 debe entenderse en un sentido amplio e incluyente de todas aquellas manifestaciones que de alguna manera sean consecuencia de las opiniones o creencias, tal y como figura su formulación en todos los textos internacionales sobre derechos humanos<sup>7</sup>.

Así lo señala el TC cuando examina si la afiliación sindical está dentro del marco protector del art.16 CE, y sostiene que efectivamente la libertad de

<sup>4</sup> Rollnert Liern, G., “La cuestión terminológica: libertad ideológica, libertad de pensamiento, libertad de conciencia y objeción de conciencia”, *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm.1, 2001, pp.333-364.

<sup>5</sup> Un estudio sobre la vigencia de ésta última en las relaciones laborales en: Jalil Naji, M., “La diversidad religiosa en el ámbito laboral. Problemas y soluciones”, *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud (España, Portugal, Francia, Italia, Brasil)*, Peter Lang, 2017, pp.79-111.

<sup>6</sup> Prieto Sanchis, L., “La libertad de conciencia”, *Constitución y derechos fundamentales*, 2004, pp. 623-624.

<sup>7</sup> El artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión al disponer que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos; 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. En el ámbito europeo se encuentra reconocido en el artículo 10 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, titulado “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, y bajo la siguiente formulación: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. De esta forma, el derecho garantizado en el apartado 1 corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52 de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance. Por lo tanto, las limitaciones deben respetar el apartado 2 de dicho artículo 9, redactado como sigue: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de



pensamiento en sentido amplio, “en el contexto democrático gobernado por el principio pluralista que basado en la tolerancia y respeto a la discrepancia y diferencia, es comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, que no pueden dejarse reducidas a las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y al destino último de ser humano (...)”, y que “siendo los sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la Sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna que la afiliación a un sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 de la CE”<sup>8</sup>. Esta dimensión del espectro jurídico que abarca la libertad de pensamiento sustenta que haya sido catalogada doctrinalmente como un derecho de contenido complejo<sup>9</sup>.

Si nos centramos de nuevo, en el derecho fundamental a la libertad ideológica como derecho autónomo reconocido en la Constitución, el TC le ha atribuido ese mismo carácter “esencial para nuestro Estado social y democrático de Derecho por su estrecha vinculación con el pluralismo político”<sup>10</sup>. Sin la libertad ideológica no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en su artículo 1.1 para constituir el Estado social y democrático de Derecho”. Esto es, sin ella no serían viables las otras libertades y derechos fundamentales<sup>11</sup>.

El derecho de libertad ideológica hereda la amplitud de su ámbito objetivo de su versión en la formulación más amplia de libertad de pensamiento, y se relaciona estrechamente con su carácter de ser fundamento de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes. Este carácter movilizador de otros derechos fundamentales y, asociado con su carácter previo, concurre en la Sentencia que aquí analizamos. En la que se declararán vulnerados el derecho a la libertad ideológica (art.16.1 CE), en conexión con los derechos a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y de reunión (art.21 CE), cuestión que en adelante analizaremos más detenidamente.

En este momento toca hacer una breve delimitación sobre la titularidad, el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica y sus garantías

la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.’ El derecho garantizado en el apartado 2 corresponde a las tradiciones constitucionales nacionales y a la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia.

<sup>8</sup> F.J. 5 de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional núm. 292/1993, de 18 de octubre.

<sup>9</sup> Valdés Dal-Ré, F., “Libertad ideológica y contrato de trabajo: una aproximación de Derecho Comparado”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2, 2004, pp. 17-18.

<sup>10</sup> F.J.5 de la STC 177/2015, de 22 de julio, y F.J. 12 de la STC 81/2020.

<sup>11</sup> Rodríguez Crespo, M.J., “El ejercicio de la libertad ideológica en el ámbito empresarial: doctrina general y últimos pronunciamientos judiciales”, *Revista de Información Laboral*, núm.8, 2015, p. 46.

como derecho sustantivo. Al respecto, se trata de un derecho de doble titularidad (individual y colectiva)<sup>12</sup>, de doble dimensión (interna y externa) y de doble faceta (negativa y positiva). Esto es, de acuerdo con la doctrina constitucional<sup>13</sup>, la libertad ideológica va a presentar dos ámbitos de protección diferenciados: la dimensión interna, donde tiene lugar la actividad intelectual de la persona, y la dimensión externa, por la que resulta posible exteriorizarla o -en su faceta negativa *ex art. 16.2 CE*- no hacerlo. Esta dimensión externa se traduce en un *agere licere*, con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción o demérito, ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos o de los particulares. Se hace necesario que su ámbito no se recorte ni tenga más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, como expresamente determina el art. 16.1 CE<sup>14</sup>. Limitación que en el ámbito del trabajo se ha considerado que, con carácter general, se corresponde con todas las normas imperativas que rigen la relación laboral<sup>15</sup>.

En relación con las garantías constitucionales y legales del derecho fundamental de libertad ideológica, se incluyen las típicas de los derechos fundamentales, entre ellas las contenidas en el artículo 53: reserva de ley orgánica que deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 y 81.1 CE); tutela ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento preferente y sumario, y en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [art. 53.2 y 161.1.a) CE].

El recurso de amparo que aquí se plantea, incluye algunas cuestiones relativas a los presupuestos procesales, y que buscan, sobre todo, atentar contra su viabilidad. Consideramos que merece la pena traerlas a colación por cuanto van a resultar transcendentales en la delimitación del propio objeto del recurso. Concretamente, y según la empresa, el trabajador habría incumplido con su carga de concretar debidamente los preceptos constitucionales infringidos, y por tanto no se habría fijado con precisión el amparo solicitado (*ex arts. 44 y 49*, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en adelante, LOTC). A su juicio, la demanda

<sup>12</sup> Se trata además de un derecho de titularidad colectiva por cuanto se ha equiparado al derecho de libertad religiosa con el que comparte tratamiento jurídico-constitucional, donde la única diferencia se refiere a la vigencia exclusiva del principio de cooperación, en la dimensión institucional del fenómeno religioso (art. 16.3 CE), Prieto Sanchís, L., *op.cit.*, pp. 624-625. Sin embargo, a la hora de afirmar específicamente la titularidad colectiva del derecho fundamental a la libertad ideológica de forma autónoma, la doctrina mantiene una postura menos clara, Díaz Revorio, F.J., “La libertad de pensamiento: un análisis desde la jurisprudencia constitucional española y europea”, *IUS ET VERITAS*, núm. 34, 2007, pp. 87-88.

<sup>13</sup> Por todas, F.J. 12 STC 81/2020 y F.J. 7 de la STC 93/2021, ambas del 10 de mayo; F.J. 3 de la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

<sup>14</sup> Sobre el límite del orden público como concepto jurídico indeterminado, *vid.* Prieto Sanchís, L., *op. cit.*, pp. 626-632.

<sup>15</sup> Lázaro Sánchez, J.L., “Ideología y neutralidad en las relaciones laborales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. Especial, p. 312.

no identificaría correctamente el derecho fundamental afectado, por cuanto que la pretensión articulada no estaría conectada, en realidad, con el derecho invocado (la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE), sino con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida que lo verdaderamente discutido sería la valoración judicial de las circunstancias del caso<sup>16</sup>.

Frente a estas alegaciones el TC expone que la demanda de amparo expone con claridad y concisión los hechos que la fundamentan, el precepto constitucional que se estima infringido y el amparo solicitado (*ex art.49 LOTC*). Afirmando que “el objeto del presente recurso de amparo lo constituye la eventual infracción del derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 CE), de carácter sustantivo (...) Pero no solo eso. Incluso si el recurrente hubiera alegado en su demanda también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el canon de control que impone ese precepto hubiera quedado absorbido por el propio del derecho sustantivo sobre el que se centra toda la fundamentación del recurso”<sup>17</sup>.

## **2. LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO LABORAL: EL DESPIDO “PLURICAUSAL”**

En consonancia con el resto de derechos fundamentales, la libertad ideológica como derecho sustantivo no sólo opera en relación con los poderes públicos, sino que también se integra en las relaciones horizontales entre las que destaca la relación laboral<sup>18</sup>. Según el TC, la celebración de un contrato de trabajo no implica para la persona trabajadora la privación de los derechos que la Constitución le reconoce, y que la libertad de empresa (art.38 CE) tampoco legitima intromisiones injustificadas en sus derechos fundamentales y libertades públicas<sup>19</sup>. De esta forma, es preciso que los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones de la persona trabajadora dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues dada la posición

<sup>16</sup> Alegación que se sostiene sobre la base de un método argumentativo “inaceptable” en palabras del TC: “Debe aclararse que lo que hace la entidad financiera es rehacer la demanda de amparo para provocar una suerte de silogismo demostrativo a través del cual alcanza una conclusión que le sirve para oponerla como óbice de procedibilidad. En efecto, partiendo de la obligada invocación previa de toda lesión de un derecho fundamental (premisa mayor), identifica la eventual concurrencia de una lesión diferente a la denunciada (premisa menor), para deducir la existencia de un óbice de procedibilidad (conclusión), la falta de invocación de esa otra vulneración” [F.J. 2.a) STC 79/2023].

<sup>17</sup> Ídem.

<sup>18</sup> Rodríguez-Piñero, M., “Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia”, *Persona y Derecho*, núm.50\*, 2004, pp. 355-372.

<sup>19</sup> Por todas, F.J. 2 STC 88/1985, de 19 de julio; F.J.3 STC 89/2018, de 6 de septiembre; F.J.4 STC 146/2019, de 25 de noviembre; F.J.4 a) STC 119/2022, de 29 de septiembre.

preeminente de estos en el ordenamiento jurídico, la “modulación” que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio “ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin”<sup>20</sup>.

Esta doctrina será invocada por la STC 79/2023 como fundamento para adoptar una decisión de fondo en el asunto recurrido (esto es, “que incida en la determinación del alcance de la libertad ideológica en el marco de la relación laboral”). Y con ello no centrarse en el control meramente externo de la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial impugnada. Se trata por tanto de “dilucidar, a la luz de las concretas circunstancias del caso, si la reacción empresarial que condujo al despido es legítima o, por el contrario, el trabajador fue sancionado disciplinariamente por el lícito ejercicio de sus derechos fundamentales, en cuyo caso el despido no podría dejar de calificarse como nulo”<sup>21</sup>.

En este momento, resulta necesario detenerse en la importancia que despliegan las reglas especiales de distribución de la carga probatoria para alcanzar la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. La Ley Reguladora de la Jurisdicción social (en adelante LJS) en su art.181.2, incluye lo que se ha denominado la inversión de la carga de la prueba. En virtud de la cual “una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Esta traslación de la carga de la prueba es donde especialmente reside la especialidad de la protección jurisdiccional reforzada de los derechos fundamentales en el ámbito laboral<sup>22</sup>. Se trata de una técnica procesal que surge ya desde las primeras sentencias constitucionales como remedio frente a las especiales dificultades probatorias, que, para la parte demandante, entraña la vulneración de derechos fundamentales<sup>23</sup>.

No obstante, para que concurra la inversión de la carga de la prueba, y como viene sosteniendo el TC, la alegación de la vulneración constitucional debe tener la suficiente entidad para inducir al órgano jurisdiccional la sospecha sobre una posible lesión del derecho. Esto es, la actividad procesal de la persona trabajadora debe centrarse en “aportar previamente unos indicios razonables y suficientes

<sup>20</sup> Por todas, F.J.3 STC 170/2013, de 7 de octubre y F.J.4 STC 146/2019, de 25 de noviembre; en tal sentido, con relación al alcance permisible de la restricción, SSTEDH de 29 de febrero de 2000, asunto Fuentes Bobo c. España, y de 12 de septiembre de 2011, asunto Palomo Sánchez y otros c. España.

<sup>21</sup> F.J. 2 b) STC 79/2023.

<sup>22</sup> Gárate Castro, J., “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales”, *Revista Xurídica Galega*, 1999, p. 131.

<sup>23</sup> Valdés Alonso, A., “Despido pluricausal e inversión de la carga de la prueba. STSJ País Vasco 9 octubre 2012”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol.6, núm.1, 2013, pp. 115-117.

de que el acto impugnado ha podido lesionar sus derechos fundamentales, no resultando suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional”<sup>24</sup>. Pues bien, la determinación de cuándo los indicios proporcionados por las personas trabajadoras tienen la entidad suficiente para producir la traslación de la carga de la prueba, es una cuestión que sólo puede ser resuelta en función de las circunstancias de cada caso concreto. Aunque de un análisis de los pronunciamientos del TC sobre la cuestión es posible extraer dos elementos que se reiteran y que son: de un lado, la conexión temporal entre los hechos alegados y, de otro, la previa situación de litigiosidad entre la persona trabajadora afectada y la empresa<sup>25</sup>.

En la STC 79/2023, se concluye que el trabajador había desplegado una actividad alegatoria y probatoria lo suficientemente precisa en torno a la eventual violación de su derecho fundamental, habiendo aportado indicios razonables y suficientes sobre la posible conexión entre el ejercicio de su derecho a la libertad ideológica y el despido acaecido. Y ello se deduce, sobre todo en base a la conexión temporal entre los hechos alegados<sup>26</sup>. Aunque en este caso, para el TC también constituye un indicio de la vulneración, el despido sufrido por otra empleada de la misma entidad bancaria (asesora comercial) de forma inmediata tras participar en la misma manifestación, y que tal despido recibiera la calificación de improcedente al no acreditar la empresa la causa esgrimida (disminución del rendimiento y mala relación con la clientela)<sup>27</sup>.

De forma que se aprecia la concurrencia de un panorama indiciario vulnerador de la libertad ideológica y que generaba la razonable sospecha de que las medidas adoptadas (suspensión de empleo, sometimiento a investigación y, finalmente, sanción de despido) tuvieron por causa real la participación del trabajador en una manifestación pública en la que se expresaron ideas, y se hicieron denuncias y reclamaciones no compartidas por su empleadora en torno a la situación política del Valle del Rif dentro del Reino de Marruecos. Pese a ello, el presente recurso constituye una muestra de cómo la acreditación de suficientes indicios por sí misma resulta insuficiente como técnica procesal eficaz para desplegar la correcta

<sup>24</sup> F.J. 3 c) STC 79/2023.

<sup>25</sup> Maneiro Vázquez, Y., “La prueba en los despidos pluricausales: posición del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2008, pp. 1702-1706.

<sup>26</sup> Entre ellos, la correlación y proximidad temporal entre la asistencia del recurrente a la manifestación, en la tarde del viernes 2 de junio de 2017, y la inmediata decisión empresarial de apartarle de su puesto de trabajo y de comenzar a investigarlo el siguiente lunes 5 de junio. También refuerza el panorama indiciario, el que las imágenes publicadas en redes sociales, que según la empresa motivaron el despido del recurrente, se descubrieran el día 13 de julio de 2017, esto es, bien avanzada la investigación (concretamente, transcurridos treinta y ocho días desde su inicio), lo que evidencia que no pudieron ser el motivo de las decisiones de suspensión de empleo y de la apertura del procedimiento de investigación acordadas el día 5 de junio anterior [F.J.4 b) STC 79/2023]

<sup>27</sup> Ídem.

aplicación de la doctrina constitucional relativa del *onus probandi*, y ello, sobre todo, si no se aplica en conjunto con la relativa a los despidos pluricausales<sup>28</sup>.

Según el TC los despidos pluricausales son “aquellos en los que, sin perjuicio de la existencia de una aparente causa legal justificativa de la decisión empresarial extintiva concurre, al mismo tiempo, un trasfondo eventualmente lesivo de un derecho fundamental, lo que exige que el empresario acredite que su decisión cuenta con una justificación objetiva y razonable que permita excluir cualquier propósito lesivo de un derecho fundamental”. En este sentido, se afirma que “la existencia de un motivo legal de despido que posibilite declararlo como procedente “no permite descartar -en todo caso y sin excepción- que este sea lesivo de derechos fundamentales”<sup>29</sup>. De esta forma, cuando se produce un despido pluricausal, la empleadora habrá de acreditar que la causa alegada tiene una justificación seria, objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita “excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado”<sup>30</sup>.

En realidad, se trata de un reforzamiento de la regla relativa a la inversión de la carga de la prueba para la desvirtualización del panorama indiciario presentado por la persona trabajadora, en la medida en que ahora se va a exigir a la empresa una doble actividad para su neutralización. En primer lugar, se exige la acreditación plena de la causa legal expresada en la carta de despido y su desvinculación con la lesión del derecho fundamental invocado. Superada esta fase, y considerando que según la doctrina de la pluricausalidad la declaración de procedencia de la medida adoptada por resultar justa y proporcionada, no significa que resulte independiente de la posible vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Por esta razón, la empleadora deberá además acreditar “la desconexión patente entre el factor constitucionalmente protegido y el acto empresarial que se combate”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Pues, a diferencia del órgano jurisdiccional de instancia y del propio TC, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se conformó con las manifestaciones vertidas en la carta de despido, no haciendo ponderación alguna de los diversos indicios aportados por el trabajador, como tampoco de los argumentos ofrecidos por el Juzgado de lo Social de Madrid, para declarar el despido nulo por derechos fundamentales. De esta forma, “se limitó a abordar su enjuiciamiento desde el estricto plano de la legalidad ordinaria, ignorando la dimensión constitucional de la cuestión controvertida y abdicando, con ello, de la función de tutelar que le corresponde como primer garante de los derechos fundamentales del trabajador” [F.J. 4 c) STC 79/2023].

<sup>29</sup> F.J. 2 d) STC 79/2023 y por todas, F.J. 5 STC 41/2006, de 13 de febrero y F.J. 6 STC 125/2008, de 20 de octubre.

<sup>30</sup> *Vid.* Un estudio sobre el alcance de esta doctrina en: Segalés Fidalgo, J., y Zapirain Bilbao, A., “El despido pluricausal. Nuevas reflexiones en torno al modelo de prueba de indicios a propósito de la STC 41/2006”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2016, pp. 969-988.

<sup>31</sup> Valdés Alonso, A., *op. cit.*, pp. 116

En definitiva, se trata de una prolongación de la doctrina constitucional referente a la inversión de la carga de la prueba, y que el TC desarrolla frente a las carencias que se aprecian en su modalidad más tradicional y cuya importancia esta llamada a acrecentarse, tal y como se extrae de otros pronunciamientos anteriores del TC<sup>32</sup>. De la misma forma, la STC 79/2023, donde para otorgar el amparo el TC declarará la nulidad de la STSJ Madrid la cual declaraba la procedencia del despido, exclusivamente, en base a la legalidad de la causa alegada. Esto es, por la omisión manifiesta en su resolución de la doctrina relativa a los despidos pluricausales<sup>33</sup>.

### **3. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA EN EL TRABAJO Y LA CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Este apartado lo dedicamos a la concurrencia del derecho de libertad ideológica con otros bienes o derechos reconocidos constitucionalmente. En este sentido, es preciso distinguir los supuestos de concurrencia conflictiva de aquellos de concurrencia virtuosa. En primer lugar, nos referiremos a los supuestos de concurrencia conflictiva, que en el ámbito laboral se tratarían de aquellos conflictos que surgen cuando el derecho de libertad ideológica de las personas trabajadoras confronta con los derechos de los que es titular la entidad empleadora.

Esta confrontación se aprecia especialmente en cuanto al ejercicio de la libertad de empresa, que incluiría, por un lado, el libre acceso al mercado; y por otro, el libre ejercicio las actividades empresariales. Según la doctrina, es, sobre todo, en este segundo aspecto donde concurre el enfrentamiento con la libertad ideológica de las personas trabajadoras, conflicto que se genera principalmente como consecuencia de la facultad de realizar actividades empresariales, como tomar decisiones, controlar la producción o gestionar la empresa<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Entre otras: STC 14/2002, de 28 de enero; STC 16/2006, de 29 de enero; STC 41/2006, de 13 de febrero; STC 65/2006, de 27 de febrero; STC 17/2007, de 12 de febrero; STC125/2008, de 20 de octubre.

<sup>33</sup> En palabras del TC: “habiendo aportado el recurrente suficientes indicios razonables de que el acto impugnado (despido) podía vulnerar su derecho a la libertad ideológica, incumbía al autor de la medida disciplinaria la carga de probar que su actuación obedeció a motivos extraños a todo propósito atentatorio de tal derecho fundamental. La entidad bancaria demandada no cumplió, sin embargo, con la carga probatoria que sobre ella pesaba, al no demostrar que las razones reales de su decisión fueran ajenas al móvil discriminatorio denunciado, o que los hechos indiciarios ofrecidos por el actor carecieran de conexión alguna con la decisión de despido. En efecto, aunque, como ha quedado dicho, la confluencia junto al panorama indiciario de un motivo concomitante de justificación de la extinción del contrato no la exoneraba de la carga de neutralizar los indicios, se limitó a probar la concurrencia de un incumplimiento laboral sancionable con el despido (descubierto durante la fase de investigación abierta al recurrente tras su asistencia a la manifestación), sin realizar esfuerzo alguno para desvirtuar los claros indicios de discriminación aportados de contrario”. [F.J. 4 c) STC 79/2023]

<sup>34</sup> Puig Hernández, M.A., “La tensión entre la libertad ideológica y la libertad de empresa”, *Derechos y Libertades*, núm.42, Época II, enero 2020, pp.306-308.

Así pues, atendiendo a la doctrina del TC, se da una “adecuación” del poder de dirección empresarial frente a la libertad ideológica del trabajador, de forma que, en caso de conflicto, los derechos fundamentales de las personas trabajadoras prevalecerán sobre los de la empleadora, al erigirse como derechos que no pueden dejar de ser respetados en ninguna situación. En este sentido se pronuncia la STC 79/2023, por cuanto la empleadora en cuestión, basaría su defensa en el contenido de la carta de despido (afirmaciones del demandante efectuadas en la red social «Facebook» durante los cinco meses previos a su participación en el controvertido acto público). Intentando plantear así un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión del trabajador y el derecho al “honor” de la entidad financiera, respectivamente garantizados en los arts. 20.1 a) y 18.1 CE. A tal efecto, el TC nos recuerda que: “aunque con carácter general la titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas corresponde a las personas naturales, por derivar un buen número de ellos –ex art. 10.1 CE– de la dignidad de la persona y el desarrollo de su personalidad, lo cierto es que ello no ha obstado a que este Tribunal Constitucional haya reconocido también a las personas morales (públicas o privadas) ciertos derechos fundamentales y libertades públicas, como el derecho al honor. Y ello porque «el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste» no es patrimonio exclusivo de las personas físicas. Ahora bien, al no ser el prestigio, la reputación o el buen nombre en la consideración ajena, términos exactamente identificables con el honor, le hemos asignado «un nivel más débil de protección» del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas físicas”<sup>35</sup>.

No obstante, lo anterior no implica que el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica por parte de las personas trabajadoras constituya una causa de exención del cumplimiento de las obligaciones laborales legalmente contraídas. Dicho cumplimiento resulta exigible aun cuando las obligaciones sean contradictorias al ideario, creencias, ética o filosofía de la persona trabajadora, puesto que lo pactado contractualmente prima sobre el eventual conflicto con el ideario de la persona trabajadora. La posibilidad de hacer cumplir lo pactado a la persona trabajadora procede del consentimiento de buena fe de las personas contratantes. Sin embargo, esta obligación no supone que la ética o la ideología de la empresa deba ser asumida por la persona trabajadora, sino que se cuestionará la relevancia de ésta última en el correcto desempeño de su labor<sup>36</sup>.

Entonces, los eventuales conflictos basados en la confrontación entre el ejercicio de las facultades empresariales y los derechos fundamentales de las personas que emplea, se resolverán de acuerdo con la doctrina constitucional relativa

<sup>35</sup> F.J. 2 d) STC 79/2023.

<sup>36</sup> Rodríguez Crespo, M.J., op.cit., pp. 47-48.



a la ponderación de derechos y la aplicación del principio de proporcionalidad<sup>37</sup>. Y según la cual, el ejercicio de las facultades empresariales primará sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras: cuando la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, y cuando esta medida restrictiva sea adecuada para la protección del interés empresarial. Además, estas medidas limitadoras tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que, si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos gravosas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas<sup>38</sup>.

Pues bien, concretamente en relación al derecho a la libertad ideológica de las personas en el trabajo, la mayor parte de litigios de los que han conocido nuestros tribunales, han versado sobre las restricciones sobre el derecho cuando las personas prestan servicios en las denominadas empresas de tendencia ideológica<sup>39</sup>.

Incluso en tales casos en los que puede estar justificada la injerencia empresarial en el disfrute del derecho, esta no puede ser ilimitada, ya que la simple disconformidad de una persona trabajadora respecto a tal ideario no puede ser causa de despido “si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en algunas de las actividades educativas del centro”<sup>40</sup>. Esto es así porque, las garantías del derecho a la libertad ideológica en su dimensión interna no admiten en ningún caso su restricción. Al respecto, se afirma que la dimensión interna constituye el margen de inmunidad de la libertad ideológica, puesto que no admite límite alguno<sup>41</sup>.

La doctrina expuesta no resulta de aplicación a un caso como el presente, donde el objeto del recurso versa sobre la posible vulneración de la libertad ideológica en su dimensión externa, por parte de una de empresa que no puede ser catalogada como de tendencia o ideológica<sup>42</sup>. Recordemos que el recurrente presta servicios como director de sucursal, en Madrid, de una entidad bancaria próxima a la monarquía marroquí, pero que, en cualquier caso, se trata de una entidad bancaria que tiene como objetivo y fin el ofrecimiento de servicios de carácter financiero, desarrollando, por lo tanto, una actividad calificable como neutra<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Carrizosa Prieto, E., “El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº123, pp. 471-507.

<sup>38</sup> F.J. 7 STC 98/2000, de 10 de abril.

<sup>39</sup> *Vid.* Un estudio en: Lázaro Sánchez, J.L., *op.cit.*, pp.61-83.

<sup>40</sup> SSTC 47/1985, de 27 de marzo, FJ 3, y 106/1996, de 12 de junio, FJ 3).

<sup>41</sup> Puig Hernández, M.A., *op.cit.*, p.311.

<sup>42</sup> Tampoco resultará de aplicación a los casos en los que, la persona trabajadora, a pesar de estar contratada en una empresa con ideario realiza dentro de ella una actividad neutra, (F.J.4 STC 106/1996, de 12 de junio)

<sup>43</sup> Así lo entiende el TC: “La ideología, en definitiva, ni constituye el fundamento de la actividad empresarial, ni puede justificar la restricción de los derechos fundamentales de sus

Por otro lado, el derecho fundamental de libertad ideológica se puede definir como especialmente propicio para los supuestos de concurrencia virtuosa con otros derechos fundamentales y libertades públicas. Se trata de un fenómeno que se presenta en todas las facetas de la libertad ideológica como derecho fundamental y que tiene lugar indistintamente si ésta es ejercida en su dimensión interna o externa.

La primera muestra de ello se compone por su formulación constitucional como derecho sustantivo conjuntamente con el derecho de libertad religiosa, así como, por la integración dentro de su contenido esencial del principio de igualdad y no discriminación. De esta forma, entre los motivos protegidos vinculados con la ideología en el artículo 14 CE encontramos referencia explícita a la “opinión”; o en el artículo 17 del ET cuando se protege las “convicciones, ideas políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos”. La incidencia del principio de igualdad en la tutela de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, y en concreto de la prohibición de discriminación por razones ideológicas se ha erigido como mecanismo principal en la tutela de este derecho en el ámbito normativo europeo y, por ende, también nacional<sup>44</sup>.

Por otra parte, destaca la vinculación con el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal (art.18 CE). Ello se extrae de una lectura conjunta de ambos preceptos constitucionales: el propio art. 16.2 CE recoge la faceta negativa de la dimensión externa de la libertad ideológica cuando establece que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias”. Es por ello que se encuentra especialmente protegido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>45</sup>.

También y como concurre en la resolución a la que dedicamos el presente comentario, aparece la conexión existente entre el ejercicio de las facultades

trabajadores, por mucho que el banco pudiera ser próximo a la monarquía marroquí o poseyera unos «valores» radicalmente opuestos a los del recurrente” [F.J.4.a) STC 79/2023].

<sup>44</sup> Pese a su reconocimiento en la CEDF, en el ámbito jurídico europeo la protección del derecho a la libertad ideológica se ha articulado esencialmente a través del principio de igualdad y no discriminación, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>45</sup> En concreto su artículo 9 titulado “Categorías especiales de datos”, establece: “1. A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda; 2. Los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad”.

relativas al ejercicio de la libertad ideológica junto a los derechos de libertad de información y de expresión del art. 20 CE, con los que tienen una especial vinculación. En este sentido, “el 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, por lo que le corresponde, además, el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1. a) de la CE”<sup>46</sup>.

Conexión que además se aprecia aquí en relación con los derechos fundamentales ejercidos por sujetos colectivos como el derecho de reunión (art. 21 CE). Y ello, según el TC “al permitir, a través de una asociación transitoria de personas, la manifestación colectiva de la libertad de expresión, sirviendo al intercambio o exposición de ideas, a la defensa de intereses o a la publicidad de problemas y reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo”<sup>47</sup>. Relación que se ha dado asimismo entre los derechos colectivos de carácter sindical y la libertad ideológica, cuando se ha afirmado que existe vulneración del derecho a la libertad sindical en aquellos supuestos en los que la empresa pretende someter el reconocimiento de los delegados sindicales a la exigencia de la sección sindical aporte la relación nominal de sus afiliados, lo que, según, vulneraría el derecho de libertad ideológica de los afiliados a ese sindicato garantizado por el art.16.2. CE<sup>48</sup>.

Hemos presentado estos supuestos como de concurrencia virtuosa en base a la postura que ha mantenido el TC al respecto. Y según la cual, resulta preciso tratar todos estos supuestos como manifestaciones del contenido esencial de la libertad de pensamiento (que como hemos apuntado anteriormente se caracteriza por la amplitud de su ámbito objetivo). No obstante, se reconoce que el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica en muchas ocasiones converge con el ejercicio de otros derechos fundamentales, que también son susceptibles de amparo constitucional. De forma que, aunque cuando el hecho imputado afecte principalmente a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente los límites propios de esta (aunque no quepa eludir los límites del relativos al otro derecho involucrado). Por esta razón, se produce un reforzamiento en la protección jurisdiccional<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> F.J. 5 STC 177/2015, de 22 de junio, y F.J. 3 STC 190/2020, de 15 de diciembre.

<sup>47</sup> F.J.2 STC 42/2000, de 14 de febrero; F.J. 2 STC 301/2006, de 23 de octubre, F.J.8 STC 47/2022, de 24 de marzo y F.J.3.a) STC 79/2023.

<sup>48</sup> F.J. 5 Sentencia 292/1993, de 18 de octubre.

<sup>49</sup> Díaz Revorio, F.J., op.cit., p.89-90.

#### **4. A MODO DE CONCLUSIÓN: EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VS. PROCESO JUDICIAL**

Desde el inicio del presente comentario venimos destacando la importancia de la STC 79/2023, en la que se proclama la nulidad del despido disciplinario por la vulneración del derecho fundamental de libertad ideológica, en conexión con los derechos a la libertad de expresión y de reunión. El motivo principal de la lesión radica en que el despido se adopta como consecuencia de la asistencia del trabajador a una manifestación política, por lo que con este pronunciamiento el TC subraya la vigencia del ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica de las personas trabajadoras.

Además, y en la medida en que vela por la correcta aplicación de la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba, lo hace desde una perspectiva garantista sobre el contenido de los derechos sustantivos invocados. Contiene el pronunciamiento una visión holística de los derechos de las personas en el trabajo, mediante el mantenimiento de una postura afín o alineada a lo que hemos denominado como concurrencia virtuosa entre los derechos fundamentales; cuestión que se pone de manifiesto, por un lado, cuando se aplica al supuesto la doctrina de los despidos pluricausales y, por otro, al apreciarse la vulneración de la libertad ideológica en conexión con otros derechos fundamentales, como los de libertad de expresión y manifestación. Recapitulando, la tutela otorgada se despliega en la dimensión externa del derecho de libertad ideológica que tan ampliamente conectada se encuentra con la mayoría del resto de derechos fundamentales y libertades públicas.

Precisamente por esta razón se ha echado en falta el análisis de la posible vulneración de otro de los derechos fundamentales que aparecen involucrados en el asunto, a saber, el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE). Derecho que como hemos señalado, también presenta una especial relación con la libertad ideológica. En este sentido, según consta, después de que el trabajador ejercitara su derecho a la libertad ideológica (asistiendo a la manifestación), la empleadora desplegó una investigación en la que halló la causa para la adopción del despido disciplinario: las declaraciones de contenido político vertidas por el trabajador en sus redes sociales mediante el uso de los medios empresariales (despacho, imagen del banco, etc.). Pues bien, cabe plantearse hasta qué punto esta medida empresarial no se constituye, también en este caso, como una intromisión ilegítima en los derechos de intimidad y protección de datos del trabajador<sup>50</sup>.

Se trata de una cuestión que el TC no entra a analizar, considerando (acertadamente) que la carta de despido era un mero medio instrumental usado

<sup>50</sup> Vid. un estudio en: Valle Muñoz, F.A., “Las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm.6, noviembre-abril 2023, pp.118-143.

por la empresa para encubrir el verdadero motivo del despido (la asistencia a la manifestación). No obstante, a nuestro parecer, ello no le hubiera impedido analizar la intromisión de la medida empresarial acaecida en los derechos de intimidad, en relación también, con la precedida vulneración de la libertad ideológica del trabajador<sup>51</sup>. Y ello en correcta aplicación de su propia doctrina, que parece no estar aún muy bien armada, algo que pensamos se puede atribuir a la falta de doctrina constitucional sobre las garantías relativas a la dimensión externa de la libertad ideológica en el marco de una relación de trabajo<sup>52</sup>.

Finalmente, y aun celebrando el contenido garantista de la STC 79/2023, es preciso acabar advirtiendo que también con ella se ponen de manifiesto algunos de los diferentes límites que se encuentran los derechos fundamentales para operar y desplegar su eficacia en el ámbito de las relaciones de trabajo. Estos límites se relacionan, en numerosas ocasiones, con los impedimentos para recabar la tutela jurisdiccional o acudir a la vía del recurso de amparo, en la medida en que, de un lado, se debe reclamar ante la justicia y de otro, agotar la vía judicial correspondiente *ex art.43.1 LOTC*<sup>53</sup>.

Ello deviene siempre obligado, como así se puede extraer del extenso recorrido judicial de este caso, con auto de inadmisión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que antecede al recurso, incluido<sup>54</sup>, que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción. La sentencia de contraste aportada era la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, núm. 1382/2014, de 21 de mayo (r. 1176/2013), que declara la nulidad del despido de un trabajador que prestaba servicios para un ayuntamiento con la categoría de peón albañil, por razones de discriminación ideológica con vulneración del art. 16 CE. Frente a esta sentencia, el TS rechaza la contradicción

<sup>51</sup> *Vid.* al respecto: Casas Baamonde, M.E., “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm.4, 2021.

<sup>52</sup> Se han identificado otras posturas más positivistas y que no tiene en cuenta el contenido esencial del derecho de libertad ideológica, y que sostienen que los supuestos de convergencia de otros derechos fundamentales con el de libertad ideológica deben considerarse, en todo caso, supuestos de concurrencia conflictiva. Estos supuestos se resolverían en atención al principio de especialidad, que en relación con la libertad ideológica, siempre resolvería a favor de los restantes derechos. Y ello sobre la base de afirmar que el derecho a la libertad ideológica del artículo 16 se trata de un derecho fundamental “residual” y que solo “protegería aquellas manifestaciones ideológicas que no pertenezcan al supuesto de hecho de otro derecho fundamental”: Díaz Revorio, F.J., *op.cit.*, p.89-90.

<sup>53</sup> Baylos Grau, A., “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho Social*, nº69, 2015, p. 20.

<sup>54</sup> Auto núm. 3985/2020, de 11 de junio de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por el que se inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina núm.3594-2019. ECLI:ES:TS:2020:3985A

alegada en base a dos factores diferenciadores que son, de un lado, las categorías profesionales de los trabajadores en cuestión (peón albañil frente a director de sucursal bancaria), y de otro, las diferentes circunstancias en los hechos de cada caso concreto (principalmente, en base a su propia doctrina sobre la inadmisión como materia propia de la unificación de doctrina de los supuestos relativos a la procedencia o no de los despidos disciplinarios, atendiendo a la dificultad de que concurran situaciones análogas)<sup>55</sup>.

Estas limitaciones apreciadas por el TC, le están llevando a desarrollar las reglas procesales favorables a la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo asalariado, como así se pone de manifiesto en la STC 79/2023 mediante la aplicación de una versión más reforzada, de la doctrina de la prueba de indicios y la inversión de la carga de la prueba, esta es, la de los despidos pluricausales. En definitiva, se trata de salvar limitaciones relacionadas con los aspectos procesales más que con la complejidad del contenido del derecho sustantivo en cuestión. De esta forma, nos alineamos aquí con la doctrina jurídica que apunta a que la judicialización obligada de la garantía de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos, no es más que una consecuencia de la resistencia que existe a la hora de admitir su eficacia horizontal<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> *Ibidem*, F.J. 1 y 2.

<sup>56</sup> Baylos Grau, A., *op.cit.*, pp. 20-21.



**RESOLVER EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA LA  
NATURALEZA TEMPORAL DE LOS CONTRATOS AFECTADOS  
POR UN DESPIDO COLECTIVO NULO ¿ES POSIBLE? EL TS  
LO ADMITE Y VALORA LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD  
DEL RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS DICTADOS EN EL  
INCIDENTE DE NO READMISIÓN**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2023  
ECLI:ES:TS:2023:1188*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Se declara la nulidad del despido colectivo efectuado por la empresa CREWLINK IRELAND LTD y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación inmediata en sus puestos de trabajo, abono de los salarios dejados de percibir y todas las consecuencias derivadas de una condena de esa clase. Ante la falta de readmisión efectiva la empresa es requerida mediante el incidente de no readmisión para cuantificar los salarios y la antigüedad de las personas trabajadoras para poder proceder a la extinción de las relaciones laborales. Frente a tales pretensiones la empresa se aviene a la extinción de los contratos indefinidos pero se opone a extinguir e indemnizar a los afectados por contratos temporales. Se rechaza en instancia la posición de la empresa y se reconoce el derecho de extinción de todos los afectados, condenándose al abono de la indemnización adicional del art. 281.2 b) LRJS, así como a los salarios dejados de percibir hasta la fecha del auto, más intereses. El auto, previo recurso de reposición, es recurrido en casación conforme a lo dispuesto en el artículo 206.4 b) y fundado en los motivos del 207 e), por infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo pese a desestimar el recurso, en contra del criterio mantenido por el órgano a quo, considera la fase de ejecución de sentencia momento procesal lícito para dilucidar acerca de la naturaleza temporal de los contratos afectados por un despido colectivo nulo. Avala la tesis por considerar que esa circunstancia -siempre que se trate de un tema no resuelto en el título ejecutivo-, es determinante para establecer el alcance de las consecuencias jurídicas aparejadas

\* Profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Doctorando. Abogado en ejercicio.



a su extinción y a la obligada readmisión de las personas trabajadoras que impone la sentencia. Resuelta la cuestión de fondo la sentencia adquiere también una dimensión procesalista, respondiendo a la viabilidad del recurso de casación formulado contra el auto de la AN. En primer lugar, por considerar que concurre el hecho de resolver puntos sustanciales no controvertidos en el pleito y no decididos en la sentencia, conforme lo establece el artículo 206.4 b). Por último, también valora cómo ha de interpretarse la necesidad de consignación de las cantidades a las que condena la sentencia, no apreciando defecto cuando se trata de un recurso formulado contra auto dictado en fase de ejecución de sentencia -cuestión bien distinta a lo que supondría formularlo contra la sentencia que declara nulo el despido-, debiendo en todo caso contener el título ejecutivo elementos individualizados de cuantificación, de lo contrario tampoco sería exigible la preceptuada consignación.

## ÍNDICE:

1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN EL DEBATE SOSTENIDO
2. EL DEBATE PROCESAL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN
  - 2.1. En cuanto al carácter recurrible de las resoluciones en los términos del art. 206.4 b)
  - 2.2. En cuanto a la disposición común del art. 230 sobre la necesidad de consignar la cantidad objeto de la condena y las excepciones del artículo 245, aplicables al caso
3. LA FASE DE EJECUCIÓN Y LA OPORTUNIDAD DE DEBATIR EN ELLA SOBRE LA NATURALEZA TEMPORAL DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR LA NULIDAD DE UN DESPIDO COLECTIVO
4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

## 1. LAS POSICIONES DE LAS PARTES EN EL DEBATE SOSTENIDO

Resulta imprescindible, y así lo considera la propia sentencia objeto de comentario, situar los antecedentes de la cuestión litigiosa, dado el encadenamiento de pronunciamientos sobre los que se sostiene. El fundamento de derecho primero así lo hace, a modo de introducción de la cuestión planteada y de la resolución recurrible. La sentencia firme, que es origen del proceso de ejecución, fue dictada por la AN el 14 de abril de 2021 y en ella declara “la nulidad del despido colectivo impugnado, y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación inmediata en sus puestos de trabajo en las mismas condiciones de trabajo que regían antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar y con todas las consecuencias derivadas de la presente declaración”. Establecida pues la nulidad del despido colectivo por la AN, la Comisión de Representantes de los trabajadores de los centros de trabajo de Las Palmas de Gran Canaria, Tenerife, Lanzarote y Girona, el Sindicato Unión sindical Obrera (USO) y el Sindicato Independiente de TCP de Líneas Aéreas (SICTPLA) instaron el incidente de no readmisión por parte de la

demandada. Tras la preceptiva vista, el incidente fue resuelto por auto de la Sala de la AN de fecha 26 de julio de 2021, no atendiendo las consideraciones de la empresa sobre la improcedencia de indemnizar a las personas trabajadoras sujetas a contratos temporales, por considerar que tales relaciones, pese a estar afectadas por la resolución judicial, estaban extinguidas por al transcurso del plazo contractual, estimando en este ámbito la posición avalada por los ejecutantes. La Sala construye su fundamentación reconociendo a las sentencias firmes, declarativas de la nulidad del despido colectivo, el carácter de título ejecutivo que deben ejecutarse en sus propios términos de conformidad con lo dispuesto en los arts. 282 y siguientes LRJS. En cuanto al carácter temporal de los contratos no duda en afirmar que de la prueba practicada, ni se acredita la naturaleza temporal del contrato del trabajador, puesto que se presentan dos contratos en inglés sin traducción, ni la extinción del contrato en la fecha de su vencimiento, que según la empresa tuvo lugar el 26 de febrero de 2021, tesis que a Sala no acoge, puesto que, no cabe aceptar que en vía de ejecución se pretenda limitar la ejecución al abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de extinción del contrato, y ello porque, reiteramos no se acredita que estuviera vinculado a la empresa en virtud de un contrato temporal, y además esta circunstancia no se alegó ni se acreditó en el acto del juicio que tuvo lugar con posterioridad a la fecha de la presunta extinción. Del mismo modo es tácitamente reconocido por la empresa ejecutada la naturaleza indefinida del contrato desde el momento en que es incluido como afectado en el despido colectivo.

Frente a dicha resolución fue interpuesto recurso de reposición por la empresa que es desestimado por auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 18 de octubre 2021 confirmando el auto recurrido en todos sus extremos. La empresa recurre en casación, por infracción de la doctrina judicial establecida en STS 28 de abril de 2010, rec.1113/2009<sup>1</sup>, que determina que la extinción de los contratos temporales se produce al término del plazo establecido, aun cuando éste se produzca durante el transcurso de un proceso por despido. En su virtud solo correspondería ofrecer a dichos trabajadores, tras la nulidad del despido, el pago de los salarios devengados hasta la fecha de la extinción el contrato.

Interpuesto el recurso contó con la impugnación de los sindicatos actuantes, quienes mantienen en sus posiciones la misma fundamentación de la doctrina del auto de fecha 26 de julio de 2021, cuya ponente reconoce haber aceptado los argumentos de la defensa de los sindicatos, toda vez que la empresa no invocó esas circunstancias en la fase declarativa del proceso y no puede plantearlas por consiguiente en trámite de ejecución definitiva, a lo que añaden que no concurre esa supuesta temporalidad en la relación laboral que esgrime la empleadora ya que

<sup>1</sup> La sentencia invocada en el texto, erróneamente se refiere al año 2020, motivo por el que nos hemos permitido hacer la referencia correcta a la misma aportando el buscador en Cendoj para mayor claridad (Roj: STS 3464/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3464).

en ningún momento ha notificado su extinción a la afectada en la supuesta fecha de finalización de su contrato.

El Ministerio fiscal construye un elaborado alegato por la desestimación del recurso encontrando en el incumplimiento de los requisitos exigidos por la norma procesal razones suficientes para no entrar en el fondo del asunto, lo cual no hace sino introducir al hilo de la cuestión de fondo un interesante debate procesalista. Sostiene que el auto no es recurrible en casación porque no contraviene lo ejecutoriado y porque la empresa no ha consignado las cantidades a cuyo pago ha sido condenada. Pese al debate formal tampoco duda en considerar que, sobre el fondo, la empresa no puede suscitar en ejecución la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los contratos temporales que no invocó en la fase declarativa del procedimiento.

Así las cosas, las cuestiones están servidas para la Sala de lo Social del TS, a fin de que determine su posición al respecto del debate jurídico, pronunciándose sobre la admisibilidad del recurso y posteriormente sobre el fondo del asunto, en respuestas al doble enfoque que se le pide. Sala, formada por los magistrados Antonio Vicente Sempere y Ángel Blasco, y la magistrada Concepción Rosario Ureste, siendo ponente el magistrado Ignacio García-Perrote. Conozcamos pues su posición.

## **2. EL DEBATE PROCESAL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN**

Los reparos del Ministerio Fiscal, para la admisibilidad del recurso, deben ser resueltos por el alto tribunal, como cuestiones previas. El carácter extraordinario del recurso de casación se nos presenta claramente justificado cuando se dispone en el art. 205.1 que la Sala de lo Social del TS conocerá “en los supuestos y por los motivos” establecidos en la LRJS. Su carácter extraordinario es igualmente compatible con la posibilidad de revisar las decisiones judiciales definitivas adoptadas, además de mediante sentencia, también cuando se formulan bajo la modalidad de autos judiciales.

Tal y como tiene reconocida la doctrina, la casación en el orden jurisdiccional social se ha configurado como una vía para garantizar la correcta y uniforme aplicación de la Ley más que como un medio para enmendar el perjuicio de los particulares en busca de una resolución favorable a sus intereses particulares, primando la tutela del denominado interés general por encima de la tutela del interés privado<sup>2</sup>. Que los motivos de impugnación se hayan limitados justifica en

<sup>2</sup> Molina Navarrete, C.: “Análisis de la Nueva Ley de la Jurisdicción Social: nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos”. La Ley-Actualidad 2012.

gran medida el carácter extraordinario en el que se encuadra la casación, a lo que se suma la necesidad de que las resoluciones dictadas hayan de adquirir el carácter de recurribles.

Si bien es cierto que los requisitos de viabilidad y la admisibilidad del recurso extraordinario así como las obligaciones paralelas para su formulación, no siempre se convierten en motivos de recurso, también lo es que su presencia sobrevuela de forma permanente durante toda la tramitación del recurso, desde la inicial presentación de los respectivos escritos de interposición, siendo constantes los controles que tanto el órgano a quo, como el órgano ad quem efectúan sobre la concurrencia de los mismos. Tal circunstancia no impide que, en ocasiones como la que nos ocupa, se acaben convirtiendo en motivo del recurso cuando se considera indebidamente admitido a trámite y por ende en excusa para el pronunciamiento del alto tribunal y oportunidad para conocer su opinión al respecto de cómo han entenderse los motivos y requisitos previstos en la ley rituaría al respecto. Tal es el caso en el que nos encontramos.

## **2.1. En cuanto al carácter recurrible de las resoluciones en los términos del art. 206.4 b)**

La posibilidad de recurrir en casación un auto, depende de forma directa del encaje previsto en los apartados 2, 3 y 4 del artículo destinado a determinar aquellas resoluciones que bajo la forma de auto son recurribles y que no es otro que el 206. El caso que nos ocupa tiene su cobertura legal en el punto 4, previsto para los autos que se dicten en fase de ejecución de sentencias que deben igualmente quedar condicionados no solo al hecho de haber agotado la tramitación de los recursos de reposición y revisión que quepan contra las decisiones previas adoptadas sino también, estar en alguno de los supuestos especialmente previstos en la norma. De modo que, si excepcional es la posibilidad de recurrir en casación un auto, más aún lo es que quepa en alguno de los precisos términos del 206.4 de la ley de la justicia social.

Lo que para el Ministerio Fiscal fueron impedimentos no lo son para la Sala del alto tribunal que no alberga ninguna duda al respecto cuando sostiene la recurribilidad del auto entendiendo que aborda puntos sustanciales no resueltos en el título ejecutivo, cuáles son los relativos a la naturaleza jurídica temporal de los contratos de trabajo sobre los que ha de depender la fase ejecutiva y su resultado.

Por otro lado, y al respecto de la afirmación del Ministerio Fiscal, señalando que el auto no contradice la sentencia -siendo este factor igualmente requisito de admisibilidad valorando la contradicción entre la decisión en ejecución y el título ejecutivo-, tampoco muestra dudas la Sala. Por medio de su ponente no hace sino evidenciar que la decisión que se ha de adoptar permitirá dilucidar sobre la estimación o desestimación del recurso, pero en modo alguno el acceso al debate

casacional por no ser auto recurrible en los apreciados términos del 206.4 b) de la LRJS.

Dicho de otro modo, la adecuada valoración de los supuestos legalmente previstos, en los que se admite la posibilidad de recurrir en casación contra concretos autos dictados en ejecución definitiva de sentencia, no puede pasar por la elaboración de un juicio de valor previo en la fase de admisión del recurso sobre la cuestión de fondo suscitada por los recurrentes. El carácter recurrible del auto, a la luz de lo preceptuado en el punto cuarto del artículo 206 que establece los requisitos de recurribilidad de determinados autos ante el recurso de casación, nos ofrece una primera reflexión procesalista por parte de la Sala.

## **2.2. En cuanto a la disposición común del art. 230 sobre la necesidad de consignar la cantidad objeto de la condena y las excepciones del artículo 245, aplicables al caso**

La sentencia que valoramos reafirma su dimensión procesal con el debate formulado por la fiscalía entorno a la necesidad de consignación de las cantidades objeto de condena, también como requisito sine qua non para la viabilidad del recurso, tal y como tiene establecido el artículo 230 de la LRJS, dentro de las disposiciones comunes previstas para los recursos de suplicación y casación detalladas en el título V, que el Libro III dedica a los medios de impugnación. En definitiva, un nuevo alegato por la desestimación del recurso, introducido por el Ministerio Fiscal, que ofrece al TS, la oportunidad de clarificar su posición al respecto.

La Sala recuerda, su criterio general mantenido en la aplicación del artículo 230 LRJS en materia de despidos colectivos invocando la sentencia del TS 474/2021, de 4 de mayo, rec. 81/2019, que impone la exigencia de consignación en los recursos formulados ante sentencias por despidos colectivos declarados nulos, en tanto que la condena consiste en una obligación de hacer, la readmisión, y en una obligación de entrega de los salarios de tramitación devengados desde la efectividad del despido hasta la readmisión. En la referida sentencia y otros casos similares<sup>3</sup>, estableció la necesidad de consignar el importe de los salarios de tramitación en los despidos colectivos declarados nulos como requisito indispensable para la admisión del recurso.

Siendo este el criterio general, no resulta de aplicación en el caso que nos ocupa, al tratarse no de un recurso de casación de sentencia por despidos colectivos, sino contra un auto dictado en fase de ejecución definitiva de una sentencia firme que declara nulos los despidos colectivos, razón que nos sitúa en lo dispuesto en

<sup>3</sup> Criterio reafirmado también en las invocadas SSTs de 29 de septiembre de 2015, rec. 341/2014 y de 10 de febrero de 2016, rec. 171/2015.

la norma específica que contempla el art. 245.1 LRJS. Según la cual y salvo las excepciones legalmente establecidas, no es necesario efectuar consignaciones para recurrir en suplicación o casación las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia, excepto para recurrir el auto resolutorio del incidente de no readmisión de no existir en la ejecución en el momento del anuncio o de la preparación, embargo actual y suficiente de bienes y derechos realizables en el acto o ingreso de cantidades en la cuenta del juzgado para atender al importe objeto de la ejecución.

A la luz del precepto aplicable y de que ciertamente nos encontramos ante el recurso de casación de auto resolutorio del incidente de no readmisión, la Sala necesita resolver algunas cuestiones adicionales para poder pronunciarse al respecto de la consignación como defecto incumplido. Deberá determinar si es posible cuantificar el importe de la condena en función de la posible individualización de los efectos del despido colectivo y si en efecto nos encontramos ante un supuesto en el que sea ineludible la consignación pese a tratarse del recurso contra una resolución dictada en ejecución definitiva de sentencia, al enmarcarse la cuestión debatida en el ámbito de un incidente de no readmisión. La solución la encuentra el ponente acudiendo a la doctrina recogida en la STS 746/2020, de 9 de septiembre, rec.13/2018, donde finalmente se excluye la obligación de consignar. Conforme a lo que dispone el artículo 157.1 a) de la LRJS, las sentencias dictadas en litigios de carácter colectivo son ejecutivas y ejecutables, condición que vendrá supeditada a que en la demanda se concreten los datos y requisitos precisos para la posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena. Tal condición no es exigible en todas las demandas de carácter colectivo ya que en ocasiones el escrito rector y su suplico solo exigen la declaración de nulidad y la condena a las cantidades que le puedan corresponder, tales como los salarios de tramitación. Tal es el caso del suplico de la demanda y el fallo de la sentencia por despido colectivo nulo, que trae cauda en el presente recurso. Ni en el suplico ni en la declaración de condena contenida en el fallo se especificaron elementos sobre los que desplegar una ejecución colectiva. La condena genérica al colectivo al que afecta el despido nulo carece de elementos subjetivos y cuantitativos, lo que nos distancia de una pura sentencia condenatoria en la que el recurrente, en este caso el empresario, esté obligado a asegurar la inmediata ejecución por medio de la consignación.

Tal argumento, refuerza y fundamenta, la razonada desactivación del requisito de consignación como impedimento para la admisión del recurso de casación en el presente caso dado que aun tratándose de auto resolutorio del incidente de no readmisión dictado en fase de ejecución y con ausencia de garantías, este carece de los elementos individuales necesarios sobre los que efectuar la liquidación de las cantidades objeto de condena. Ciertamente, tal y como nos recuerda la Sala, este obstáculo procesal de admisión del recurso de casación no fue puesto de manifestó por los demandantes actuales ejecutantes de sentencia a su favor, en la impugnación del recurso de casación que ahora se dilucida, cuestión que hubiera

resultado altamente contradictoria con las dificultades que encontraron para determinar el quantum indemnizatorio, viéndose obligados a pedir a la Sala de la AN que requiriera a la empresa para la cuantificación de los salarios y antigüedad de los trabajadores, así como los correspondientes intereses, con traslado para supervisión y conformidad a la propia actora.

Ante la minuciosa lógica jurídica utilizada por el Tribunal Supremo en defensa de la innecesaridad de la consignación de las cantidades como requisito para recurrir, resulta evidente que el Ministerio Fiscal creyó ver gigantes donde sólo había molinos de viento.

### **3. LA FASE DE EJECUCIÓN Y LA OPORTUNIDAD DE DEBATIR EN ELLA SOBRE LA NATURALEZA TEMPORAL DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR LA NULIDAD DE UN DESPIDO COLECTIVO**

Como cuestión de fondo, que no única tal y como hemos expuesto en el apartado precedente, se presenta la necesidad de dilucidar si la fase de ejecución de sentencia permite o no entrar en la valoración de relaciones laborales cuando estas no han sido objeto de la causa principal pero que son determinantes para poder fijar los términos de la ejecución.

El Tribunal, pone el acento de forma llamativa en la atipicidad que presenta el incidente de no readmisión en la ejecución de las sentencias de despido y que lo diferencian de la genérica comparecencia incidental en la ejecución de sentencias, así como de las puntuales fases incidentales que se prevén en la LRJS. Peculiaridades que nos desvelan como la fase de ejecución de sentencia de despido se rige más por las reglas propias del proceso declarativo que por las del proceso de ejecución. Reglas de un declarativo que se requieren para resolver los supuestos de no readmisión así como los de readmisión irregular, en los que el trabajador ejecutante debe desplegar una actividad alegatoria y probatoria más cercana a la del proceso de declaración que a la característica del proceso de ejecución, en el que, como regla general, el ejecutante se limita a afirmar su derecho y es el ejecutado el que debe alegar y probar los hechos obstativos del cumplimiento de la obligación que se trata de ejecutar.

Así y conforme al argumentario expuesto, la Sala no encuentra motivo alguno que impida que en el incidente abierto para establecer los términos en los que debe realizarse la ejecución de la sentencia de despido colectivo se suscite esa problemática, para determinar el exacto alcance de las obligaciones que ha de afrontar la empresa en razón de lo establecido en la misma y en orden a fijar las consecuencias jurídicas derivadas de la extinción de los contratos de trabajo afectados por el despido colectivo, en función de la verdadera naturaleza jurídica de los concertados formalmente como temporales. Por tanto, admitida la fase ejecutiva

para entrar en valoraciones que afecten a la naturaleza de los contratos, cuando de despido se trata y de ello depende lo que en materia de ejecución se ha determinar, parecería lógica la estimación del recurso, ya que esté fue el planteamiento de la recurrente, que no encontró acogida ante la AN.

Sin embargo y aun corrigiendo a la AN, la Sala desestima finalmente el recurso confirmando la resolución dictada por esta en tanto que se afirma en el auto de la Sala de lo Social de la AN de 18 de octubre de 2021, que no se acredita que la persona a la que se refiere la empresa estuviera a ella vinculada en virtud de un contrato temporal. En definitiva, que la relación laboral de esos trabajadores no resulta clara y concluyentemente temporal, de forma que no consta que se ha producido su válida extinción una vez llegada la fecha de finalización de los contratos y antes de que hubiere concluido la tramitación del proceso de despido. Lo no acreditado en la causa principal y ni hecho valer con prueba suficiente en el incidente de no readmisión, pese a su carácter de juicio declarativo, no puede prosperar por la simple alegación de la ejecutada en las fases precedentes y abundadas en el motivo del recurso.

En tal caso recuerda la Sala del TS, que la doctrina invocada en la STS 28 de abril de 2010, rec. 1113/2009<sup>4</sup>, vendría al caso siempre que se cumplieran los presupuestos que en la misma se concretan y que no son otros que partir de una relación laboral clara y concluyentemente temporal, no discutida o sobradamente acreditada, cuestión que no ha acontecido en el caso que nos ocupa y que la propia empresa, ni defendió, ni justificó, por no hablar de sus propios actos, como incluir a los trabajadores temporales en el despido colectivo.

Ciertamente, la desestimación del recurso y el hecho de que el título se tenga que ejecutar en sus justos términos, sin verse alterado por la supuesta temporalidad no acreditada de algún trabajador, en nada modifica la doctrina sostenida por la Sala 4ª en la sentencia invocada<sup>5</sup>. Mantiene que hay que entender que el contrato se extingue cuando llega a su término y que la declaración de nulidad no produce ni su prórroga, ni su conversión en un contrato indefinido. Que la doctrina siga siendo correcta no permite la estimación del recurso, en tanto que tal y como se nos recuerda, la empresa no acredita que se hubiere extinguido el contrato que afirma de naturaleza temporal en la fecha prevista para su finalización, sino que su propio contenido impide apreciar la existencia de causa alguna de temporalidad que

<sup>4</sup> Vid. nota al pie 2.

<sup>5</sup> Así también en la SSTS Sala 4ª de 14 de abril de 1989 (RJ 1989/9895) y de 20 de diciembre de 1.990 (Rec. 458/90 ), donde se indica que: “la incidencia en un contrato temporal de la declaración de nulidad de un despido, producido durante la vigencia del contrato, no puede llegar a convertir a aquél en indefinido, ni siquiera a prolongar su duración más allá del momento en que, ajustadamente a su propia naturaleza y a las normas que regulan su extinción debiera darse por concluso, términos en los que hay que entender lo dispuesto en el artículo 55-3 del Estatuto de los Trabajadores”.



permita atribuirle esa naturaleza jurídica, por lo que no considera ni tan siquiera acreditado que esa persona trabajadora estuviera verdaderamente vinculada con la empresa por una relación laboral de carácter temporal.

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

Tal y como nos recuerda el profesor Eduardo Rojo<sup>6</sup> en sus notas a esta misma sentencia, el mismo día fue dictada otra<sup>7</sup>, siendo recurrente la empresa Workforce International Contractors Ltd, y de la que fue ponente el magistrado Sebastián Moralo, contando con una composición de Sala totalmente distinta a la que nos ocupa. En ella nos situamos igualmente ante una ejecución definitiva de sentencia que declara la nulidad del despido colectivo, en acuerdo en conciliación, señalando que en la fase de ejecución puede discutirse sobre el carácter temporal de los contratos de trabajo extinguidos si bien resulta imprescindible haber acreditado su naturaleza jurídica temporal. Estamos pues ante dos sentencias consecutivas, de contenido idéntico, deliberadas en la misma fecha y con identidad de conflicto de solución al mismo.

La sentencia que nos ha venido ocupando es por tanto un claro exponente del valor que adquiera la casación en el orden jurisdiccional social, en tanto que de ella se espera que garantice la correcta y uniforme aplicación de la ley, primando la tutela del denominado interés general por encima de la tutela del interés privado. Por tanto, contribuir a la labor clarificadora y fijar una correcta interpretación de los preceptos, es su principal función. Declarando en suma que la fase ejecutiva de un incidente de no readmisión tras una sentencia por despido colectivo nulo puede servir para valorar la naturaleza de los contratos, aun no habiendo sido parte de la causa principal, siempre que haya quedado claramente acreditado la naturaleza temporal de los contratos afectados.

Sin ánimo de generalizar conductas, resulta clara que el TS marca un claro límite a las malas prácticas empresariales que han considerado esta vía una oportunidad para reducir las indemnizaciones amparándose en contrataciones temporales. Con la interpretación que se consolida no hay lugar a dudas, cualquier incertidumbre sobre la naturaleza de los contratos será interpretada en favor de la fijeza, sin amparar debates de temporalidad que carentes de acreditación suficiente.

Pero aun con todo, consideramos que esta sentencia adquiere una mayor trascendencia en lo que aparentemente no es su principal objetivo. El debate abierto entorno a la admisibilidad del recurso nos ofrece una clarificadora posición procesal sobre la obligación de consignación cuando del recurso de casación del

<sup>6</sup> <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/04/el-ts-admite-en-fase-de-ejecucion-de.html>

<sup>7</sup> STS núm. 212/2023, de 22 de marzo (rec. núm. 61/2022) (Roj: STS 966/2023 - ECLI:ES:TS:2023:966)

auto dictado en el incidente de inadmisión se trata. La correcta remisión a las excepciones del artículo 245, y la necesidad de que el título ejecutivo cuente con elementos suficientes para cuantificar el importe de la condena, se convierten en condiciones para exigir la consignación, quedando debidamente exonerada cuando no pueda acreditarse. No son tantas las ocasiones que el alto tribunal tiene para valorar estas cuestiones procesales, motivo por el que la sentencia adquiere un valor añadido que para nosotros excede la lectura que se ha venido haciendo de esta sentencia en el ámbito del incidente de no readmisión abierto en ejecución de sentencia por despido colectivo.



---

## Reseña de legislación



## **RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL-JUNIO DE 2023**

- Decreto 77/2023, de 4 de abril, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2024. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 67 de 11/04/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Orden de 18 de mayo de 2023, por la que se nombran vocalías titulares y suplentes del Consejo Andaluz del Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 97 de 24/05/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Orden de 23 de junio de 2023, por la que se establece el calendario de domingos y festivos en los que los establecimientos comerciales podrán permanecer abiertos al público durante el año 2024 y se faculta a los ayuntamientos a solicitar la permuta de hasta dos días para el citado año. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 122 de 28/06/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Acuerdo de 18 de abril de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del IV Plan Integral para el Fomento de la Artesanía en Andalucía 2023-2026. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 75 de 21/04/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 18 de abril de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo 2024-2028. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 75 de 21/04/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 30 de marzo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público de ayuda a domicilio prestado por la empresa OHL Ingesan, S.A.D., en el municipio de Algeciras (Cádiz), mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 65 de 05/04/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 31 de marzo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público que presta la empresa UTE Grúas Sevilla, mediante el establecimiento de servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 66 de 10/04/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 30 de marzo de 2023, de la Dirección General de Comercio, por la que se hace pública la declaración de una zona de gran afluencia turística, a

efectos de horarios comerciales, en el municipio de Vera (Almería). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 66 de 10/04/2023 Sección: Otras disposiciones)

- Resolución de 5 de abril de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público que presta la empresa C.F. Marcos Bailón, S.L., en los centros educativos públicos dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional en la provincia de Huelva, mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 69 de 13/04/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 5 de abril de 2023, de la Dirección General de Comercio, por la que se hace pública la declaración de una zona de gran afluencia turística, a efectos de horarios comerciales, en el municipio de Algarrobo (Málaga). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 69 de 13/04/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 18 de abril de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público de empresas funerarias y pompas fúnebres en la provincia de Huelva, mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 77 de 25/04/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 25 de abril de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público de ayuda a domicilio prestado por la empresa Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., en el municipio de Dos Hermanas (Sevilla), mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 81 de 02/05/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 25 de abril de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público de ayuda a domicilio prestado por la empresa Emsisa, S.A., en el municipio de Chiclana de la Frontera (Cádiz), mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 82 de 03/05/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 27 de abril de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público de ayuda a domicilio prestado por la empresa Fepas, S.L., en los municipios de Ubrique, El Bosque, Benaocaz, Grazalema y Villaluenga del Rosario (Cádiz), mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 85 de 08/05/2023 Sección: Otras disposiciones)

- Resolución de 5 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público prestado por la empresa Légamo Infraestructura Verde, S.L., mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 88 de 11/05/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 27 de abril de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público de ayuda a domicilio prestado por la empresa Arquisocial, S.L., en los municipios de Torre-Alháquime, Olvera, Algodonales, El Gastor, Setenil de las Bodegas y Zahara de la Sierra (Cádiz) mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 85 de 08/05/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de fecha 17 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público prestado por las empresas de transporte de personas, mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 94 de 19/05/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 16 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público que presta la empresa Prezero España, S.A., de recogida selectiva y limpieza de playas en el municipio de San Fernando (Cádiz) mediante el establecimiento de servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 95 de 22/05/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 7 de junio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se garantiza el funcionamiento del servicio público prestado por la empresa Avincis Aviation Technis, S.A.U., mediante el establecimiento de los servicios mínimos. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 113 de 15/06/2023 Sección: Otras disposiciones)
- Resolución de 11 de junio de 2023, de la Secretaría General de Empresa y Trabajo Autónomo, por la que se convocan elecciones para la renovación de los Plenos de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 113 de 15/06/2023 Sección: Disposiciones generales)





## ESTUDIOS

El ámbito subjetivo de la Ley 2/2023, de protección del informante, y sus implicaciones para las personas trabajadoras y empleadoras  
Salvador del Rey Guanter

La evolución de las cláusulas de revisión y salvaguarda salarial a través de la negociación colectiva del grupo Iberdrola  
Patrocinio Rodríguez-Ramos

El impacto de la prueba ilícita derivada de la vulneración de derechos fundamentales en la calificación del despido: ¿improcedencia o nulidad?  
Rodrigo Miguel Barrio

La negociación colectiva y los agentes sociales como nuevos aliados en la protección ambiental: especial referencia al sector químico  
Marouane Laabbas-El-Guennouni

## INFORMES Y DOCUMENTOS

II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### CONCILIACIÓN VIDA PERSONAL Y LABORAL

Universidad de Sevilla  
La dimensión constitucional de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar e indemnización por daños morales  
María Sepúlveda Gómez

### EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Pablo de Olavide  
El ejercicio de la libertad ideológica en las relaciones laborales. El amparo constitucional  
Maiedah Jalil Naji

### DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén  
Resolver en fase de ejecución de sentencia la naturaleza temporal de los contratos afectados por un despido colectivo nulo ¿es posible? el TS lo admite y valora los requisitos de admisibilidad del recurso de casación en autos dictados en el incidente de no readmisión  
José María Moreno Pérez

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía