Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

4º Trimestre 2023 nº 9

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez

Editorial

- Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general
  José Luis Monereo Pérez, Susana Rodríguez Escanciano y Guillermo Rodríguez Iniesta

Estudios Doctrinales

- Principios rectores del impacto de la brecha digital y tecnológica en el empleo femenino
  María Begoña García Gil
- Vicisitudes, reformas y desafíos actuales de las relaciones laborales en el sector agrario
  José Luis Ruíz Santamaría
- Los sistemas predictivos en la instrucción penal. Una iniciativa docente analítica de las carencias en el camino de un juez autómata
  Jaime Criado Enguix
- La brecha de género en los empleos relacionados con disciplinas STEM: causas, consecuencias y propuestas de solución
  Cristina Ramírez Bandera
- El mantenimiento del empleo a través de la formación en la empresa: una respuesta al cambio tecnológico
  Aída Cabello Roldán

Estudios de Doctrina Judicial

- El acceso al recurso de suplicación en pleitos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nueva doctrina unificadora de la Sala Cuarta del Supremo
  Jaime de Lamo Rubio
- El registro de jornada como medio de prueba y de control de las horas extraordinarias
  Diego Velasco Fernández
- Legitimidad de la indemnización menor acordada en despidos colectivos para trabajadores mayores de 60 años: un análisis sobre la no discriminación por edad
  Raquel Castro Medina

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

- Análisis comparado de la ley alemana sobre la libertad general de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, en cuanto que trabajadores, desde la perspectiva de la norma reglamentaria española de contraste, con su traducción íntegra al castellano
  Alberto Arufe Varela

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

- El sistema legal de negociación colectiva: el impacto de las recientes medidas de reforma legislativa en el Estatuto de los Trabajadores
  José Luis Monereo Pérez
- Acerca de los salarios del trabajo: Una visión comparativa de las contribuciones de Adam Smith y de Karl Marx
  Antonio Manuel Roldán Báez

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
María Nieves Moreno Vida

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo
José Luis Monereo Pérez y Guillermo Rodríguez Iniesta

Laborum EDICIONES

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

4º Trimestre 2023 nº 9

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Fax.: 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970

Contacto Revista:

www.laborum.es/revreltra
facebook.com/RevRelTra
@revreltra
revreltra@laborum.es
www.linkedin.com/showcase/revreltra/

Esta obra está bajo una licencia creative commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, pero debe de reconocer la autoría de manera adecuada. Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. Si mezcla, transforma o crea a partir del material, no podrá distribuir el material modificado. Más información en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:

Dialnet · MIAR · latindex catálogo · DRJI Directory of Research Journal Indexing · crue Universidades Españolas Red de Bibliotecas REBIUN · DULCINEA

DIRECCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:
Sheila López Vico, *Contratada predoctoral FPU en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:
Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*
María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*
Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*
Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*
Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*
Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*
María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*
María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*
Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justica-Sala de Casación Laboral*
Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*
Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*
Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*
José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mª Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*
María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*
Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*
Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*
Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*
Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*
Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*
Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*

Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*
María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*
Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*
Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregas Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:
Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

Índice

EDITORIAL **9**

CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES EN EL REAL DECRETO-LEY 5/2023: PANORÁMICA GENERAL . 11
José Luis Monereo Pérez
Susana Rodríguez Escanciano
Guillermo Rodríguez Iniesta
1. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN SU CONTEXTO TÉCNICO-LEGISLATIVO 12
2. CORRESPONSABILIDAD EN LOS NUEVOS ENTRAMADOS FAMILIARES 15
3. LA DIRECTIVA 2019/1158 17
4. SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL 19

ESTUDIOS DOCTRINALES **35**

PRINCIPIOS RECTORES DEL IMPACTO DE LA BRECHA DIGITAL Y TECNOLÓGICA EN EL EMPLEO FEMENINO 37
María Begoña García Gil
1. INTRODUCCIÓN 37
2. CAUSAS DE LA BRECHA DIGITAL DE GÉNERO 42
3. BIBLIOGRAFÍA 51

VICISITUDES, REFORMAS Y DESAFÍOS ACTUALES DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR AGRARIO 53
José Luis Ruíz Santamaría
1. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS Y SINGULARIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR AGRARIO ESPAÑOL 54
2. EL REFERENTE NORMATIVO INTERNACIONAL 57
3. ESTRATEGIA Y SINGULARIDADES DEL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL EN EL SECTOR AGRARIO 65
4. CONCLUSIONES 73
5. BIBLIOGRAFÍA 74

LOS SISTEMAS PREDICTIVOS EN LA INSTRUCCIÓN PENAL. UNA INICIATIVA DOCENTE ANALÍTICA DE LAS CARENCIAS EN EL CAMINO DE UN JUEZ AUTÓMATA 77
Jaime Criado Enguix
1. ESTADO DE LA CUESTIÓN. UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL SISTEMA DE IA 77
2. SISTEMA INTELIGENTES DE JUSTICIA PREDICTIVA 81
3. LA INEXPLICABILIDAD DEL ALGORITMO 84
4. TENDENCIA AL SESGO ALGORÍTMICO 85
5. DESCRIPCIÓN DE LA INICIATIVA 88
6. RESULTADOS PREVISTOS Y VALORACIÓN FINAL 90
7. BIBLIOGRAFÍA 91

LA BRECHA DE GÉNERO EN LOS EMPLEOS RELACIONADOS CON DISCIPLINAS STEM: CAUSAS, CONSECUENCIAS Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN 93
Cristina Ramírez Bandera
1. CONSIDERACIONES GENERALES 94
2. CAUSAS DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ESTUDIO DE DISCIPLINAS STEM 95

3. CONSECUENCIAS DE LA INFRARREPRESENTACIÓN FEMENINA EN LAS DISCIPLINAS STEM 102
4. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA PALIAR LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ESTUDIO DE DISCIPLINAS STEM 107
5. CONCLUSIONES 113
6. BIBLIOGRAFÍA 113

EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO A TRAVÉS DE LA FORMACIÓN EN LA EMPRESA: UNA RESPUESTA AL CAMBIO TECNOLÓGICO 117
Aída Cabello Roldán
1. INTRODUCCIÓN 117
2. EL CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO ACTUAL Y LA BRECHA DIGITAL 119
3. EL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO 121
4. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 3/2022, DE 31 DE MARZO, DE ORDENACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL 129
5. CONCLUSIONES 131
6. BIBLIOGRAFÍA 132

ESTUDIOS DE DOCTRINA JUDICIAL 135

EL ACCESO AL RECURSO DE SUPLICACIÓN EN PLEITOS DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. NUEVA DOCTRINA UNIFICADORA DE LA SALA CUARTA DEL SUPREMO 137
Jaime de Lamo Rubio
1. APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE RECURSOS EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL 137
2. HECHOS RELEVANTES 140
3. DOCTRINA UNIFICADORA A LA FECHA DE LA SENTENCIA RECURRIDA 140
4. LA STS [SALA 4ª (PLENO)] DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2023 [PONENTE SR. SEMPERE NAVARRO] 141
5. NUEVA DOCTRINA DE LA SALA CUARTA 142
6. CONCLUSIONES 143
7. BIBLIOGRAFÍA 143

EL REGISTRO DE JORNADA COMO MEDIO DE PRUEBA Y DE CONTROL DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS 145
Diego Velasco Fernández
1. INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DEL CONTROL DEL TIEMPO DE JORNADA 145
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE JORNADA 148
3. EL REGISTRO DE JORNADA COMO MEDIO DE PRUEBA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL PROCESO LABORAL 151
4. LA JURISPRUDENCIA ACTUAL FRENTE AL REGISTRO DE JORNADA COMO PRUEBA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS 156
5. CONCLUSIONES 159
6. BIBLIOGRAFÍA 161

LEGITIMIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN MENOR ACORDADA EN DESPIDOS COLECTIVOS PARA TRABAJADORES MAYORES DE 60 AÑOS: UN ANÁLISIS SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN POR EDAD 163
Raquel Castro Medina
1. INTRODUCCIÓN 164
2. NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE AL CASO 166
3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SENTADA 172
4. REFLEXIÓN Y COMENTARIOS 173
5. BIBLIOGRAFÍA 175

DERECHO COMPARADO Y DERECHO EXTRANJERO 177

ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEY ALEMANA SOBRE LA LIBERTAD GENERAL DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA, EN CUANTO QUE TRABAJADORES, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NORMA REGLAMENTARIA ESPAÑOLA DE CONTRASTE, CON SU TRADUCCIÓN ÍNTEGRA AL CASTELLANO 179

Alberto Arufe Varela

1. LA LEY ALEMANA DE 30 JULIO 2004, EN CUANTO QUE NORMA DE TRANSPOSICIÓN TEMPORÁNEA DE UNA DIRECTIVA EUROPEA 179
2. UNA LEY NO ABANDONADA A SU SUERTE 181
3. NI TAMPOCO OLVIDADA POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO 182
4. PUNTILLOSAMENTE ENSAMBLADA CON LA NORMA GENERAL DE EXTRANJERÍA 183
5. CON CAPACIDAD DE ABSORCIÓN DE IMPACTOS SÍSMICOS 184
6. PEGADA A LA REALIDAD 185
7. Y CON VOCACIÓN DE COMPLITUD 187
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA 188

TRADUCCIÓN ÍNTEGRA AL CASTELLANO DE LA LEY SOBRE LA LIBERTAD GENERAL DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN, DE 30 JULIO 2004 189

ECONOMÍA, SOCIOLOGÍA E HISTORIA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO Y DEL ESTADO SOCIAL 207

EL SISTEMA LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL IMPACTO DE LAS RECIENTES MEDIDAS DE REFORMA LEGISLATIVA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 209

José Luis Monereo Pérez

1. RASGOS PRINCIPALES DEL MODELO "LEGAL" DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN DESARROLLO DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES 210
2. EL IMPACTO DE LAS REFORMAS LABORALES EN EL MODELO LEGAL. CONTRARREFORMA DE CORRECCIÓN NO DE CAMBIO RADICAL DE MODELO NORMATIVO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 232
3. LAS MEDIDAS CONCRETAS ADOPTADAS POR EL RD-LEY 32/2021: ANÁLISIS DE SÍNTESIS TÉCNICO-JURÍDICO Y DE POLÍTICA DEL DERECHO 262
4. NUEVOS DESAFÍOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA" DE CARÁCTER PROMOCIONAL Y RACIONALIZADOR: LA PAULATINA REDEFINICIÓN DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA 289

ACERCA DE LOS SALARIOS DEL TRABAJO: UNA VISIÓN COMPARATIVA DE LAS CONTRIBUCIONES DE ADAM SMITH Y DE KARL MARX 331

Antonio Manuel Roldán Báez

1. INTRODUCCIÓN 332
2. ACERCA DE LOS SALARIOS DEL TRABAJO EN EL PENSAMIENTO DE ADAM SMITH 332
3. ACERCA DEL TRABAJO Y DEL VALOR DE LA FUERZA DEL TRABAJO EN EL PENSAMIENTO DE KARL MARX 347
4. CONCLUSIONES 361
5. BIBLIOGRAFÍA 362

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS 363

CRÓNICA LEGISLATIVA, DOCTRINA JUDICIAL Y NOTICIAS BIBLIOGRÁFICAS....365
María Nieves Moreno Vida
1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS 365
2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL....372
3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS....383
4. RECENSIÓN CRÍTICA....387
5. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS 403

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO 409

CRÓNICA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RELACIONES DE TRABAJO..411
José Luis Monereo Pérez
Guillermo Rodríguez Iniesta
1. MATERIAS 411

Editorial

Laborum

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general

Reconciliation of work and family life for parents and caregivers in Royal Decree-Law 5/2023: An overview

José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982

Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en el Real Decreto-Ley 5/2023: Panorámica general». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 11-33.

"La igualdad es una necesidad vital del alma humana. Consiste en el reconocimiento público, general, efectivo, expresado realmente por las instituciones y las costumbres, de que la misma cantidad de respeto y consideración es debida a todo ser humano, porque el respeto se deba al ser humano como tal y no tiene grados. Por tanto, las inevitables diferencias entre los hombres jamás deben tener el significado de una diferencia en el grado de respeto"

Simone Weil[1]

"Los derechos de conciliación son derechos a contra corriente de la tradición, de las pautas de corrección de la sociedad, manifestadas en estereotipos, hábitos y normas limitativas de derechos de las mujeres, procedentes de su configuración patriarcal"

Casas Baamonde[2]

[1] Weil, S.: *Raíces del Existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano,* edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica de la política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 18.

[2] Casas Baamonde, M.E.: "Prólogo. Conciliación y corresponsabilidad", Rodríguez Rodríguez, E. y Martínez Yañez, N.M. (Dirs.): *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro* Bosch, Barcelona, 2021, pp. 19-20.

1. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN EN SU CONTEXTO TÉCNICO-LEGISLATIVO

La "*legislación motorizada*" de nuestro tiempo (expresión, ésta, acuñada originariamente por Carl Schmitt) encuentra una nítida expresión en el 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[3]. Ya resulta harto significativa la estructura interna de este Real Decreto-Ley: se estructura en varios "libros"[4]. Esto refleja que la actividad legislativa se ha motorizado de un modo en cierto sentido desmesurado, con el riesgo -a veces actualizado- de que se merme la calidad de las leyes, debido a la rapidez en su proceso de elaboración; rapidez que se vincula, ciertamente, a las razones de urgencia que motivan la aprobación de un Decreto-Ley dictado por el Gobierno como instrumento legislativo dictado al amparo del art. 86.1 de la Constitución Española (en adelante, CE). Su necesaria tramitación parlamentar "ex posterior" (art. 86.2 CE) y la posibilidad de tramitar -antes de ese procedimiento normal u ordinario- el Decreto-Ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, facilitan una más depurada elaboración técnica de legislar contribuyendo, así, a una mayor seguridad jurídica (art. 86.3 CE, en relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE)[5].

Se regulan una multiplicidad de materias, que tienen en común al menos tres aspectos principales: 1ª) Dar respuesta a ciertas situaciones de vulnerabilidad social; 2ª) La necesaria transposición en nuestro ordenamiento jurídico de Directivas de la Unión Europea; y 3ª) La extraordinaria y urgente necesidad de adoptar las diferentes medidas previstas en este Real Decreto-Ley, respecto a lo cual se han de aportar las razones que justifican la adopción de las medidas por concurrir la extraordinaria y urgente necesidad prevista en el art. 86 CE.

Por lo que aquí más interesa, el Real Decreto-ley 5/2023 procede a la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, se asienta y es expresión de los principios de igualdad de género y de equilibrio entre vida familiar y vida profesional que se reafirman en los principios 2 y 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Es, asimismo, fruto de la evolución de la propia Unión Europea en el contenido y alcance de los derechos de conciliación, siendo la tercera de las directivas sobre esta materia: su antecedente remoto fue la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la Unión de las Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europa (UNICE), el Centro Europeo de la Empresa Pública (EEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES), una Directiva sobre permisos parentales que se basaba tan solo en la configuración de derechos de ausencia de las personas con responsabilidades de cuidado y que ni reflejaba las consecuencias de género de las cuestiones de cuidado ni, en consecuencia, preveía medios efectivos para promover la corresponsabilidad. Este camino sería iniciado con la siguiente Directiva sobre la materia, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de

[3] Con una extensión de 224 páginas del BOE. https://www.boe.es/boe/dias/2023/06/29/pdfs/BOE-A-2023-15135.pdf

[4] Este Real Decreto-Ley se estructura en una parte expositiva y una parte dispositiva que consta de *cinco libros*, conformados por 226 artículos, cinco disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales.

[5] De interés respecto al sentido y alcance del principio de seguridad jurídica y la técnica legislativa, SSTC Pleno 104/2000, de 13 de abril, 15/1986, de 31 de enero, fj.1, 46/1990, de 15 de marzo, Fj. 4, 36/1991, de 14 de febrero, fj.5, entre otras.

marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la Asociación Europea de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME), el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

Ello no obstante, será con la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, con la que la conciliación de responsabilidades pasa a un lugar central. Se va más allá del establecimiento de permisos y otorga una relevancia especial a la adaptación de condiciones de trabajo, introduciendo con rotundidad la dimensión de la corresponsabilidad, como se advierte en numerosos aspectos, tanto en los considerandos como en el articulado. Esta Directiva establece un nuevo marco que requiere seguridad en el conocimiento y en el ejercicio de los derechos sobre el tiempo de trabajo relacionados con los derechos de cuidado de menores de edad y dependientes, por lo que enlaza con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y con la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, tiene, por tanto, como objetivo dar respuesta a una realidad social concreta: 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. La Directiva da respuesta adecuada a la situación de doble atención a las responsabilidades familiares y a las de trabajo en el marco y conforme a unas exigencias concretas como son relaciones laborales más igualitarias y la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de sexo. Dispone que los puestos de trabajo deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores de edad y cuidado de dependientes y mayores, y establece unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable. En definitiva, la transposición de la Directiva enriquece las mejoras y aportaciones del 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, y va más allá de las cuestiones de la doble jornada femenina o los largos permisos, en pro de las fórmulas de trabajo flexible y acotamiento de las ausencias laborales lo que permite avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral, a través del verdadero reconocimiento del derecho de conciliación como parte del elenco de derechos de toda persona trabajadora.

Todo ello conduce a llevar a cabo modificaciones en un grupo normativo vinculado a esta materia: el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET); y en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. La modificaciones del ET responden a un doble propósito: de un lado se evita penalizar o duplicar los sistemas de protección frente a las situaciones descritas (crianza de los hijos e hijas, cuidado de mayores y dependientes) y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles.

Al efecto, se modifica la letra c) del art. 4.2, referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo. Así se da cumplimiento a lo establecido en el art. 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación. Esta formulación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair) y del Tribunal Constitucional (STC 79/2020, de 2 de julio de 2020) en las que se declare que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la

discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo. También se opera una modificación en el art. 34.8 ET. Esta disposición fue modificada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, a efectos de incrementar el ámbito del derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a cargo, pero requiere de ajustes puntuales a efectos de que se acomode totalmente a las previsiones del art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre fórmulas de trabajo flexible.

Asimismo se modifica el art. 37.3 ET, en su letra a), para dar acogida a otras formas de convivencia de manera similar a como se amplía el ámbito subjetivo de la Directiva y la relación de familiares recogida en el art. 3.1.e), así como en su letra b), a efectos de transponer al ordenamiento español el permiso de cuidadores previsto en el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/1158. De ese modo, se amplía el número de días y también el ámbito subjetivo de este permiso, incorporando a las personas convivientes sobre las que se llevará a efecto el cuidado efectivo, esto es, atendiendo a las necesidades de asistencia y cuidados importantes dando cumplimiento de este modo a lo establecido en el art. 3.1.c) de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, acerca del abanico de las posibles personas beneficiarias trascendiendo el ámbito de las unidades familiares de convivencia. Por lo demás, esta disposición se completa para incluir en la cobertura a las parejas de hecho.

Por otra parte, se introduce una nueva letra b bis) para separar del anterior el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuya causa es diversa, lo que aconseja esta nueva distribución sistemática. Se introduce un nuevo apartado 9 del art. 37, en el que se transpone el art. 7 de la Directiva 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que da respuesta a aquellas situaciones, distintas de las de los permisos de cuidadores y parentales, que permiten a las personas trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas. Como se indica en el Considerando 28 de la Directiva, se refiere a «motivos familiares urgentes o inesperados», es decir, a la necesidad de atender sucesos esporádicos, previéndose como retribuidas las horas equivalentes a cuatro días al año, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran establecer los convenios colectivos. La Directiva (UE) 2019/1158, dispone en su art. 5.5 que debe motivarse el aplazamiento del disfrute de los permisos parentales cuando el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el buen funcionamiento de la empresa, debiendo justificarlo por escrito por razones de seguridad jurídica.

En razón a ello se modifican los artículos 37.4 y 6, y 46.3 ET para que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute por parte de ambas personas progenitoras de los permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia -todos ellos permisos o periodos de ausencia relacionados con la familia- la empresa deba aportar un plan de disfrute alternativo si concurren razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la misma, dando así cumplimiento a las exigencias del citado precepto. Igualmente se modifican los artículos 37.6 y 46.3 ET, para matizar los permisos vinculados al cuidado de dependientes con el fin de incluir de manera expresa a los familiares por consanguinidad de las parejas de hecho. De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 8 de la Directiva (UE) 2019/1158, se regula, a través de la introducción de un nuevo art. 48 bis, en el ET, un permiso parental específico que se ocupa del cuidado de los hijos e hijas, o de los niñas y niños acogidos por más de un año, y hasta la edad de ocho años, intransferible y con posibilidad de su disfrute de manera flexible.

En coherencia con este conjunto de reformas que inciden en el ET se modifican los artículos 108.2 y 122.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, con la

finalidad de establecer el sistema de garantías jurisdiccionales en consonancia con las modificaciones efectuadas en los artículos 53.4 y 55.5 del ET.

Asimismo, se modifican los artículos 53.4 y 55.5 ET, para asegurar el pleno ajuste de nuestro ordenamiento jurídico al art. 12 de la Directiva (UE) 2019/1158, en lo referente a la protección contra el despido derivada del disfrute de permisos de conciliación, recogiendo el disfrute de todos los derechos de conciliación, incluyendo los nuevos, entre las causas de nulidad. Atendiendo a este objetivo, se modifica el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, para insertar modificaciones en el régimen de permisos, a fin de acompasar el permiso por accidente o enfermedad grave [(art. 48.a)] a lo establecido en la Directiva (UE) 2019/1158.

Estamos, pues, ante un bloque de reformas de gran calado en cumplimiento del Derecho Social de la Unión Europea en material conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

2. CORRESPONSABILIDAD EN LOS NUEVOS ENTRAMADOS FAMILIARES

La necesidad de compatibilizar la vida personal y familiar con la actividad laboral de la persona constituye una convicción firmemente asentada en la sociedad actual[6], de manera que un correcto acercamiento a la conciliación tal y como en la actualidad toma expresión implica partir del contexto de las sociedades del bienestar en las que la existencia de un entramado de derechos subjetivos permite obtener capacidad de elegir el uso del tiempo y distribuirlo entre el trabajo, el cuidado de la familia y la vida personal. Esta facultad (más bien desiderátum), pese a la evolución *in bonus* de estos últimos años, ha estado siempre muy ligada a la lucha por conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; primero, en los actos más esenciales de la vida; y después, aunque no menos importante, en el ámbito empresarial[7].

No puede extrañar, por ende, que las primeras medidas de conciliación se dirigieran con carácter exclusivo al sexo femenino, en tanto persistía la idea de la necesaria mayor implicación de las mujeres en las exigencias del hogar, lo cual ha servido para fortalecer los prejuicios que el empleador pudiera tener sobre la capacidad de compromiso de la mujer en su productividad y, en consecuencia, una mayor reserva a la hora de proceder a su contratación.

El tránsito, instaurado en un segundo momento, hacia parámetros neutros en la formulación de los derechos de conciliación tampoco sirvió para mitigar la abrumadora presencia femenina en el

[6] Blasco Pellicer, A.: "El tratamiento convencional del derecho de adaptación y distribución de la jornada por conciliación de la vida personal, familiar y laboral", *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016, p. 363.

[7] Ordóñez Pascua, N.: "El gran reto de la conciliación laboral en la responsabilidad social empresarial", Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R. (Dirs.): *La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y las acciones de responsabilidad social*, Porto, Juruá, 2019, p. 147. Asimismo, López Insua, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo,* Murcia, Laborum, 2017, pp. 141 y ss.; Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos", Martínez Barroso, M.R. y Rodríguez Escanciano, S. (Dirs.) y Álvarez Cuesta, H. (Coord.): *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva,* Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2016; *Ibid.,* "La protección de la maternidad: análisis jurídico-crítico de los instrumentos de tutela y acción protectora", Moya Escudero, R. y Serrano Falcón, C. (Coord.): *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos de la mujer,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2016.

ejercicio de tales prerrogativas "reproductivas"[8], quedando enfatizado su rol de cuidadoras familiares en detrimento de su empleabilidad y carrera profesional[9].

Dado que la conciliación de la vida laboral y familiar no es un tema femenino, en un tercer estadio evolutivo, la lógica de la política legislativa sobre el tiempo de trabajo ha pretendido conseguir que tanto el hombre como la mujer puedan decidir libremente cuál es el modelo familiar a adoptar[10], avanzando -aun cuando los pasos dados todavía han sido timoratos- hacia una conciliación responsable que no relegue a la mujer trabajadora a la labor exclusiva de cuidado familiar, pues en la práctica supone la obligación de las féminas de desarrollar las denominadas dobles y triples jornadas[11]. Debe primar la búsqueda del equilibrio entre trabajo y familia a través de programas sociolaborales reales y efectivos que disminuyan el impacto, que actualmente recae aún en el género femenino, de conciliar las demandas de trabajo asalariado y las responsabilidades familiares, incidentes de forma directa en la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres, no en vano el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre varones y féminas incrementa los estereotipos, los sesgos, las postergaciones y las diferencias de género en materia laboral y familiar[12].

En este marco de novaciones normativas, tampoco hay que olvidar la pérdida de protagonismo de la familia tradicional, acompañado del surgimiento de nuevas realidades familiares, que se apartan del modelo clásico y quedan ancladas -en un elenco meramente ejemplificativo- sobre los siguientes factores[13]: la participación económica de la mujer; la caída de la nupcialidad y la fecundidad; la adopción internacional; el envejecimiento de la población; los cambios de los "calendarios" familiares (la edad media para tener el primer hijo se ha retrasado como también se pospone la salida del hogar familiar de los hijos mayores de edad); el crecimiento significativo el número de familias monoparentales compuestas por un solo progenitor -varón o, normalmente, mujer—y sus descendientes; la coexistencia de convivientes *more uxorio*, uniones homosexuales o transexuales -con o sin vínculo matrimonial— o personas separadas o divorciadas que rehacen su vida en pareja con la aportación de los hijos fruto de matrimonios anteriores; la maternidad subrogada, la fecundación artificial de féminas en solitario o la adopción de menores por un solo individuo dejan atrás el antiguo estigma de madre soltera, sin olvidar que es la figura de la custodia compartida la que sirve de germen para uno de los casos más novedosos de hogar, cual es el del padre y la madre separados o divorciados que de forma intermitente conviven con el menor en períodos semanales, quincenales, mensuales o, incluso, en el caso de adolescentes, semestrales[14]; en fin, la cohabitación en el hogar de personas sin lazo de parentesco ni de afectividad con el solo objetivo de compartir gastos de subsistencia como

[8] Según los datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el primer trimestre del año 2023 el 84,6% de las excedencias correspondieron a las mujeres. https://inclusion.seg-social.es/

[9] Ballester Pastor, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de sexo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 100.

[10] Almendros González, M.A. y Monereo Pérez, J.L., Coords.: "Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias, reducciones y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia", *Observatorio de la Negociación Colectiva. La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Madrid, CCOO, Fundación 1º de Mayo, Lefebvre, Madrid, 2020, p. 298.

[11] López Ahumada, E.: *Tiempo de trabajo y economía digital. Limitación del tiempo de trabajo y garantía del descanso laboral*, Cinca, Madrid, 2022, p. 58.

[12] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Durán López, F. y Sáez Lara, C., Coords., Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 168.

[13] González Ortega, S.: "La protección social de las situaciones de dependencia", *Protección social de las personas dependientes*, González Ortega, S. y Quintero Lima, G., Coords., Madrid, La Ley, 2004, p. 28.

[14] Goñi Sein, J.L.: "La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer", *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, pp. 11 y ss.

consecuencia de la subida exponencial de los precios de los alquileres o la estrecha cohabitación de personas y mascotas hacen surgir nuevas necesidades de cuidado humano y no humano.

Además de mutar el concepto de cuidador, que ya no puede quedar ceñido a un grupo de personas ligado por vínculos de consanguinidad o afinidad con el sujeto causante del derecho[15], cabe señalar como elemento básico y central de todas estas novaciones sociales que la "cuestión para familiar" deja de ser un asunto interno y se somete cada vez más al "control público y social", poniendo de manifiesto nuevas demandas a las que el legislador debe dar respuesta no sólo a través de una red administrativa de servicios de calidad sino también mediante el diseño de medidas tuitivas en el desarrollo de la actividad laboral capaces de eliminar de una vez por todas las repercusiones negativas en el trabajo de las mujeres, favoreciendo un reparto equilibrado en las cargas de responsabilidades de cuidado[16].

Bajo estas renovadas coordenadas demográficas y sociales, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, incorpora una serie de instrumentos destinados no solo a fomentar el valor de la corresponsabilidad donde los derechos puedan ser desarrollados en un marco realmente igualitario por hombres y mujeres capaz de atender a las nuevas necesidades de convivencia sino a diseñar los mecanismos adecuados para garantizar la protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables, evitando que las empresas emprendan conductas que puedan atentar contra el ejercicio corresponsable de los derechos de la vida familiar y laboral[17]. Como en ocasiones anteriores[18], nuestro ordenamiento interno ha superado con creces los derechos reconocidos en la norma europea, apostando no solo por una titularidad indistinta sino fomentando su ejercicio por parte de los varones, haciéndolo obligatorio o incluso ampliando su extensión para el caso de ejercicio simultáneo, sin olvidar vetar la transferibilidad y potenciar la garantía de indemnidad. Todo ello acompañado también por una ampliación de los beneficiarios para dar cobijo a cuidadores convivientes no familiares, sin olvidar tampoco, como medida transversal por la que apuesta la última agenda gubernativa, proporcionar una mayor dotación de servicios de cuidados debidamente subvencionados (guarderías, ludotecas, centros de día, ayuda a domicilio, casas de acogida para víctimas de violencia…), todo ello acompañado de un creciente esfuerzo de los interlocutores sociales en el diseño de reglas convencionales más adecuadas para una ordenación más equilibrada del conflicto trabajo-familia.

No obstante estos aspectos positivos, es menester adoptar una perspectiva no sólo descriptiva sino crítica sobre el nuevo régimen jurídico con el fin de detectar lagunas y carencias, pues la superación de la tradicional división de tareas según el sexo y la erradicación de la atribución prioritaria del trabajo de cuidado familiar a las mujeres todavía no se han alcanzado de forma plena.

3. LA DIRECTIVA 2019/1158

La densidad normativa de los derechos de conciliación ha crecido en el ámbito del Derecho Comunitario, primero, y de la Unión Europea, después. Sin necesidad de remontarnos a antecedentes

[15] Cabeza Pereiro, J.: "La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno", Rodríguez Rodríguez, E. y Martínez Yañez, N.M. (Dirs.): *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 72.

[16] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", Durán López, F. y Sáez Lara, C. (Coords.): *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero,* Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 169.

[17] Dormido Abril, J.: "La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española", *Fermeris*, Vol. 7, núm. 2, p. 46 .

[18] Guillén Rodríguez, M.. Moreno Manzanaro, N. y González Benega, S.: "Conciliación de la vida laboral y familiar en España. El impacto de las políticas de la Unión Europea", *Documentación Social*, núm. 154, 2009, pp. 119 y ss.

más remotos, la protección de la vida familiar y laboral se encuentra expresamente recogida en los arts. 16 de la Carta Social Europea y 27 de la versión revisada. El primero determina el compromiso de las Partes Contratantes, "con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad… a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas". Por su parte, el art. 27 de la versión revisada, bajo el título "derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato", establece la obligación de los Estados a adoptar medidas apropiadas: "a) para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares acceder y permanecer en la vida activa, o regresar a la misma tras una ausencia debida a dichas responsabilidades, incluidas medidas en el ámbito de la orientación y la formación profesionales; b) para tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y Seguridad Social; y c) para desarrollar o promover servicios, públicos o privados, en particular servicios diurnos y otros medios para el cuidado de los niños".

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 33, establece que "con el fin de poder conciliar la vida familiar y profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño".

Además, el principio 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, refuerza el objetivo de la corresponsabilidad y sugiere el derecho a la adaptación de la jornada con el siguiente tenor: "los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y de animárseles a utilizarlos de forma equilibrada"[19]. Asimismo, la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, en la que, después de hacer un diagnóstico de la situación laboral de las mujeres, se aboga por acabar con la violencia y los estereotipos de género, garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral y alcanzar el equilibrio de género en la toma de decisiones y la política.

Como no podía ser de otra manera, en las Directivas para el empleo más recientes se reconoce, a modo de regla transversal, que una mejor conciliación del trabajo y la vida familiar es de vital importancia para que hombres y mujeres accedan y se mantengan en el mercado laboral. Los instrumentos fundamentales que en este ámbito aprobó el Consejo fueron la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1989, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad de la salud en el trabajo de la mujer trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, que derogó la 96/34/CEE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental[20].

[19] Ballester Pastor, M.A.: "De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019, p. 1111.

[20] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Durán López, F. y Sáez Lara, C., Coords., Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 169.

Con posterioridad, la nueva Directiva 2019/1158[21] introduce una auténtica "revolución de los derechos de conciliación"[22]. Su principal objetivo no es sino 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, en pro de unas relaciones laborales más igualitarias y la aplicación efectiva del principio de no discriminación por razón de sexo. Como aspectos destacables, la Directiva dispone que los puestos de trabajo deben adaptarse a las distintas vicisitudes derivadas de la crianza de menores y cuidado de dependientes y mayores, y establece unas condiciones efectivas para que haya un reparto real de tareas y un ejercicio corresponsable, garantizando, en su caso, el carácter intransferible y retribuido de determinadas interrupciones de la actividad laboral[23]. En definitiva, establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación.

4. SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

En el caso del Estado español, una gran parte del contenido de la Directiva 2019/1158 ya se encontraba en nuestro ordenamiento jurídico interno y, en algunos casos -como sucede con el permiso de paternidad- se superaban los mandatos que en la misma se establecen, pero todavía quedaban varias mejoras por acoger[24]. La disolución de las Cámaras el día 29 de mayo de 2023 y la convocatoria de elecciones generales a celebrar el día 23 de julio frustró la aprobación de la proyectada Ley de Familias que recogía las novedades en materia de conciliación de la vida laboral y familiar derivadas de la Directiva 2019/1159, siendo necesario utilizar la vía de la legislación de urgencia al objeto de cumplir con el plazo de transposición que ya había sido temporalmente superado (desde agosto de 2022)[25], opción esta última que se llevó a cabo de forma sorpresiva mediante el 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.

Aun cuando este Decreto Ley se introduce en la senda de otras disposiciones previas promulgadas para buscar una ecuación equilibrada entre trabajo y familia[26], lo cierto es que introduce

[21] Nuñez-Cortés Contreras, P.: "Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020, p. 110.

[22] Maneiro Vázquez, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Albacete, Bomarzo, 2023, p. 23.

[23] Rodríguez Copé, M.L.: "La futura Ley de familias y su incidencia en la conciliación de intereses personales y laborales del empleado público", *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Durán López, F. y Sáez Lara, C., Coords., Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2023, p. 170.

[24] Valdueza Blanco, M.D.: "Incidencia en España de la Directiva 2019/1158, de conciliación de la vida familiar y profesional, en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres", Barcelón Cobedo, S.; Carrero Domínguez, C. y De Soto Rioja, S. (Coords.): *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor González Ortega*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2022, p. 283.

[25] Se ha recibido "carta de emplazamiento de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2022, además del dictamen motivado por falta de comunicación de las medidas nacionales de transposición con fecha 19 de abril de 2023". Blasco Jover, C.: "Cuando se cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias", *Lex Social*, Vol. 13, núm. 2, 2023, p. 12.

[26] Entre las que cabe mencionar: la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación,

una serie de novedades tendentes no sólo a conseguir una implicación plena de los hombres en las tareas de cuidado, sino a ampliar el concepto de cuidador, apostando, a la postre, por reforzar la garantía de indemnidad en el ejercicio de los derechos reconocidos[27].

Como no podía ser de otra manera, en este espacio reducido que sirve de modesto pórtico al número 9 de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo no se pretende realizar un estudio exhaustivo del régimen jurídico vigente en materia de conciliación de la vida laboral y familiar del que han dejado y dejarán testimonio elocuentes plumas, sino que únicamente se van a poner de manifiesto los trazos gruesos incorporados en la, por ahora, última reforma sobre la materia.

4.1. Refuerzo de la tutela antidiscriminatoria

Sin duda, el Real Decreto Ley 5/2023 pretende avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral, a través del reconocimiento efectivo del derecho de conciliación como parte del elenco de derechos básicos de toda persona trabajadora. De ahí que, en primer lugar, cabe dar noticia de la modificación introducida en la letra c) del artículo 4.2 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 (ET)[28], referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo[29] o de género (en cuanto el sexo se proyecta en una discriminación sociocultural de las mujeres como colectivo)[30], contando como es fácilmente deducible con todas las garantías derivadas de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación.

Que el ejercicio de derechos conciliatorios no suponga ningún perjuicio a la persona peticionaria es una exigencia derivada de la Directiva 2019/1158, que recoge, por una parte, el principio de no afectación derivado del ejercicio de los derechos de conciliación (art. 10), a través de tres previsiones fundamentales: 1) se respetarán "los derechos adquiridos, o en proceso de ser adquiridos, por los trabajadores a la fecha en que se inicie alguno de los permisos (parentales)…, incluidos eventuales cambios derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales"; 2) "los Estados

reformada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres; la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha modificado el art. 68 del Código Civil para establecer que los cónyuges deberán "compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo"; el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Plan Mecuida, cuyo objetivo se centra en la atención de las necesidades familiares surgidas con motivo de la expansión de la pandemia por la COVID-19; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital; o la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación , que pretende conseguir una auténtica igualdad capaz de superar, dentro de la discriminación genérica de la mujer un fenómeno más específico y más grave, el de la mujer con responsabilidades familiares, que es objeto de una doble discriminación por su condición femenina y por su posición familiar, lo cual significa una carga real de actividad, acompañada de una "pobreza de tiempo disponible" y, cómo no, de una precariedad laboral y de una minoración salarial, que derivan de la competencia desigual entre hombres y féminas en el mercado laboral . Ello sin olvidar la Ley Orgánica 1/2023, 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.

[27] Dormido Abril, J.: "La protección contra el despido y otras consecuencias desfavorables: sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 a la legislación española", *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, pp. 44 y ss.

[28] Cuyo texto procedía de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

[29] Por extenso, Maneiro Vázquez, Y.: *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad. La (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Albacete, Bomarzo, 2023.

[30] STCo 67/2022, de 2 de junio.

miembros garantizarán que, al finalizar los permisos (parentales)…, los trabajadores tengan derecho a reincorporarse a su trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a las que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado el permiso"; 3) "los Estados miembros definirán el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante los períodos de permiso (parental)…, también por lo que respecta a la Seguridad Social, incluidas las cotizaciones al sistema de pensiones, y se asegurarán de que la relación laboral se mantenga durante esos períodos"[31].

Por otra parte, el art. 12 de la Directiva 2019/1158 establece la prohibición del despido por haber disfrutado o solicitado alguno de los derechos reconocidos en la citada norma europea. En el hipotético supuesto de que alguna persona protegida por la Directiva fuera despedida, las causas habrán de ser justificadas por escrito, provocando en caso contrario la nulidad de la decisión y operando en caso de reclamación judicial el principio de inversión de la carga de la prueba. Se configura, así, al calor de este precepto y del corpus de doctrina emanado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[32], un específico mecanismo probatorio de doble fase, en el que el demandante debe aportar indicios suficientes de la lesión y el demandado causa justificada de su decisión. Tal postulado no implica una estricta inversión de la carga de la prueba, pues el primero ha de proporcionar elementos de conexión entre la acción y la reacción empresarial, como puede ser la proximidad temporal o la imbricación causa-efecto, poniendo de manifiesto que tal lesión se ha producido y el motivo oculto de aquel acto[33]. Dicho en otros términos, "los indicios, individualmente considerados o valorados en su conjunto, han de ser suficientes para generar una razonable sospecha, apariencia o presunción de la existencia de un acto de represalia empresarial", generando "dudas razonables" de la "vulneración de un derecho"[34].

Esta modulación de la carga de la prueba implica, a la postre, un mecanismo para facilitar la posición de la parte actora, no en vano cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva incumbe al empleador la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, reales y objetivos, extraños a todo propósito atentatorio. No se trata de situar al empleador ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de móvil lesivo, pero en realidad recae sobre la parte demandada la carga de probar, sin que le baste simplemente intentarlo, que su actuación viene amparada en causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante[35]. No obstante, la parte actora debe poner de manifiesto el *fumus boni iuris* en que se basan sus alegaciones como presupuesto para que se desplace sobre el empresario o el sujeto que discrimina la carga de acreditar las razones que han conducido a adoptar su decisión, ajenas a todo motivo peyorativo[36]. Creada esta apariencia de lesión, corresponde al demandado la carga de justificar *ad casum* que su actuación tuvo razones reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración.

[31] Nuñez-Cortés Contreras, P.: *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)",* Madrid, Dykinson, 2019, p. 22.

[32] STJUE C-404/2018, de 20 de junio de 2019, asunto *Hakelbracht y Vandenbon*.

[33] STJUE C-167/97, de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith*. Castellano Buruillo, E.: "La transposición del Derecho de la Unión Europea. El caso de la carga de la prueba", *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pp. 243 y ss.

[34] Casas Baamonde, M.E.: "Tutela judicial efectiva y garantía de indemnidad (el derecho a la garantía de indemnidad en la jurisprudencia constitucional)*", Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Casas Baamonde, M.E.; Durán López, F. y Cruz Villalón, J., Coords., Madrid, La Ley, 2006, p. 733.

[35] García Ninet, J.I.: *"Art. 9"*, *Comentarios a la Ley de Igualdad*, García Ninet, J.I., Dir., Valencia, CISS, 2008, p. 53.

[36] Fernández López, M.F.: "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral", *Derecho Social de la Unión Europea*, Casas Baamonde, M.E. y Gil Alburquerque, R., Dirs., 2ª edición, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, p. 238.

Deberá, por lo tanto, acreditar, que los hechos motivadores de la medida son legítimos o, aun sin afianzar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio[37].

Es más, a la luz de la Ley 15/2022, la consecuencia de la nulidad de la decisión empresarial no conllevará únicamente la reincorporación de la persona trabajadora a su puesto de trabajo percibiendo los salarios adeudados sino también una indemnización de los daños materiales y morales, presumiéndose la existencia de estos últimos (art. 27)[38].

En fin, el art. 4.2 c) recoge también la interpretación del Tribunal Constitucional, que había dejado clara "la dimensión constitucional… de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como desde el mandato de la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), perspectiva que ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda interpretativa"[39].

En el ordenamiento español, el art. 55.5 b) ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada, por lo que su despido nunca puede ser calificado de improcedente, sino que dará lugar a la declaración de procedencia o de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación. Esta protección se extiende ahora a la práctica totalidad de derechos de conciliación en la transposición efectuada en el Real Decreto Ley 5/2023, que asume así la tesis más garantista. Para ello, incorpora una nueva redacción del art. 53.4 ET que regula el despido objetivo y del despido disciplinario del art. 55.5 ET en el sentido de calificar como nulo el despido de quienes hayan solicitado o estén disfrutando de una adaptación de jornada o un permiso parental lo que supone garantizar a las personas peticionarias una tutela reforzada frente a tratos peyorativos, inclusive extinciones contractuales por razón de la solicitud o disfrute de fórmulas de trabajo flexible[40].

Es más, resta señalar que la doctrina constitucional ha subrayado que cualquier trato peyorativo en las condiciones laborales (normalmente económicas o de tiempo de no trabajo) por el disfrute de los permisos parentales se considera contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres[41].

4.2. Acomodación temporal (y locativa) del trabajo

Cierto es que la visión clásica de las medidas de conciliación, tanto en Derecho Europeo como en el ordenamiento jurídico español, presentaba un marcado carácter femenino, lo que enfatizaba estereotipos de género, al pivotar sobre la posibilidad de otorgar tiempo (ausencias al trabajo), de forma remunerada o no, para que la trabajadora, cuidadora clásica y tradicional de los menores, de los mayores, de los enfermos y de las personas con discapacidad, pudiera atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período dedicado a sus actividades laborales.

[37] Aragón Gómez, C.: "La tutela judicial del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social", *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Mercader Uguina, J.R., Dir., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 729.

[38] Arufe Varela, A.: "El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 64, 2023.

[39] SSTCo 3/2007, de 15 de enero y 108/2019, de 30 de septiembre.

[40] Nieto Rojas, P.: "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida personal a través del Real Decreto Ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 98.

[41] SSTC 119/2021, de 31 de mayo y 153/2021, de 13 de septiembre. Navarro Nieto, F.: "Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023.

No menos verdad resulta que desde hace unos años ha comenzado a asumirse que, para conseguir un buen encaje entre las obligaciones laborales y familiares, no basta con facilitar a las mujeres la concesión de asuetos en el trabajo para destinarlos al cuidado de los hijos o personas dependientes, pues ello provoca la desvinculación de su entorno laboral, la dedicación a tiempo parcial, así como menores posibilidades en su progresión retributiva o para retomar tardíamente su carrera, con el inherente descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social, todo ello enarbolado con un denostado efecto boomerang al considerar muchos empresarios que se trataba de una mano de obra más cara. Se apuesta ahora por el diseño de medidas, no sólo neutras, personales e intransferibles, capaces de permitir la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres, sino por la posibilidad de formular adaptaciones en la distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del horario de trabajo y en la forma de prestación de la actividad, presencial o a distancia. Como es fácil de adivinar, el derecho de conformación del tiempo y de la forma de trabajo beneficia a las dos partes implicadas en la relación laboral: por un lado, a la persona trabajadora se le permite mantener sus horas de servicios sin ver mermada su remuneración, a la vez que se encuentra en una mejor posición para seguir impulsando una carrera profesional compatible con su vida familiar; por otro, la empresa se lucra de poder retener el talento y a menudo de un incremento del rendimiento, al posibilitar una mejor organización de los tiempos de trabajo de sus empleados, mujeres y hombres[42].

Dichas modulaciones, en lo que se refiere al tiempo de trabajo, comprenden variadas fórmulas como pudieran ser jornadas continuadas, supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, limitación en las franjas horarias para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, amplios espacios de entrada y salida, cambio de jornada continuada a partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia con mayor flexibilidad o de no someterse a un régimen de turnos incompatible con deberes de cuidado.

Así pues, la Directiva 2019/1158 establece, con carácter mucho más profundo que su antecesora, la Directiva 2010/18, el derecho de los progenitores y cuidadores que trabajen a solicitar formas de trabajo flexible (a distancia, calendarios laborales con épocas más o menos intensas, reducción de horas de trabajo) para el cuidado de un menor de ocho años con una extensión que puede estar sometida a límites razonables. Se deja libertad en la transposición para establecer períodos mínimos de antigüedad no superiores a seis meses como requisito previo de acceso. Asimismo, se enuncia el derecho de las personas trabajadoras a volver a sus modelos originarios una vez cambien las circunstancias. La denegación y el aplazamiento empresarial deberán estar justificados teniendo en cuenta tanto las propias necesidades de la empresa como las de las personas trabajadoras.

La Directiva de 2019 va a exigir, además, ponderar las circunstancias obrantes *in casu* aplicando un juicio doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre las argumentaciones de la empresa y de la persona trabajadora[43]. En suma, la exigencia de razonabilidad en las posiciones en conflicto y el hecho de que este último sólo pueda articular la negativa a la adaptación en virtud de motivos objetivos, tiene consecuencias positivas sobre la disponibilidad del tiempo destinado a los quehaceres familiares sin mermar la implicación de la persona trabajadora en sus cometidos profesionales[44].

[42] Lasaosa Irigoyen, E.: *Adaptación de la jornada de trabajo y de la forma de prestación por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, p. 44.

[43] Molina Navarrete, C.: "Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros),* núm. 441, 2019, p. 15.

[44] SSTC 3/2007, de 15 de enero y 26/2011, de 14 de marzo.

Bajo estas mismas premisas, el art. 34.8 ET reconoce el derecho a la adaptación de la jornada o de la forma de prestación de la actividad laboral, configurado como una modificación sustancial a la inversa sin reducción de la dedicación ni pérdida de la retribución, cuyo tenor ha sido mejorado en su redacción por mor del Real Decreto Ley 5/2023. Este precepto sigue reconociendo el derecho a solicitar adaptaciones en la duración y distribución de la jornada y en la ordenación del tiempo de trabajo o en la forma de prestación (incluido el trabajo a distancia) para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Es más, de su tenor se sigue infiriendo que no basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta, que debe ser proporcionada, "en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa". No se trata, por tanto, de un derecho absoluto o de aplicación inmediata sino de un derecho condicionado, lo cual contrasta con las medidas de flexibilidad unidireccional reconocidas al empresario como puede observarse fácilmente en la relativización de los topes máximos sobre jornada, superables a través de la negociación colectiva o permitida por la regulación sobre jornadas especiales, la extensión del módulo anual de jornada que sustituye a módulos de inferior duración (por tanto, más rígidos), la posibilidad de pactar la distribución irregular de la jornada, más aún, la oportunidad de acudir a dicha distribución irregular aun cuando no hay pacto, la superación del principio de anualidad, la flexibilidad legal y jurisprudencial en materia de horas extraordinarias, la prerrogativa de redistribuir los períodos de descanso, las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial[45].

No obstante, pese a este desequilibrio no corregido por la última reforma, el Real Decreto Ley 5/2023 amplía el ámbito de aplicación de la composición flexible a instancia de la parte débil del nexo contractual: personas con hijos de hasta doce años, así como aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos mayores de esa edad, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado del trabajador u otras personas dependientes cuando convivan en el mismo domicilio, y que, por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias (de cuidado) en las que se fundamenta la petición[46]. Sin duda, este precepto está intentando dar cobertura a las necesidades de atención de las personas de edad avanzada e incluso muy longevas ("envejecimiento del envejecimiento" o "sobre-envejecimiento")[47], pues no cabe duda que las variables "edad y dependencia" están estrechamente relacionadas, ya que el volumen de sujetos con limitaciones de su capacidad funcional aumenta significativamente en los grupos de edad superiores, sobre todo a partir de los ochenta años ("cuarta edad"). O dicho de forma más explícita, a medida que las personas cumplen años cada vez es más probable que comiencen a tener limitaciones, en mayor o menor grado, para gestionar su propia vida cotidiana en los aspectos más básicos y habituales. Se sabe, además, que la edad avanzada está asociada, con un paralelismo exacto, a una mayor probabilidad de desarrollar enfermedades crónicas: hipertensión, afectaciones coronarias, diabetes, tumores, artritis, reumatismo, artrosis, colesterol, cataratas, demencia, parkinson, depresión o ansiedad, entre otras[48].

[45] Gorelli Hernández, J.: "Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar y personal: el RD-Ley 6/2019", *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo, XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2020, p. 132.

[46] Igartua Miró, M.T.: "La promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158", *Femeris*, Vol. 7, núm. 2, 2022, p. 95.

[47] Anaut-Bravo, S.: *Servicios sociales: definición en el marco del Estado de Bienestar*, *El sistema de servicios sociales en España*, Anaut-Bravo, S., Coord., Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 54.

[48] Rubio Rubio, L. y Dumitrache, C.G.: "Salud y tercera edad", Monereo Pérez, J.L; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R. (Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar,* Granada, Comares, 2014, p. 103.

Ahora bien, pese a la valoración positiva de la ampliación del ámbito subjetivo, no parece pertinente condicionar el disfrute del derecho de los cuidadores de personas dependientes a la convivencia en el mismo domicilio[49].

Por lo demás, el precepto aquí analizado atribuye a la negociación colectiva la posibilidad de "establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo". Se elimina, por tanto, la obligación de intervención convencional establecida con anterioridad, que había venido siendo sistemáticamente incumplida dado el escaso interés de los convenios colectivos por esta materia. En todo caso, en defecto de regulación convencional, el empresario está obligado a iniciar un período de negociación individual durante un máximo de 15 días, actuando bajo los principios de máxima celeridad y de buena fe, alejado de cualquier ánimo caprichoso o abusivo[50], debiendo plantear una oferta alternativa que posibilite, de forma razonable, las pretensiones de conciliación o justificar suficientemente por escrito la negativa fundada en la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo empresarial especialmente gravoso. Se presume, en una especie de silencio positivo, su concesión si no concurre oposición motivada expresa en dicho plazo[51].

Una cuestión difícil de resolver es la referida a que la aceptación de la solicitud y su satisfacción pueda requerir medidas organizativas que afectan a otros trabajadores, pudiendo mencionar alguna sentencia que entiende que tales inconvenientes no pueden servir de excusa para fundamentar una decisión empresarial denegatoria[52].

Como señala el precepto estatutario mencionado, las discrepancias entre la persona trabajadora y la empresa en cuanto a la adaptación del tiempo (y lugar) de trabajo debe ser resuelta por el órgano judicial que ventile a posteriori el asunto a través del cauce habilitado por el art. 139 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que exige realizar un juicio de proporcionalidad doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones considerando *in casu* las circunstancias concurrentes y buscando la equidistancia entre posiciones o intereses. La remisión al procedimiento establecido en el art. 139 LRJS refuerza la posición de la persona trabajadora ante una denegación empresarial de lo solicitado, pues, a la postre, puede suponer el reconocimiento del derecho por una vía indirecta: judicial y no legal, acompañada de la posible acumulación en la demanda de una acción por daños y perjuicios causados derivados de la negativa de la empresa a la medida adaptativa o de la demora en la efectividad de tal medida, integrando las garantías propias de los derechos fundamentales a tal proceso cuando se invoque la vulneración de un derecho de tal naturaleza asociado a la conciliación de la vida laboral y familiar, lo cual habilitará, además, la posibilidad de recurrir en suplicación la sentencia de instancia, en principio vetada en esta modalidad procesal.

---

[49] Cano Galán, Y.: "Diseccionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

[50] La STSJ Aragón 19 enero 2021 (rec. 637/2020) concreta las exigencias de buena fe en la negociación en los siguientes términos: 1) que la negociación sea efectiva, proponiéndose alternativas; 2) que las partes se esfuercen en justificar los motivos que fundamentan su posición, así como los perjuicios que padecerían si no se aceptara su propuesta; 3) que las alternativas sean motivadas, en el sentido de razonables y satisfactorias; 4) que la eventual negativa de la empresa sea igualmente motivada, en el sentido de objetivamente razonada. Navarro Nieto, F.: "Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023, autor a quien se ha seguido en la presente exposición.

[51] Criterio seguido en la STSJ Madrid 18 noviembre 2022 (rec. 969/2022).

[52] STSJ Galicia 18 febrero 2022 (rec. 7045/210).

Es más, la indemnización pertinente ha de comprender el resarcimiento de los daños patrimoniales o materiales sufridos, entendidos como aquellos que hayan repercutido de forma clara en la esfera económica de la persona trabajadora tanto por lo que hace al daño emergente (gastos asumidos para contratar servicios de cuidados derivados de actividades extraescolares, servicios domésticos, centros de día, residencias, etc.) como por lo que afecta al lucro cesante (salarios dejados de percibir por ejercer otros derechos que implican mermas retributivas como una reducción de jornada o una excedencia). También incluye, lógicamente, los daños morales anudados al posible atentado al derecho a la no discriminación.

En fin, otra novedad de la nueva redacción del art. 34.8 ET es la mayor consistencia con la que se regula la posible reversibilidad a la situación anterior al reconocer el derecho de la persona trabajadora a regresar a la situación previa una vez concluido el período acordado o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. Ahora bien, nada impide solicitar también volver al status primigenio, aunque se mantengan las causas que motivaron la petición, siempre que concurra un cambio de circunstancias que así lo justifique. En este último caso, la empresa podrá denegar el regreso anticipado solicitado solo cuando existan razones objetivas motivadas para ello, debiendo informar al trabajador de las causas que apoyan la decisión[53].

4.3. Ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de hijo en las familias monoparentales

Además del permiso (en caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre que deban tener lugar dentro de la jornada de trabajo, el Decreto Ley 5/2023 introduce un último párrafo en el art. 48.6 ET cuyo tenor reseña que "en caso de haber una única persona progenitora, ésta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras". La referencia tiene que entenderse realizada al supuesto de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, en cuyo caso, se tendrán 16 semanas de suspensión de la actividad para cada persona progenitora, adoptante, guardadora o acogedora, que ahora se multiplican por dos tratando de proteger a las familias monoparentales. Ello supone una cierta corrección de la jurisprudencia, que había venido denegando el derecho al disfrute de ocho semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo a la madre en solitario que ya estaba disfrutando de ese derecho[54]. Esta extensión temporal no ha sido, sin embargo, incorporada al art. 49 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 (EBEP).

A este respecto cabe recordar que el Real Decreto Ley 6/2019 unificó la licencia por maternidad biológica y el permiso por paternidad en una sola institución denominada permiso por nacimiento y cuidado de menor (art. 48.4 ET), anticipándose a la Directiva 2019/1158 al reconocer que "el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas". En todo caso, la suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o parcial (lo que posibilita que se mantenga el contacto con la empresa y viene a suponer en la práctica una reducción de jornada retribuida sin perjuicio económico al complementarse el salario parcial con la prestación de Seguridad Social parcial), si bien esta segunda posibilidad no constituye un derecho absoluto de padre/madre sino que está condicionada al acuerdo con el empresario. La persona

[53] Nieto Rojas, P.: "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 87.

[54] SSTS 2 marzo 2023 (rec. 3972/2020) y 14 junio 2023 (rec. 1642/2022).

trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Las posibilidades de fraccionar la suspensión se podrán materializar desde la sexta semana hasta que el hijo cumpla doce meses, debiendo utilizar siempre un módulo semanal (una o varias semanas acumuladas), evitando la atomización del permiso[55]. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito (art. 48.4.9 ET), debiendo entender, como efectivamente recoge el art. 48.5 ET para la suspensión por adopción, guarda o acogimiento, que esta limitación se ciñe a las diez semanas distintas de las obligatorias[56].

La prestación económica inherente al nacimiento y cuidado del menor será, tanto para la maternidad como para la paternidad, del 100 por 100 de la base reguladora que se toma en cuenta para el cálculo de la incapacidad temporal por contingencias comunes con los mismos requisitos de cotización para ambos progenitores[57]. En este sentido, aun cuando el subsidio especial de 42 días se reserva para aquellas trabajadoras que no cumplan el período mínimo de carencia en los supuestos de nacimiento, cabe felicitarse por la doble ampliación operada: por una parte, de los sujetos beneficiarios que supone la inclusión del otro progenitor distinto a la madre biológica y la otra persona adoptante, guardadora o acogedora de la pareja que no hubiera disfrutado en su totalidad de la suspensión por maternidad; por otra, de la duración de la prestación y la forma de disfrute, permitiendo que una parte de esta se pueda desarrollar a lo largo del primer año del nacimiento o de la obtención de la resolución judicial o administrativa[58].

4.4. El denominado permiso parental

Teniendo en cuenta que la Directiva reconoce un permiso parental de al menos cuatro meses para cuidar a un menor de ocho años, aunque solo dos deben ser remunerados e intransferibles, el Decreto Ley 5/2023 introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45 o) ET en referencia al "disfrute del permiso parental", cuyo régimen jurídico se desarrolla en el art. 48 bis ET bajo los siguientes parámetros:

1) Se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse.

2) No se condiciona el derecho a la acreditación de ninguna antigüedad en la empresa.

3) El ámbito temporal que posibilita el disfrute del permiso se extiende, al igual que en la Directiva 2019/1158, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años.

---

[55] Casas Baamonde, M.E.: "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, p. 238; Pastor Martínez, A.: "Las medidas laborales del 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 educación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad", *IusLabor*, núm. 1, 2019, p. 201.

[56] Gorelli Hernández, J.: "Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, p. 290.

[57] Aragón Gómez, C.: "La prestación por nacimiento y cuidado del menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. núm. 219, 2019, pp. 229 y ss.

[58] Romero Burillo, A.M.: "De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el Real Decreto Ley 6/2019", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 224, 2019, pp. 83-85.

4) El objeto de este permiso es el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año. Incluye, por un lado, las situaciones de nacimiento, adopción o acogimiento, y, por otro, cualquier tipo de cuidado (alimentos, educación, acompañamiento…) sea más o menos intenso.

5) La duración del permiso no será superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, sin que exista un tope mínimo, pudiendo disfrutarse, bien a tiempo completo, bien en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente, pero no se admite una ampliación de la duración en determinados supuestos (discapacidad del hijo o hija, discapacidad de alguno de los progenitores, parto o adopción múltiples, condición de familia numerosa, monoparentalidad…). Corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de asueto, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta además la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa. Además, el convenio colectivo a la hora de fijar el plazo de preaviso (mayor o menor de 10 días), habrá de tener en cuenta no sólo la necesidad de cuidado sino "la situación de la empresa y las necesidades organizativas", expresiones que permitirán atender, entre otros parámetros, a la dimensión de la corporación o a la cualificación o posición estratégica de la persona trabajadora dentro de la organización.

6) Aun cuando el lapso temporal (ocho semanas) es sustancialmente inferior al previsto en la Directiva 2019/1158 (dieciséis semanas), lo cierto es que tal discrepancia puede entenderse compensada con la regulación interna de otras instituciones destinadas al cuidado de hijo como las reducciones de jornada, las excedencias o el permiso de dieciséis semanas por paternidad (de solo diez días en la norma europea).

7) Queda pendiente de desarrollo reglamentario si el permiso parental debe ser retribuido o merecedor de una prestación de Seguridad Social. La disposición final 8ª Real Decreto Ley 5/2023 señala expresamente que la transposición de la Directiva es parcial, habida cuenta que no abarca la retribución del permiso parental. Comoquiera que el plazo límite general para dicha transposición de la Directiva era el 2 de agosto de 2022, pero para la retribución del permiso parental se fija en la propia norma comunitaria un lapso más amplio, concretamente hasta el 2 agosto de 2024, cabe pensar, siguiendo a la mejor doctrina, que el legislador ha decidido acogerse a este plazo ampliado y diferir en el tiempo la regulación de una cuestión que se antoja problemática, por el coste que conlleva[59]. De momento, y dado que no se ha modificado el art. 144 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), tampoco se ha previsto que el tiempo de disfrute del permiso parental se entienda cotizado a efectos de protección social.

8) El disfrute de este permiso está incluido entre las circunstancias que provocan la nulidad del despido disciplinario (art. 55.5 ET) u objetivo (art. 53.4 ET), lo que significará que le bastará a la persona trabajadora con demostrar que el hecho causante existe (que tiene a su cuidado un hijo menor de ocho años), debiendo entonces probar el empresario que el cese no está relacionado con el ejercicio del derecho señalado; prueba que, de producirse, comportará la declaración de procedencia del despido o, en caso contrario, la mentada nulidad, acompañada de la readmisión, el abono de los salarios dejados de percibir y una indemnización de daños y perjuicios[60].

[59] Nieto Rojas, P.: "La transposición de las Directivas 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del Real Decreto Ley 5/2023", cit., p. 88.

[60] Blasco Jover, C.: "Cuando se Cierra una puerta se abre una ventana. El Real Decreto Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de Familias", cit., p. 15.

9) En caso de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, ésta podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible.

10) Tal y como establece la nueva disposición adicional 19ª.2 ET, también en el supuesto de ejercicio del permiso parental a tiempo parcial el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada.

11) Se ha regulado con previsiones semejantes el permiso parental en el EBEP mediante la adición de una nueva letra g) en el artículo 49, dedicado a los "permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos". En su último párrafo se aclara que, "A efectos de lo dispuesto en este apartado, el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes"[61].

4.5. Permiso por fuerza mayor familiar

El art. 7 de la Directiva 2019/1158 regula el permiso por emergencia familiar, concebido como el derecho de las personas trabajadoras a ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente, que hagan in dispensable la inmediata presencia de la persona trabajadora. Los Estados miembros podrán limitar el derecho a ausentarse del trabajo por fuerza mayor a un tiempo determinado por año o por caso o por año y por caso. Su objetivo último es la atención de circunstancias sobrevenidas tan frecuentes en edades tempranas de los descendientes o en edades avanzadas de los ascendientes[62].

Descendiendo a nuestro ordenamiento interno, como consecuencia de la aprobación del Decreto Ley 5/2023 se ha reconocido también dicho asueto, en virtud del cual se atribuye el derecho retribuido a ausentarse del trabajo (hasta un número de horas equivalente a cuatro días al año) cuando sea necesario por motivos familiares urgentes relacionados con parientes o, mejorando los términos de la Directiva, personas convivientes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador (art. 37.9 ET). Se trata, de nuevo, de un avance importante pensado para la atención de personas mayores dependientes afectados por enfermedades crónicas capaces de generar recidivas, brotes y afecciones que se intensifican en ciertos momentos o de menores de corta edad que frecuentemente sufren enfermedades infecto-contagiosas.

No se lleva a cabo ninguna modificación paralela del EBEP, de manera que en principio los empleados públicos no disfrutarán de este permiso, salvo que pudiera relacionarse con el permiso contemplado en la letra j) del art. 48 en el que se alude a deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral o incluso con el permiso contemplado en la letra k) del citado artículo de seis días de duración por asuntos particulares, aunque este supuesto no está vinculado con la conciliación de la vida familiar y laboral[63].

[61] Cabero Morán, E.: "El ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Trabajo y Derecho*, núm. 105, 2023.

[62] Rodríguez Escanciano, S.: "La Directiva 2019/1158, de 20 de julio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Su transposición al ordenamiento jurídico español", *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. XIV, 2022, p. 249 y ss.

[63] De la Flor Fernández, M.L.: "La Directiva sobre conciliación y su transposición en España", *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 52

4.6. Permiso para cuidadores

El art. 6 de la Directiva 2019/1158 regula un permiso de cinco días laborales, introduciendo dos conceptos básicos: por un lado, el de "cuidador", que comprende a aquel sujeto que "dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro"; por otro, el de "familiar", que incluye al "hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho están contempladas en el derecho nacional"[64]. Nada dice el art. 8 de la Directiva sobre la remuneración durante el disfrute de este lapso, al contrario de lo que se reconocía en la propuesta inicial de la Comisión, dejando libertad a los Estados miembros en tal sentido al calor del texto definitivo.

En el ordenamiento español, además de reconocer el permiso por matrimonio a las parejas de hecho registradas [art. 37.3 a) ET] y de fijar en dos días (ampliables a cuatro en caso de desplazamiento) el permiso por fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad [art. 37.3 b) bis ET], se reconoce un permiso de cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con el trabajador en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquel [art. 37.3 b) ET]. Se mejora en este punto la regulación comunitaria que establece un límite de cinco días anuales, habida cuenta que en la transposición efectuada por el legislador español se reconoce el derecho de cinco días siempre que se produzca una causa que pueda motivar el permiso[65]. Además se incluye en el listado de beneficiarios a las personas convivientes, sin que se exija un período previo en tal sentido.

Ahora bien, la enumeración exhaustiva de causas realizada por el art. 37.3 b) ET no incluye las necesidades de atención de las personas dependientes por enfermedad crónica o por edad que afrontan con mayor intensidad las personas trabajadoras diariamente[66].

4.7. Permiso para el cuidado del lactante

El actual Real Decreto Ley 5/2023 ha modificado el art. 37.4 ET en relación con la ausencia o reducción de jornada por lactancia para permitir el ejercicio compartido por ambos progenitores, que sólo será susceptible de limitación por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa si ambos trabajan en la misma, debiendo motivarlas "por escrito" y ofreciendo, además, un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación[67].

Se sigue ofreciendo a sus titulares ("progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores") las tres opciones tradicionales: la hora de ausencia al trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones,

[64] Lousada Arochena, J.F.: "La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2019, pp. 783 y ss.

[65] Nieto Rojas, P.: "La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida personal a través del Real Decreto Ley 5/2023", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023, p. 93.

[66] De la Flor Fernández, M.L.: "La Directiva sobre conciliación y su transposición en España", *Temas Laborales*, núm. 168, 2023, p. 51

[67] Cano Galán, Y.: "Diseccionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

la reducción de la jornada en media hora o la acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario. Continúa dependiendo de la voluntad de los interesados, como no podría ser de otra forma, acogerse a una u otra modalidad de ejercicio, todas ellas compensadas económicamente de manera íntegra hasta los nueve meses del menor, debiendo preavisarse al empresario "con una antelación de quince días a la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso" (art. 37.7 ET)[68]. Las discrepancias respecto de la concreción del permiso se resolverán a través de la vía del art. 139 LRJS.

Se mantiene la situación protegida por la Seguridad Social que da derecho a la correspondiente prestación, cuyo objeto es únicamente la reducción de la jornada en media hora de los dos progenitores para cuidar al menor desde que éste cumple los nueve meses hasta los doce, quedando excluidas la opción por la hora de ausencia o la acumulación. Tal prestación, que consiste en un "subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes", pretende paliar durante esos tres meses el detrimento salarial sufrido (art. 185 LGSS), pero solamente va a ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurran las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios (art. 184.2 LGSS), lo cual dificulta, sin duda -y como crítica-, la pretendida corresponsabilidad[69].

4.8. Reducción de jornada por cuidado de familiares

Se prevé, tras la promulgación del Real Decreto Ley 5/2023, la extensión de la reducción de jornada por guarda legal de un menor de doce años, persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad al cuidado directo del cónyuge, pareja de hecho y al familiar consanguíneo de la pareja de hecho, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo. En todo caso, la reducción debe seguir siendo diaria y oscilar entre un octavo y la mitad de la jornada (art. 34.6 ET).

Aun cuando se considera el salario correspondiente a la jornada completa para calcular las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores en el caso de trabajadores que tengan reducida su jornada por motivos de conciliación, la ausencia de remuneración sigue provocando que sean las mujeres quienes principalmente utilizan esta medida. Por tal razón, la nueva expresión relativa a que "en el ejercicio de este derecho se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género", puede generar la duda de si en caso de solicitud por dos progenitores de distinto sexo, la concesión debería realizarse al hombre en detrimento de la mujer[70].

4.9. Excedencia por cuidado de familiares

Se incluye el "cuidado del cónyuge o pareja de hecho" y del "familiar consanguíneo de la pareja de hecho", junto al ya tradicional "familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y por afinidad" en las excedencias por cuidado de familiares (art. 46.3 ET). No se exige, empero, convivencia con el familiar.

---

[68] García Campá, S.: "Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 433, 2019, p. 171.

[69] Blasco Jover, C.: "La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación", *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Adapt*, Vol. 7, núm. 2, 2019, p. 63.

[70] Cano Galán, Y.: "Diseccionando el Real Decreto Ley (ómnibus) 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de Seguridad Social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2023.

Se mantiene su duración máxima de dos años, las razones motivadoras (familiares que por razón de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos) y el requisito de que no desempeñen actividad retribuida (lo que es compatible con la percepción de otros ingresos, como prestaciones de Seguridad Social, o rentas)[71]. Al igual que en el supuesto de reducción de jornada de los arts. 37.4 y 6 ET, se añade, como limitación empresarial al disfrute por dos personas trabajadoras de la empresa respecto del mismo sujeto causante, que deberá ser por "razones fundadas y objetivas de funcionamiento debidamente motivadas por escrito", debiendo la empresa ofrecer "un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación".

No cabe olvidar, como tarea pendiente, que las excedencias, de duración no superior a tres años para el cuidado de cada hijo (incluidos los casos de guarda con fines de adopción y acogimiento permanente) o de dos (ampliables por la negociación colectiva) para el cuidado de familiares, no son retribuidas y no cuentan con protección social directa más allá de la consideración como cotizado del período de disfrute (art. 46 ET).

4.10. Cuidado de menores enfermos

Además del clásico derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en caso de nacimiento prematuro o cuando el hijo deba permanecer hospitalizado tras el parto y también derecho a reducir la jornada hasta dos horas con disminución proporcional del salario, merece una valoración positiva la regulación que se atribuye al progenitor, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado del menor a cargo afectado por cáncer o por otra enfermedad grave, que implique ingreso hospitalario de larga duración, el derecho a una reducción de la jornada, con disminución proporcional del salario, de al menos la mitad de la duración de aquella; como máximo hasta que el sujeto causante cumpla los veintitrés años o, en algunos casos, los veintiséis, teniendo acceso a un subsidio de Seguridad Social que solo podrá percibir uno de los potenciales beneficiarios (art. 34.6 ET). En concreto, desde el 1 de abril de 2023, cumplidos los 18 años, se podrá reconocer la prestación hasta que la persona causante cumpla los 23 años en los supuestos de padecimiento de cáncer o enfermedad grave diagnosticada antes de alcanzar la mayoría de edad. Asimismo, se mantendrá la prestación económica hasta que la persona causante cumpla los 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. Por otro lado, en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o extinción de la pareja de hecho, así como cuando se acredite ser víctima de violencia de género, el derecho se reconocerá a favor de la persona progenitora, guardadora o acogedora que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje (Real Decreto 677/2023, de 18 de julio).

El Real Decreto Ley 5/2023 prevé ahora, como en el caso del permiso para el cuidado del lactante, una nueva obligación empresarial consistente en ofrecer un plan alternativo en el caso de que se pretenda limitar el ejercicio simultáneo del derecho por parte de dos o más personas trabajadoras de la misma empresa.

Con todo, y pese a estos avances y la necesidad de seguir profundizando en el camino de la corresponsabilidad tal y como postula el vigente V Acuerdo para el Empleo y la Negociación

[71] Como ha señalado el Tribunal Supremo, el supuesto de cuidado de familiares por razones de edad no incluye la excedencia para el cuidado de los hijos mayores de tres años, porque como regla estos no encajan en el supuesto de que no puedan valerse por sí mismos y no realicen actividades retribuidas. Otra cosa es que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años sea, no meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el párrafo segundo del art. 46.3 ET (accidente, enfermedad o discapacidad). STS 5 febrero 2021 (rec. 3018/20).

Colectiva[72], no hay que olvidar tampoco la existencia de otra dimensión de la conciliación que concierne al propio bienestar de la persona que trabaja cuando ejerce sus actividades de descanso, de esparcimiento, de ocio y de libre desarrollo de su personalidad. La conciliación no ha de mostrar solo la faceta de disposición "para los demás" sino que debe desplegar también efectos hacia aquella otra que suponga un beneficio para la propia persona usuaria. De ahí la oportunidad político jurídica de abordar también el debate sobre la reducción de la jornada máxima, que, sin duda, será objeto de atención en sucesivos números de la Revista.

[72] Las Organizaciones empresariales y sindicales firmantes del Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva comparten la necesidad de promover la igualdad real entre mujeres y hombres en el empleo. Para conseguir este objetivo, es preciso seguir avanzando en medidas que contribuyan a eliminar las desigualdades que se producen en el ámbito de las empresas, así como *profundizar en medidas de conciliación corresponsable de la vida personal, laboral y familiar, que se deben compatibilizar con las necesidades organizativas y productivas de las empresas*. La negociación colectiva es el ámbito adecuado para avanzar en las medidas legalmente establecidas y adaptarlas a las realidades de las empresas y centros de trabajo y a las de las personas trabajadoras. Por ello los convenios colectivos en el ámbito de sus competencias deben establecer una regulación garantista y promocional. Cfr. Capítulo XII ("Igualdad entre mujeres y hombres") del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023. https://www.boe.es/eli/es/res/2023/05/19/(2)/dof/spa/pdf

Estudios Doctrinales

Laborum

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Principios rectores del impacto de la brecha digital y tecnológica en el empleo femenino

Guiding principles for the impact of the digital and technological divide on women's employment

María Begoña García Gil *Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Rey Juan Carlos*
https://orcid.org/0000-0003-1282-9687

Cita Sugerida: GARCÍA GIL, M.B. «Principios rectores del impacto de la brecha digital y tecnológica en el empleo femenino». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 37-51.

Resumen

Estudio de los principios que rigen la brecha digital y tecnológica y su relación con el empleo femenino en el mercado de trabajo español. Ejes en torno a los que la brecha se sostiene en el caso del empleo femenino, en concreto: el menor acceso a dispositivos tecnológicos, las menores habilidades tecnológicas, las barreras de género de carácter tradicional y social, desigualdad formativa, desigualdad de información, acoso en línea, discriminación respecto de las oportunidades laborales y falta de políticas gubernamentales específicas, entre otras.

Palabras clave

Brecha digital; empleo femenino; mercado de trabajo; España

Abstract

The present study examines the fundamental principles that underlie the digital and technological gap and its impact on female employment in the Spanish labor market. The axes around which this gap is sustained, in the specific case of female employment, are numerous and complex. They include limited access to technological devices, inadequate technological skills, traditional and social gender barriers, educational inequality, information inequality, online harassment, discrimination in employment opportunities, and insufficient government policies, among other factors.

Keywords

Digital and technological gap; female employment; Spain

1. INTRODUCCIÓN

El Instituto Nacional de Estadística (INE), en términos generales define la brecha digital de género como la diferencia del porcentaje de hombres y el porcentaje de mujeres en los indicadores TIC (uso de internet en los últimos tres meses, uso frecuente de internet, compras por internet) expresada en puntos porcentuales. Esta definición sirve para establecer datos destacados sobre la materia que nos ocupa y es conveniente partir de que los datos se modifican sustancialmente desde 2018. En este sentido en el periodo comprendido entre 2018 y los últimos datos recogidos correspondientes a 2022:

Brecha digital de género (diferencia entre porcentajes de hombres y mujeres en los indicadores de uso de TIC). Serie 2018-2022

	2022	2021	2020	2019	2018
Uso de Internet	0,0	0,0	0,0	0,0	1,0
Uso frecuente de Internet	0,0	-1,4	-1,4	-1,2	1,0
Compras por Internet	-0,3	0,9	0,9	2,2	2,3

Fuente: Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. INE
http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176741&menu=ultiDatos&idp=1254735976608

Fuente: INE

Fecha Recepción: 18/09/2023- Fecha Revisión: 30/11/2023- Fecha Aceptación: 10/12/2023
Págs. 37-51

Esta gráfica permite observar que la tendencia se ha modificado en estos cuatro últimos años al punto que se va reduciendo progresivamente la brecha entre hombres y mujeres al menos en los tres aspectos contemplados. El valor más alto de la brecha digital de género en 2022 corresponde a las compras por Internet (0,3 puntos a favor de la mujer). Al uso de Internet en los últimos tres meses y al uso frecuente de Internet les corresponde un valor de 0,0 puntos, es decir, no hay diferencia entre hombres y mujeres. Si bien es cierto que estos datos no tienen las consecuencias deseadas en el mundo de las relaciones laborales o en el mercado de trabajo como pretendemos dejar de manifiesto.

La brecha digital se refiere a diversas aspectos, llamémosla desigualdad en el acceso, uso y beneficio de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que afecta a diferentes grupos sociales, incluyendo a las mujeres de forma especial.

En el caso de las mujeres, la brecha digital se produce cuando estas tienen menos acceso a la tecnología, como es el caso de la falta de acceso a Internet o a dispositivos tecnológicos, menos habilidades tecnológicas desarrolladas y menos oportunidades para beneficiarse de las TIC. La constatación de esta circunstancia impacta directamente de forma negativa en el empleo femenino tanto a nivel nacional como internacional.

Es importante señalar que del total de candidaturas que se presentan a las ofertas de trabajos relacionadas con el sector de la digitalización, solo un 22% son mujeres. Ésta menor representación de la mujer no solo está relacionada con su formación académica sino también con su baja autoconfianza en la utilización de sus competencias digitales y su menor aspiración a ocupar puestos de trabajo en el sector digital[1].

Es obvio que la digitalización del empleo[2] es un fenómeno cada vez más desarrollado, de hecho, tanto la digitalización, como la automatización y la inteligencia artificial, constituyen el gran reto del empleo presente y futuro, tanto en términos cuantitativos -cuántos empleos se crean y destruyen- como cualitativos -cuáles serán los nuevos empleos creados; cómo se transformarán los empleos que sobrevivan a este fenómeno[3]. Uno de los aspectos más preocupantes es de qué forma impacta e impactará este fenómeno en el colectivo de mujeres, fundamentalmente por una cuestión básica referida a la desigualdad ya existente entre hombres y mujeres que abarca esta y otras materias.

Este tipo de cambios tan profundos en los sistemas sociales afectan de modo distinto a unos sujetos que, a otros, lo mismo que en lo referido a los diferentes colectivos que engloban la población en general. Es lógico que esa afectación sea verdaderamente sensible cuando nos referimos a las mujeres trabajadoras, en concreto, al impacto en el empleo de las mujeres trabajadoras.

Resulta evidente y en ello coinciden todos los expertos que este impacto depende de las capacidades educativas, digitales y sociales, por supuesto, de las empresas y de las políticas de empleo diseñadas en cada país. El último informe Sociedad Digital en España 2018 estima que la digitalización generará en España casi un millón y medio de empleos digitales entre 2018 y 2022

[1] Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE en su sigla inglesa) en el documento Igualdad de género y digitalización en la Unión Europea, donde se pone de manifiesto que en solo cuatro países de la UE (Bulgaria, Estonia, Malta y Rumanía), las adolescentes muestran interés por trabajar como profesionales de las tecnologías de la información y la comunicación tecnológica a la edad de 30 años. Incluso en estos países, el interés es muy reducido (entre el 1 % y el 3 %). En otros países de la UE no se percibe prácticamente ningún interés.

[2] Mercader Uguina, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 70 y ss.

[3] Domenech Vilariño, R., Neut, A., Andrés Domíngo, J. y García López, J. R.: "El impacto del cambio tecnológico y el futuro del empleo", en VV.AA.: *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Casas Baamonde, M.E y De la Torre García, C. (Dirs.), Wolters Kluwer, 2019, págs. 39 y ss.

(Fundación Telefónica, 2019)[4]. Es decir, en torno al 80% de los jóvenes españoles entre 20 y 35 años que busquen trabajo en el futuro inmediato lo harán en puestos emergentes o inexistentes en la actualidad. De hecho, en la actualidad los puestos ligados a la inteligencia artificial, Internet de las cosas y la impresión en 3D son los que más talento demandan y se espera que sigan creciendo en el futuro (Barcelona Digital Talent, 2019; Unión Europea)[5].

En el caso de nuestro país de forma reciente[6], en la radiografía referida a las vacantes en el sector tecnológico, se ha puesto de manifiesto la necesidad de ocupar 120.400 puestos de trabajo distribuidos por el territorio nacional, en especial en Madrid (41.000), puestos en los que no se diferencia si quien accede es hombre o mujer. Paradójicamente, y a pesar de las buenas oportunidades de empleo que ofrece el sector TIC, la presencia de mujeres en él sigue siendo escasa. Tanto la OCDE como otras instituciones europeas ya han llamado la atención sobre el problema que supone esta escasa representación femenina en puestos del ámbito tecnológico, sobre todo teniendo en cuenta las altas tasas de desempleo y trabajo precario que soportan en términos generales.

Según datos de la OCDE, a pesar del gran potencial laboral que ofrece el sector tecnológico, la proporción de mujeres en estudios de tecnologías de la información y la comunicación en España es del 12% (siete puntos por debajo de la media en Europa), y sigue bajando año a año. Los datos demuestran algo sobre lo que es imprescindible llamar la atención y es que el problema no se encuentra en una falta de demanda por parte de las empresas, sino en la formación en el caso de las mujeres en carreras tecnológicas.

Los estudios realizados coinciden en señalar que para atraer el talento femenino al mundo digital hay que trabajar en el cambio de estereotipos y hacer la tecnología más atractiva para las mujeres. Según los datos recogidos en el informe "Women in the Digital Age" de la Comisión Europea, al que ya hemos hecho referencia, por cada 1.000 mujeres graduadas en educación superior en la UE, solo 24 lo están en campos relacionados con las TIC. Por otro lado, de cada 1.000 graduados varones, 92 estudiaron en campos relacionados con las TIC.

En resumen, la creación de empleo vinculado al sector TIC es una de las principales retos del mercado de trabajo para los próximos años[7] (Comisión Europea, 2019; OCDE, 2019; Unión Europea, 2019,).

En el informe de la Unión Europea (2019) The Changing Nature of Work se estima que la demanda de empleos en el sector de las tecnologías digitales, ciencia e ingeniería, crecerá un 16% entre 2016 y 2030. Sin duda, se trata de puestos de trabajo que requerirán un nivel de formación elevado con habilidades tecnológicas evidentes, es decir, especialistas en el ámbito de las TIC. Y este uno de los temas cruciales al que posteriormente haremos referencia. A pesar de que, en el ámbito europeo, según el Informe She Figures (DGII, 2021)[8] solo el 29% de las personas doctoras lo son en

[4] Fundación Telefónica 2018: Sociedad Digital en España 2018. Madrid: Fundación Telefónica, 2019. Extraído de: https://www.fundaciontelefonica.com/arte_cultura/publicaciones-listado/pagina-item-publicaciones/itempubli/655/. [Fecha de consulta: 7 marzo 2023].

[5] Barcelona Digital Talent (2019). Barcelona Digital Talent Overview 2019. Disponible en: https://barcelonadigitaltalent.com/report/digital-talent-overview-2019/#download-form [Fecha de consulta: 7 marzo 2023].

[6] Radiografía de las vacantes en el sector tecnológico, Informe de Digitales, 2022, Disponible en: https://www.digitales.es/wp-content/uploads/2022/06/informeEmpleo2022_280622.pdf

[7] OIT: Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_684183/lang--es/index.htm [Fecha consulta 10 de marzo 2023].

[8] Comisión Europea, Dirección General de Investigación e Innovación, She figures 2021: Gender in research and innovation : statistics and indicators, Publications Office, 2021, disponible en: https://data.europa.eu/doi/10.2777/06090

sectores de ingeniería, manufactura o construcción y el 21% de las doctoras lo son en el denominado sector TIC.

En España, la presencia de mujeres doctoras en los ámbitos TIC también es minoritaria, es destacable la mayor proporción de mujeres doctoras lo mismo que en los empleos del sector donde identificamos uno de los principales retos de género. EL 5,7% de los hombres ocupados están empleados en el sector TIC frente a solo un 2% de las mujeres ocupadas (DigitalEs, 2018)[9]. De hecho, los expertos han llamado la atención sobre la barrera que supone la brecha digital de género para alcanzar los objetivos de digitalización previstos por la Unión Europea: "Esta escasa presencia de mujeres se está identificando como una de las principales barreras para conseguir que Europa llegue a alcanzar los objetivos de digitalización"[10] .

Todos estos elementos, en su conjunto y de forma detallada son la razón del por qué nos interesa el impacto la digitalización en el empleo femenino y la causa de querer establecer los principios rectores de la brecha digital de género con el fin de establecer políticas preventivas y diseñar políticas que sirvan para corregir las barreras que impiden a la mujer acceder en condiciones de igualdad al sector digital y de esa forma reducir la brecha digital de género.

Podemos afirmar que la brecha digital de género se concreta en el desigual acceso a las infraestructuras y herramientas digitales; el nivel de competencias digitales y de usos de Internet, que coloca a las mujeres en el acceso al empleo en una posición desfavorable respecto a las oportunidades que ofrecen para el empleo las nuevas herramientas digitales, y la tendencia a colocar a los hombres en el centro de los espacios de participación sociopolítica digital. Como una consecuencia directa, el fenómeno de las transformaciones de la digitales en el mercado de trabajo: creación y destrucción de empleos e identificación de las competencias profesionales asociadas a dicha digitalización. Lo mismo que los sesgos de género en la participación y liderazgo vinculados a la inteligencia artificial, el Big Data y el Machine Learning.

Téngase en cuenta también los condicionantes socioculturales, institucionales y psicosociales que explican la desigual distribución de roles y responsabilidades entre hombres y mujeres, así como algunas de las intervenciones, internacionales y nacionales, llevadas a cabo tanto a nivel educativo como de políticas públicas y empresas en los ámbitos TIC/STEM[11].

Los tres ejes referidos que conforman la brecha digital de género, relativos al desigual acceso a las infraestructuras y herramientas digitales, el nivel de competencias o habilidades digitales y de usos de Internet, coloca a las mujeres en una posición desfavorable respecto a las oportunidades que ofrecen para el empleo las nuevas herramientas digitales así como la tendencia generalizada en los mercados de trabajo a colocar a los hombres en el centro de los espacios de participación sociopolítica digital.

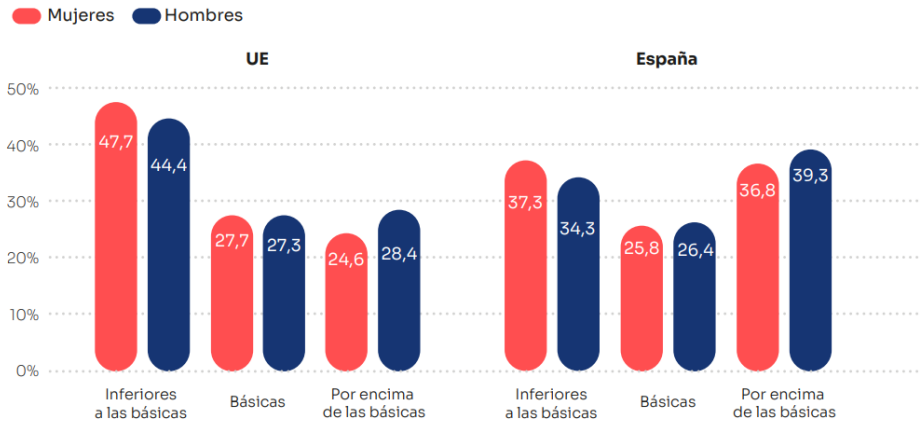
[9] DigitalEs: Mujeres en la economía digital en España, 2018. Disponible en: https://www.digitales.es/documentacion/informe-mujeres-en-la-economia-digital-en-espana-20182. [Fecha de consulta: 17 abril 2023]

[10] Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C.: *Libro Blanco de las mujeres en el sector tecnológico*, Ministerio de Agenda Digital, 2019. Disponible en: http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/libreria/LibroBlancoFINAL.pdf. [Fecha de consulta: 9 de marzo 2023].

[11] Sáinz, M., Arroyo, L. y Castaño, C.: *Mujeres y Digitalización. De las brechas a los algoritmos*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2020,Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/diseno/novedades/M_MUJERES_Y_DIGITALIZACION_DE_LAS_BRECHAS_A_LOS_ALGORITMOS_04.pdf [Fecha de consulta: 13 marzo 2023].

En la siguiente gráfica podemos observar la brecha en cuanto a competencias digitales que existe entre hombres y mujeres, los datos se refieren tanto a la Unión Europea como a España.

Gráfico 10 - **Competencias digitales según sexo (2021)**



Fuente: Eurostat

Para concretar es importante establecer que, en el empleo, es históricamente, una de las áreas donde más se percibe la brecha digital de género. Un dato significativo es que en lo relativo a la especialización digital, las mujeres trabajadoras no llegan a ocupar el 20% en el caso de España[12] a pesar de la importante reducción que se ha producido en los años cercanos.

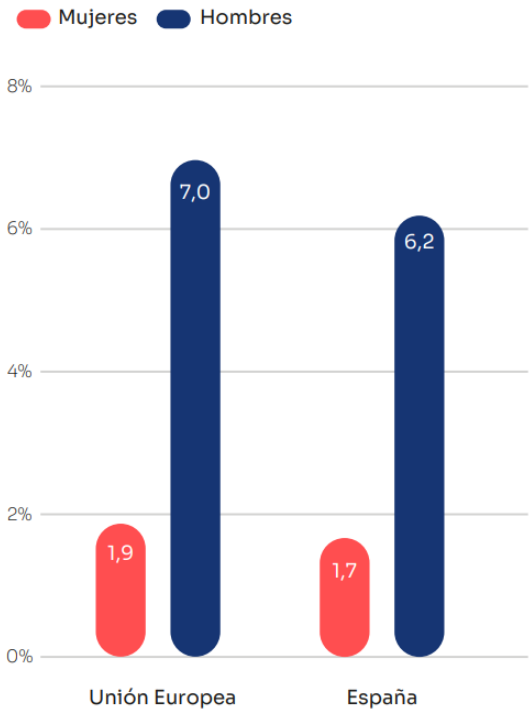
Una cuestión que ya se ha puesto de relieve y que me parece digna de reflexión es que la escasa presencia de mujeres en el diseño y producción de tecnologías contribuye a que dichas tecnologías no contemplen las opiniones, intereses y prioridades de las mujeres y a que haya, entre otros aspectos, escasos referentes femeninos en los medios digitales[13]. Es evidente que esto comporta peligros o deficiencias derivados de la ausencia de puntos de vista femeninos en el sector tecnológico. Nadie ignora que desde el punto de vista económico esto es un claro perjuicio ya que los productos no funcionan igual para hombres y mujeres -como el smartphone, diseñado para las manos masculinas-, hasta algoritmos que perpetúan los sesgos de género, como es el caso de los software de reclutamiento, que funcionan a través del escaneo de currículums basados en aspectos fundamentalmente masculinos basados en acciones verbales sin conjugar típicos de los hombres lo que provoca la preferencia del género masculino en la selección de trabajadores.

A pesar de la situación desfavorable para la mujer trabajadora ,la brecha digital de género se ha reducido progresivamente en España en los últimos tiempos, pasando de 8,1 a 1 punto, dejando a un lado la posición desfavorable en competencias digitales y usos de Internet que se sigue manteniendo a pesar de los avances.

En todo caso la brecha es perceptible de forma directa en el empleo si analizamos las personas trabajadoras especialistas en tecnologías digitales por género sobre el total del empleo concluimos datos significativos. El 6,2% de la población ocupada española son hombres especialistas TIC, frente a únicamente el 1,7% de mujeres. Ambas cifras son ligeramente inferiores a las registradas en el conjunto de la Unión Europea, donde los especialistas TIC son el 7% del total del empleo y las especialistas

[12] Disponible en: https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2023-03/brecha%20digital%20de%20genero%202023.pdf
[13] Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos, pág. 59 y ss.

TIC son el 1,9%. La brecha salarial por género es del 8,6% en España, es decir, el salario agregado de los hombres que trabajan en sectores tecnológicos supera en esa cifra al de las mujeres. Pese a que hay que continuar reduciendo esta diferencia, nuestro país destaca por ser el estado miembro de la UE donde esta brecha es menor. En la media de la Unión Europea la diferencia asciende al 19,3%. España obtiene una puntuación de 54,2 en la dimensión de habilidades de especialista y empleo en Women in Digital, con una ventaja de 5,6 puntos sobre la media europea. Esto le sitúa entre los países con un nivel alto y en novena plaza, habiendo mejorado una posición:



Fuente: Comisión Europea

2. CAUSAS DE LA BRECHA DIGITAL DE GÉNERO

Las causas de la brecha digital de género pueden clasificar en varios tipos: en primer lugar, causas formativas, en segundo lugar, causas educacionales y sociales, en tercer lugar, causas relacionadas con aspectos laborales y, en cuarto lugar, lo que podemos denominar otras causas.

En este marco teórico, el desarrollo y la aplicación de las TIC es un factor central en la explicación de los cambios producidos en la desigualdad laboral por género, en general, y en las diferencias salariales entre mujeres y hombres, en particular[14]. La expansión del empleo relacionado con el uso de las TIC puede mejorar las oportunidades laborales de las mujeres ya que, si se compara con los puestos de trabajo más tradicionales, el empleo TIC muestra un mayor uso relativo de competencias relacionadas con el conocimiento, la comunicación y el trabajo en equipo, habilidades

[14] VV.AA.: *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*, Revista Ensayos sobre política económica, Consejo Económico y Social, 1999, Disponible en: https://www.elsevier.es/es-revista-ensayos-sobre-politica-economica-387-articulo-abordando-desigualdad-genero-empleo-tecnologias-S0120448315000433#bib0050

que las mujeres dominan en general. De manera similar, este tipo de empleo sería menos intensivo en el uso de la fuerza y de las habilidades manuales lo que facilitaría el empleo femenino en principio. El empleo TIC requiere mayores niveles de educación, así como el uso de competencias laborales de tipo no manual.

2.1. Causas formativas

2.1.1. Falta de acceso a las tecnologías

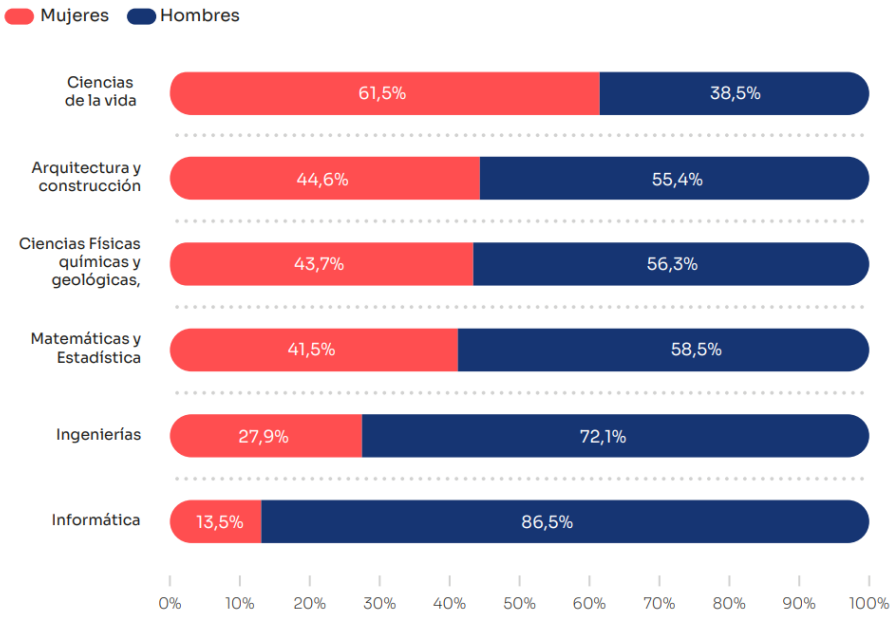
En términos generales las mujeres tienen menos acceso a la tecnología en comparación con los hombres debido fundamentalmente a la falta de recursos económicos, la falta de transporte y la falta de infraestructura en las áreas rurales. Esto es destacable ya que, en algunos casos, las mujeres tienen menos acceso a herramientas hoy básicas como los teléfonos móviles, ordenadores y dispositivos de acceso a internet en sus hogares que los hombres.

Esta brecha de género en el acceso y uso de la tecnología puede tener consecuencias importantes, como limitar el acceso a la información, a oportunidades económicas y de empleo, y a la capacidad de participar en la vida pública y en la toma de decisiones.

En términos generales en todo el mundo solo el 48% de las mujeres utilizan internet, en comparación con el 58% de los hombres.

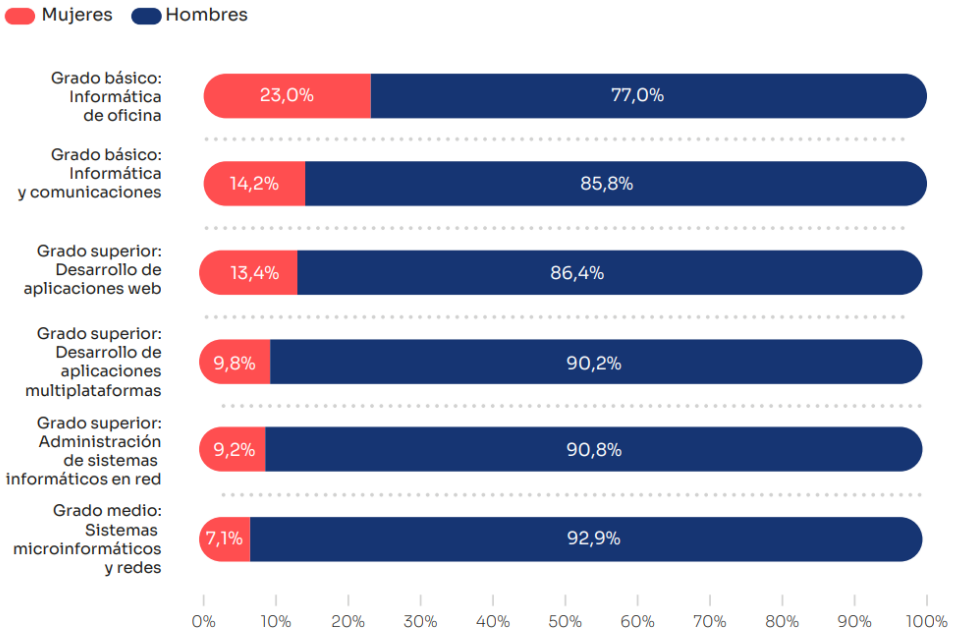
En cuanto a la alfabetización digital, un informe de la UNESCO señala que solo el 44% de las mujeres en el mundo tienen acceso digital básico, en comparación con el 54% de los hombres. La brecha se amplía aún más en zonas rurales o de bajos ingresos. Según el Banco Mundial, en algunos países de África subsahariana, la brecha de género en el acceso a internet es del 25%.

Podemos observar la diferencia sustancial que en el caso de los estudiantes españoles se produce en la distribución por sexo de los egresados universitarios en el curso 2021-2022:



Fuente: Ministerio de Universidades

Se deduce perfectamente la masculinización de los estudios STEM que se incrementa aún más en los estudios de formación profesional relacionados con la digitalización:



Fuente: Ministerio de Universidades

2.1.2. Ausencia de habilidades tecnológicas

Se entiende, por habilidades tecnológicas en términos generales, como las aptitudes, destrezas y conocimientos, principalmente técnicos, que te permiten realizar tareas específicas relacionadas con la tecnología y el entorno digital. Es decir, capacidades y disposiciones de una persona para hacer actividades tecnológicas. Entre ellas, el manejo de diferentes tipos de software como las herramientas de Microsoft Office, hasta el análisis de datos y la investigación como algunas de las principales habilidades tecnológicas que debe poseer una persona en general. En concreto: lenguajes de programación, sistemas operativos comunes, dominio del software, escritura técnica, gestión de proyectos y análisis de los datos, entre otras.

La Unión Europea ya ha identificado como una de sus prioridades estratégicas el desarrollo de capacidades tecnológicas en los ciudadanos y las ciudadanas europeos en general. Señala que la adquisición y el desarrollo de capacidades son cruciales para el funcionamiento y la modernización de los mercados laborales a fin de ofrecer nuevas formas de flexibilidad y seguridad para todos los agentes que intervienen en los mismos.

En competencias avanzadas, como programación, la brecha en España es de 6,8 puntos, siendo la media de la UE de 8 puntos[15].

El porcentaje de investigadoras en el sector de servicios TIC se reduce al 23,4%.

En cuanto al porcentaje de graduados/as en STEM, España se sitúa en la posición 12 dentro de la UE, con una diferencia entre sexos de 17 puntos.

La brecha simbólica destaca datos como que solo un 6% de quienes han realizado más de 500 ediciones en Wikipedia son mujeres.

Las mujeres tienen menos habilidades tecnológicas, esta afirmación se debe a numerosos factores, como roles de género en la educación y la familia, la falta de modelos femeninos en la tecnología y el acceso limitado a la educación en tecnología.

Las mujeres enfrentan barreras de género al utilizar las TIC para su beneficio, incluyendo acoso en línea y discriminación de género en la contratación y promoción.

2.2. Causas educacionales y sociales

Los sesgos identificables a los efectos de la brecha digital de género son fundamentalmente, estereotipos y prejuicios de género consecuencia de la socialización y educación diferenciada basada en tradicionales roles de género. Esto no es más que el aprendizaje cultural de los papeles asignados a cada individuo según su sexo. Durante el proceso de socialización se interioriza el conjunto de normas y valores compartidos por la sociedad en que se nace. En este proceso, a cada sexo se le atribuyen una serie de expectativas, capacidades, competencias propias que configuran su papel (rol) en la sociedad. Los roles de género se construyen atribuyendo distintas esencias a cada sexo que en alguna medida se derivarían también distintas capacidades o habilidades supuestamente y que implican intereses y motivaciones.

De hecho, el sistema educacional y social clasifica a los mujeres y a los hombres en distintos escenarios por sólo hecho de pertenecer a uno u otro género. En general, las mujeres de la UE tienen

[15] Comisión Europea: "Women in the Digital Age", 2018.

menos habilidades digitales que los hombres. En 2019, solo el 17% de las mujeres de la UE manifestó tener habilidades digitales avanzadas, en comparación con el 33% de los hombres.

La brecha es particularmente importante en lo que respecta a la programación y el desarrollo de software. Solo el 3% de las mujeres de la UE tiene habilidades para codificar por su cuenta, en comparación con el 15% de los hombres.

En otros aspectos de la tecnología, como la propiedad de dispositivos digitales, la brecha no es tan amplia. El 79% de las mujeres de la UE tiene un teléfono inteligente, en comparación con el 83% de los hombres, y el 64% de las mujeres tiene una tableta, en comparación con el 68% de los hombres.

La brecha de género también se refleja en la representación en la industria tecnológica en general. Solo el 17% de los trabajadores de la UE en la industria tecnológica son mujeres, según los datos de 2019.

Las brechas de género varían según el país de la UE. Por ejemplo, en Dinamarca, el 26% de las mujeres tiene habilidades digitales avanzadas, en comparación con el 41% de los hombres, mientras que, en Polonia, solo el 9% de las mujeres tiene habilidades digitales avanzadas, en comparación con el 24% de los hombres.

En general, la brecha digital de género sigue siendo un problema en la UE, y se necesitan más esfuerzos para cerrarla. Esto implica no solo garantizar que las mujeres tengan acceso a los recursos tecnológicos, sino también para hacer frente a los estereotipos de género y otros factores culturales que pueden limitar su participación en la tecnología.

La brecha digital de género en España es una realidad que se evidencia en diversos indicadores como el acceso a la tecnología, los conocimientos digitales, el empleo digital, los salarios, entre otros.

Respecto del acceso a la tecnología según el Instituto Nacional de Estadística (INE), en 2020, el 3,3% de las mujeres mayores de 16 años en España nunca han utilizado un ordenador, frente al 1,8% de los hombres.

En cuanto a los conocimientos digitales la posesión de habilidades digitales, el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI) señala que el 42,4% de las mujeres tienen un nivel básico o nulo de competencias digitales, mientras que este porcentaje se reduce al 30,8% en el caso de los hombres.

El empleo digital supone que solo el 14,7% de los puestos de trabajo en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) está ocupado por mujeres, según datos de la Comisión Europea.

Además. en materia de salarios existe una brecha salarial del 16,2% entre hombres y mujeres en el sector de las TIC, según un estudio de la Fundación Cibervoluntarios.

En resumen, la brecha digital de género en España se manifiesta en el acceso a la tecnología, la posesión de habilidades digitales, el empleo en el sector digital lo que resulta paradójico ya que en principio las habilidades desarrolladas por las mujeres, con carácter general, cuadran perfectamente en el sector TIC. Algunos estudios, principalmente económicos, sobre el gap salarial por género han concluido manifiestamente que en el caso español la desigualdad de género se centra en el salario: "el gap salarial femenino que se observa en el empleo TIC es de 459 euros, superior, en comparación,

al que sufren las mujeres que trabajan fuera del empleo TIC: 176,9 euros, aunque dentro de las TIC se observa que el componente no explicando resulta algo menor (316 euros frente a 339,7 euros)"[16].

Recordemos que, aunque la mayoría de la población española tiene acceso a Internet, aún existen personas que por su localización territorial en zonas rurales[17] o por su edad avanzada no tienen los medios o conocimientos que les permiten aprovechar las oportunidades laborales digitales.

Otros elementos que influyen considerablemente en el análisis de esta brecha son: las barreras lingüísticas ya que el idioma puede ser una barrera para las personas que deseen trabajar en el mercado digital. Muchas oportunidades laborales exigen el dominio de la lengua inglesa, pero no todas las personas hablan ese idioma con fluidez. Los sistemas educativos desactualizados, el progreso tecnológico y los posibles puestos de trabajo vinculados a la digitalización que tradicionalmente son y han sido puestos masculinizados en su mayoría tienen que fomentar la inclusión de personas trabajadoras del género femenino, simplemente por justicia social pero también por necesidades económicas. Sin duda, las empresas serán más competitivas y eficaces en su producción con la inclusión del talento femenino.

2.3. Causas laborales

2.3.1. Procesos de selección y principio de igualdad

Queremos hacer referencia en primer lugar, a una cuestión ya puesta en valor por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo cuando destacó que los modelos de negocio de la economía digital ya estaban impactando inmediatamente en las brechas de género. Al punto que en materia de selección de trabajadores los tan destacados y utilizados algoritmos[18] podían ponerse en cuestión por su posible subjetividad al estar diseñados con sesgos de género y, por tanto, lesionando directamente el derecho a la igualdad. Siguiendo este objetivo "La Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo recomendó que se adoptasen medidas concretas para garantizar la igualdad de oportunidades y la igualdad de género en los puestos de trabajo futuros que la digitalización y otras tecnologías harán posible, la realización de políticas de conciliación que realmente conduzcan a la corresponsabilidad y al reparto equilibrado del trabajo de cuidado familiar entre hombres y mujeres y entre las familias y los Estados, y la medición de la eficacia de las políticas de igualdad y de los instrumentos normativos que las realizan. La eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo es una condición indispensable para conseguir la igualdad de género"[19].

Para ponernos en antecedentes, es importante destacar que la Guía 2021 AEPD sí contempla las posibles discriminaciones en la fase de selección. Señala literalmente que "no resulta admisible que decisiones basadas en la utilización de algoritmos y la elaboración de perfiles en el proceso de selección produzcan discriminación. Cuando el resultado de la decisión vulnere derechos

[16] Dueñas-Fernández, D., Iglesias-Fernández, C. y Llorente-Heras, R.: "Abordando la desigualdad de género. Empleo en tecnologías de la información y la comunicación y diferencias salariales por género en España", *Ensayos sobre Política Económica,* Vol. 33, núm. 78, 2015. Disponible en: https://www.elsevier.es/es-revista-ensayos-sobre-politica-economica-387-articulo-abordando-desigualdad-genero-empleo-tecnologias-S0120448315000433#bib0050

[17] García-Sánchez, M.J.: La investigadora ha centrado su trabajo sobre la brecha digital de género en el ámbito rural, con el objetivo de entender las particularidades de este fenómeno en zonas rurales y proponer soluciones más efectivas para superarlo.

[18] Serrano Falcón, C.: "Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos", en VV.AA.: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Rivas Vallejo, M. P. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2022 y Mann, G. y O'Neil, C.: "Hiring algorithms are not neutral", *Harvard Business Review*, 2016.

[19] Casas Baamonde, E.: "Trabajo de las mujeres y digitalización", *RDLVlex*, núm. 4, 2021, págs. 67 y ss.

fundamentales, el diseño del algoritmo debe ser modificado" y resalta un ejemplo clarificador en el sentido de las brechas de género: cuando "se contrata un número significativamente mayor de hombres que de mujeres". Sobre esta cuestión algunos autores han destacado que: "La AEPD plantea el problema, pero no hay ninguna obligación legal ahora mismo que imponga la modificación del algoritmo. Quizás esta obligación llegue cuando se apruebe el Reglamento UE sobre inteligencia artificial, que de momento contamos con una Propuesta de Reglamento".

La constatación de procesos de selección por algoritmos que cuanto menos son dudosos respecto de la garantía de igualdad de entre géneros es evidente, pongamos como ejemplo el caso de Amazon cuando implantó en el año 2014 un sistema algorítmico para ahorrar tiempo en el proceso de reclutamiento con el fin de reducir el proceso de selección de currículums debido al número tan alto de candidatos. En este caso el algoritmo recogía datos que provenían de solicitudes de empleo en la empresa durante un período de diez años. El resultado fue que el sistema seleccionó prioritariamente a los candidatos masculinos puesto que la información básica era que en Amazon había a priori más contratados hombres que mujeres en determinados puestos de trabajo. En el proceso la tecnología favoreció a los candidatos que se describían a sí mismos utilizando verbos que se encuentran con mayor frecuencia en los currículums de ingenieros masculinos, como "ejecuté" y "capturé", es decir, lenguaje masculinizado. Si bien es cierto que el sesgo de género no fue el único problema.

Amazon decidió retirar este sistema de reclutamiento principalmente porque resultaba discriminatorio.

La brecha digital refuerza los estereotipos y alimenta los algoritmos con sesgo de género. El predominio de los hombres en los puestos de trabajo de los sectores STEAM, y en particular de las TIC, es una consecuencia de los estereotipos de género, y refuerza aún más las ideas normativas sobre la feminidad y la masculinidad y el reparto heteropatriarcal de papeles entre mujeres y hombres en la sociedad.

Los sesgos que se pueden identificar en la selección de las personas trabajadoras se pueden identificar en líneas generales como: de presentación, de filtro, de selección o de muestreo, histórico y de interacción[20].

El sesgo de presentación se deriva de la ubicación en la página web de un contenido particular porque solo se puede hacer clic en las cosas que ven. No existen estudios sobre el sesgo de presentación algorítmica en contenidos audiovisuales desde una perspectiva de género. Sin embargo, las imágenes de las mujeres se ven afectadas por los sesgos de presentación en los medios todo el tiempo. Por ejemplo, no se utilizan imágenes de mujeres conduciendo camiones, utilizando maquinaria compleja o bien dirigiendo una empresa.

El sesgo de filtro se produce cuando quien busca información solo encuentra contenido que refuerza sus ideas, gustos y preferencias. Es decir, los filtros o las burbujas de información no solo reflejan las identidades de la persona usuaria definidas por los algoritmos, sino también las opciones que tiene ésta al integrar sus propios sesgos.

El sesgo de selección o el sesgo de muestreo surge debido a un muestreo no aleatorio. Puede suceder tanto en la fase de diseño cuando, por ejemplo, los datos para entrenar los algoritmos de reconocimiento facial se basan en imágenes sobre todo de hombres blancos. Como una minoría de agentes genera la mayor parte del contenido en línea, el público usuario de la Web no estamos

[20] Brecha digital, rural y de género, Disponible en: https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/documentos/1672316546_eapn_estudio-brecha-rural_271222.pdf

"tomando muestras al azar" de un conjunto completo de datos, sino eligiendo entre un contenido ya predeterminado.

El sesgo de selección dificulta la generalización y pone obstáculos porque los que no son responsables del diseño no son tenidos en cuenta por quienes diseñan. Por ejemplo, si se buscan imágenes de quienes viven en el campo en España la respuesta nos devuelve una mezcla de personas blancas, muchas de ellas mayores, no aparecen mujeres.

El sesgo histórico, por el que se 'predice' el futuro, basándose en los hechos del pasado, en términos generales esto significa que si no ha pasado nunca puede pasar.

El sesgo de agregación es típico en la discriminación contra las mujeres; sucede cuando se obtienen conclusiones algorítmicas para mujeres a partir de conjuntos de datos que agregan información sobre poblaciones en general.

El de interacción, que es el introducido por los usuarios/as cuando buscan en línea guiados por sus propios prejuicios.

Estos sesgos ponen en vaivén el principio de igualdad y, en consecuencia, provocan la discriminación de la mujer y el impacto en el mercado de trabajo.

Esta es una cuestión competencia indudable de la negociación colectiva, es un reto que tienen los agentes sociales en la reducción de los futuros convenios colectivos. Es incuestionable la necesidad de incorporar mecanismos e instrumentos que garanticen que la selección de personal con medios tecnológicos, pensemos en la IA[21], de forma que respeten los límites del artículo 14 de la Carta Magna.

2.3.2. Otras cuestiones relevantes

El mercado de trabajo español se caracteriza por tratarse de un mercado segmentado claramente por profesiones feminizadas y profesiones masculinizadas, así como por puestos de trabajo feminizados y puestos de trabajo masculinizados[22]. Esta característica provoca que determinados sectores están ocupados por hombres en su mayoría, precisamente la industria TIC y los puestos de trabajo que de ella se derivan son puestos en los que los hombres se seleccionan de forma preferente. De hecho, aunque la tasa de feminización indudablemente varía, tenemos que señalar que hay puestos en los que prácticamente se reduce hasta el punto de que las mujeres no están presentes[23].

Sobre algunos elementos transcendentes en el ámbito del derecho del trabajo es necesario poner la lupa para determinar el impacto que producen en el empleo de mujeres en el sector TIC. Por ejemplo, la valoración de los puestos de trabajo, sin duda, absolutamente decisiva para el empleo femenino y cuyo manejo adecuado impacta directamente en el número de mujeres empleadas en los distintos sectores, especialmente en el sector TIC. Principalmente por los factores seleccionados para la valoración que, en su mayoría, están viciados a los efectos de carecer de la suficiente neutralidad y universalidad pudiendo detectarse sesgos claros. El género y la valoración de puestos de trabajo

[21] Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

[22] VV.AA.: *Ser Mujer en el mercado de trabajo: Dificultades y Retos*, Molero Marañón, M. L. (Dir.), Aranzadi, 2021.

[23] Pérez Martínez, J. y Díaz Bustamante, J.M.: *El empleo y las cualificaciones profesionales en la industria TIC*, *INFORME octubre 2015 Contexto laboral para el Estudio de los perfiles profesionales del convenio CCOO de Industria y Universidad Politécnica de Madrid,* 2015. Disponible en: https://www.upm.es/sfs/Rectorado/Gabinete%20del%20Rector/Agenda/2015/10/El%20EMPLEO%20EN%20EL%20SECTOR%20TIC%20102015.pdf

están unidos de forma relevante[24]. Por supuesto, lo mismo sucede con el sistema de clasificación profesional[25] o bien con la promoción profesional[26] así como el modelo salarial donde la brecha es persistente[27] y el denominado techo de cristal como una situación negativa a la que las mujeres se deben enfrentar, entre otras cuestiones. Sin olvidar la calidad de la contratación, muchas de las mujeres empleadas en el sector TIC lo son con contratos a tiempo parcial o bien contrataos de carácter temporal.

Algunas soluciones pueden pasar por desarrollar un 'pipeline' de talento femenino, en concreto, dos cuestiones cruciales para crear una red de talento femenino en el sector tecnológico: contar con referentes femeninos y animar a niñas y jóvenes a desarrollar habilidades STEM y a aspirar a carreras en este ámbito. Las compañías de esta industria y las instituciones del sector público o del tercer sector pueden contribuir a esto colaborando con las instituciones educativas para visibilizar los éxitos de las mujeres en la tecnología y así educar e inspirar a los alumnos y a sus profesores sobre las oportunidades en el sector. Una buena práctica es, por ejemplo, la realización de la semana de la mujer y la niña en la ciencia en las universidades donde se visibiliza la participación de la mujer en la investigación, en especial, en los estudios STEM.

Algunos aspectos tienen que modificarse si queremos desarrollar una política activa de empleo que minorice la brecha digital en el empleo de mujeres. Fundamentalmente debe incidirse en medidas en el entorno laboral mediante la creación de ambientes de trabajo inclusivos esto es fundamental para atraer, retener y desarrollar el talento femenino dentro de la industria tecnológica.

Antes hacíamos referencia a la importancia de los convenios colectivos y de los planes de igualdad a los efectos de que las empresas desarrollen programas de mentoring en los que se contemple la planificación de las carreras profesionales, redes de networking de mujeres, u organizar eventos que sirvan de foro o encuentro de debate y apoyo para la incorporación de mujeres y su inclusión en puestos de mando y dirección.

Incorporar más mujeres en la industria de la tecnología es clave para mejorar la representación femenina y para desafiar los estereotipos de género. De ahí, como antes indicábamos , la importancia de la clasificación profesional y la valoración de puestos de trabajo mediante los principios generales de neutralidad y universalidad que impiden sesgos de género.

Algunos planes de igualdad ya establecen una red o 'pipeline' de talento femenino, o a impulsar las carreras femeninas dentro del sector, es apostando por la formación y la educación. Por ejemplo, a través de programas de 'retraining', o abriendo vías alternativas en la contratación que permitan que los empleados den el salto a roles diferentes. Impulsar programas de formación y desarrollo es particularmente importantes para facilitar el cambio en una industria en la que las funciones técnicas, y especialmente las de nivel directivo, suelen requerir un alto nivel de aptitudes y conocimientos específicos.

[24] García Gil, M.B.: "Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género", *Femeris*, Vol. 6, núm. 2, 2021.

[25] García Gil. M.B.: "El género y su relación con la clasificación profesional y la valoración de puestos de trabajo. Segregación ocupacional", en VV.AA.: *Cuestiones cruciales del ordenamiento sociolaboral*, Quintanilla Navarro, R. Y., Dykinson, 2022 y García Gil, M.B.: "Aspectos significativos de la condición de género en el sistema de clasificación profesional", Revista Aranzadi Doctrina, núm. 6, 2021.

[26] Nieto Rojas, P.: "La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 4, núm. 2, 2019 (Ejemplar dedicado a: La igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, editado en colaboración con la Asociación Española de Derecho y Seguridad Social), págs. 70-104.

[27] Nieto Rojas, P.: "La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de los puestos de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm,. 155, 2023, págs. 39 y ss.

3. BIBLIOGRAFÍA

Casas Baamonde, E.: "Trabajo de las mujeres y digitalización", *RDLVlex*, núm. 4, 2021.

Domenech Vilariño, R., Neut, A., Andrés Domíngo, J. y García López, J. R.: "El impacto del cambio tecnológico y el futuro del empleo", en VV.AA.: *El futuro del trabajo en España: impacto de las nuevas tendencias*, Casas Baamonde, M.E y De la Torre García, C. (Dirs.), Wolters Kluwer, 2019.

Dueñas-Fernández, D., Iglesias-Fernández, C. y Llorente-Heras, R.: "Abordando la desigualdad de género. Empleo en tecnologías de la información y la comunicación y diferencias salariales por género en España", *Ensayos sobre Política Económica,* Vol. 33, núm. 78, 2015.

García Gil, M.B.: "Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género", *Femeris*, Vol. 6, núm. 2, 2021.

García Gil. M.B.: "Aspectos significativos de la condición de género en el sistema de clasificación profesional", Revista Aranzadi Doctrina, núm. 6, 2021

García Gil. M.B.: "El género y su relación con la clasificación profesional y la valoración de puestos de trabajo. Segregación ocupacional", en VV.AA.: *Cuestiones cruciales del ordenamiento sociolaboral*, Quintanilla Navarro, R. Y., Dykinson, 2022.

Mann, G. y O'Neil, C.: "Hiring algorithms are not neutral", *Harvard Business Review*, 2016.

Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C.: *Libro Blanco de las mujeres en el sector tecnológico*, Ministerio de Agenda Digital, 2019.

Mercader Uguina, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Nieto Rojas, P.: "La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 4, núm. 2, 2019.

Nieto Rojas, P.: "La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de los puestos de trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm,. 155, 2023.

Pérez Martínez, J. y Díaz Bustamante, J.M.: *El empleo y las cualificaciones profesionales en la industria TIC*, *INFORME octubre 2015 Contexto laboral para el Estudio de los perfiles profesionales del convenio CCOO de Industria y Universidad Politécnica de Madrid,* 2015.

Rivas Vallejo, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

Sáinz, M., Arroyo, L. y Castaño, C.: *Mujeres y Digitalización. De las brechas a los algoritmos*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2020.

Serrano Falcón, C.: "Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos", en VV.AA.: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Rivas Vallejo, M. P. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

VV.AA.: *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*, Revista Ensayos sobre política económica, Consejo Económico y Social, 1999.

VV.AA.: *Ser Mujer en el mercado de trabajo: Dificultades y Retos*, Molero Marañón, M. L. (Dir.), Aranzadi, 2021.

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Vicisitudes, reformas y desafíos actuales de las relaciones laborales en el sector agrario[1]

Current vicissitudes, reforms and challenges of labour relations in the agricultural sector

José Luis Ruíz Santamaría

Profesor Ayudante Doctor acreditado a PCD
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-9814-4429

Cita Sugerida: RUIZ SANTAMARÍA, J.L. «Vicisitudes, reformas y desafíos actuales de las relaciones laborales en el sector agrario». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 53-76.

Resumen

Este artículo centra su interés en el estudio de las singularidades inherentes a las relaciones laborales en el sector agrario. Las especiales particularidades de este sector, en relación con el resto de ámbitos laborales y profesionales, demandan una protección jurídico-social específica y eficaz que sea capaz de dar respuestas apropiadas a las necesidades de las personas trabajadoras pertenecientes a este colectivo. En nuestro país, al igual que en países de nuestro entorno, dichas peculiaridades se han podido detectar a lo largo del devenir histórico de las relaciones de trabajo agrícola. Sin embargo, la aparición en los últimos tiempos de nuevos factores trasformadores de diversa índole -social, económica, sanitaria, climática, etcétera- ha provocado un replanteamiento -tanto a nivel global, como europeo y nacional- sobre la idoneidad de los instrumentos jurídicos existentes. En base a estos planteamientos iniciales, abordaremos el análisis crítico sobre la adecuación del marco normativo actual -tras las reformas introducidas- a las necesidades reales que en la actualidad se requieren.

Palabras clave

Sector agrario; persona trabajadora agrícola; reforma laboral; trabajo digno; política agrícola común; plan estratégico.

Abstract

This article focuses on the study of the singularities inherent to labour relations in the agricultural sector. The special characteristics of this sector, in relation to the rest of the labour and professional spheres, demand specific and effective social-legal protection that is capable of providing appropriate responses to the needs of workers belonging to this group. In our country, as in neighbouring countries, these peculiarities have been detected throughout the historical development of agricultural labour relations. However, the appearance in recent times of new transforming factors of various kinds -social, economic, health, climatic, etc.- has led to a rethinking -at global, European and national level- of the suitability of the existing legal instruments. On the basis of these initial approaches, we will address the critical analysis of the adequacy of the current regulatory framework -following the reforms introduced- to the real needs that are currently required.

Keywords

Agricultural sector; agricultural worker; labour reform; decent work; common agricultural policy; strategic plan.

[1] El presente capítulo se ha realizado dentro de las actividades del Grupo Consolidado de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre "*Políticas de empleo, igualdad e inclusión social*", dirigido por Francisco A. Vila Tierno (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga) y financiado por la Junta de Andalucía. Asimismo, se ha desarrollado en el marco de una estancia de investigación de carácter postdoctoral en la Universidad de Granada, desde el 26 de abril hasta el 29 de julio de 2022. Asimismo, dicha estancia ha estado financiada a través de una ayuda obtenida en una convocatoria pública competitiva del Plan Propio de la Universidad de Málaga.

Fecha Recepción: 27/11/2023 - Fecha Revisión: 09/12/2023 - Fecha Aceptación: 14/12/2023
Págs. 53-76

1. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS Y SINGULARIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR AGRARIO ESPAÑOL

Una mirada previa al desarrollo histórico de las relaciones laborales en el sector agrario español nos desvelará una serie de rasgos que marcan diferencias muy reveladoras con el resto de actividades que integran el mercado de trabajo español. El profesor Martín Valverde sostiene -con gran acierto- que la actividad agrícola española históricamente se ha caracterizado por presentar unas peculiaridades que se sintetizan en los siguientes apartados:

1) La primera de dichas características se refiere a las "fluctuaciones estacionales acusadas" que se manifiestan como respuesta a las necesidades de mano de obra. El citado profesor señala que "[…] La alternancia de periodos de inactividad con periodos de fuerte actividad es en el sector más intensa que en otras actividades: los periodos de siembra, de cosecha, de labores requieren mucha mano de obra, mucha más, a veces, de la que haya incluso en el mercado de trabajo local; en contraste, durante otras épocas del año falta el trabajo, esto es, visto desde el otro ángulo, el trabajo no es estrictamente necesario"[2].

2) Junto al anterior, también hay que señalar como dato especialmente relevante y rasgo identificativo de esta actividad laboral, la existencia de variaciones muy significativas e irregulares con clara de pendencia estacional de las producciones y cultivos[3].

3) Esta tercera característica está centrada en las notables y sensibles variaciones correspondientes a este entorno laboral que conforman las formas de explotación y técnicas de cultivo que difieren de otros ámbitos sectoriales[4].

4) Este cuarto apartado nos muestra el factor que se desprende de la estacionalidad sobre la que se sustenta esta actividad, derivándose de la misma la incertidumbre o imprevisibilidad de las necesidades de la mano de obra que se deriva del factor climatológico o meteorológico[5].

5) Finalmente, enfatizándose por parte del citado profesor como la característica más importante de todas, el impacto que produce la innovación tecnológica en este sector y su incidencia en la mano de obra. Se traduce en dos factores de suma importancia: de una parte, la exigencia de personal altamente cualificado en áreas de conocimiento como la ingeniería agrónoma, viticultura, biotecnología, etcétera; de otra, la escasez de mano de obra local para aquellas tareas más básicas de la actividad agrícola -que no requieren una alta cualificación- y que son asumidas por el colectivo de personas trabajadoras inmigrantes[6].

---

[2] *Vid*. Martín Valverde, A.: "Mercado de trabajo agrícola y la legislación social en el medio rural", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 2, 1985, p. 22.

[3] *Ibídem*., pp.23-24.

[4] Sobre la evolución del campesinado español en las últimas etapas- históricas, se han podido detectar por la doctrina diversas características como son: la diversidad y heterogeneidad del sector, cambios en las estructuras productivas, adecuación a las fluctuaciones de la demanda, entornos laborales precarios, etcétera. *Cfr*. Sevilla Guzmán, E.: *La evolución del campesinado en España: elementos para una sociología política del campesinado*, Barcelona, Ed. Península, 1979, pp. 42-61. También, y en relación al desarrollo heterogéneo de las estructuras del sector agrario y el entorno laboral, puede consultarse en, Leal Maldonado, J.L., Leguina Herrán, J., Naredo Pérez J.M., Tafarreta Puyal, L.: *La agricultura en el desarrollo capitalista español (1940-1970)*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1975, *passim*.

[5] *Cfr*. Gamiz López, A. y Sánchez López, A.: *El trabajo: problemática del empleo en la agricultura*. Madrid, Ministerio de Agricultura, 1980, pp. 44-47.

[6] Un estudio detallado sobre el desarrollo histórico de las corrientes migratorias y su relación con los cambios sociales y el desarrollo agrario puede consultarse *in extenso* en los siguientes estudios: Pérez Díaz, V.: *Emigración y cambio social*, Barcelona, Ariel, 1971; también en, García Barbancho, A.: *Las migraciones interiores en España*, Madrid,

Siguiendo el hilo conductor de la indagación histórica en esta materia, la doctrina ha señalado, como característica identificadora de las relaciones laborales en este sector, la debilidad política -y, por ende, social- de las personas trabajadoras por cuenta ajena en la agricultura, situándose en posición antagónica y en claro contraste con el predominio e influencia que ejercen los empresarios o propietarios de las explotaciones agrícolas en las instituciones estatales[7].

Ahora bien, una vez analizadas las particularidades inherentes de la actividad agraria, indagaremos sobre el funcionamiento de la actividad laboral en este sector con el fin de poder identificar sus rasgos más característicos.

1) Desarrollo de la actividad por cuenta propia. Una primera característica de la población activa del ámbito agrícola es la existencia de trabajadores por cuenta propia en el régimen familiar. Es decir, personas que cultivan directamente las tierras de las que son propietarios o titulares de dicha explotación[8].

2) Actividad preferente acompañada de otra actividad complementaria. Otra peculiaridad que define el trabajo en el campo se localiza en la frecuencia con la que dicha actividad agrícola se ejerce de forma preferente, pero complementándose con otras actividades[9].

3) Altos índices de contratación temporal. La temporalidad se ha mostrado también como una característica muy reseñable del mercado de trabajo agrícola, siendo mayoritaria la población activa de personas trabajadoras por tiempo determinado[10].

4) Uso muy frecuente de las horas extraordinarias. Junto con la temporalidad, la realización de horas extraordinarias ha sido un mecanismo de uso generalizado en las actividades de tipo agrícola. En las labores como la recogida y siembra son un claro ejemplo de la inadecuación de las jornadas ordinarias y distribución horaria regular, lo que infiere la necesidad de la realización de horas extraordinarias[11].

5) Personas trabajadoras inmigrantes. Otra característica muy común es que un sector poblacional muy importante de la mano de obra en el sector agrícola procede de la población migrante. Situaciones que, en numerosas ocasiones, llevan aparejada la correspondiente precariedad laboral[12].

Con todo, si la realidad y el devenir histórico nos ha mostrado -*de iure y de facto*- la especificidad congénita de las relaciones laborales en el sector agrario, paradójicamente no se corresponde con

Instituto de Desarrollo Económico, 1969. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_reas/r058_01.pdf.

[7] *Cfr*. Sevilla Guzmán, E.: *La evolución del campesinado en España: elementos para una sociología política del campesinado, op. cit.*, pp. 21-24..
política del campesinado, Barcelona, Ed. Península, 1979, pp. 42-61.

[8] Se ha podido constatar que el mayor peso del autónomo en la agricultura -acompañado de miembros de la familia-se debe a que la característica flexible de la actividad permite una mejor adaptación bajo la estructura de esta modalidad laboral. *Cfr*. Martín Valverde, A.: "Mercado de trabajo agrícola y la legislación social en el medio rural", *op. cit.*, p. 24.

[9] *Cfr*. Sevilla Guzmán, E.: *La evolución del campesinado en España: elementos para una sociología política del campesinado, op. cit.*, pp. 32-33.

[10] *Cfr*. Gamiz López, A. y Sánchez López, A.: *El trabajo: problemática del empleo en la agricultura*, *op. cit*., pp. 39-40.

[11] *Cfr*. Martín Valverde, A.: "Mercado de trabajo agrícola y la legislación social en el medio rural", *op. cit.*, p. 25.

[12] Sobre la problemática de la población migratoria en relación al sector agrícola, véase *in extenso* en, Pérez Díaz, V.: *Emigración y cambio social*, op. cit., *passim*.

la alarmante falta de estudios rigurosos y profundos de tipo jurídico-laboral[13] en esta área. En efecto, pese a la existencia de áreas de conocimiento cuyos investigadores afrontan, con bastante frecuencia, estudios versados en esta materia -sociólogos, estadísticos, economistas, historiadores, etcétera-, es patente la escasez de investigaciones entre los investigadores de las ciencias jurídicas[14]. Dicha circunstancia ha tenido respuesta por parte de la propia doctrina laboralista esgrimiéndose los siguientes argumentos:

— Las reformas normativas han surgido, por regla general, en otros ámbitos de las relaciones laborales, incidiendo de forma indirecta en la actividad agrícola[15].

— El entorno cultural y la preponderancia social de la actividad industrial o de servicios, hace que los estudios en el ámbito de las relaciones de trabajo sean escasos[16].

— Finalmente, también se ha señalado que tradicionalmente "[…] la gravedad de la cuestión agraria en España ha orientado las propuestas doctrinales más hacia la reforma de las estructuras campesinas que hacia la reconfiguración de las relaciones laborales en el sector"[17].

[13] *Vid*. Cavas Martínez, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995, pp. 38-39 Disponible en: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/fondo/pdf/17300_all.pdf.

[14] En este aspecto, debemos puntualizar que la falta de investigaciones son patentes en el ámbito concreto de las relaciones individuales de trabajo en el sector agrario. No obstante, en contraposición con la anterior aseveración, si hemos podido localizar un número muy notable de investigaciones en el área de la protección social de las personas trabajadoras en el sector agrario -Seguridad Social-, tanto en la modalidad por cuenta ajena, como por cuenta propia. Este hecho se debe a que, en el sector agrícola, desde sus fechas más tempranas, se ha provisto de un cuerpo legislativo propio y específico que ha captado el interés de los investigadores laboralistas por afrontar su estudio. A modo de ejemplo, destacamos -entre otras- las siguientes referencias bibliográficas: Monero Pérez, J.L, Arias Domínguez, A, Gorelli Hernández, J, y Vila Tierno, F.: *Protección social de los trabajadores del campo en el estado social autonómico. Aspectos laborales y de seguridad social*. Murcia, Laborum, 2019; Romero Coronado, J.: "Sistema especial agrario. Régimen jurídico", en VV. AA..: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomo II), Monero Pérez, J L y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, A. L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 595-607; VV. AA..: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomo II), Monereo Pérez, J L y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, A. L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017; Cavas Martínez, F.: "Sistema especial agrario. Configuración general y elementos caracterizadores del modelo de regulación", en VV. AA..: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomo II), Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, A. L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 583-593; y, finalmente, Cavas Martínez, F. y García Romero, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", *Revista Temas Laborales*, núm. 94, 2008, pp. 203-235. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Temas%20laborales%20n%2094.pdf.

[15] *Cfr*. Martín Valverde, A.: "Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura", en VV.AA. *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Durán López, F. (Ed.), Córdoba, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1983, p. 228.

[16] *Cfr.* Cavas Martínez, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, *op. cit*. p. 39.

[17] *Vid*. Martín Valverde, A.: "Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura", *op. cit*., p. 230.

2. EL REFERENTE NORMATIVO INTERNACIONAL

2.1. La protección jurídica de la Organización Internacional del Trabajo en el ámbito del sector agrario

2.1.1. La génesis conceptual de trabajo decente de la OIT como réplica a la creciente precarización laboral. Orientaciones y recomendaciones para alcanzar el trabajo decente en el sector agrícola

De singular relevancia, y ante la precarización laboral que amenaza e impregna todos los sectores productivos -aunque con mayor incidencia en el sector agrario-, se destaca el importante papel que desempeña la Organización Internacional del Trabajo -en adelante, OIT-. Dicho protagonismo se concreta en la necesaria actuación demandada, con el fin de suplir las carencias e insuficiencias de los ordenamientos jurídicos internos para dar cobertura legal adecuada a aquellas relaciones de trabajo que escapan de su ámbito de aplicación[18].

Como ya hemos podido manifestar con anterioridad[19], y desde un planteamiento general propio de las relaciones de trabajo actuales, el fenómeno de la globalización de los mercados, como hito histórico que irrumpe en la última década del siglo XX, ha supuesto una alteración muy significativa de los procesos normativos de las relaciones laborales que tradicionalmente habían llevado a cabo los distintos países.

Al mismo tiempo, y derivado de los efectos producidos por este fenómeno, surge el antagonismo entre el trabajo y el capital en un escenario global que escapa con suma facilidad del marco normativo de origen estatal. Ante la imposibilidad de dar una respuesta adecuada a los novedosos conflictos planteados, se propone por parte de la OIT un modelo normativo que, bajo el término de la gobernanza del trabajo[20], establecerá un punto de referencia esencial en las normas internacionales del trabajo.

Siguiendo estas tesis y en consonancia con unas líneas coherentes de trabajo, esta institución mundial actúa proporcionando una nueva base jurídica que buscará integrar los vacíos y carencias de los derechos sociales, a la vez que compense los desequilibrios y recupere la esencia del carácter tuitivo del sistema normativo laboral. En efecto, como se ha señalado por parte de la doctrina, "[…] el conjunto internacional de estándares de protección que se consideran como definitorios de la comunidad internacional no son sólo las declaraciones de derechos que han establecido los organismos internacionales […] sino que se encuentran recogidos fundamentalmente en los Convenios de la OIT"[21]. Es decir, se parte de una idea que ha estado presente desde los propios orígenes de la OIT: el rechazo a la mercantilización del trabajo y a la utilización de su normativa como factor de competitividad en el mercado mundial.

---

[18] Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos -generalmente grandes empresas de implantación internacional o multinacionales- que, a través de la utilización de ciertos "subterfugios legales", eluden el cumplimiento del sistema normativo laboral del país o países donde se desarrolla su actividad laboral.

[19] Sirva de referente -aquí reproducido-, nuestras líneas expositivas sobre la aproximación conceptual a la noción de trabajo decente acuñado por la OIT. *Vid.* Ruiz Santamaría, J.L.: "Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol.7, núm. 4, 2019, pp. 114-115 Disponible en: https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/815.

[20] *Vid*. Organización Internacional del Trabajo: *Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo*, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra (Suiza), OIT, 20 de febrero de 2018, Nota Informativa núm. 11. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_618376/lang--es/index.htm.

[21] *Vid*. Baylos Grau A.P.: "Sobre el trabajo decente: la formación del concepto", en Monereo Pérez, J.L. y Márquez Prieto, A. (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 302.

No obstante, nos debemos preguntar si el proceso de incorporación de estos instrumentos jurídicos internacionales -en los respectivos ordenamientos internos- se produce de una forma mayoritaria, homogénea y, por consiguiente, aportando una respuesta adecuada a los problemas planteados.

Sin embargo, una revisión del escenario mundial nos muestra una situación compleja y heterogénea sustentada en dos presupuestos esenciales: el primero, hace referencia a los diferentes posicionamientos que ocupan los estados respecto al mercado mundial; el segundo, que muestra los efectos provocados por la división del trabajo en los distintos países. Consecuentemente, esta dualidad determinará de forma sustancial el grado de recepción en sus ordenamientos internos de los Convenios adoptados por la OIT. Ante el panorama descrito, y sin querer negar la importancia de la globalización de los mercados, pensamos que paralelamente se deberá favorecer el proceso de internalización de los derechos básicos laborales que permita la implantación progresiva de los mismos dotándolos, de esta manera, de una eficacia global[22].

Precisamente, esta inquietud, que fue manifestada por el chileno Juan Somavía en calidad de Director General de la OIT, se integraría en el Informe de la 87a reunión (1999) en el que proponía el Programa de Trabajo Decente. En dicho programa se establecían los siguientes objetivos estratégicos: la promoción de los derechos laborales, la promoción del empleo, la protección social contra las situaciones de vulnerabilidad y el fomento el diálogo social. Respecto a la noción de trabajo decente, la OIT en 1999 lo definía como el "trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social"[23] indicándose que debía orientarse hacia los cuatro objetivos mencionados. Con el transcurso del tiempo, la idea de trabajo decente ha ido evolucionando y, simultáneamente, experimentando una profunda influencia, sobre todo, en las políticas sociales de los distintos estados[24].

También, debemos destacar su funcionalidad y utilidad como instrumento de evaluación de los sistemas de relaciones laborales, especialmente en áreas no desarrolladas y países emergentes. Desde la perspectiva técnica, apreciamos una noción intensamente impregnada de componentes políticos e ideológicos, detectándose en la actualidad una tenencia al desarrollo de modelos de regulación que viabilizan la realidad del trabajo decente en determinados países, sus progresos y sus desviaciones.

En relación a la defensa de la dignidad de la persona trabajadora, la OIT ha declarado a través del denominado "Programa centrado en las personas", que dicho programa tiene como objetivo: "[…] orientar las transformaciones en curso hacia un futuro del trabajo que confiera dignidad, seguridad e igualdad de oportunidades, y que amplíe las libertades humanas"[25]. Sobre esta cuestión, el profesor Monereo Pérez destaca que las posibilidades de hacer realidad el "contrato social" para las generaciones futuras, se centra también en desarrollar las capacidades institucionales que sirven

[22] La constatación evidente del progresivo deterioro de los derechos laborales en una gran cantidad de países unido al fuerte incremento de las desigualdades sociales en un contexto global hacía necesaria la adecuación de la normativa estatal y colectiva sobre las relaciones de trabajo. *Vid* Stevis D. y Boswell T.: *Globalization and Labor. Democratizing Global Governance*, Lanham, Massachusetts (USA), Rowman & Littefield, 2008, pp. 1-5.

[23] *Vid*. Organización Internacional del Trabajo: *Memoria del Director General para la 87a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Ginebra (Suiza), OIT, 1999, p. 4. Disponible en: https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm.

[24] Un estudio muy detallado sobre la evolución y análisis del concepto de trabajo decente puede localizarse en, Lozano Lares F.: "La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, n. 4, 2016, pp. 1-36. Disponible en: https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/428.

[25] *Vid*. Organización Internacional del Trabajo: *Trabajar para un futuro más prometedor,* Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra (Suiza), OIT, 2019, p. 28. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/WCMS_662442/lang--es/index.htm.

de fundamento a sociedades justas. Para ello se deberán renovar los fundamentos democráticos de nuestros mercados de trabajo y se deberá reforzar el diálogo social, para que todos puedan opinar sobre la forma que adoptarán los cambios en curso y la calidad de su vida profesional[26].

Ahora bien, la OIT refiriéndose en concreto al trabajo decente en el sector agrícola ha elaborado un documento denominado *Trabajo decente y productivo en la agricultura* en el que se incluyen orientaciones y diversos enfoques para abordar los importantes déficits de trabajo decente en la agricultura, con atención especial a los trabajadores más vulnerables. Se centra en la adopción de las medidas que tanto se necesitan en los ámbitos del desarrollo de competencias profesionales y el cumplimiento de los derechos fundamentales y las protecciones de los trabajadores agrícolas[27]. Dichos enfoques se resumen en los siguientes apartados:

— Promoción del empleo. Consiste fundamentalmente en propuestas por parte de la OIT sobre intervenciones sectoriales de desarrollo que adapten las herramientas bien establecidas de fomento del trabajo decente para abordar las oportunidades específicas y los desafíos que enfrentan los productores y trabajadores agrícolas.

— Promoción del diálogo social. La OIT respalda a los sindicatos de trabajadores agrícolas, que en la mayor parte de los países en desarrollo engloban a amplios sectores agrícolas.

— Garantía de los derechos en el trabajo. Desde la OIT se invita a los Estados miembros para que ratifiquen y apliquen las normas internacionales del trabajo

— Extensión de la protección social y laboral. La programación de la OIT del desarrollo económico local facilita la planificación local, de modo que puedan lograrse mejoras reales mediante enfoques integrados en forma de protección social, educación, empleo, desarrollo empresarial y otras capacidades habilitantes para fortalecer las instituciones e infraestructuras rurales.

2.1.2. Los instrumentos jurídicos de la OIT

Una vez analizados los fundamentos esenciales de la OIT para contrarrestar los efectos de la precarización laboral y, en concreto, la de la actividad agrícola, abordaremos ahora aquellos instrumentos jurídicos emanados de este organismo especializado de la ONU en materia del trabajo y relaciones laborales. Un aspecto importante de la política de la OIT que se ocupa de los trabajadores agrícolas consiste en la ampliación de los elementos de la protección social; en este sentido, desde los comienzos del decenio de 1920 se ha adoptado una serie de instrumentos específicos sobre la agricultura, entre los que figuran los siguientes:

— Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm 11).

— Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951 (núm. 99).

— Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm. 101).

[26] Es decir, se deberán garantizar los derechos fundamentales del trabajo, velando por que todos los trabajadores gocen de la protección laboral adecuada y administrando de manera activa la tecnología para garantizar trabajo decente. *Cfr*. Monero Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.

[27] *Vid*. Organización Internacional del Trabajo: *Trabajo decente y productivo en la agricultura,* Cartera de notas de orientación de políticas sobre la promoción del trabajo decente en la economía rural, Ginebra (Suiza), OIT, 2019, p. 3. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/economic-and-social-development/rural-development/WCMS_437214/lang--es/index.htm.

— Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110) y su Recomendación, 1958 (núm. 110).

— Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129) y su Recomendación, 1969 (núm. 133).

— Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141).

— Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y su Recomendación, 1981 (núm. 164).

— Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) y su Recomendación, 1985 (núm. 171).

— Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184) y su Recomendación, 2001 (núm. 192).

— Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) y su Recomendación, 2006 (núm. 197).

2.2. El desarrollo de la política agrícola común de la Unión Europea: especial atención a sus aspectos más relevantes

2.2.1. Breve panorámica sobre la evolución del PAC: desde sus orígenes hasta la actualidad

En el sector agrario, la institución de referencia en el ámbito territorial de la UE-27 es la denominada Política Agrícola Común[28] -en adelante PAC-. Fue creada en 1962 por la anterior CEE, bajo la idea de crear una política común agrícola común que fuera capaz de proporcionar alimentos asequibles a los ciudadanos de los Estados miembros de la CEE existente en aquel momento y, al mismo tiempo, facilitar un nivel de vida equitativo a los agricultores. En definitiva, la idea latente en la UE que ha persistido a lo largo de los sesenta y un años de existencia de la PAC ha estado orientada hacia la integración de la agricultura en la sociedad, esto es, fortalecer la relación entre la sociedad europea y sus agricultores. En la siguiente Tabla núm. 1 puede apreciarse la evolución de los aspectos esenciales de la PAC que se han ido implementando desde su creación hasta la actualidad.

[28] También conocida por la denominación de "Política Agraria Común" que utiliza el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Consúltese en: https://www.mapa.gob.es/es/default.aspx.

Tabla 1. Evolución cronológica de la PAC desde sus orígenes hasta la actualidad - UE

1962	Se inicia por primera vez la PAC en la entonces CEE. Su objetivo principal era proporcionar alimentos asequibles a los ciudadanos de los Estados parte de la CEE y, además, proporcionar un nivel de vida equitativo a las personas del entorno agrícola.
1984	Ante la producción excesiva que supera la demanda del mercado, se introducen diversas medidas de ajuste que permitan nivelar la oferta con la demanda.
1992	Se produce un cambio muy significativo en relación a la operatividad de la PAC, consistente en el traslado del apoyo del mercado al productor. El apoyo a los precios del mercado se sustituye por los "pagos directos a los productores". Cabe destacar otro importante hito que se produce en este mismo: "La cumbre de la tierra de Rio de Janeiro". Hace su aparición el principio de desarrollo sostenible y se exhorta a los productores a que sean más respetuosos con el medio ambiente.
2003	Una nueva reforma introducirá un cambio en relación al mecanismo funcional, suprimiendo la interrelación existente entre las ayudas y la producción. Se pasa al modelo de ayudas a la renta a los productores, pero condicionada a su debida atención a los terrenos agrícolas, así como la exigencia del cumplimiento de la normativa sobre seguridad de los alimentos, medio ambiente, sanidad y bienestar animal.
2013	Se introduce una nueva reforma para el periodo 2014-2020. A través de este nuevo cambio, se pretende fortalecer la competitividad del sector agrícola, promover la agricultura innovadora y sostenible, apoyo al empleo y al crecimiento de las zonas rurales y, finalmente, desplazar el apoyo financiero al buen uso productivo de la tierra.
2021	Se acuerda por parte del Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea una nueva reforma de la PAC. A través de este avance de acuerdo provisional, se contribuye a proporcionar el contexto previo necesario para que el Parlamento Europeo y el Consejo procedan a la aprobación formal de la legislación requerida.
2021-2022	Entrada en vigor del Reglamento de transición. En dicha norma se prorroga la mayor parte del contenido del PAC vigente durante el periodo 2014-2020. Se pretende garantizar una transición armónica y fluida hacia el futuro marco de los Planes Estratégicos de la nueva PAC.
2022	Se cumplen los sesenta años desde el origen de la PAC.
2023	Entrada en vigor de la aplicación de los Planes Estratégicos de los Estados miembros de la UE desde el 1 de enero de 2023.

Fuente: Elaboración propia a partir de la información disponible en las referencias reseñadas[29].

2.2.2. Las políticas de financiación de la PAC y sus rasgos diferenciadores

En la actualidad, las singularidades del sector agrícola muestran unos rasgos diferenciadores con el resto de sectores productivos que, desde la propia perspectiva de la UE, se compendian en los siguientes aspectos:

— Los ingresos de los agricultores, pese a la importancia de la producción alimentaria, son alrededor de un 40% inferiores a los del resto de personas trabajadoras de otros sectores.

— La marcada dependencia de las condiciones meteorológicas y climáticas del sector agrícola, provocan una especial fragilidad que le diferencia del resto de sectores.

[29] *Vid*. Comisión Europea: *Agricultura y Desarrollo Rural - PAC*. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance_es.

— La distancia temporal entre la demanda y la producción agrícola -por el tiempo que requiere un cultivo o la producción de carne o leche- hace que esta falta de inmediatez le diferencia de otros sectores.

En firme concordancia con lo expuesto, la UE ha orientado las políticas de financiación de la PAC sobre la base de unas claves concretas: favorecer el alcance de la rentabilidad equitativa de los agricultores, facilitar el desarrollo sostenible de su trabajo, contribuir al respeto del medio ambiente y, de esta forma, poder preservar los suelos y la biodiversidad. Por este motivo, ante la incertidumbre económica y el impacto medioambiental de la agricultura se encauza la adopción de políticas financieras de la UE en este sector, concretándose a tal efecto tres tipos de medidas:

1) *Aquellas orientadas a las rentas de los agricultores*. Dichas medidas se canalizan a través de pagos directos a los agricultores, con el fin de garantizar la estabilidad de sus ingresos de los agricultores y, a la par, viabilizar la práctica adecuada de una agricultura respetuosa con el medio ambiente[30].

2) *Dirigidas a compensar las disrupciones temporales de los mercados*. Se adoptan para compensar situaciones difíciles en los mercados; *v. gr*.: aquellas que pretenden amortiguar una repentina caída de la demanda a causa de una alarma sanitaria -situación inesperada provocada por la pandemia debida al COVID 19-, o una caída de precios debido a exceso de oferta temporal en el mercado, etcétera[31].

3) *De desarrollo rural*. Consiste en la formulación de programas de ámbito nacional o regional que puedan afrontar las necesidades y desafíos específicos de dicha zona rural. Con esta medida, y en base a la posición estratégica que ocupa el desarrollo rural -como segundo pilar de la PAC-, se refuerza el primer pilar de apoyo a la renta y medidas de mercado mediante la mejora de la sostenibilidad social, medioambiental y económica de las zonas rurales. La PAC contribuye al desarrollo sostenible de las zonas rurales mediante tres objetivos a largo plazo: aumentar la competitividad de la agricultura y la silvicultura; garantizar la gestión sostenible de los recursos naturales y la acción por el clima; lograr un desarrollo territorial equilibrado de las economías y comunidades rurales incluyendo la creación y conservación del empleo[32].

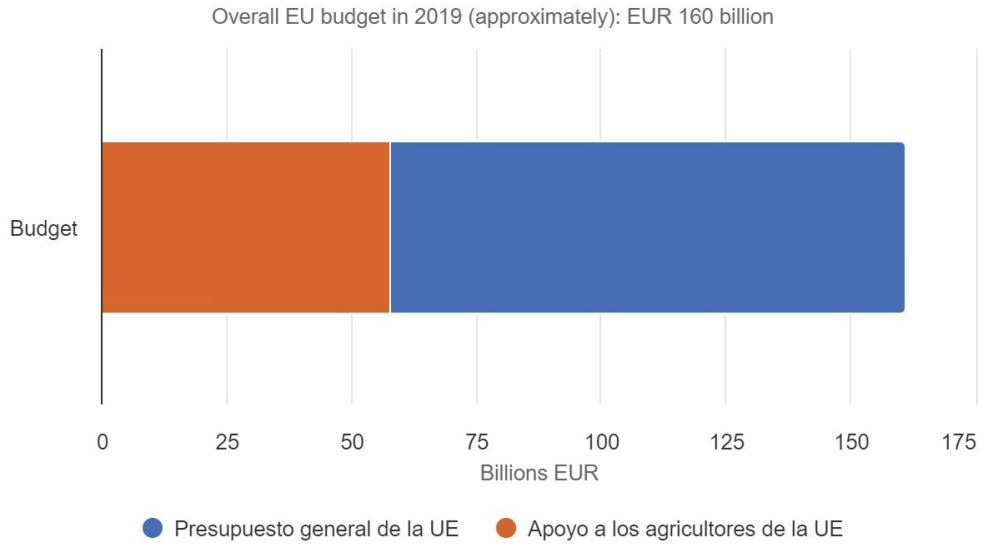
Según consta en los últimos datos estadísticos disponibles de la UE -año 2019-, la cifra total de la cantidad resultante del presupuesto general para dicha anualidad, ascendía a una cantidad cercana a los 160 billones de euros. De dicha cantidad, 57,9 billones de euros se destinaron para ayudas a al sector agrícola. El nivel de las ayudas a los agricultores de la UE, dentro del presupuesto general de la UE, es reflejo de las numerosas variables que intervienen a la hora de mantener el acceso a unos alimentos de alta calidad, e incluye la ayuda a la renta de los agricultores, la actuación contra el cambio climático y el mantenimiento de unas comunidades rurales dinámicas.

[30] Adviértase que, por prestar servicios públicos de conservación del medio ambiente -como el cuidado del campo y zona rural-, los mercados no suelen recompensar ni retribuir por dicha labor. Por lo tanto, a través de las ayudas a las rentas de los agricultores, la UE está fomentando la agricultura sostenible y la seguridad alimentaria. *Vid*. Comisión Europea: *Ayuda a la Renta - PAC*. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/income-support_es

[31] Concretamente se adoptan por la UE normas y medidas de mercado orientadas a regular y apoyar la comercialización de productos agrícolas, contingentes arancelarios de importación y exportación, promoción de productos agrícolas basados en una determinada información, determinación de un régimen especial como el de las islas menores del Mar Egeo, etcétera. *Vid*. Comisión Europea: *Medidas de Mercado - PAC*. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/market-measures_es

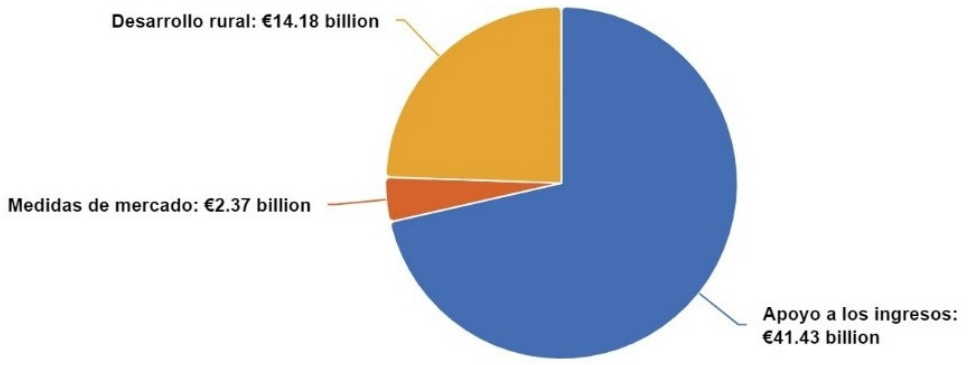
[32] *Vid*. Comisión Europea: *Desarrollo Rural - PAC*. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/rural-development_es

Gráfico 1. Comparativa del presupuesto general con las medidas de apoyo destinadas a las rentas de los agricultores (UE - 2019)



Fuente: UE - Comisión Europea[33].

Gráfico 2. Distribución porcentual de las medidas de apoyo a los agricultores (UE-2019)



Fuente: UE - Comisión Europea[34].

[33] *Vid*. Comisión Europea: *Agricultura y Desarrollo Rural - PAC*. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance_es.

[34] *Ibidem.*

2.2.3. Objetivos, finalidad y funciones de la PAC

Entre sus objetivos primordiales, se destacan los siguientes:

— Apoyar a los agricultores y mejorar la productividad agrícola, asegurando un suministro estable de alimentos asequibles.

— Garantizar a los agricultores de la Unión Europea un nivel de vida razonable.

— Contribuir a la lucha contra el cambio climático y la gestión sostenible de los recursos naturales.

— Conservar los paisajes y zonas rurales de toda la UE.

— Mantener viva la economía rural, impulsando el empleo en la agricultura, las industrias agroalimentarias y los sectores asociados.

Tabla 2. Finalidad e integración funcional a través de la operatividad de la PAC

Finalidad: definir las condiciones que permiten a los agricultores de la UE cumplir sus funciones en la sociedad.	
- FUNCIONES -	
I. Producción de alimentos	
— En la UE hay 10 millones de explotaciones agrícolas y 22 millones de personas que trabajan habitualmente en el sector, ofreciendo una gran variedad de productos asequibles, seguros y de buena calidad.	— A nivel mundial, la UE se sitúa como uno de los principales productores y exportadores netos de productos agroalimentarios. Por ende, la UE puede y debe desempeñar un papel clave a la hora de garantizar la seguridad alimentaria a nivel global.
II. Desarrollo de las comunidades rurales	
— En el sector agrícola proporciona un gran número de puestos de trabajo; en conjunto, el sector de la agricultura y el de la alimentación genera 40 millones de puestos de trabajo en la UE. — *Sectores anteriores ligados a la agricultura*: maquinaria, edificios, combustible, fertilizantes y asistencia veterinaria -entre otros-. — *Actividades derivadas del sector*: preparación, transformación y acondicionamiento de los alimentos o su almacenamiento, transporte y distribución.	— Para funcionar con eficiencia y mantenerse productivos y al día, los sectores derivados necesitan un acceso rápido a la información más reciente sobre cuestiones agrícolas, métodos de cultivo y evaluación del mercado. A lo largo del período 2014-2020, los recursos de la PAC se dirigieron a suministrar tecnologías de alta velocidad y servicios e infraestructuras de internet mejorados a 18 millones de ciudadanos de las zonas rurales, el equivalente al 6,4 % de la población rural de la UE.
III. Producción agrícola sostenible y respetuosa con el medio ambiente	
— Los agricultores en la UE afrontan un doble desafío: producir alimentos al tiempo que protegen la naturaleza y preservan la biodiversidad.	— Utilizar con prudencia los recursos naturales es esencial aplicarlo a la producción de alimentos, de esta forma se contribuirá a la calidad de vida del presente y de las generaciones venideras.

Fuente: Elaboración propia a partir de la información disponible en los documentos reseñados[35].

[35] *Vid*. Comisión Europea: *Agricultura y Desarrollo Rural*. Disponible en web oficial: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance_es.

2.2.4. Bases jurídicas de la PAC (2023-2027)

La base jurídica de la política agrícola común se recoge en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[36].

Junto a esta norma jurídica de derecho originario europeo, la PAC 2023-2027 se sustenta en los siguientes reglamentos, que entraron en vigor el pasado 1 de enero de 2023. Dichos reglamentos son los siguientes:

— Reglamento (UE) 2021/2116, sobre la financiación, la gestión y el seguimiento de la PAC y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 1306/2013[37].

— Reglamento (UE) 2021/2115, por el que se establecen normas en relación con la ayuda a los planes estratégicos nacionales de la PAC y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1305/2013 y (UE) n.º 1307/2013[38].

— Reglamento (UE) 2021/2117, que modifica los Reglamentos (UE) n.º 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, (UE) n.º 1151/2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, (UE) n.º 251/2014, sobre la definición, descripción, presentación, etiquetado y protección de las indicaciones geográficas de los productos vitivinícolas aromatizados, y (UE) n.º 228/2013, por el que se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión[39].

De la gestión de la PAC se ocupa la Dirección General de Agricultura y Desarrollo rural de la Comisión[40], que para su aplicación puede aprobar actos delegados y de ejecución.

Finalmente, y para cerrar este epígrafe, destacar que la PAC 2023-2027 entró en vigor el 1 de enero de 2023. La ayuda a los agricultores y las partes interesadas del ámbito rural de los 27 países de la UE y que está sustentada en el marco jurídico reseñado de la PAC 2023-2027 y en las opciones detalladas en los Planes Estratégicos de la PAC, aprobados por la Comisión. Los Planes aprobados están diseñados para contribuir de manera significativa a las ambiciones del Pacto Verde Europeo, la Estrategia "De la Granja a la Mesa" y la Estrategia sobre Biodiversidad[41].

3. ESTRATEGIA Y SINGULARIDADES DEL MARCO REGULATORIO ESPAÑOL EN EL SECTOR AGRARIO

3.1. Aspectos fundamentales sobre el Plan Estratégico 2023-2027 de la PAC de España

El 31 de agosto de 2022 la Comisión Europea aprobó el Plan Estratégico de la PAC de España -en adelante, PEPAC-, siendo uno de los primeros Estados miembros en lograr la aprobación del plan. Con posterioridad, el 30 de agosto de 2023, la Comisión aprobó la primera modificación del PEPAC, cuya versión está en vigor en la actualidad.

[36] Diario Oficial de la Unión Europea, núm. C 326 de 26/10/2012.
[37] Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 435/187, de 02/12/2021.
[38] Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 435/1, de 02/12/2021.
[39] Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 435/262, de 02/12/2021.
[40] Este departamento de la Comisión es responsable de las políticas de la UE en materia de agricultura y desarrollo rural, y se ocupa de todos los aspectos de la política agrícola común (PAC). Disponible en: https://commission.europa.eu/about-european-commission/departments-and-executive-agencies/agriculture-and-rural-development_es.
[41] Consúltese en, Comisión Europea: *Agricultura y Desarrollo Rural - PAC*. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance_es.

Como hemos analizado con anterioridad, la reforma de la PAC 2023-2027 introduce un nuevo enfoque con el que los Estados miembros deben abordar las medidas adecuadas a los fines establecidos en la PAC, para elaborar sus correspondientes planes estratégicos.

Por primera vez se cuenta con una estrategia única, el PEPAC, que abarque todas las intervenciones de la PAC, lo que implica una mayor coherencia entre las mismas. Además, en esta reforma se ha otorgado mayor flexibilidad para adaptar las medidas de la PAC a las particularidades nacionales y regionales de los Estados miembro.

Por todo ello, desde el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación español -en adelante, MAPA- se sostiene que "[…] este PEPAC constituye una oportunidad única para, a través del conjunto de intervenciones, abordar las necesidades del sector agrario y el medio rural español en su conjunto, incluso más allá de los instrumentos de la propia PAC"[42].

En referencia al contenido del PEPAC, el MAPA ha dispuesto, con carácter preferente, que se incluyan las intervenciones o medidas que se aplicarán en 2023-2027 para dar respuesta a las necesidades del campo español y así alcanzar los objetivos de la PAC y del denominado "Pacto Verde Europeo"[43].

También incluye el amplio análisis en el que se ha basado el diseño de las intervenciones, que ha consistido en un diagnóstico y análisis de las necesidades del sector agrario y el medio rural en su conjunto, vinculadas a cada uno de los objetivos de la PAC. En este análisis se tuvieron en cuenta aspectos tan variados como son las condiciones agrarias, económicas, sociales y medioambientales de España. Además, cuenta con la planificación de metas a alcanzar, la planificación financiera y una descripción del sistema de gestión, control y seguimiento del PEPAC[44].

[42] Véase el Documento aprobado sobre el Plan Estratégico 2023-2027 de la PAC de España. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/pac/pac-2023-2027/plan-estrategico-pac.aspx.

[43] Con el Pacto Verde Europeo, la UE pretende adoptar medidas conjuntas para hacer frente al cambio climático y la degradación del medio ambiente que son una amenaza existencial a la que se enfrentan Europa y el resto del mundo. Para superar estos retos, el Pacto Verde Europeo transformará la UE en una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, garantizando que: no haya emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050; el crecimiento económico esté disociado del uso de recursos, no haya personas ni lugares que se queden atrás. Además, la Comisión Europea ha adoptado un conjunto de propuestas para adaptar las políticas de la UE sobre clima, energía, transporte y fiscalidad al objetivo de reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero en al menos un 55 % de aquí a 2030, en comparación con los niveles de 1990. En definitiva, la UE a través del Pacto Verde Europeo se plantea como objetivo la neutralidad climática de aquí al año 2050. *Vid*. Comisión Europea: *Pacto Verde Europeo*. Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es.

[44] Desde el MAPA se expone que el proceso de elaboración del Plan ha sido un proceso abierto, participativo y transparente en el que se ha ido publicando toda la información y documentación de trabajo en la web y se han realizado numerosas reuniones (tanto a nivel político como técnico) y se han analizado e incorporado las aportaciones recibidas por parte de los múltiples actores. *Vid*. Documento aprobado sobre el Plan Estratégico 2023-2027 de la PAC de España. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/pac/pac-2023-2027/plan-estrategico-pac.aspx.

Tabla 3. Relación de objetivos del Plan Estratégico 2023-2027 de la PAC de España

Objetivo 1	Apoyar una renta viable y la resiliencia de las explotaciones agrícolas en todo el territorio de la UE para mejorar la seguridad alimentaria.
Objetivo 2	Mejorar la orientación al mercado y aumentar la competitividad, en particular haciendo mayor hincapié en la investigación, la tecnología y la digitalización.
Objetivo 3	Mejorar la posición de los agricultores en la cadena de valor.
Objetivo 4	Contribuir a la atenuación del cambio climático y a la adaptación a sus efectos, así como a la energía sostenible.
Objetivo 5	Promover el desarrollo sostenible y la gestión eficiente de recursos naturales tales como el agua, el suelo y el aire.
Objetivo 6	Contribuir a la protección de la biodiversidad, potenciar los servicios ecosistémicos y conservar los hábitats y paisajes.
Objetivo 7	Atraer a los jóvenes agricultores y facilitar el desarrollo empresarial en las zonas rurales.
Objetivo 8	Promover el empleo, el crecimiento, la inclusión social y el desarrollo local en las zonas rurales, incluyendo la bioeconomía y la silvicultura sostenible.
Objetivo 9	Mejorar la respuesta de la agricultura de la UE a las exigencias sociales en materia de alimentación, salud y la sostenibilidad.
Objetivo Transversal	Modernizar el sector a través del fomento y la puesta en común del conocimiento, la innovación y la digitalización en las zonas agrícolas y rurales y promover su adopción..

Fuente: Elaboración propia a partir de la información disponible en las referencias reseñadas[45].

Para la puesta en marcha y ejecución del PEE, el MAPA ha elaborado una planificación que se compone de dos fases:

— Fase I. Diagnóstico y análisis de necesidades. Esta fase ha sido diseñada por parte de grupos especializados en cada objetivo los documentos de partida, así como los de análisis DAFO y los de análisis de necesidades, en los que se recogieron las observaciones del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, de las comunidades autónomas, Organizaciones de Productores Agrarias, agentes medioambientalistas, así como de otros interlocutores externos que enviaron sus aportaciones. Se integra con los objetivos de la Tabla 3.

— Fase II. Estrategia de intervención. En primer lugar, se abordó la priorización de necesidades previamente identificadas y, posteriormente, la selección y el diseño de las intervenciones que deben dar respuesta a esas necesidades. En todo caso, es importante recalcar que es el conjunto de intervenciones el que dará respuesta de manera coordinada y coherente al conjunto de necesidades detectadas.

— Paralelamente a las fases I y II del proceso de programación del PEPAC, se realizaron dos evaluaciones conforme al Reglamento 2021/2115 relativo a los Planes Estratégicos, una

[45] *Vid*. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación: *El Plan Estratégico de la PAC de España*. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/pac/pac-2023-2027/plan-estrategico-pac.aspx.

evaluación *ex-ante*[46] y una Evaluación Ambiental Estratégica[47] -en adelante, EAE-, cuyos resultados han incorporado al PEPAC.

3.2. Notas esenciales sobre la incidencia de la reforma laboral introducida por el Real Decreto-Ley 32/2021 en el sector agrario y sus tipologías contractuales más afines

Indudablemente, una aproximación *prima facie* al *Real Decreto-Ley 32/2021*[48] -en adelante, RDL-2021- nos desvelará la profundidad y el alcance que se persigue con la reforma[49]: "Completar de una vez por todas la transición de nuestras relaciones laborales hacia un modelo más justo y garantista es el gran objetivo de esta reforma. Un cambio de paradigma que ayude a desterrar el desasosiego que la precariedad ha provocado en varias generaciones de trabajadoras y trabajadores de nuestro país"[50].

Como se indica en el apartado II del Preámbulo del RDL-2021, "Estos importantes desequilibrios, que el mercado laboral español arrastra desde hace décadas, agravan los ciclos económicos, lastran los aumentos de productividad, aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género". En este sentido, hay que resaltar que el germen de la reforma se remonta a las exigencias de la UE que ya se encontraban recogidas en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999[51], relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Así, en el texto normativo, y en clara conexión con el punto 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, se establecía, entre otras cosas, que "[…] la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada". En definitiva, ha pasado un largo periodo de tiempo para que se afrontara una reforma que, a todas luces, era necesaria para combatir los altos niveles de contratación laboral y la utilización abusiva de dicha tipología contractual en nuestro país.

La indagación sobre el fundamento esencial de la reforma nos desvela la clara intención del legislador de establecer como regla general la presunción de contratación indefinida, dejando relegada la contratación determinada a supuestos excepcionales -tasados- y que requieren para su adopción la justificación correspondiente. En efecto, esta regla general ha quedado reflejada en la nueva redacción del art. 15.1, 1er. párr. LET, que dispone que: "El contrato de trabajo se presume concertado por

[46] La evaluación *ex ante* es aquella que se realiza antes de ejecutar el PEPAC, siendo el objetivo principal de esta evaluación analizar y determinar la adecuación del PEPAC a las necesidades que lo motivan y sus posibilidades de éxito.

[47] La EAE es un instrumento previsto en la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, incorporada a la legislación nacional mediante la Ley 9/2006, de 28 de abril sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Se trata de una herramienta que tiene como finalidad evaluar la afección al medioambiente de la aplicación de planes y programas. *Vid*. Ministerio Para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: *Evaluación Ambiental Estratégica*. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/planificacion-hidrologica/nuevo-proceso-planificacion/evaluacion_ambiental.html.

[48] Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

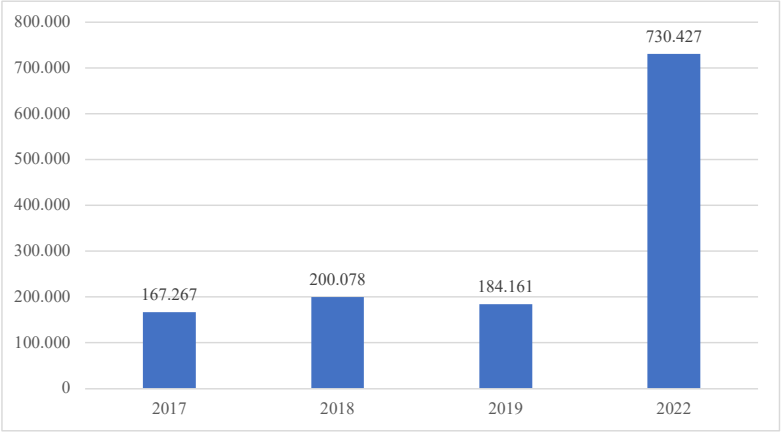
[49] Un estudio muy completo sobre los efectos operados a través de la reforma del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, en la contratación laboral puede consultarse en, Gómez Salado, M.A.: "Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre", *Lan Harremanak*, núm. 48, 2022, pp. 13-56.

[50] *Vid*. Bloque I *in fine* del Preámbulo, Real Decreto-ley 32/2021, *op. cit*., p.4.

[51] Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. DOCE núm. 175, de 10 de julio de 1999, pp. 43 a 48. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1999-81381.

tiempo indefinido". En el Gráfico 3 puede observarse la evolución de la contratación indefinida en el periodo 2017-2022.

Gráfico 3. Evolución de la contratación indefinida en España para el periodo 2017-2022



Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social-Vicepresidencia Segunda del Gobierno[52].

Por su parte, la contratación determinada se ha recogido en el mismo art. 15. 1, pero en el 2º párr., "El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora".

Ahora bien, de conformidad con un sector doctrinal, la experiencia del pasado ha mostrado una inercia totalmente inversa a lo dispuesto por la norma, evidenciándose la completa inversión de la regla general, es decir, la utilización masiva de la contratación determinada, relegando la indefinida a supuestos más limitados[53].

Con todo, y siguiendo el análisis del impacto de la reforma, es lógico preguntarse por los nuevos parámetros implementados por el legislador para la determinación y justificación de los supuestos de contratación determinada, para lo que se ha dispuesto en el art. 15.1. *in fine* que: "[…] será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista". De este modo, y realizando una comparativa con la norma anterior a la reforma practicada, se ha procedido a realizar un refuerzo sobre la exigencia de causalidad de los contratos por tiempo determinado.

[52] Disponible en: https://www.mites.gob.es/

[53] Efectivamente, como ha indicado la profesora Rodríguez Ramos, "[…] el legislador español ha contemplado en las diferentes reformas laborales la contratación indefinida como regla general y la contratación temporal como excepción, las reglas del mercado de trabajo han realizado una inversión de preferencias, que podría verse por otros países como inexplicable en el contexto de dicho marco legal". Dicha inversión, que ha provocado que la cotización por contratación temporal sea más numerosa. Por lo tanto, coincidimos plenamente en la apreciación de la citada profesora cuando sostiene -e insiste- que este es uno de los retos a los que se enfrenta la reforma de la contratación temporal en nuestro país: invertir dicha tendencia y conseguir una mayor estabilización de los trabajadores en los puestos de trabajo. Por mucho que se insista a los empresarios de que así conseguirán más productividad y competitividad -la contratación indefinida se relaciona con una mayor y mejor especialización, formación y cualificación- e incluso que se premie dicha opción por parte del legislador -mediante bonificaciones, subvenciones al fomento de la contratación indefinida-, la realidad es que el cambio de cultura en esta cuestión no es fácil y mucho menos en época COVID. *Vid*. Rodríguez Ramos, M.J.: "La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.161, p. 158. Disponible en: https://idus.us.es/handle/11441/133687.

Retomando nuestro centro de interés en el estudio de la contratación laboral en el sector agrario, nos interesa ahora indagar sobre la nueva reformulación de las distintas tipologías contractuales y adentrarnos en el análisis de aquellas que mejor se adapten al sector agrario.

En línea con el esbozo anticipado sobre la reforma, abordaremos el examen de aquellas tipologías con mayor incidencia en la contratación del sector agrario y, de esta forma, poder determinar el grado de adecuación a las necesidades que se requieren en esta área laboral tan singular.

Es evidente, como ya se expuesto con anterioridad, que la tipología modelo de contrato indefinido se le otorga una indiscutible primacía[54] con el fin de superar los fracasos acumulados en las etapas anteriores como consecuencia de la temporalidad[55].

Ahora bien, esta tipología no es la más usada en el sector agrícola, pues las características de heterogeneidad y estacionalidad difícilmente hacen que la adaptación de este modelo contractual responda a las necesidades que se requieren[56]. Así, abordaremos, aunque de forma selectiva y centrándonos en aquellos aspectos más relevantes, las tipologías contractuales cuyo uso ha sido el más frecuente en el sector agrícola.

-*Contrato por circunstancias de la producción*.

La nueva redacción del art. 15.2 LET establece que "se entenderá por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere". Se trata de una tipología que se adapta a las necesidades de la actividad agrícola, pues las dos circunstancias quedan enmarcadas en la misma: incremento ocasional e imprevisible de la actividad y oscilaciones[57] -que aun siendo de la actividad normal-provoquen un desajuste temporal. No obstante, hay que confrontar dichos supuestos con los que se establecen para el contrato fijo-discontinuo en el art. 16.1 LET.

En cuanto a su límite temporal es de 6 meses, aunque por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá aumentar hasta un máximo de 1 año, contemplándose, además, la posibilidad de prórrogas[58].

---

[54] Y así se constata por la mayoría de la doctrina. A modo de ejemplo véase en, Gómez Salado, M.A.: "Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Relaciones Laborales-Lan Harremanak*, núm. 48, 2023, p.3. Disponible en: https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/23791.

[55] En concordancia con esta idea, el RDL-2021 suprime el anterior "contrato por obra y servicio determinado". Dicha modalidad contractual-temporal ha sido la más utilizado en las últimas décadas en España, concibiéndose en la anterior redacción del art. 15.1, a) LET como "aquel que se podía formalizar para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta". Los límites temporales establecidos por la norma oscilaban entre la cota superior de 3 años, ampliable hasta 12 meses más por convenio colectivo. Una vez transcurridos los plazos anteriores, las personas trabajadoras podrían adquirir la condición de fijas de la empresa.

[56] Para abundar sobre las tipologías contractuales y su idoneidad en relación al sector agrario, puede consultarse *in extenso* en las siguientes referencias bibliográficas: Cavas Martínez, F.: "El contrato de trabajo en la agricultura y su relación con otros sistemas de explotación agraria", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009, pp. 263-289. Disponible en: https://vlex.es/vid/agricultura-oacute-n-agraria-211618857.; Idem: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/fondo/pdf/17300_all.pdf.

[57] Adviértase que, en dicho precepto, se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales.

[58] En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Se añade a lo anterior, otro supuesto "restrictivo" de utilización de esta tipología para aquellas "situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos legales previstos"; no obstante, de nuevo el legislador ha querido señalar unos límites temporales muy reducidos de 90 días en el año natural-evitando el abuso de etapas anteriores-, aunque con los siguientes matices: "independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada. Las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos" (*vid*. art. 15.2, 4º párr. LET).

-*Contrato de sustitución de persona trabajadora*.

En el art. 15. 3LET se incluye la nueva regulación de esta modalidad, disponiéndose que: "Podrán celebrarse contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. En tal supuesto, la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días"[59]. Asimismo, se dispone otra causa que se añade a la anterior: "cuando se trate de completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo […]". De nuevo el legislador otorga un destacado protagonismo de intervención a la negociación colectivo, pudiendo establecer en la misma aspectos regulatorios sobre la "reducción" (*vid*. art. 15.3, 2º párr. LET).

También, y de forma adicional a las anteriores supuestos, se añade otro con un claro carácter de "interinidad", en aquellos casos que se realice para "la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo"[60] (*vid*. art. 15.3, 3º párr. LET).

-*Contrato fijo-discontinuo.*

Regulado en el art. 16 LET, y concebido como aquel contrato que se "concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados". De la literalidad de la norma se desprende las limitaciones establecidas por el legislador, al contextualizar la utilización de esta tipología contractual en alguna de las tres situaciones siguientes:

— Que se trate de una actividad de naturaleza estacional

— Que el trabajo esté vinculado a actividades productivas de temporada

— Que para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

[59] Obsérvese que la exigencia de la especificación del nombre y la causa no representa novedad, pues era un requisito exigible antes de la reforma.

[60] En este supuesto, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

Se trata de una modalidad contractual que ha sido muy bien recibida por la doctrina -que suscribimos desde nuestros posicionamientos-, por la mayor estabilidad y seguridad que ofrece frente a las anteriores tipologías por tiempo determinado. El RDL-2021 lo potencia y justifica su introducción por corregir la práctica disruptiva del encadenamiento de los anteriores contratos temporales. Sin embargo, pensamos que, en el caso que nos ocupa del sector agrícola, esta modalidad presenta aun fisuras -pues no es el modelo ideal- y, sin duda, encontrará las inercias contrarias a su utilización por parte de los empleadores del sector agrícola. Algunos autores han manifestado que se trata de una "figura jurídico-contractual que, en la práctica, acumula una elevada dosis de precariedad, desprotección y agravios reguladores"[61].

En definitiva, no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato". Sin duda, este importante cambio incorporado en el texto de la reforma nos parece adecuado, aunque todavía habrá que estar atentos para comprobar con el transcurso del tiempo si las modificaciones introducidas por el RDL-2021 se adecuan a las necesidades reales del mercado de trabajo. En cualquier caso, respecto al sector agrícola, objeto de nuestro estudio, requerirá un seguimiento más cauteloso por las singularidades que ya se han expuesto con anterioridad.

Finalmente, y para concluir este apartado, unas breves pinceladas sobre el nuevo contrato formativo que, pese a no ser el modelo típico en el trabajo agrícola, su uso podrá adecuarse a determinadas circunstancias. El contrato con causa formativa ha estado situado en un lugar prioritario por parte del legislador. Su necesaria reforma se refleja con claridad en el texto normativo, disponiéndose a tal efecto la firme pretensión de "[...] establecer una regulación eficaz de los contratos formativos , que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral"[62]. En efecto, el impacto de la reforma en este ámbito ha quedado patente[63] en la nueva redacción del art. 11 LET- "un contrato formativo con dos modalidades: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al correspondiente nivel de estudios"[64]. Por ende, el objeto del contrato formativo se desdobla para cada una de las modalidades:

— El *contrato de formación en alternancia*, que tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo (art. 11.2 LET).

— El *contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios* (art. 11.3 LET).

[61] Aunque también se ha matizado -por parte de este autor- que podría servir de "fase intermedia hacia otra de mayor protección". *Vid*. Molina Navarrete, C.: "Nuevos contratos indefinidos en la reforma: ¿modelos de transición-transacción para estabilizar al personal investigador público?", *IUSLabor*, núm. 1, 2022, pp. 67-68.

[62] Integrado en el paquete de medidas y objetivos establecidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dentro del Componente 23, relativo a las "Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo". Concretamente en el capítulo de Reformas 4 "[…] adecuada regulación del contrato de formación". *Vid*. Bloque III del Preámbulo, Real Decreto-ley 32/2021, *op. cit*., p.7.

[63] No obstante, coincidimos -al menos parcialmente-con aquellas líneas críticas que abogan por haber aprovechado esta reforma para profundizar con un mayor alcance regulatorio en esta materia, sin dejar tan amplio margen al desarrollo reglamentario. El análisis del texto del Real Decreto-ley 32/2021 nos desvela esta situación, pues ya se encontraban regulados con anterioridad algunos aspectos esenciales, reorganizándose en esta ocasión para reconfigurar los nuevos modelos. *Cfr*. Gutiérrez Pérez, M.: "Una aproximación al nuevo contrato formativo a la espera de su desarrollo reglamentario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022, p. 330.

[64] *Vid*. Bloque IV del Preámbulo, Real Decreto-ley 32/2021, *op. cit*., p.9.

Confrontando la reforma con los precedentes históricos en España, cabe la duda de si estos cambios fortalecerán el fin pretendido o, por el contrario, actuarán como elemento disuasorio para los empleadores. El aumento significativo de las retribuciones, cotizaciones a la Seguridad Social y ampliación de las prestaciones sociales se manifiestan como avances muy destacados, reflejo de la clara intención del legislador por superar definitivamente la precariedad laboral. Pese a los cambios expuestos que evidencia una ruptura con la regulación anterior de esta figura contractual, otros elementos configuradores se mantienen. Con todo, creemos que la nueva configuración del art. 11 LET es más coherente e incorpora un modelo de contratación que refuerza su verdadera naturaleza formativa en aras de alcanzar la cualificación adecuada a las exigencias del mercado de trabajo. Ahora bien, la falta de desarrollo reglamentario que se desprenden de algunos apartados del mencionado art. 11 LET nos plantea una incertidumbre que impide poder concretar el verdadero alcance y eficacia de la reforma.

4. CONCLUSIONES

Primera. Nuestra metodología de estudio se ha centrado en conocer las singularidades y especiales características del sector agrario, así como la problemática inherente a las relaciones laborales que se desarrollan en el mismo. A través de la misma, hemos podido constatar que dicha especificidad requiere una regulación específica que sea capaz de dar respuestas adecuadas que aporten soluciones a los problemas existentes que difieren del resto de los sectores productivos. La aparición de nuevos factores ha provocado un replanteamiento -tanto a nivel global, como europeo y nacional- sobre la idoneidad de la regulación existente. En base a estos planteamientos iniciales, hemos llevado a cabo el análisis crítico sobre la adecuación del marco normativo actual -tras las reformas introducidas- a las necesidades reales que en la actualidad se requieren.

Segunda. La indagación sobre las características y singularidades de las relaciones laborales en el sector agrario español nos ha mostrado unas diferencias muy significativas con el resto de actividades laborales -especialmente con respecto a las industriales-. Estas peculiaridades resultantes de la revisión histórica han sido las siguientes: fluctuaciones estacionales acusadas, variaciones muy pronunciadas e irregulares, estacionalidad de las producciones y cultivos, formas de explotación y técnicas de cultivo que difieren de otros ámbitos sectoriales, incertidumbre o imprevisibilidad de las necesidades de la mano de obra que se deriva del factor climatológico o meteorológico. Junto a ellas, se ha podido verificar que del impacto que produce la innovación tecnológica en este sector y su incidencia en la mano de obra se derivan dos factores de suma importancia: de una parte, la exigencia de personal altamente cualificado en áreas de conocimiento como la ingeniería agrónoma, viticultura, biotecnología, etcétera; de otra, la escasez de mano de obra local para aquellas tareas más básicas de la actividad agrícola -que no requieren una alta cualificación- y que son asumidas por el colectivo de personas trabajadoras inmigrantes.

Tercera. En el plano global ha podido detectar el enorme interés que existe, por parte de la OIT, hacia los problemas derivados de las relaciones laborales en el sector agrícola. Concretamente, hemos podido identificar dos niveles de cobertura o protección de ámbito supranacional.

De una parte, el abordaje de la nueva implementación conceptual de "trabajo decente", como reflejo del reconocimiento del trabajo digno un derecho humano inherente a la persona. Es decir, perfilando un futuro del trabajo que confiera dignidad, seguridad e igualdad de oportunidades, y que amplíe las libertades humanas. En un plano más concreto, la OIT refiriéndose en concreto al trabajo decente en el sector agrícola ha elaborado un documento denominado *Trabajo decente y productivo en la agricultura* en el que se incluyen orientaciones y diversos enfoques para abordar los importantes déficits de trabajo decente en la agricultura, con atención especial a los trabajadores más vulnerables.

De otra, la OIT actúa proactivamente mediante la producción de instrumentos jurídicos -principalmente Convenios y Recomendaciones- que, en el caso que nos ocupa, están orientados a la protección de las personas trabajadoras en el ámbito agrario. En este sentido, desde los comienzos del decenio de 1920 se ha adoptado una serie de instrumentos específicos que dan cobertura sobre diferentes aspectos en esta materia.

Cuarta. Paralelamente, y en el ámbito regional que ocupa la UE, también hemos podido constatar el importante papel que desempeña la actividad agrícola en esta organización regional. Desde el año 1962 la PAC ha centrado los esfuerzos de la UE por canalizar dicha política común, reorientándola y reformándola en sucesivas revisiones con el fin de poder adaptarla a los cambios experimentados con el transcurso del tiempo. En la actualidad, la PAC ocupa un lugar muy destacado, tanto a nivel cuantitativo -por la elevada cantidad presupuestaria destinada a su financiación-, como desde la perspectiva cualitativa, por la importancia de las acciones y estrategias que se están adoptando. Por este motivo, ante la incertidumbre económica y el impacto medioambiental de la agricultura se han adoptado tres tipos de medidas: aquellas orientadas a las rentas de los agricultores, las dirigidas a compensar las disrupciones temporales de los mercados, y otras destinadas a propiciar el desarrollo rural. Respecto a su valoración crítica, dado que el nuevo PAC establecido para el periodo 2023-2027 se encuentra en la actualidad en fases incipientes de ejecución -restando una parte significativa de desarrollo-, no podemos aventurar a emitir una estimación con el rigor que se requiere.

Quinta. En España, un importante hito se produce con la reforma laboral llevada a cabo a cabo mediante el Real Decreto-Ley 32/2021. A través de dicha norma se da respuesta a los requerimientos de la UE -recogidos en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999- produciéndose un cambio de paradigma que busca hacer frente a la precariedad laboral que se ha mantenido en las últimas décadas. El objetivo fundamental es poner cota a la temporalidad laboral que se señala como el principal detonante de la inestabilidad existente en el mercado de trabajo español. Examinando los nuevos modelos contractuales y realizando su confrontación con las especiales características que presenta la actividad laboral del sector agrícola, creemos que el modelo de contrato indefinido no se adapta, a priori, a las especificidades de la actividad. Por este motivo, entendemos que las nuevas modalidades de fijo-discontinuo, de sustitución de la persona trabajadora, por circunstancias de la producción, se adaptarían mejor a las necesidades de dicho mercado de trabajo. Incluso, y debido al impacto de las nuevas tecnologías y avances científicos aplicados al sector agrícola, el nuevo contrato formativo, en cualquiera de sus dos modalidades, podría tener cabida en este sector. En cualquier caso, el tiempo transcurrido de vigencia es escaso, por este motivo habrá que prestar especial atención a la eficacia, eficiencia y efectividad de estos modelos, en relación a las necesidades que se requieren en la práctica.

Finalmente, y en relación a la operatividad de la norma, se aprecia una dependencia excesiva del desarrollo reglamentario. Cuestión que ha generado ciertas disfunciones al carecer del específico reglamento, lo que se traduce en la práctica en una desprotección ante la imposibilidad de aplicación de dicho instrumento jurídico. Creemos que, para evitar estos problemas de carencia sobre la aplicación y el desarrollo, tal vez hubiera sido conveniente asignar un mayor protagonismo a la negociación colectiva -mejor adaptación, mayor flexibilidad, etcétera-, especialmente, en el ámbito que nos ocupa, el de las relaciones laborales en el sector agrícola.

5. BIBLIOGRAFÍA

Baylos Grau A.P.: "Sobre el trabajo decente: la formación del concepto", en Monereo Pérez, J.L. y Márquez Prieto, A. (dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, pp. 299-311.

Cavas Martínez, F.: *Las relaciones laborales en el sector agrario*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1995. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/fondo/pdf/17300_all.pdf.

Cavas Martínez, F.: "El contrato de trabajo en la agricultura y su relación con otros sistemas de explotación agraria", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009, pp. 263-289. Disponible en: https://vlex.es/vid/agricultura-oacute-n-agraria-211618857.

Cavas Martínez, F.: "Sistema especial agrario. Configuración general y elementos caracterizadores del modelo de regulación", en VV. AA..: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomo II), Monero Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, A. L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 583-593.

Cavas Martínez, F. y García Romero, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", *Revista Temas Laborales*, núm. 94, 2008, pp. 203-235. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Temas%20laborales%20n%2094.pdf.

Comisión Europea: *Agricultura y Desarrollo Rural - PAC*. Disponible en: https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance_es.

Comisión Europea: *Pacto Verde Europeo*. Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es.

Gamiz López, A. y Sánchez López, A.: *El trabajo: problemática del empleo en la agricultura*. Madrid, Ministerio de Agricultura, 1980.

García Barbancho, A.: *Las migraciones interiores en España*, Madrid, Instituto de Desarrollo Económico, 1969. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/biblioteca/revistas/pdf_reas/r058_01.pdf.

Gómez Salado, M.A.: "Una panorámica de la contratación laboral tras la última reforma contenida en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Relaciones Laborales-Lan Harremanak*, núm. 48, 2023. Disponible en: https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/23791.

Leal Maldonado, J.L., Leguina Herrán, J., Naredo Pérez J.M., Tafarreta Puyal, L.: *La agricultura en el desarrollo capitalista español (1940-1970)*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1975.

Lozano Lares F.: "La Eficacia Jurídica del concepto de Trabajo Decente", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, n. 4, 2016, pp. 1-36. Disponible en: https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/428.

Martín Valverde, A.: "Legislación laboral y relaciones de trabajo en la agricultura", en VV.AA. *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Durán López, F. (Ed.), Córdoba, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1983.

Martín Valverde, A.: "Mercado de trabajo agrícola y la legislación social en el medio rural", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 2, 1985, pp. 22-31.

Ministerio Para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: *Evaluación Ambiental Estratégica*. Disponible en: https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/planificacion-hidrologica/nuevo-proceso-planificacion/evaluacion_ambiental.html

Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación: *El Plan Estratégico de la PAC de España*. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/pac/pac-2023-2027/plan-estrategico-pac.aspx.

Molina Navarrete, C.: "Nuevos contratos indefinidos en la reforma: ¿modelos de transición-transacción para estabilizar al personal investigador público?", *IUSLabor*, núm. 1, 2022.

Monero Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.

Monero Pérez, J.L, Arias Domínguez, A, Gorelli Hernández, J, y Vila Tierno, F.: *Protección social de los trabajadores del campo en el estado social autonómico. Aspectos laborales y de seguridad social*. Murcia, Laborum, 2019.

Organización Internacional del Trabajo: *Memoria del Director General para la 87a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Ginebra (Suiza), OIT, 1999. Disponible en: https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm.

Organización Internacional del Trabajo: *Nuevas perspectivas para la gobernanza del trabajo*, Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra (Suiza), OIT, 20 de febrero de 2018, Nota Informativa núm. 11. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_618376/lang--es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo: *Trabajar para un futuro más prometedor,* Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra (Suiza), OIT, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/publications/WCMS_662442/lang--es/index.htm.

Organización Internacional del Trabajo: *Trabajo decente y productivo en la agricultura,* Cartera de notas de orientación de políticas sobre la promoción del trabajo decente en la economía rural, Ginebra (Suiza), OIT, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/economic-and-social-development/rural-development/WCMS_437214/lang--es/index.htm.

Pérez Díaz, V.: *Emigración y cambio social*, Barcelona, Ariel, 1971.

Sevilla Guzmán, E.: *La evolución del campesinado en España: elementos para una sociología política del campesinado*, Barcelona, Ed. Península, 1979.

Rodríguez Ramos, M.J.: "La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.161, pp. 155-182. Disponible en: https://idus.us.es/handle/11441/133687.

Romero Coronado, J.: "Sistema especial agrario. Régimen jurídico", en VV. AA..: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomo II), Monero Pérez, J L y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, A. L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 595-607.

Ruiz Santamaría, J.L.: "Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol.7, núm. 4, 2019, pp. 112-136. Disponible en: https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/815.

Stevis D. y Boswell T.: *Globalization and Labor. Democratizing Global Governance*, Lanham, Massachusetts (USA), Rowman & Littefield, 2008.

VV.AA..: *La negociación colectiva en el sector agrario*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

VV.AA..: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomo II), Monero Pérez, J L y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y De Val Tena, A. L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2017.

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Los sistemas predictivos en la instrucción penal. Una iniciativa docente analítica de las carencias en el camino de un juez autómata

Predictive systems in criminal investigation. A teaching initiative analysing the shortcomings in the path of an automaton judge

Jaime Criado Enguix *Contratado Predoctoral FPU de Derecho Procesal. Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0003-3894-2610

Cita Sugerida: CRIADO ENGUIX, J. «Los sistemas predictivos en la instrucción penal. Una iniciativa docente analítica de las carencias en el camino de un juez autómata». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 77-92.

Resumen

La Inteligencia Artificial (IA) pretende, mediante sistemas programados, emular el pensamiento o la inteligencia humana, y ejercitar acciones como recopilar información, procesarla y validarla, siendo cada vez de mayor aplicación a múltiples áreas. La enseñanza del derecho procesal no ha sido ajena a su influencia. Sería interesante, como propuesta o experiencia piloto, trabajar en una metodología docente en la que, a modo de práctica, el profesor somete el funcionamiento de un determinado algoritmo para la resolución de conflictos, al análisis de sus efectos prácticos por los alumnos. Una vez se conocen los resultados que proporciona la máquina, se invitaría a los alumnos a hacer una disección de lo decidido por la IA, para valorar y evaluar, los sesgos, obstáculos, y problemas que se puedan detectar planteando una comparativa con una posible decisión humana. Esta tarea, a buen seguro, ayudará al alumnado a desarrollar la habilidad de escoger selectivamente la información y el material jurídico del que se dispone, y a razonar, con sólidos argumentos jurídicos, una adecuada solución a los problemas y conflictos jurídicos que se planteen. Y todo ello desde la óptica de la humanización de la tecnología y no de la tecnificación de la decisión.

Palabras clave

Inteligencia artificial; algoritmo predictivo; metodología docente; derecho procesal

Abstract

Artificial Intelligence (AI) aims, through programmed systems, to emulate human thought or intelligence, and to exercise actions such as gathering information, processing it and validating it, and is increasingly being applied to multiple areas. The teaching of procedural law has not been unaffected by its influence. It would be interesting, as a proposal or pilot experience, to work on a teaching methodology in which, by way of practice, the teacher submits the operation of a certain algorithm for conflict resolution to the analysis of its practical effects by the students. Once the results provided by the machine are known, the students would be invited to dissect the decision made by the AI in order to assess and evaluate the biases, obstacles and problems that can be detected by comparing it with a possible human decision. This task will surely help students to develop the ability to selectively choose the information and legal material available, and to reason, with solid legal arguments, an adequate solution to the legal problems and conflicts that arise. And all this from the point of view of the humanisation of technology and not the technification of the decision.

Keywords

Artificial intelligence; predictive algorithm; teaching methodology; procedural law

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN. UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL AL SISTEMA DE IA

Asistimos, en los últimos tiempos, a una especie de revolución digital, caracterizada por la sucesión de tecnologías cada vez más sofisticadas e inteligentes, programadas para alcanzar cotas

Fecha Recepción: 28/11/2023 - Fecha Revisión: 07/12/2023- Fecha Aceptación: 14/12/2023
Pags. 77-92

inimaginables, como imitar la inteligencia humana, limitándose, por tanto, no a una mera labor asistencial, sino también, en algunos campos, a una labor decisoria, o sustitutiva de la labor humana.

El ciudadano de a pie, en general, y el jurista, en particular, se ve inmerso en una nebulosa de conceptos normalmente de origen anglosajón, cuyo significado, en muchas ocasiones, desconoce, a saber: *big data*, *cryptocurrencies*, *machine learning*, *blockchain*, *deep learning*, *smart contract*, *data mining*, entre muchos otros.

Todo apunta a una nueva era en la Justicia[1], que no puede coexistir con una Administración de Justicia que aún continúa sobre el papel, y que se sustancia tan sólo de manera presencial, sino que, en los límites que marca la ética y la moral[2], ha de mutar en una justicia moderna, que implemente medios de investigación más eficaces en la prevención del delito, y aumente la eficacia y globalización del proceso.

Se aspira a un cambio en la *praxis* judicial, que convierta el procedimiento en uno ágil, *online* e interconectado, y venga a sustituir el actual modelo ralentizado, escrito y presencial.

No obstante, primero conviene, a los efectos de esta intervención, aclarar, al menos, qué se entiende por Inteligencia Artificial, y, en concreto, entrar a conocer, siquiera sucintamente, su falta de transparencia o explicabilidad, como desafío y aliciente para el alumnado para tratar de comprender y descifrar sus decisiones, y construir las suyas propias.

Esta labor de concienciación y formación del alumnado resulta relevante, por cuanto afirma el Parlamento Europeo[3] que la alfabetización digital sirve para aprovechar plenamente las ventajas de esta tecnología, evitando, con ello, que la falta de conocimientos derive en una brecha digital.

Por consiguiente, no podemos comenzar este análisis sin arrojar, de entrada, el concepto de IA que proporciona el Parlamento Europeo y el Consejo, en su Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial[4]; define, en su art. 3.1, IA como: "*el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I (a saber, Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, (...)). Y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa*".

[1] BARONA VILAR habla de una cuarta revolución industrial (4.0), en que la incorporación de sistemas inteligentes, algoritmos y modelos computacionales en el asesoramiento, predicción y toma de decisiones judiciales es ya una realidad. La autora adopta un interesante enfoque, en que analiza las dudas que plantea la robotización judicial desde el punto de vista de la individualización de la pena, la responsabilidad de la máquina y la afectación de derechos de las personas. *Vid*., Barona Vilar, S.: "Cuarta revolución industrial (4.0) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia", *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2019, p. 5.

[2] Para GÓMEZ COLOMER "*todo tiene sus riesgos. Sostiene que el uso de la IA puede ser muy satisfactorio, muy bueno, muy conveniente, pero también todo lo contrario, de ahí que desde las iniciativas privadas y públicas (...) se incida en definir claramente los límites que la IA no puede traspasar por existir un derecho humano o un derecho fundamental que se opone a ello*". *Vid*. Gómez Colomer, J.L.: "Derechos fundamentales, proceso e inteligencia artificial: una reflexión" en VV.AA.: *Inteligencia Artificial Legal y Administración de Justicia*, Calaza López, S., Llorente Sánchez-Arjona, M. (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2022, p. 283.

[3] *Vid*., Parlamento Europeo (2022), Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital, Considerando 83º.

[4] Comisión Europea (2021), Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 206 final. 2021/0106(COD).

En una línea bastante similar, el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*) de la Comisión Europea, define IA como aquellos "*sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que, ante un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital: percibiendo su entorno, a través de la adquisición e interpretación de datos estructurados o no estructurados, razonando sobre el conocimiento, procesando la información derivada de estos datos y decidiendo las mejores acciones para lograr el objetivo dado (...)*"[5].

Si recurrimos al panorama doctrinal, no podemos hacerlo sin antes citar a MCCARTHY, considerado padre de la IA, quien, en 1956[6], por vez primera, acuño este término, y lo definió como: "*la ciencia e ingeniería de hacer máquinas inteligentes*".

Con el paso del tiempo, la definición de MCCARTHY ha ido cayendo en la obsolescencia. Ya lo advirtió en su momento BARONA VILAR, que, a medida que la tecnología ha ido avanzando, y también lo ha hecho nuestra capacidad de comprensión de la misma, el mismo concepto de IA ha ido variando[7].

MUÑOZ VILLAREAL y GALLEGO CORCHERO[8] ayudan en la concreción de este término. Señalan que, cuando hablamos de IA, fácilmente se puede caer en el error de pensar únicamente en robots, no obstante, estos sistemas abarcan mucho más: están presentes cuando la cámara reconoce los rostros, cuando realizamos búsquedas en Internet, o cuando usamos *Google Maps*, entre otros ejemplos cotidianos.

El campo de la IA no abarca un solo concepto o sistema, sino un conjunto de áreas diversas, que pueden complementar nuestra noción actual de inteligencia artificial, a saber: aprendizaje de máquina, aprendizaje profundo (*Deep learning*), procesamiento de lenguaje natural (PLN), Chat GPT y *chatbots*, entre otros tantos[9].

Frente a ello, no han faltado los autores que han tratado de clasificarlas en compartimentos estancos, entre ellos, sin duda, LÓPEZ DE MÁNTARAS[10]. Este autor distingue entre IA débil e IA fuerte: la primera alude a la ciencia o ingeniería que permite programar ordenadores de forma que realicen tareas que requieren inteligencia; y, la segunda, representa aquella ciencia que permitirá emular la inteligencia humana mediante máquinas. Dos conceptos que aluden, básicamente, a las dos corrientes de la IA, el conexionismo (IA débil) y la ingeniería del conocimiento (IA fuerte). Sin embargo, otros muchos autores, entre ellos, el recién citado, subdividen, a su vez, estas dos categorías

[5] European Commission, Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence: A definition of AI: main capabilities and disciplines, 8 April 2019, p. 6.

[6] En julio de 1956, se celebró la Conferencia de Verano sobre Inteligencia Artificial en el Dartmouth Collage, organizada por John MaCarthy a la cual asistieron otros nueve noveles científicos, como Marvin Minsky, Claude Shannon, entre otros, para presentar sus respectivos trabajos y poner en común una serie de líneas de investigación para futuras investigaciones. Esta Conferencia constituyó el punto de inflexión a partir del cual arrancaría la IA como campo de investigación.

[7] Barona Vilar, S.: *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, p. 94.

[8] Muñoz Villareal, A., Gallego Corchero, V.: "Inteligencia artificial e irrupción de una nueva personalidad en nuestro ordenamiento jurídico ante la imputación de responsabilidad a los robots", *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 69.

[9] Al respecto, *vid*., Arenas, M., Arriagada, G., Mendoza, M. y Prieto, C.: *Una breve mirada al estado actual de la Inteligencia Artificial, Pontificia Universidad Católica de Chile*, 2020, dado que despliegan un análisis de rigor en torno a las principales ramas de la IA y sus usos más frecuentes.

[10] López de Mántaras, R.: *Inteligencia Artificial*. Ed. Catarata, 2017, p. 18.

en cuatro modelos. El primero de ellos es el modelo simbólico, luego el conexionista, el evolutivo y el corpóreo.

En dicho concepto, el modelo simbólico se corresponde con la IA que se basa en el razonamiento lógico y en la búsqueda heurística para comprender los problemas, sin la necesidad de integración del sistema a un cuerpo o la necesidad de que esté situado en un entorno real, operando con representaciones abstractas del mundo real, que se basan en lenguaje de representación matemática. Dicho modelo de representación lógica ha avanzado de la simple programación de un sistema hacia nuevas aplicaciones que involucran la toma de decisiones y el aprendizaje.

El aprendizaje permite que la inteligencia artificial pueda realizar procesos de decisión basados en los criterios aprendidos, los cuales pueden ser revisados, o no, por un experto humano. Dicho proceso se programa por medio de algoritmos. El algoritmo, entiende MERCADER UGUINA[11], es "*(…), un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o un resultado (…), una descripción precisa de los pasos que nos llevan a la solución de un problema planteado*". Por su lado, PERIS MANGUILLOT[12] define algoritmo como "*un conjunto de instrucciones o reglas definidas y no ambiguas, ordenadas y finitas que permite, típicamente, solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos y llevar a cabo otras tareas o actividades*".

Básicamente, de las definiciones transcritas, se puede convenir que el algoritmo se materializa en un conjunto de instrucciones, comandos o parámetros aplicables a una determinada situación que es el objeto de tratamiento por el algoritmo. Dicho conjunto de soluciones o comandos no es aleatorio, sino que proviene de un número de casos idénticos o similares que permiten al algoritmo basar sus decisiones, en orden a obtener un resultado válido.

Bajo un prisma más científico-técnico, se podría decir, en términos del ingeniero ALBORNOZ CABELLO[13], que el aprendizaje automático (*machine learning*) constituye una de las ramas de la IA que permite incorporar técnicas para que las máquinas aprendan, lo cual se logra "*a través de la búsqueda de algoritmos y heurísticas que trasladan muestras de datos en programas de computadora, sin necesidad de que estos sean totalmente escritos*".

Para interpretar y comprender estos datos, el ser humano no es capaz de programar un conjunto concreto de especificaciones para las tareas que desea emplear la máquina, lo que determina la necesidad de dotar a las computadoras de la capacidad de aprender de la experiencia (pasada) y, por medio de lenguaje matemático e indicadores, llevar a cabo predicciones, correlaciones entre patrones (no guiados por una relación de causalidad[14]), adaptándose con ello a las nuevas situaciones que se les impone, al igual que haría un ser humano, que es donde se aplicaría el aprendizaje automático.

[11] Mercader Uguina, J. R.: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2022, p. 18.

[12] Peris Manguillot, A.: "Algoritmos ¿podemos hacerlos transparentes y trazables en su proceso? en VV.AA.: *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Cotino Hueso, L., Castellanos Claramunt, J. (Eds.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 71.

[13] Albornoz Cabello, G.A.: *Aplicación del aprendizaje automático supervisado en el mantenimiento predictivo de los motores eléctricos de inducción en las empresas mineras del Perú*, Tesis, Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica, Universidad Nacional del Centro del Perú, 2021, pp. 24-25.

[14] Al respecto, COTINO HUESO explica magistralmente que "frente a la contrastación de una hipótesis a partir de los datos, se descubren correlaciones sin conocer previamente la causa. Así sucede al probar casi aleatoriamente la posible correlación entre datos en principio totalmente distantes". *Vid*. Cotino Hueso, L.: "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, núm. 24, 2017, p. 133.

Así, el empleo de la IA resulta cuando menos novedosa, por cuanto tiene la capacidad de autoaprender de experiencias pasadas, analizar el entorno al que se enfrenta, y arrojar predicciones probabilísticas basadas en correlaciones entre patrones, y no en una relación de causalidad.

Esto, no obstante, como bien explica VALLE ESCOLANO[15], "*los datos que alimentan a dichos algoritmos pueden contener sesgos que inciden en la decisión tomada, lo que finalmente tiene impacto en las personas y en sus derechos*".

Un enfoque claro, e interesante para paliar los eventuales efectos adversos de una IA contaminada, sería, sin duda, apostar por su transparencia, en fase de programación (o introducción de los *inputs*), así como en fase de resolución del algoritmo, ya que, lo más complejo es descifrar el íter procesal, o razonamiento argumental, seguido por la máquina para emitir un pronunciamiento/ *output* concreto.

Se sacrifica, ciertamente, el deber de emitir una sentencia fundada en derecho (art. 24.1 CE), en *pro* de un sistema eficaz, y de alto rendimiento. Se plantea un claro dilema. Como bien explica MONEREO PÉREZ[16] los estudiosos de la ciencia jurídica nos vemos forzados a elaborar nuevos conceptos y nuevos derechos, llamados a combatir cualquier peligro, de nuevo cuño, "*por más que, como bien es sabido, el Derecho siempre haya de transitar un paso por detrás de la realidad social que trata de normar*"

Esta labor de combate se pretende ejercer, modestamente, en las aulas, a través de una experiencia docente piloto. Concretamente, vengo impartiendo la asignatura Procesal II (Proceso Penal), en la que se explica, entre otras cuestiones, la relevancia de la tutela cautelar para asegurar el adecuado desarrollo de un proceso, proteger determinados bienes, o proteger a la víctima. Esta labor, que desempeña el Juez en fase de instrucción, puede ser asistida por herramientas inteligentes de justicia predictiva, que se emplean para arrojar una estimación en torno a la probabilidad de reincidencia del *reo*, asesorando al juez en cuanto a la medida cautelar a adoptar que resulte más idónea. No obstante, se vuelve aquí a reiterar, la implementación de la IA en la instrucción penal se enfrenta a serios desafíos y controversias, no sólo por la falta de transparencia algorítmica (donde ahondaremos fundamentalmente), sino por razones morales y éticas, pues la cuestión radica en determinar hasta qué punto deberíamos delegar en una máquina la tarea de decidir cuestiones tan trascendentes como la libertad de la persona.

Por ello, se insiste en las aulas, la apuesta por estas herramientas debe hacerse con suma cautela. La cuestión requiere que se indique, con rigor y claridad, no sólo qué puede y qué no puede hacer una máquina, sin cómo lo puede hacer. A esto precisamente está llamada la metodología docente que se propone.

2. SISTEMA INTELIGENTES DE JUSTICIA PREDICTIVA

Las herramientas inteligentes predictivas constituyen aquellos sistemas tecnológicos que anticipan eventos futuros, y, pueden, por ejemplo, estimar, o predecir, la existencia de posibles y potenciales peligros o riesgos que pueden acontecer, como, *v.gr.*, si un presunto autor del delito - ya detenido - tiene riesgo de reiteración delictiva.

[15] Valle Escolano, R.: "Transparencia en la inteligencia artificial y en el uso de algoritmos" en VV.AA.: *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Cotino Hueso, L., Castellanos Claramunt, J. (Eds.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 102.

[16] Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídicolaborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum. nº 8, 2023, p. 11-12.

Los algoritmos no son una ciencia perfecta e infalible, empero sí miden el grado de probabilidad de que algo suceda en base a los datos existentes y recopilados; esta información, recabada en la actividad policial (fase previa al proceso), sin duda, sirve de orientación al Juez para determinar las medidas cautelares a adoptar en fase de instrucción judicial. Así lo argumenta la magistrada SÁNCHEZ CORDERO, en sentencia de la AN (Sala de lo Contencioso), de 30 de septiembre de 2020 (núm. rec. 2187/2019), Fundamento de Derecho Tercero, "*la medición policial del riesgo no es decisiva para el juez, pero es información especializada de asesoramiento útil para la valoración judicial de la «situación objetiva de riesgo para la víctima» que exige la ley procesal en la adopción de medidas cautelares de protección, junto con otros instrumentos de valoración*".

Regularmente, los jueces han basado sus decisiones en las máximas de la experiencia, infiriendo conclusiones a partir de las probabilidades deducidas del conglomerado de los datos y de las circunstancias concretas de cada caso e, inevitablemente, de los resultados de casos anteriores prácticamente iguales o muy similares. Si bien estos profesionales han recibido amplia y extensa formación, y disponen de recursos legales y jurisprudenciales para ello, en ocasiones, con casi total probabilidad, albergan o habrán albergado *"a reasonable doubt"*[17], habida cuenta de que los casos concretos siempre presentan matices, y de que la predicción de comportamientos futuros resulta siempre complicada -máxime para aquellos jueces que no tienen apenas experiencia-.

El hecho de que el Juez o Fiscal en ocasiones albergue una duda razonable no equivale a que la IA se torne en imprescindible para asistir o, en un caso extremo, sustituir la labor de estas autoridades en la toma de decisiones basadas en la predicción de comportamientos futuros y en la detección de posibles riesgos, pues, como apuntábamos, la IA no se trata de una ciencia exacta, sino que presenta sus luces y sus sombras[18]. Su legitimidad en la fase cautelar ha abierto interesantes espacios de debate. De un lado, autores como LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA[19], alertan de los peligros que entraña el que una máquina decida automáticamente la libertad o prisión de una persona (dejando al margen aquellos casos en que se emplea en fase de ejecución, donde la posibilidad de acierto es más alta, al estar respaldada por una sentencia firme de condena); y, de otro, una línea doctrinal conformada, entre otros, por DE HOYOS SANCHO[20], que declaran que, si bien es cierto que resulta complicado admitir juicios predictivos de peligrosidad de un sujeto cuando todavía tiene la presunción de inocencia a su favor, no obstante ello, "*puesto que las medidas cautelares son necesarias y es aceptado que uno de sus fundamentos es evitar el riesgo de reiteración delictiva, no tiene mucho sentido limitar los instrumentos cognitivos del juez*".

Al margen de lo anterior, ya ubicados en fase cautelar, es preciso resaltar que también se ha vertido ingente doctrina en torno a si la labor predictiva del algoritmo debe ser asistencial, complementaria o sustitutoria. Más allá de cualquier posicionamiento, lo cierto es que, a día de hoy, existen cuestiones pendientes por resolver, como: ¿quién responde de los perjuicios ocasionados por

[17] Por fortuna, nuestro ordenamiento jurídico prevé un sistema de doble instancia, un sistema de recursos a través del cual las partes pueden procurar la modificación o anulación de una resolución judicial aún no firme que les perjudica.

[18] Además, ésta - deshumanizar la justicia - no ha de ser el fin primordial de la IA, sino más bien, como indica la jueza e investigadora CUATRECASAS MONFORTE - "*dotar a la Administración Pública de mejores y más medios técnicos que sirvan para auxiliar y dar soporte a los ya existentes y a las personas que están al servicio de la investigación de las causas penales*". *Vid*., Cuatrecasas Monforte, C.: *La Inteligencia Artificial en el proceso de instrucción español: posibles beneficios y potenciales riesgos*, Universita Ramon Llull, 2022, p. 316.

[19] Llorente Sánchez-Arjona, M.: "Inteligencia artificial, valoración del riesgo y derecho al debido proceso" en VV.AA.: *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Calaza López, S., Llorente Sánchez-Arjona, M. (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2022, p. 383.

[20] De Hoyos Sancho, M.: "El Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como "sector de riesgo", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 76, octubre-diciembre 2020, p. 32.

un algoritmo predictivo que arroja una estimación errónea? ¿cómo rebatir un resultado algorítmico, cuyo razonamiento decisorio es opaco, o inaccesible al justiciable?

Personalmente, hasta tanto se diluciden estas cuestiones (que escapan del objeto de esta investigación), lo prudente es, como bien establece MARTÍN DIZ[21], "*posicionarse hacia la admisibilidad de sus funciones asistenciales de apoyo a decisiones jurisdiccionales (o arbitrales), dando soporte a las mismas desde las recomendaciones u orientaciones que puedan elaborar, pero sin sustituir ni reemplazar la actividad jurisdiccional o arbitral humana*".

En el marco del proceso penal, son varios los algoritmos predictivos de riesgo que se utilizan previamente por la policía judicial, auxiliando en base a la estimación arrojada por el algoritmo al Juez en la toma de decisiones concretas, que afectan a la libertad del presunto delincuente, como la adopción de medidas cautelares, o medidas con posteridad al juicio, como las relativas a la libertad condicional.

De entre las distintas herramientas que integran la "justicia predictiva", cabe comenzar por *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (en adelante, COMPAS) técnica de evaluación de riesgos, por excelencia, empleada en el ámbito judicial penal estadounidense, desarrollada en 1998 por una empresa privada (*Northpointe*). Contiene un algoritmo que, por un lado, calcula la probabilidad de que un acusado reincida y, por otro, sugiere qué tipo de supervisión/tratamiento debería este recibir en prisión, y todo ello a partir de la información recopilada sobre su conducta pasada y la realización de un cuestionario. No obstante, el origen de los datos, la totalidad de los factores que se tienen en consideración y el peso que se otorga a cada uno de ellos, permanecen ocultos, por lo que resulta imposible entender qué hay detrás de los resultados que el sistema arroja.

Además de COMPAS, existen otras herramientas inteligentes de evaluación de riesgos de reincidencia, entre los que cabe destacar:

— El algoritmo LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*), se usa en los permisos de salida y la libertad condicional de los procesados; aquí, la ponderación utiliza criterios como los antecedentes penales, lugar de residencia, educación, empleo, ocio, familia, problemas de alcohol o drogas, actitudes emocionales y personales.

— Por otro lado, se encuentra el algoritmo HART (*Harm Assessment Risk Tool*), diseñado por la policía de Durham (Inglaterra), cuya función es predecir el nivel de riesgo de los individuos de cometer delitos en un lapso de dos años, en base a criterios como la edad, el sexo o el historial de delitos; este algoritmo ayuda a determinar si el individuo que tiene un riesgo bajo puede ser enviado por los agentes de policía a un programa de rehabilitación denominado *Checkpoint*.

— En España, contamos, entre otros, con experiencias constatables mediante el sistema *VioGen*. Esta es una técnica informática de ámbito nacional, que emana de la Secretaría de estado de seguridad del Ministerio del Interior, en funcionamiento desde 2007, aunque ha sido objetiva de numerosas actualizaciones. Entre sus cometidos destaca la realización de valoraciones policiales del riesgo de las víctimas denunciantes de sufrir una nueva agresión o acto de violencia de género, y, en función del resultado, protegerlas.

[21] *Vid*., Martín Diz, F.: "Modelos de aplicación de inteligencia artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria", *Justicia algorítmica y neuroderecho: Una mirada multidisciplinar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 83.

En síntesis, los diversos tipos de algoritmos de riesgo analizados ponderan diferentes variables y son utilizados primordialmente con el objetivo de anticipar la decisión criminal o la reincidencia, e inclusive apoyan la toma de decisiones relacionadas con la libertad, rehabilitación o servicios sociales.

Tales técnicas plantean claros beneficios y utilidades tanto en el ámbito policial, como judicial y, por supuesto, en el ámbito académico, donde nos detendremos:

— En el ámbito jurisdiccional propiamente dicho, puede no sólo mejorar enormemente la eficiencia de los trámites judiciales, y mejorar la calidad de las decisiones emitidas por jueces, sino que les permite observar de manera estadística los precedentes más importantes relacionados a un caso, y muchas de sus variables, por lo que están llamados a convertirse en un asistente clave de los jueces.

— En la actividad policial, la capacidad de anticipar un futuro delito refuerza la labor policial predictiva de la policía, y le permite una asignación de recursos más eficiente.

— En el plano académico también está llamado a reportar utilidades, principalmente por el desafío que supondría plantear al alumnado la tarea de descifrar, con respuestas jurídicas, el razonamiento o iter argumental seguido por el algoritmo.

Como bien enfatiza ESPARZA LEIBAR[22], "*los riesgos que deben ser conjurados para generar confianza se centran en el respeto a los derechos fundamentales, para lo que cuestiones como la transparencia, la responsabilidad, la privacidad o los sesgos en la adopción de decisiones autónomas, deben ser correctamente detectadas y resueltas*".

En nuestra propuesta piloto, se trabajará sobre el valor de la transparencia, como alternativa clara para paliar la opacidad del algoritmo, y detectar los sesgos concurrentes.

Los algoritmos no pueden argumentar el porqué de sus decisiones. Ello resulta cuando menos objetable, por cuanto desprovee al justiciable de una base sobre la que recurrir, vulnerando su derecho a un recurso efectivo, que forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Por ello, señala BARONA VILAR[23], resulta preciso "*construir una IA explicada*". Sería interesante iniciar esta labor desde las instancias académicas, en las aulas.

3. LA INEXPLICABILIDAD DEL ALGORITMO

Un foco de riesgo, así como de suspicacia respecto del algoritmo, reside en la falta de transparencia, la difícil explicabilidad, y la ausencia de conocimiento de la regla algorítmica concreta que se ha empleado para basar una decisión judicial.

Es común que los algoritmos funcionen siguiendo un modelo de caja negra, es decir, el usuario tras introducir los datos en el modelo obtiene unos resultados, pero se desconoce el camino o íter recorrido para llegar a los mismos.

En términos de BATHAEE, el principal problema de la caja negra o black box puede ser definido como la "*incapacidad de comprender plenamente el proceso de toma de decisiones de un*

[22] Esparza Leibar, I.: "La inteligencia artificial y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal" en VV.AA.: *Justicia algorítmica y neuroderecho…op.cit.,* p. 276.

[23] Barona Vilar, S.: "Una justicia "digital" y "algorítmica" para una sociedad en estado de mudanza", *Justicia algorítmica y neuroderecho…op.cit.*, p. 54.

sistema de IA y la incapacidad de predecir las decisiones o los resultados de la mismos"[24]. Explica CATALINA BENAVENTE[25] que el peligro en torno a la utilización de Inteligencia Artificial aumenta cuando se utilizan algoritmos de "caja negra", que impiden en base a criterios la máquina ha decidido o seleccionado.

Las resoluciones basadas en algoritmos adolecen de una clara falta de transparencia que obedecen a diversos factores, en este punto, concretamente, nos referiremos a dos: de un lado, a la complejidad de la estructura de un algoritmo, como en el caso de una red neuronal profunda, en que existen miles de neuronas artificiales que trabajan juntas de modo difuso para resolver un problema; y, de otro, a la difícil explicabilidad del sistema predictivo, esto es, a la dificultad para traducir en un lenguaje fácil y comprensible el íter seguido por la máquina predictiva para adoptar una decisión.

Tal opacidad o difícil explicabilidad del sistema de IA puede lesionar el derecho de defensa[26], pues si se priva a los litigantes de información acerca de la regla algorítmica empleada en la toma de decisiones, el justiciable desconoce la motivación o fundamentación de la misma, lo que le desprovee de una base concreta sobre la que recurrir o impugnar, pilar básico del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso penal (art. 24 CE).

Una vez se accede al código fuente, es posible detectar sesgos, o tendencias que favorecen a un colectivo frente a otro. Y es que, la IA, en relación al proceso penal, suscita serias dudas no sólo con relación al cumplimiento del principio de transparencia, sino también al de no discriminación. Y esto último trae causa de los sesgos discriminatorios. Riesgos estos que, a juicio de la Comisión Europea, tienen la consideración de alto riesgo[27], al tener un impacto negativo en los derechos fundamentales de las personas. Nos detendremos en los sesgos que arroja el algoritmo.

4. TENDENCIA AL SESGO ALGORÍTMICO

Un riesgo crítico y propio de operar con algoritmos en sede de justicia es, sin duda, la concurrencia de sesgos. Ya los reconocidos psicólogos israelís, KANHEMAN y TVERSKY, se embarcaron, en su investigación, en el análisis de la teoría relativa a que las decisiones del ser humano, *per se*, no son completamente objetivas, ni informadas. Mantienen que el ser humano dispone de información parcial, a la que hay que sumar la experiencia, las creencias, los valores y los prejuicios anteriores, todo lo cual, inconscientemente, le infunde una determinada visión, prejuiciosa, o sesgada, de la realidad, con determinadas inclinaciones o preferencias. Ello, unido al hecho de que se presentan al ser humano abundantes contextos en los que tiene que adoptar una decisión, le lleva, inexorablemente, a mecanizar sus decisiones, ya sesgadas. Esto, señalan los referidos autores, es lo que se conoce como los heurísticos (o "atajos") de pensamiento[28].

El razonamiento humano, no es tan perfecto, ni meditado, como pudiera pensarse, más bien al contrario, cae, cada vez más, en automatismos, similares a los de una máquina. NIEVA FENOLL[29]

[24] Bathaee, Y.: "The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation". *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31 (2), 2018, pp. 893 y ss.

[25] Catalina Benavente, Mª. A._ "La identificación de pasajeros "sospechosos" a través del tratamiento masivo de sus datos PNR" en VV.AA.: *Justicia algorítmica y neuroderecho…op.cit.,* p. 352.

[26] En este sentido, NIEVA FENOLL apunta que no es posible elaborar una mínima estrategia defensiva si no se puede conocer cómo decide la máquina. *Vid*. Nieva Fenoll, J.: *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 139 y ss.

[27] Comisión Europea: "*Nuevas normas sobre la Inteligencia Artificial: preguntas y respuestas*", Bruselas, 21 de abril de 2021, p. 2.

[28] Kanheman, D., Slovic, P. y Tversky, A.: "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Cambridge University Press*, 1982, pp. 3 y ss.

[29] Nieva Fenoll, J.: *Inteligencia artificial y proceso judicial,* Ed. Marcial Pons, 2018, p. 45.

profundiza de manera excelente en esta cuestión, y explica que un heurístico "*es una especie de directriz general que podemos seguir los seres humanos para tomar una decisión. A la hora de decidir, cualquier persona acostumbra a recordar una situación análoga en la que obró de una determinada forma, determinando así el patrón de conducta más frecuente, volviendo a actuar en la situación concreta del mismo modo*". Por tanto, las situaciones se generalizan, se desvanecen los matices, y se toman decisiones automáticas en espacios muy breves de tiempo.

Todo lo dicho nos reafirma básicamente como seres humanos, que, fruto del entorno social, cultural, económico e ideológico en el que nos desenvolvemos, y presos de un ritmo de vida cada vez más acelerado, nos volvemos más propensos a esos heurísticos de pensamiento, que no hacen sino automatizar decisiones sesgadas.

Por otro lado, si nos centramos ya en el término sesgo, no podemos comenzar sin antes recurrir a la definición que acuñan los expertos psicólogos americanos DANKS y LONDON[30], que entienden que se trata de: "*a deviation from a standard*", es decir, una desviación de un estándar. En función de la norma que se tome como punto de referencia, hablaremos de un tipo de sesgo, o de otro: verbigracia, estaremos ante un sesgo estadístico cuando una estimación del algoritmo se aleja de una norma, o de un valor real estadístico; o, ante un sesgo de tipo moral, cuando el algoritmo está nutrido o entrenado con ciertas convicciones que se desvían de una norma moral, etc.

Desde Europa, las instituciones entienden este término de un modo similar. El Parlamento Europeo, en Resolución de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en el apartado definiciones, art. 4.l), define sesgo como "*toda percepción personal o social prejuiciosa de una persona o de un grupo de personas sobre la base de sus características personales*".

De lo expuesto se puede extraer una primera idea en claro, y es que este pensamiento sesgado, es, en exclusiva, consecuencia de la condición humana. Y es éste el que, mediante ingeniería informática, traslada estos sesgos a las máquinas inteligentes que crea, y entrena, a su libre albedrío. Recuérdese que el algoritmo, *per se*, es neutro, cuestión distinta es el patrón que le imprime su creador, que, en la mayoría de las ocasiones, no es otra cosa que su pensamiento sesgado.

Por tanto, el sesgo algorítmico proviene, básicamente, del reflejo en él de estos heurísticos de pensamiento de su programador -cargado de prejuicios, tendencias e inclinaciones sociales, morales o culturales-. Este, a nuestro juicio, es el orden lógico que siguen los sesgos algorítmicos: primero, el programador crea el algoritmo, al que imprime un patrón discriminatorio inicial; y, el algoritmo, como *software* o aplicación informática inteligente, que presumimos *iuris tantum* funciona correctamente, sin disfunciones, se programa para que automatice, aprenda y perpetúe el patrón en cuestión[31].

[30] Danks, D., London, A.L.: "Algorithmic Bias in Autonomous Systems", *Proceedings of the 26thInternational Joint Conference on Artificial Intelligence,* 2017, p. 4692.

[31] MARTÍN LÓPEZ aporta otro enfoque en relación a esta secuencia, y apoya la tesis de que todo proceso decisional, ya sea computacional o humano, por su propia naturaleza, o reglas de funcionamiento, incorpora sesgos. "*(...) su función intrínseca es, precisamente, la de seleccionar y priorizar unos datos o inputs frente a otros, por lo que los criterios utilizados para ello también mostrarán determinadas inclinaciones. Por tanto, no parece posible una decisión humana o computacional carente de cualquier tipo de sesgo, siempre que aquélla no sea aleatoria*". *Vid*., Martín López, J.: "Inteligencia artificial, sesgos y no discriminación en el ámbito de la inspección tributaria" en *Artículos científicos, crónica tributaria*, núm. 182, 2022, p. 66.

Sin ánimo de ser exhaustivos, cabe señalar, mínimamente, que existen diferentes tipos de sesgos. GUTIÉRREZ DAVID[32], realiza la siguiente clasificación:

i) *preexistentes*, esto es, que existen desde el momento de la génesis del algoritmo, que se ha sido entrenado con datos sesgados;

ii) *técnicos*, es decir, aquellos que surgen por anomalías o disfunciones técnicas del sistema;

iii) o *emergentes*, aquellos que surgen y sólo son detectables después de que los usuarios hayan interactuado con el algoritmo.

En atención al matiz arrojado *ut supra*, cabría descartar por nuestra parte los sesgos técnicos, o dimanantes de una actuación del algoritmo anómala; ello porque entendemos que el proceso computacional es neutral y objetivo hasta que se demuestre lo contrario. Destruida, en su caso, esta presunción, ya sí, cabría hablar y admitir que, a los sesgos humanos iniciales y preexistentes en el algoritmo, se le han adicionado sesgos o desviaciones generadas por un desorden o alteración del funcionamiento interno del algoritmo.

Dicho lo cual, parece que, salvo en el caso de sesgos técnicos - que pueden ser salvables mediante una correcta intervención periódica por parte de un equipo de informáticos especializado - en el resto de supuestos, existe un elemento psicológico, propenso al sesgo cognitivo, que el ser humano, consciente, o no, imprime en el patrón del algoritmo, y que resulta indisociable de su código fuente. Por tanto: ¿cómo evitar el sesgo en el algoritmo? Pues bien, la cuestión no radica tanto en tratar de crear una IA completamente libre de sesgos, pues, como venimos señalando, el algoritmo y los sesgos son, en la mayoría de ocasiones, indisociables, por la condición humana de su creador. La cuestión radica en no confundir el término sesgo, con el término discriminación jurídica. Este último, según el art. 1 del Convenio de la OIT, "*(...) comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (...)*". El art. 14 CE establece que "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*". Por tanto, entramos en terreno de discriminación jurídica cuando una resolución judicial favorece a un colectivo frente a otro, por una preferencia basada en los motivos o causas sensibles prevista en la ley: religión, raza, color, etc., y ello se detecta.

El sesgo no conlleva necesariamente una discriminación jurídica. Habría que atender cada caso específico, y analizar, cuidadosamente, si el trato diverso proporcionado a un justiciable descansa o no en alguna de las causas protegidas, o más bien responde a un parámetro objetivo.

[32] Gutierrez David, M.E.: "Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de las cajas negras decisionales", Derecom, 30, 2021, p. 167. Por su lado, el profesor AMUNÁTEGUI ha identificado tres tipos de sesgos que puede adquirir un sistema de IA: i) el sesgo de *interacción*, que se presenta cuando el propio programador, inadvertidamente, introduce un sesgo por el modo en el que interactúa con él; ii) el sesgo *latente*, aparece por un error técnico de la máquina, cuando efectúa correlaciones inapropiadas entre los datos, dando lugar a falsos nexos entre los datos; iii) y sesgo de *selección*, el cual tiene lugar cuando los datos recopilados no es suficientemente representativo de la diversidad del medio social. *Vid*., Amunátegui Perelló, C. y Madrid, R.: "Sesgo e Inferencia en Redes Neuronales ante el Derecho", en VV.AA.: *Inteligencia Artificial en América Latina y el Caribe. Ética, Gobernanza y Políticas*, Aguerre, C. (Ed.), Bs. As., CETyS Universidad de San Andrés, 2020, p. 5

Relacionado con la posible discriminación jurídica de un algoritmo, cabe señalar que los efectos que derivan de ello resultan más nocivos o adversos en el ámbito de la IA que, en el ámbito humano, al manejar estos sistemas de *big data* y *machine learning* un gran volumen de datos, que les permite perpetuar el trato discriminatorio a gran escala, si no se interviene o ejerce sobre ellos el debido control *ex ante*.

En definitiva, no es posible una absoluta erradicación del sesgo; como explica OLIVER CUELLO[33], con cita a GONZÁLEZ DE FRUTOS, incluso en caso de algoritmos completamente libres de sesgos, "*la discriminación se puede producir cuando el sistema aprende de los datos históricos. Es el problema de predecir el futuro con base en hechos pasados: si la discriminación está en las series históricas, el algoritmo va a interiorizarla mediante el aprendizaje automático*". Por tanto, consideramos, los esfuerzos se habrían de invertir en analizar si el sesgo concurrente tiene un impacto discriminatorio negativo, por favorecer a un colectivo frente a otro en situación similar, por cualesquiera de las causas especiales protegidas en la CE, a saber: género, raza, religión, entre otras. Detectado, en su caso, el sesgo discriminatorio, procedería su inmediata corrección para evitar una amplificación de los perjuicios.

Lógicamente, no podemos entrar a analizar la naturaleza discriminatoria de una medida cautelar, si antes no hemos podido acceder al código fuente, o, al menos, hemos comprendido su fundamentación. Es necesaria una revisión *ex ante* del sistema de Inteligencia Artificial, en especial si se trata de algoritmos que afectan a la administración de justicia. Por lo tanto, a la resolución de este segundo problema, le ha de preceder necesariamente la resolución del primer problema analizado, su falta de transparencia.

Frente a los riesgos que plantea la IA, la verdadera cuestión, propone PLANCHADELL-GARGALLO[34], está en plantearnos si tiene más relevancia, o peso, las ganancias económicas de la empresa que genera y gestiona el algoritmo, o los derechos de la persona afectada por el mismo. Opino, en el mismo sentido que la autora, que la respuesta es más que evidente; por ello, a título personal, en las aulas, se insiste en la falta de transparencia del algoritmo, no sólo como primer paso para detectar sesgos, sino también como oportunidad docente para incidir en la necesaria motivación de las resoluciones judiciales, como garantía del derecho de defensa del justiciable.

5. DESCRIPCIÓN DE LA INICIATIVA

En el grado en Derecho, en la Universidad de Granada, imparto, entre otras asignaturas, la asignatura Derecho Procesal Penal, para alumnos de tercero de carrera. Esta asignatura, al menos en mi experiencia como alumno, por su complejidad terminológica y extensión de normas técnicas, puede antojarse poco atractiva de estudiar, a lo que hay que adicionar la breve duración de un cuatrimestre.

La enseñanza de esta materia viene reclamando, sin duda, un nuevo enfoque metodológico. La propuesta piloto que se ofrece se centraría, concretamente, en una fase concreta de este proceso jurisdiccional: la fase de instrucción. Veamos en qué consiste:

En primer lugar, los alumnos recibirían una lección teórica acerca de la fase de instrucción, a saber, entre otros extremos: i) la naturaleza jurídica de la instrucción; ii) órganos competentes; iii)

[33] Oliver Cuello, R.: "Big Data e inteligencia artificial en la Administración Tributaria" en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33, octubre 2021, p. 10, que cita a González de Frutos, U.: "Inteligencia artificial y Administración tributaria" en VV.AA.: *Fiscalidad e inteligencia artificial: Administración tributaria y contribuyentes en la era digital*, Serrano Antón, F. (Dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 157.

[34] Planchadell-Gargallo, A.: "Inteligencia artificial y medidas cautelares" en VV.AA.: *Justicia algorítmica y neuroderecho…op.cit.*, p. 409.

iniciación del procedimiento; iv) desarrollo del sumario y diligencias de investigación; v) medidas cautelares; vi) garantías procesales del detenido; viii) y fin de la instrucción.

Tras una asimilación teórica de los preceptos, y superados los correspondientes *tests* o pruebas en clase para analizar el grado de comprensión de los conceptos teóricos, pasaríamos a la acción práctica, de indudable relevancia en el ámbito jurídico.

En un aula, por ejemplo, de setenta alumnos, se pediría a estos que se organizasen en grupos de cuatro o cinco. A cada grupo se le asignaría la resolución de varios supuestos prácticos "reales", que cuentan, como es lógico, con la decisión del Juez que en su momento fue competente para conocer del asunto.

Se detallaría a cada grupo de trabajo los datos que rodean el caso: la identidad del presunto infractor, sus antecedentes, características, las circunstancias agravantes o atenuantes concurrentes, así como el resto de indicadores que deberán valorarse: como la naturaleza o gravedad del hecho, la situación familiar y laboral del sujeto, entre otros factores.

En base a estos datos, el alumno deberá decidir y motivar adecuadamente, conforme a las clases teóricas recibidas, si adopta o no una medida cautelar personal. Se les advertirá previamente en la correspondiente lección teórica que tales medidas cautelares son sin duda las más trascendentes, habida cuenta de los bienes jurídicos a los que afectan, ya que suponen una limitación o una prohibición en el ejercicio de libertades individuales, señaladamente de la libertad de movimientos, de la que se puede privar al sujeto a través de la detención o de la prisión provisional, o se puede limitar su ejercicio con la libertad provisional. Medidas cautelares que por representar intromisiones de muy diferente entidad y, en la medida en que afectan a libertades fundamentales, han de acordarse sólo cuando resulte estrictamente necesario para el proceso penal.

Cada grupo de trabajo deberá decidir y razonar, en base al supuesto planteado, por ejemplo, si procede o no a decretar prisión provisional, en cualquiera de sus tres modalidades, comunicada, incomunicada o atenuada, o si opta por la imposición de un programa de rehabilitación, o de una medida de seguridad, u opta por la libertad provisional, o la detención del reo.

Evidentemente, aunque tales medidas persigan un mismo objetivo, el modo en que se produce la privación en cada una de ellas es diferente. Por ello, independientemente de la opción por la que se opte, el grupo deberá, en su auto correspondiente, como mínimo, reproducir los hechos, la solicitud de medida cautelar, y los razonamientos jurídicos que los lleva a acordar o rechazar la petición/solicitud planteada, sin perjuicio de que uno o más miembros del grupo tenga una opinión discrepante con respecto al resto, y pueda hacer valer su punto de vista a la clase. Subráyese que la finalidad del trabajo en grupo no es tanto que todos los miembros del equipo alcancen una solución idéntica, como que entablen un diálogo sano, expongan sus posturas, y, a través de la escucha y el debate, se retroalimenten y puedan sacar sus propias conclusiones, y decidir finalmente si mantienen la misma postura, deciden matizarla, o cambiarla de plano.

El debate previo entre los compañeros, al darse en un contexto más distendido y cerrado, y al contar con varios puntos de vista, a buen seguro, les ayudará a aprender y extraer conclusiones oportunas que ayuden a reforzar su postura o, incluso, a cambiarla. Se valorará especialmente que la decisión que plantee cada grupo se corresponda con una adecuada argumentación en torno a la concurrencia o no de los presupuestos para que se pueda decretar, por ejemplo, la prisión provisional.

De forma simultánea, el docente someterá el funcionamiento de un determinado algoritmo para estimación del riesgo de reincidencia, al análisis de sus efectos prácticos por los alumnos. Consistiría en utilizar - previo acuerdo con la empresa o entidad que ostenta la patente - por ejemplo, el algoritmo PSA (*Public Safety Assessment*) - el cual se viene usando para determinar si el procesado puede permanecer en libertad hasta la etapa del juicio, teniendo en cuenta el nivel de riesgo de reincidencia o de no comparecencia a la audiencia de juicio - al objeto de someter a su resolución y criterio los casos planteados en clase. Una vez se conocen los resultados (*output*) que proporciona la máquina, y la decisión algorítmica por la que opta, se invitaría a cada grupo de cuatro a hacer una exhaustiva disección de lo decidido por la IA, para valorar y evaluar los sesgos, obstáculos, y problemas que se puedan detectar planteando una comparativa con su decisión, y también confrontándola con la que puede plantear el docente al respecto.

En este punto, se les pediría a los alumnos que argumentasen, por escrito, en qué medida la decisión o tutela cautelar adoptada por la máquina se ajusta a derecho, resulta o no respetuosa con los derechos fundamentales (como el derecho a la presunción de inocencia) y, sobre todo, se les pedirá que justifiquen si a su criterio, la máquina valora o no adecuadamente la concurrencia de los presupuestos de procedibilidad de una medida cautelar: *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad, fin legítimo, etc.

Esta fase argumentativa última de la actividad práctica es, a mi juicio, la más relevante, pues incita a los alumnos no sólo a analizar, estudiar y repasar los requisitos de adopción de una medida cautelar, y a manejar los preceptos de la LECrim vinculados a esta materia (Libro II, Título VI LECrim), sino a llevar a cabo un notorio y excepcional esfuerzo argumentativo para, de un lado, motivar su decisión "judicial" y, de otro, contradecir o corroborar la decisión cautelar adoptada por el algoritmo (y lo que es más importante en este segundo aspecto, descifrar no tanto la decisión que adopta la máquina, si no el por qué la adopta).

Esto plantea al alumnado un "reto" estimulante, en el que se le incita a confrontar su decisión con la del robot, y a reunir los fundamentos jurídicos adecuados para apoyar su postura, y contrarrestar, o corroborar otra. Esta tarea, de descifrar y justificar la solución algorítmica, y de defender la suya propia, a buen seguro, ayudará al alumnado a desarrollar esa IA *explicada* que acuña BARONA VILAR, y les ayudará a desarrollar, desde su fase formativa, la habilidad de escoger selectivamente la información y el material jurídico del que se dispone, y a razonar, con sólidos argumentos jurídicos, una adecuada solución a los problemas y conflictos jurídicos que se planteen. Y todo ello desde la óptica de la humanización de la tecnología y no de la tecnificación de la decisión.

6. RESULTADOS PREVISTOS Y VALORACIÓN FINAL

Ciertamente, las aulas, por la extensión de alumnos - que dificulta una atención personalizada -, la complejidad de términos, y la concentración de sesiones diariamente, suscitan un bajo ánimo en el alumnado, que les impide afrontar con solvencia y claridad la concreta asignatura que imparto. Hablamos, recuérdese, de una disciplina de suma relevancia para la formación de un jurista, por cuanto le permite conocer y dominar las herramientas para representar y hacer valer los derechos subjetivos del justiciable, en los cauces jurídicos previstos en la ley. Como posibles ejercientes, es de obligado dominar la legislación procesal, en cualesquiera de sus vertientes, para comprender el funcionamiento de los tribunales, y los mecanismos de defensa de que dispone todo ciudadano. Este aprendizaje ha de comenzar en las aulas.

Con la metodología que se propone, se espera una participación más activa por parte del alumnado, no sólo por implicar el uso de novedosos sistemas inteligentes, algo con lo que parece estar

muy familiarizados las nuevas generaciones, sino también por el reto que se plantea, que es tratar de escudriñar, y descifrar, el funcionamiento del algoritmo.

Se reputará que esta metodología ha tenido éxito si se aprecia no sólo más intervenciones en clase, sino también un avance cualitativo en el dominio de aspectos básicos del proceso judicial penal.

A modo de conclusión, consideramos que la enseñanza del Derecho Procesal debe beneficiarse de los nuevos avances tecnológicos, no sólo como alternativa para amenizar las clases - sin perder nunca de vista el rigor científico-jurídico - sino también como preparación para los nuevos desafíos del mañana, en que el alumnado, ya en calidad de abogado, o de representado, a buen seguro se verá en la situación de recurrir una decisión cautelar asistida por un algoritmo predictivo, cuyo *output* no comparta, y le cause un gravamen específico. Es preciso preparar a las nuevas generaciones con los recursos propios de su tiempo.

7. BIBLIOGRAFÍA

Albornoz Cabello, G.A.: *Aplicación del aprendizaje automático supervisado en el mantenimiento predictivo de los motores eléctricos de inducción en las empresas mineras del Perú*, Tesis, Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica, Universidad Nacional del Centro del Perú, 2021.

Amunátegui Perelló, C. y Madrid, R.: "Sesgo e Inferencia en Redes Neuronales ante el Derecho", en VV.AA.: *Inteligencia Artificial en América Latina y el Caribe. Ética, Gobernanza y Políticas*, Aguerre, C. (Ed.), Bs. As., CETyS Universidad de San Andrés, 2020.

Arenas, M., Arriagada, G., Mendoza, M. y Prieto, C.: *Una breve mirada al estado actual de la Inteligencia Artificial, Pontificia Universidad Católica de Chile*, 2020.

Barona Vilar, S.: "Cuarta revolución industrial (4.0) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia", *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2019.

Barona Vilar, S.: "Una justicia "digital" y "algorítmica" para una sociedad en estado de mudanza", en VV.AA.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar,* Barona Vilar, S. (Ed.), Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

Barona Vilar, S.: *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021.

Bathaee, Y.: "The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 31, núm. 2, 2018.

Catalina Benavente, Mª. A.: "La identificación de pasajeros "sospechosos" a través del tratamiento masivo de sus datos PNR" en VV.AA.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar,* Barona Vilar, S. (Ed.), Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

Cotino Hueso, L.: "Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales", *Dilemata*, núm. 24, 2017.

Cuatrecasas Monforte, C.: *La Inteligencia Artificial en el proceso de instrucción español: posibles beneficios y potenciales riesgos*, Universita Ramon Llull, 2022.

Danks, D., London, A. L.: "Algorithmic Bias in Autonomous Systems", *Proceedings of the 26th International Joint Conference on Artificial Intelligence*, 2017.

De Hoyos Sancho, M.: "El Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea: reflexiones desde las garantías esenciales del proceso penal como "sector de riesgo", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 76, octubre-diciembre 2020.

Esparza Leibar, I.: "La inteligencia artificial y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal" en VV.AA.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, .: BARONA VILAR, S. (Ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gómez Colomer, J.L.: "Derechos fundamentales, proceso e inteligencia artificial: una reflexión" en VV.AA.: *Inteligencia Artificial Legal y Administración de Justicia*, Calaza López, S., Llorente Sánchez-Arjona, M. (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2022.

González de Frutos, U.: "Inteligencia artificial y Administración tributaria" en VV.AA.: *Fiscalidad e inteligencia artificial: Administración tributaria y contribuyentes en la era digital*, Serrano Antón, F. (Dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2020.

Gutierrez David, M.E., "Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de las cajas negras decisionales", *Derecom*, 30, 2021.

Kanheman, D., Slovic, P. y Tversky, A.: "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Cambridge University Press*, 1982.

Llorente Sánchez-Arjona, M.: "Inteligencia artificial, valoración del riesgo y derecho al debido proceso" en VV.AA.: *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Calaza López, S., Llorente Sánchez-Arjona, M. (Dirs.), Ed. Aranzadi, 2022.

López de Mántaras, R.: *Inteligencia Artificial*. Ed. Catarata, 2017.

Martín Diz, F.: "Modelos de aplicación de inteligencia artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria", *Justicia algorítmica y neuroderecho: Una mirada multidisciplinar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Martín López, J.: "Inteligencia artificial, sesgos y no discriminación en el ámbito de la inspección tributaria", *Artículos científicos, crónica tributaria*, núm. 182, 2022.

Mercader Uguina, J.R.: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G.: "Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídicolaborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum. nº 8, 2023.

Muñoz Villareal, A., Gallego Corchero, V.: "Inteligencia artificial e irrupción de una nueva personalidad en nuestro ordenamiento jurídico ante la imputación de responsabilidad a los robots", *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos. Responsabilidades y aseguramiento*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Nieva Fenoll, J.: *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

Oliver Cuello, R.: "Big Data e inteligencia artificial en la Administración Tributaria" en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 33, octubre 2021.

Peris Manguillot, A.: "Algoritmos ¿podemos hacerlos transparentes y trazables en su proceso? en VV.AA.: *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Cotino Hueso, L., Castellanos Claramunt, J. (Eds.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Planchadell-Gargallo, A.: "Inteligencia artificial y medidas cautelares" en VV.AA.: *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar,* Barona Vilar, S. (Ed.), Tirant lo Blanch, 2022.

Valle Escolano, R.: "Transparencia en la inteligencia artificial y en el uso de algoritmos" en VV.AA.: *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Cotino Hueso, L., Castellanos Claramunt, J. (Eds.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

La brecha de género en los empleos relacionados con disciplinas STEM: causas, consecuencias y propuestas de solución[1]

The gender gap in the study of stem disciplines: causes, consequences and proposed solutions

Cristina Ramírez Bandera
Investigadora predoctoral contratada FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-5794-8789

Cita Sugerida: RAMÍREZ BANDERA, C. «La brecha de género en los empleos relacionados con disciplinas STEM: causas, consecuencias y propuestas de solución». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 93-115.

Resumen

En España -y en la mayor parte de los países del mundo- puede observarse que la proporción de mujeres que estudian disciplinas STEM (ciencias, tecnología, ingenierías y matemáticas, por sus siglas en inglés) resulta inferior al número de hombres que se especializan y dedican sus carreras profesionales a estas áreas. En el presente trabajo, se pretende abordar un estudio de las causas y consecuencias de este fenómeno, exponiendo las principales posturas al respecto y discurriendo acerca de si estas divergentes preferencias son fruto de diferencias biológicas innatas entre los sexos o si, por el contrario, encuentran su fundamento en múltiples estereotipos y sesgos de género inconscientes que persisten en nuestra sociedad, tal y como apuntan las investigaciones más recientes al respecto. Finalmente, se propondrán soluciones para paliar este fenómeno y contribuir a crear un futuro en el que las mujeres, desde los ámbitos científicos, matemáticos y de ingeniería, también puedan liderar la transformación tecnológica y digital que tanto está cambiando el mundo tal y como lo conocemos.

Palabras clave

Disciplinas STEM; estereotipos; brecha de género; infrarrepresentación femenina; sesgos inconscientes

Abstract

In Spain -and in most countries around the world- it is possible to observe that the proportion of women who study STEM disciplines (science, technology, engineering and mathematics, for its acronym in English) is lower than the number of men who specialize and dedicate their professional careers to these areas. In the present study, we intend to undertake an analysis of the causes and consequences of this empirical regularity, presenting the main explanations given about the matter and discussing whether these divergent interests are the result of innate biological differences between the sexes or if, on the contrary, they are based on multiple stereotypes and unconscious gender biases that persist in our society, as indicated by the most recent lines of research in this regard. Finally, solutions will be proposed to mitigate this problem and contribute to creating a future in which women, by their dedication to the scientific, mathematical and engineering fields, can also lead the technological and digital transformation that is changing the world as we know it.

Keywords

STEM disciplines; stereotypes; gender gap; women underrepresentation; unconscious bias

"Patear un balón de forma continuada hará que se domine la técnica de pegar a un balón. Si una niña nunca lo hace porque le dicen que no sabe, y cuando lo hace falla, se refuerza esa idea de que jugar al balón no es cosa de niñas. Lo curioso es que para justificar este hecho se aluda al sexo y no al tiempo que se ha dedicado previamente a patear el balón."

Sara Mateos Sillero y Clara Gómez Hernández[2]

[1] El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 "Políticas de empleo, igualdad e inclusión social", financiado por la Junta de Andalucía.

[2] Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico,* Madrid: Secretaría de Estado para el Avance Digital, Ministerio de Economía y Empresa., 2019, p. 34, disponible en https://

Fecha Recepción: 18/11/2023- Fecha Revisión: 27/11/2023- Fecha Aceptación: 14/12/2023
Págs. 93-115

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como sabemos, la Revolución Industrial 4.0 ha supuesto una intensa y profunda digitalización de la sociedad y de los entornos laborales, al punto de que la tecnología electrónica e informática se ha convertido en una fuerza productiva básica en las economías de los países desarrollados. Es por este motivo que cada vez resulta mayor la demanda por parte de las empresas de perfiles profesionales asociados a los sectores STEM (ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas, por sus siglas en inglés)[3], estimándose que el empleo neto en los mismos se incrementará en un 25% entre 2018 y 2030[4].

Sin embargo, ante este gran aumento de la demanda de trabajo en sectores STEM, se está produciendo una importante escasez de personas trabajadoras cualificadas para trabajar en estos sectores, de modo que las empresas españolas encuentran grandes dificultades para cubrir vacantes relacionadas con los mismos, especialmente en los ámbitos de la informática y la ingeniería[5]. De hecho, esta preocupante escasez se extiende al conjunto de la Unión Europea, habiendo sido advertida y calificada como "persistente" por la Comisión Europea[6], aunque, mirando el lado positivo, también ha supuesto la oferta de condiciones de trabajo muy beneficiosas para estos profesionales, especialmente en el sector relacionado con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), donde el salario bruto medio anual en 2020 alcanzó los 37.660€ (casi 11.000€ más que la media española)[7].

Resulta entonces sorprendente que, pese a las atractivas condiciones retributivas ofrecidas en estos sectores y su gran tasa de empleabilidad, sean muy pocas las mujeres que deciden cursar estudios relacionados con materias STEM. Aunque el sexo femenino constituya mayoría en las aulas universitarias españolas (56,79%), son muy pocas las mujeres que deciden cursar estudios relacionados con las matemáticas y la estadística (37,08%), las ingenierías (26,90%) o la informática (16,23%), frente a otras profesiones que podríamos considerar relacionadas con actividades de cuidado de los demás, como magisterio infantil (90,93%), enfermería (81,59%), psicología (77,13%) o medicina (70,57%)[8]. A nivel mundial, según datos de la UNESCO, tan solo alrededor del 30% de la población femenina en la educación superior elige estudiar disciplinas STEM, porcentaje que

spainaudiovisualhub.mineco.gob.es/content/dam/seteleco-hub-audiovisual/resources/pdf/LibroBlancoFINAL.pdf.

[3] A lo largo de la presente publicación, no se entenderán incluidas dentro de los sectores STEM las materias relacionadas con las ciencias sociales (tales como la economía o la psicología), ni con las ciencias de la salud (medicina, enfermería…), pues en estos sectores no existe una acusada infrarrepresentación femenina -por las causas que más adelante se expondrán-. En idéntico sentido, Hill, C., Corbett, C. y Rose, A. S., ¿Why so few? *Women in Science, Technology, Engineering and Mathematics*, 2010, p. 2.

[4] Mckinsey Global Institute, *The future of work in Europe*, 2020, p. 21, disponible en https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/featured%20insights/future%20of%20organizations/the%20future%20of%20work%20in%20europe/mgi-the-future-of-work-in-europe-discussion-paper.pdf.

[5] Randstat Research, *Déficit de talento y desajuste de competencias*, 2018, p. 21, disponible en https://www-randstadresearch-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2018/03/DeficittalentoydesjustecompetenciasRANDSTADRESEARCH.pdf. Asimismo, este informe estima (p. 25) que el índice de dificultad para cubrir una vacante en el sector informático es del 74%, y en relación con las ingenierías, del 69%. De hecho, si se introduce en Internet la búsqueda "escasez STEM España" se obtienen 245.000 resultados, siendo la mayoría de los mismos noticias de prensa que tratan sobre la escasez de talento en nuestro país en lo referente a estos sectores.

[6] Comisión Europea, *Employment and social development in Europe: addressing labour shortages and skill gaps in the EU"*, 2023, pp. 14 y 15, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3704.

[7] Asociación Española para la Digitalización, *Radiografía de las vacantes en el sector tecnológico*, 2022, disponible en https://www.digitales.es/wp-content/uploads/2022/06/informeEmpleo2022_280622.pdf.

[8] Datos referidos al curso académico 2022-2023, y extraídos de Instituto de las Mujeres, *Alumnado matriculado en enseñanzas universitarias de Grado según ámbito de estudio*, disponible en https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Educacion/AlumnadoUniversitario.htm.

se reduce dramáticamente en el caso de las ingenierías (8%), las matemáticas, ciencias naturales y estadística (5%) y, especialmente, las TIC (3%)[9].

De hecho, en Europa el porcentaje de mujeres interesadas en estudiar y trabajar en sectores STEM se reduce en un 18% en la transición de la educación primaria y secundaria a la universidad, disminuyendo nuevamente un 15% con la incorporación al mercado laboral[10]. Es por este motivo que, aunque podamos encontrar una cierta paridad de género en ciertas empresas altamente digitalizadas -especialmente en las dedicadas al sector de la publicidad y la gestión de redes sociales[11]-, la proporción de mujeres con profesiones puramente tecnológicas -tales como desarrolladoras o ingenieras de datos- resulta alarmantemente reducida, especialmente si se tiene en cuenta que la importancia de estos perfiles profesionales está creciendo vertiginosamente, motivo por el que se estima que la participación femenina en roles profesionales tecnológicos en Europa se reducirá a tan solo un 21% para el año 2027[12].

Estos datos evidencian una importante fuga de talento femenino de los sectores STEM, lo que se traduce en una gran infrarrepresentación de las mujeres en estas disciplinas en el mercado laboral y en aún mayores dificultades para cubrir el gran déficit de profesionales cualificados requeridos por las empresas en estas áreas. De ahí que el estudio de este fenómeno y de sus causas resulte de gran relevancia como medio para encontrar soluciones a la escasez de mano de obra tecnológica que actualmente constriñe y seguirá constriñendo cada vez más a nuestra economía ante el imparable fenómeno de la digitalización.

En el presente trabajo, se exponen cuáles son las principales teorías que explican el distanciamiento de las mujeres del estudio de las disciplinas STEM, para, a continuación, abordar las consecuencias que la mencionada infrarrepresentación femenina plantea en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho y, finalmente, proponer posibles soluciones que permitan reducir la polarización de género en estas profesiones.

2. CAUSAS DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ESTUDIO DE DISCIPLINAS STEM

Únicamente 24 mujeres de cada 1000 se gradúan en estudios relacionados con las TIC, y de ellas, tan solo 6 trabajan en el sector informático, mientras que 92 hombres de cada 1000 se gradúan en este tipo de estudios, trabajando en profesiones informáticas, al menos, 49 de los mismos[13]. ¿Por qué ocurre esto?

La elección de carrera es un área de estudio con gran tradición, habiéndose desarrollado numerosos modelos explicativos de esta compleja elección por parte de investigadores de todo el mundo[14]. Resulta interesante destacar que en muchos de estos modelos se ha incluido el género como

[9] UNESCO, *Descifrar el código: la educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*, 2019, disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366649.

[10] Blumberg, S., Krawina, M., Mäkelä, E., y Soller, H.: "Women in tech: The best bet to solve Europe's talent shortage", *McKinsey Digital*, 2023, disponible en https://www.mckinsey.com/capabilities/mckinsey-digital/our-insights/women-in-tech-the-best-bet-to-solve-europes-talent-shortage#/.

[11] Presumiblemente, como consecuencia de que los puestos de trabajo ofertados por estas empresas se encuentran orientados en su mayoría al diseño y la creatividad, cualidades tradicionalmente asociadas al género femenino.

[12] Blumberg, S., Krawina, M., Mäkelä, E., y Soller, H.: "Women in tech: The best bet…, *op. cit.*

[13] Comisión Europea, *Women in the digital age. Executive summary*, 2018, p.5, disponible en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/84bd6dea-2351-11e8-ac73-01aa75ed71a1.

[14] Una breve revisión de la literatura científica al respecto puede consultarse en Morales Inga, S y Morales Tristán, O.: "¿Por qué hay pocas mujeres científicas? Una revisión de literatura sobre la brecha de género en carreras STEM", *Revista internacional de investigación en comunicación,* vol. 22, núm. 22, 2020, pp. 120 y 121.

una variable de gran poder explicativo a la hora de estudiar esta elección[15], por lo que parece que podemos concluir que ser hombre o mujer influye en el futuro profesional que escogemos.

En este sentido, también han sido numerosos los estudios que se han realizado para comprender por qué el género resulta tan significativo a la hora de decidir estudiar una carrera y no otra, habiendo sido principalmente dos las explicaciones proporcionadas al respecto que nos pueden ayudar a comprender por qué se produce la brecha de género en el estudio de disciplinas STEM[16]:

— La explicación biológica, que defiende que existen diferencias biológicas inherentes a la fisiología masculina y femenina que determinan que las mujeres se encuentren menos inclinadas a estudiar materias STEM y que los hombres presenten un mayor interés por estas áreas.

— La explicación sociocultural, que considera que esta brecha de género puede explicarse por la importancia que los estereotipos y roles de género juegan en la socialización del individuo, de modo que, si se eliminasen estos sesgos, tal brecha de género desaparecería.

A continuación, se analizarán los distintos aspectos en los que se fundamentan ambas explicaciones, a fin de comprender cuál de ellas puede explicar mejor la reducida participación de las mujeres en las disciplinas STEM.

2.1. Explicación biológica

La explicación biológica argumenta que las diferencias biológicas e innatas entre el hombre y la mujer explican la menor inclinación de estas últimas a estudiar disciplinas STEM.

No son muchas las investigaciones que hayan adoptado este enfoque, aunque sí se pueden encontrar, realizando una revisión de la literatura científica[17], ciertos estudios que han adoptado esta hipótesis. Algunas de las conclusiones alcanzadas por estos investigadores parten de la consideración de que las diferencias (en carácter, temperamento, desempeño cognitivo y conducta) son constantes entre el hombre y la mujer, lo cual no viene explicado por factores socioculturales, sino, entre otros, por factores morfológicos y hormonales (como la mayor presencia de testosterona en los hombres) que ocasionan, por ejemplo, que las mujeres se encuentren más inclinadas a estudiar carreras orientadas a las personas (*people-oriented*) -tales como medicina, enfermería o magisterio-, mientras que los hombre se inclinen por estudiar carreras más orientadas a las cosas (*thing-oriented*) -tales como física o ingeniería-[18].

Aunque existan estudios que sigan adoptando este enfoque, la mayor parte de los argumentos empleados en los mismos han sido actualmente desbancados en favor de la explicación sociocultural[19], tal y como seguidamente se comprobará mediante el análisis de algunas de las principales premisas de estas investigaciones.

[15] Idem.

[16] Ibid., pp. 122-128. Los autores de esta publicación, en realidad, distinguen entre tres explicaciones: la psicológica -centrada en el individuo-, la sociocultural -centrada en la cultura y la socialización- y la biológica -centrada en la biología y las características innatas-. Sin embargo, en el presente trabajo se han plasmado únicamente estas dos últimas explicaciones, al considerar que la primera no puede desligarse de la segunda, esto es, de los factores socioculturales que determinan la forma de pensar del individuo.

[17] Ibid., pp. 127 y 128.

[18] *Cfr.,* idem.

[19] Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las…*, op. cit., p. 29,

2.1.1. Las mujeres rinden menos a la hora de estudiar STEM

Algunos estudios han apuntado que el origen biológico de la brecha de género en el estudio de disciplinas STEM resulta patente, en la medida en que las mujeres obtienen peores calificaciones en estas materias. Esto demuestra, por tanto, que los hombres poseen mayores cualidades innatas que los llevan a rendir más en el estudio de estas áreas.

Es cierto que las investigaciones en neurociencia han demostrado la existencia de ciertas diferencias en la estructura y el funcionamiento del cerebro entre los hombres y las mujeres[20]. Sin embargo, la ciencia también sugiere que estas no resultan significativas en los mecanismos cerebrales básicos de aprendizaje y memoria, no existiendo diferencias en la forma en que niños y niñas dominan el cálculo u otras habilidades académicas[21]. Es más, se considera que existen más diferencias en las capacidades cognitivas, emocionales y autorreguladoras entre individuos de un mismo sexo que entre el hombre y la mujer[22].

De ahí que este argumento quizás sea el más débil de los que apoyan las tesis biologicistas, ya que, si analizamos las calificaciones de los estudiantes universitarios españoles, esta regularidad no se observa. De hecho, las mujeres presentan, en promedio, un rendimiento académico mayor al de los hombres. Así, si se toman los datos del curso 2019-2020, las estudiantes superaron cerca del 88% de las asignaturas matriculadas, mientras que los estudiantes aprobaron tan solo el 80%, patrón que puede encontrarse también en las carreras relacionadas con disciplinas STEM, en las que los hombres y las mujeres obtienen calificaciones muy similares[23]. En concreto, aunque los primeros obtengan mejores notas en las carreras vinculadas a las matemáticas (7,2 puntos sobre 10), las segundas obtienen mejores calificaciones en las relacionadas con las ingenierías y la arquitectura (6,8 puntos sobre 10)[24]. Este mayor rendimiento académico promedio constituye una regularidad empírica constatable en los más diversos países de todo el mundo[25]. Por último, aunque exista una menor proporción de mujeres que seleccionen cursar carreras relacionadas con las materias STEM, una vez iniciados estos estudios cuentan con una menor tasa de abandono que sus homólogos varones[26].

Todos estos datos refutan la afirmación de que las mujeres rinden menos a la hora de estudiar este tipo de disciplinas.

2.1.2. Las mujeres cuentan con menor visión espacial y habilidades manuales que los hombres

Algunos investigadores han argumentado que la visión espacial y las habilidades manuales de los hombres resultan, en promedio, superior a las de las mujeres, lo que contribuye a pensar que estos cuentan con capacidades innatas que les inclinan hacia el estudio de disciplinas STEM.

---

[20] UNESCO, *Descifrar el código: la educación…,* op. cit., p. 41.

[21] Idem.

[22] Idem.

[23] Usart, M., Sánchez-Canut, S. y Lores, B., "El ámbito de las STEM no atrae el talento femenino", *Observatorio social de la Fundación "La Caixa"*, 2022, disponible en https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/-/el-ambito-de-las-stem-no-atrae-el-talento-femenino.

[24] Idem.

[25] UNESCO, *Descifrar el código: la educación…,* op. cit., pp. 24-36.

[26] En el curso 2017-2018, las mujeres presentaron un porcentaje de abandono en la rama de ciencias físicas, químicas y biológicas del 23,71% (frente al 24,46% masculino); en la rama de informática, del 27,06% (frente al 27,86% masculino), en la rama de ingeniería, industria y construcción, del 19,48% (frente al 26,31% masculino); y en la rama de matemáticas y estadística, del 23,66% (frente al 26,76% masculino). Datos extraídos de Usart, M., Sánchez-Canut, S. y Lores, B., "El ámbito de las STEM …, op. cit.

Debe destacarse que esta afirmación resulta cierta: se ha demostrado que, desde edades tempranas, las habilidades espaciales y manuales masculinas suelen ser superior a las femeninas[27]. No obstante, esta regularidad no parece que se produzca por factores biológicos determinados desde el nacimiento, sino más bien por el mayor entrenamiento que los hombres suelen presentar en este tipo de habilidades. Piénsese que, desde la infancia, los niños son animados a realizar actividades que refuerzan su inteligencia espacial y sus habilidades manuales, tales como jugar al fútbol, desmontar y montar construcciones de juguete -*v.gr.* mediante la utilización de LEGO-, o jugar a videojuegos cada vez más complejos que requieren la interpretación de mapas y la orientación en mundos virtuales de grandes dimensiones. Por el contrario, las chicas, al asociar este tipo de actividades con lo masculino, tienden en menor medida a practicarlas, de modo que no cuentan con habilidades espaciales o manuales tan desarrolladas[28].

No obstante, diversas investigaciones han demostrado que, en caso de que las mujeres tuvieran la oportunidad de practicar y mejorar sus habilidades espaciales, las diferencias entre hombres y mujeres en este aspecto se diluirían. Así, en un estudio realizado por los investigadores Sorby y Baartmans[29], se evaluaron las habilidades espaciales de 535 alumnos de primer año de ingeniería en la Universidad de Michigan, mostrando los resultados que las mujeres contaban con tres veces más probabilidades de fallar el test que les fue realizado que sus homólogos masculinos. A continuación, estos investigadores seleccionaron a 24 de estos estudiantes (11 mujeres y 13 hombres) para participar en un curso piloto de habilidades espaciales de 40 horas. Finalizado el curso, volvieron a realizar el test anterior, si bien, esta vez los resultados mostraron, no solo que todos los alumnos habían mejorado sus habilidades espaciales, sino que habían desaparecido las significativas diferencias promedio entre las calificaciones de las mujeres y de los hombres.

2.1.3. Las mujeres cuentan congénitamente con intereses distintos a los de los hombres

Otro argumento característico de la explicación biológica es la consideración de que las mujeres cuentan de forma innata con intereses diferentes a los de los hombres. Esto ocasiona que, aunque su rendimiento pueda ser igual de bueno que el de estos en las disciplinas STEM, las mujeres se vean inclinadas a estudiar carreras más orientadas hacia el cuidado de los demás por su mayor empatía congénita.

De nuevo, el sustrato de estas afirmaciones es cierto, pues parece que existen estudios que confirman que la mayor exposición a la testosterona por parte de los hombres los lleva a expresar una menor empatía cognitiva[30]. No obstante, también se ha demostrado que tan solo un 10% de las diferencias entre hombres y mujeres en su empatía cognitiva se debe a factores hormonales y genéticos, de modo que el 90% de estas diferencias queda explicado por factores no genéticos[31], tales como la socialización del individuo.

Por tanto, no parece que los factores biológicos se encuentren detrás de las grandes diferencias en empatía entre hombres y mujeres, de modo que la mayor inclinación femenina por estudiar carreras relacionadas con las personas o los cuidados, como medicina, enfermería, veterinaria o psicología -en lugar de física, ingeniería o informática-, no queda explicada con este argumento.

[27] Hill, C., Corbett, C. y Rose, A. S., *Why so few? Women in Science, Technology, Engineering*..., op. cit., p. 52.
[28] UNESCO, *Descifrar el código: la educación...,* op. cit., p. 41.
[29] Sorby, S.A. y Baartsmans, B.J., "The development and assessment of a course for enhancing the 3-D spatial visualization skills of first year engineering students", *Journal of Engineering Education*, vol. 89, núm. 3, 2000.
[30] UNESCO, *Descifrar el código: la educación...,* op. cit., p. 42.
[31] VV.AA. "Genome-wide analyses of self-reported empathy: correlations with autism, schizophrenia, and anorexia nervosa". *Translational Psychiatry*, vol. 8, núm. 35, 2018. https://doi.org/10.1038/s41398-017-0082-6.

No obstante, sí que se ha observado un fenómeno que resulta muy empleado por los defensores de las tesis biologicistas para fundamentar sus hipótesis: la conocida como "paradoja de la igualdad". Diversos estudios han advertido que aquellos países con mayor igualdad de género -medida en función del índice de brecha de género[32]- cuentan con una menor proporción de mujeres que estudian disciplinas STEM, mientras que aquellos países con menor igualdad de género cuentan con menores brechas de género en el estudio de este tipo de materias. Esta regularidad es frecuentemente explicada indicando que en los países más igualitarios y desarrollados en términos de género existe una mayor libertad para que las mujeres expresen sus auténticas preferencias e intereses, reforzando entonces la teoría de que el género determina biológicamente los gustos e inclinaciones de hombres y mujeres[33].

Con todo, esta explicación debe ser refutada por dos motivos: en primer lugar, existen investigaciones que descartan la existencia de una relación de causalidad entre paridad de género y brecha de género en el estudio de disciplinas STEM, en la medida en que, si se emplea una medida de la paridad distinta del índice de brecha de género, dicha relación de causalidad decae[34]. En segundo lugar, aunque se acepte esta causalidad, ello no quiere decir que la misma venga dada por la mayor libertad para expresar sus inclinaciones biológicas por parte de las mujeres, pues en estos países más paritarios pueden existir marcados estereotipos de género -siendo esta una variable no medida por el índice de brecha de género- que influyan en las decisiones femeninas sobre qué disciplinas estudiar y que expliquen esta regularidad empírica.

Debe tenerse en cuenta que en aquellos países con menor paridad de género normalmente los sistemas de protección social se encuentran menos desarrollados, motivo por el que las mujeres -en caso de que se les permita- tienden en mayor medida a estudiar carreras con un alto valor instrumental -típicamente, las relacionadas con las disciplinas STEM-, pues las mejores condiciones laborales que estas suelen ofrecer les garantizan una mayor seguridad económica y material[35]. En contraposición, aquellos países en los que existe una mayor paridad de género frecuentemente cuentan con potentes sistemas de protección social que ocasionan que la decisión de estudiar una carrera u otra se encuentre menos determinada por la búsqueda de una seguridad económica, permitiendo entonces una mayor expresión de la voluntad individual, aunque nada indica que esta venga determinada necesariamente por condicionantes biológicos. Bien puede ser que esta voluntad individual se encuentre fuerte e inconscientemente influenciada por estereotipos de género, muy presentes -incluso puede que en mayor medida- en aquellos países que arrojan mayores paridades de género conforme al índice citado[36].

De hecho, existen estudios que han demostrado que aquellos hogares estadounidenses con mayores ingresos cuentan con normas de género más interiorizadas que aquellos cuyos ingresos son menores, lo que puede venir explicado por el hecho de que los padres en este tipo de hogares

[32] Conocido en inglés como *"global gender gap index",* el índice de brecha de género es el índice de mayor recorrido histórico para medir la paridad de género en los múltiples países del mundo, desde su creación por el Foro Económico Mundial en el año 2006. Este índice mide en una escala de 0 a 100 la paridad de género alcanzada por un país, siendo 0 la paridad nula y 100, la paridad plena. En concreto, el índice toma en consideración cuatro dimensiones: participación en la economía, logros educativos, salud y supervivencia, y empoderamiento político. Para más información al respecto, puede consultarse el último *Global Gender Gap Report* (traducido al castellano como, Informe de Brecha de Género Global)*,* publicado en junio de 2023 y disponible en el siguiente enlace: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2023.pdf.

[33] Breda, T., Jouini, E., Napp, C. y Thebault, G., "Gender stereotypes can explain the gender-equality paradox", *PNAS*, vol. 117, núm. 49, 2020.

[34] Richardson, S.S., Reiches, M.W., Bruch, J., Boulicault, M., Noll, N.E. y Shattuck-Heidorn, H., "Is there a Gender-Equality Paradox in Science, Technology, Engineering, and Math (STEM)? Commentary on the Study by Stoet and Geary", *Psychological Science*, vol. 31, núm. 3, 2018.

[35] Breda, T., Jouini, E., Napp, C. y Thebault, G., "Gender stereotypes can explain…", op. cit., p. 31066 y 31067.

[36] Idem.

cuentan con más tiempo y dinero para invertir en sus hijos, seleccionando frecuentemente actividades estereotipadas tradicionalmente asociadas al género masculino o al femenino, lo que resulta en que estos niños interioricen normas de género a una edad más temprana[37].

En suma, los condicionantes económicos que pesan sobre los jóvenes en los países con menos paridad de género, junto con la mayor capacidad para expresar una voluntad fuerte e inconscientemente marcada por estereotipos de género en los países con mayor paridad de género, pueden explicar la mencionada "paradoja de la igualdad", debilitándose de esta forma la idea de que los gustos entre hombres y mujeres son diferentes desde el nacimiento.

2.2. Explicación sociocultural

La explicación sociocultural considera que la brecha de género en el estudio de disciplinas STEM se debe fundamentalmente a factores culturales y sociales que determinan la elección de carrera y de profesión de las mujeres. En la actualidad, este enfoque es el mayormente adoptado por las investigaciones que tratan de desarrollar modelos explicativos de la elección de carrera por parte de los jóvenes.

Así, no se ha encontrado evidencia de que existan diferencias genéticas en las capacidades cognitivas entre los sexos, pero sí de que el cerebro es altamente maleable, de modo que las influencias ambientales en el proceso de aprendizaje resultan cruciales en el desarrollo de los niños y niñas.

A mayor abundamiento, el informe PISA 2015 encontró que la decisión de estudiar una carrera STEM depende fundamentalmente de dos factores: la forma en que las niñas y los niños se perciben a sí mismos -esto es, su confianza en sí mismos y la autoevaluación que realizan de sus destrezas en las áreas científicas-, y su actitud con respecto a las ciencias -es decir, su motivación para estudiar áreas STEM por considerar que las mismas resultan interesantes y útiles[38]-, considerando la UNESCO que ambos factores se encuentran más estrechamente enlazados al proceso de socialización del individuo que a factores innatos de carácter biológico[39].

Es aquí, entonces, donde se encuentra la raíz del problema: la socialización de las niñas las aleja del estudio de las disciplinas STEM debido a los roles de género que les son inculcados desde que nacen: desde el mismo momento en que vienen al mundo, se enseña a las niñas que ellas son empáticas y cuidadoras, de modo que no debería sorprendernos que en el futuro orienten sus elecciones profesionales hacia el estudio de carreras relacionadas con el cuidado de los demás (*v.gr.* magisterio, medicina, enfermería, psicología…). Por el contrario, a los niños no se les inculca estos atributos de empatía y cuidado, sino que, más bien al contrario, se les orienta hacia actividades menos emocionales y más competitivas y agresivas[40], por lo que tampoco puede sorprendernos que posteriormente seleccionen profesiones menos relacionadas con las personas (*people-oriented*) y mucho más relacionadas con las cosas (*thing-oriented*). Esto explicaría que, en el conjunto de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los niños y niñas que deciden orientarse hacia profesiones relacionadas con las ciencias tengan por objetivo áreas muy

[37] Idem.

[38] OCDE, *PISA 2015 Results. Excellence and equity in education. Volume I.* 2016, p.112-113, disponible en https://www.oecd.org/education/pisa-2015-results-volume-i-9789264266490-en.htm.

[39] UNESCO, *Descifrar el código: la educación…,* op. cit., p. 43.

[40] Un claro ejemplo de esto lo podemos encontrar en los juguetes tradicionalmente asociados a cada sexo: mientras que a las niñas asociamos las muñecas, a los niños asociamos las carreras de coches, las competiciones deportivas e incluso el uso de armas de juguete, como espadas o pistolas de agua.

diferentes: las niñas se inclinan por las ciencias de la salud, mientras que los niños prefieren ser ingenieros, científicos o desarrolladores informáticos[41].

Los estereotipos de género -por los que se asocia a la mujer lo emocional, lo estético, la dulzura y el cuidado, y al hombre, atributos de acción y desapego, tales como la racionalidad, la fuerza, la competitividad o la independencia- están presentes, ya sea de forma más o menos consciente, en la mayor parte de las sociedades del mundo, motivo por el que en todos estos países se asocian las profesiones de cuidado con lo femenino, y las profesiones relacionadas con los ámbitos STEM, con lo masculino.

Estas asociaciones alejan a las mujeres del estudio de este tipo de disciplinas[42], pues, aunque pueda pensarse que las jóvenes seleccionan libremente la carrera que desean estudiar, esta elección se encuentra altamente influenciada por los mencionados estereotipos, existiendo en la misma lo que podría denominarse un "sesgo en la autoselección"[43].

Esta asimilación de estereotipos de género comienza en la infancia y se acentúa con el transcurso de los años -motivo por el que las niñas pierden interés en las materias STEM con la edad[44]-, pudiendo constatarse esta afirmación mediante numerosos experimentos realizados con niños y niñas, muchos de los cuales se han plasmado en recursos audiovisuales generados en campañas de investigación y difusión científica[45].

Se ha constatado que estas ideas prefijadas sobre el género se encuentran ya muy interiorizadas en los niños y niñas de entre cuatro y seis años[46], ocasionando, no solo que estas últimas se alejen del estudio de disciplinas STEM, sino, incluso, que su rendimiento académico en estas materias se reduzca. Esto se debe a un fenómeno conocido como "amenaza del estereotipo"[47], por el que una persona tiende a rendir menos en una prueba o actividad si teme que los resultados que obtenga serán juzgados conforme a estereotipos negativos. Así, por ejemplo, si se indica a las mujeres antes de

[41] Ello se deriva de los datos contenidos en OCDE, *PISA 2015 Results. Excellence and equity…*, op. cit., p.364-370.

[42] Cuestión distinta es que finalmente estos estereotipos de género no pesen tanto como las preocupaciones económicas y de elección instrumental de una carrera, como probablemente ocurre, según se ha argumentado antes, en los países menos desarrollados en los que existe una menor paridad de género. En los países más desarrollados, al pesar menos estas preocupaciones instrumentales, los estereotipos de género pueden cobrar un mayor valor explicativo de la selección de carrera de las niñas. Este razonamiento es el que se ha aducido en las páginas anteriores para explicar la conocida como "paradoja de la igualdad".

[43] Expresión inspirada en la empleada por UNESCO, *Descifrar el código: la educación…,* op. cit., p. 41. Estos estereotipos se ejemplifican con gran elocuencia en un vídeo realizado en 2017 por la Cátedra de Cultural Científica de la Universidad de País Vasco con motivo del Día Internacional de la Mujer y la Niña en la Ciencia, y disponible en https://www.youtube.com/watch?v=N45tehAL7jw.

[44] UNESCO, *Descifrar el código: la educación…,* op. cit., p. 23.

[45] En este sentido, se recomienda el visionado del vídeo realizado en el año 2018 en el marco de la Campaña por los Derechos de la Infancia financiada por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España y realizada por la Liga Española de la Educación, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=YvGi7CrnqKc. Igualmente, resulta muy elocuente el vídeo realizado como parte de una iniciativa social por la empresa EDP Renewables en el año 2022, y disponible en https://www.youtube.com/watch?v=J6yZav7nmBM.

[46] Tal y como se expone en Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las…,* op. cit., p. 30. De hecho, las autoras narran un experimento realizado por el Foro Económico Mundial en el que se pide a niños y niñas de entre cuatro y ocho años que dibujen a "una persona científica". La mayoría de los niños y niñas dibujaron a un hombre, aumentando esta tendencia con la edad: si bien a los seis años alrededor del 70% de las niñas dibujaron a una científica, a los dieciséis años tan solo lo hizo un 25%. Por su parte, el 83% de los niños de seis años dibujó a un hombre científico, aumentando este porcentaje al 98% entre aquellos que tenían dieciséis años.

[47] Si se desea profundizar en este concepto, *vid.* Spencer, S.J., Logel, C. y Davies, P.G., "Stereotype Threat", *Annual Review of Psychology*, vol. 67, 2016, pp. 415-437, disponible en https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-psych-073115-103235#. Este trabajo resume de forma muy ilustrativa la principal literatura científica existente al respecto.

iniciar un examen que son peores en matemáticas, lo más probable es que reduzcan su rendimiento ante la presión que supone evitar confirmar dicho estereotipo. Este experimento fue precisamente llevado a cabo por los investigadores Steven Spencer y Claude Steele[48], los cuales realizaron diversas pruebas matemáticas a grupos conformados por hombres y mujeres, indicándoles en un caso que la prueba reflejó en resultados anteriores diferencias según género -destacando los hombres-, y en otro, que la misma no había reflejado diferencias de género. En aquellos grupos en los que se indicó que la prueba no había reflejado estas diferencias en resultados anteriores el rendimiento femenino fue mucho mejor que en aquellos en los que se había indicado que la prueba había generado estas diferencias.

Quizás en España no existan significativos estereotipos de género respecto al estudio de las matemáticas, pero probablemente podría afirmarse que estos sí que se dan en otras áreas, tales como, por ejemplo, el dibujo técnico, las ingenierías, la informática, los videojuegos, o ciertos deportes de pelota que contribuyen a mejorar la visión espacial -*v.gr.* fútbol-, todas ellas asociadas predominantemente a los hombres. En estas disciplinas, la amenaza del estereotipo genera, por tanto, una especie de bucle que retroalimenta el desinterés de las niñas por practicar estas actividades: porque existen estereotipos en estas áreas, las chicas no solo perciben su práctica como "inapropiada" para su género, sino que, además, probablemente su rendimiento en estas actividades sea menor como consecuencia de la presión que supone no confirmar dichos estereotipos, lo cual les reafirma la idea de que no valen para practicar este tipo de actividades, incrementando aún más su desinterés por las mismas y, en consecuencia, por el estudio de carreras asociadas a las STEM.

En suma, tal y como afirma la Comisión Europea, "*Los estereotipos constituyen barreras que obstaculizan las decisiones individuales tanto de los hombres como de las mujeres. Contribuyen al mantenimiento de desigualdades al influir sobre las decisiones en materia de educación, formación o empleo, sobre la participación en las tareas domésticas y familiares, y sobre la representación en puestos de dirección. Asimismo, pueden afectar al valor que se atribuye al propio trabajo. La lucha contra los estereotipos ligados al género debe comenzar desde la primera infancia y debe promover los modelos de comportamiento que valorizan las decisiones individuales en materia de educación y respaldan la igualdad entre hombres y mujeres* […][49]".

Hoy en día, parece que no puede negarse que la brecha de género en el estudio de carreras STEM parte de estos patrones y estereotipos de género ampliamente interiorizados por las sociedades de todo el mundo.

3. CONSECUENCIAS DE LA INFRARREPRESENTACIÓN FEMENINA EN LAS DISCIPLINAS STEM

Pudiera pensarse que el hecho de que pocas mujeres estudien disciplinas STEM constituye una regularidad empírica sin importancia real para nuestro país, pero la realidad es que este fenómeno cuenta con importantes consecuencias económicas, sociales y jurídicas que resulta importante destacar y que se expondrán a continuación.

[48] Spencer, S.J., Steele, C.M. y Quinn, D.M., "Stereotype threat and women's math performance", *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 35, núm. 4, 1999.

[49] Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones de 23 de enero de 2008: "La igualdad entre hombres y mujeres", disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0010.

3.1. Pérdida de fuerza productiva en sectores económicos esenciales

Como se ha indicado con anterioridad, la continua digitalización de nuestra sociedad ha generado un gran auge de la informática, la electrónica y las ciencias exactas en general, de modo que la demanda de profesionales especializados en ámbitos STEM ha experimentado un crecimiento exponencial. Sin embargo, el número de estudiantes egresados en estas disciplinas no resulta suficiente para cubrir la altísima demanda de estos puestos de trabajo, encontrando las empresas grandes dificultades para cubrir los mismos, especialmente en lo que a especialistas en ingeniería e informática se refiere.

La infrarrepresentación femenina en el estudio de estas materias no contribuye a paliar esta escasez de profesionales, sino que la acrecienta, motivo por el que se calcula que, para el año 2027, en la Unión Europea habrá una brecha de género de talento tecnológico -expresada en el número de puestos de trabajo que las mujeres deberían ocupar en estos sectores para igualar el dato masculino- de entre 1,4 millones y 3,9 millones de puestos de trabajo, estimándose que si dicha brecha de talento tecnológico se cerrase, el PIB bruto del conjunto de la Unión aumentaría entre 260 y 600 miles de millones de euros[50].

3.2. Aumento de la brecha salarial de género, la brecha de género en materia de pensiones y empeoramiento de las condiciones laborales promedio del sexo femenino

En la medida en que los puestos de trabajo relacionados con las disciplinas STEM se encuentran altamente demandados en la actualidad, no resulta sino lógico -por el funcionamiento de las fuerzas de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo- que los salarios en estos sectores sean mayores, especialmente en el sector relacionado con las TIC, donde, como ya se indicó, el salario bruto medio anual en 2020 alcanzó los 37.660€ (casi 11.000€ más que la media española)[51].

En consecuencia, un incremento significativo de la participación femenina en este tipo de sectores puede contribuir a aumentar el salario medio de las mujeres trabajadoras, contribuyendo de este modo a reducir la brecha salarial de género a nivel comunitario (12,7%) y nacional (8,9%)[52].

Del mismo modo, si el salario bruto promedio de las mujeres se viese incrementado por este fenómeno, también aumentarían sus bases de cotización promedio, lo que permitiría reducir en cierta medida la acusada brecha de género en materia de pensiones de la que adolece nuestro país[53].

Por último, la escasez de profesionales en los sectores STEM no solo contribuye a mejorar las condiciones salariales de los puestos de trabajo ofertados por las empresas en estos ámbitos, sino también las condiciones laborales ofrecidas en términos generales a los candidatos. Tal y como constatan los datos de uno de los análisis de inserción laboral de los egresados universitarios realizado por el Gobierno de España, transcurridos cuatro años desde la finalización de sus estudios de grado,

[50] Blumberg, S., Krawina, M., Mäkelä, E., y Soller, H., "Women in tech: The best bet to solve…, op. cit.

[51] Asociación Española para la Digitalización, *Radiografía de las…,* op. cit.

[52] Datos referidos a la brecha salarial de género no ajustada del año 2021, y extraídos de EUROSTAT, *Gender pay gap in unadjusted form*, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem180/default/table?lang=en.

[53] Para comprobar la existencia de esta brecha de género en materia de pensiones no hay más que comprobar los datos publicados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y disponibles en Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de agosto de 2023*, 2023, disponible en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/c0e31961-9a30-4579-9ff7-f522986d9b3e/25dca321-7c3c-468b-966d-eae8bdaf6f48/949d0956-2baa-4c30-ac64-2d1e752a0b40. Esta estadística arroja un importe medio de la pensión femenina en la totalidad del sistema de Seguridad Social de 972,04€, frente a un importe medio masculino de 1.443,30€ (un 48,48% superior).

el 67,2% de los graduados en ingeniería y arquitectura cuentan con un contrato de trabajo indefinido, frente al 53,3% de los graduados en ciencias sociales y jurídicas, y el 40,3% de los graduados en artes y humanidades[54]. Del mismo modo, tras cuatro años desde la finalización de sus estudios de grado, el 94% de los graduados en ingeniería y arquitectura cuentan con una jornada de trabajo a tiempo completo, frente tan 75,2% de los graduados en ciencias sociales y jurídicas, o el 60,3% de los graduados en artes y humanidades[55].

Por este motivo, el incremento de la representación femenina en los sectores STEM puede contribuir a mejorar las condiciones de trabajo promedio de las que disfrutan las mujeres trabajadoras en nuestro país, especialmente en lo referido a la acusada parcialidad que caracteriza al empleo femenino[56].

3.3. Incremento de los sesgos de género en el desarrollo de nuevas tecnologías

La infrarrepresentación femenina en los sectores STEM genera una importante falta de perspectiva de género en numerosas actividades de I+D+i que requieren de profesionales expertos en estos ámbitos.

A modo de ejemplo, la mayor parte de los asistentes virtuales cuentan con un nombre femenino (*v. gr.* Siri, Alexa o Cortana), además de voces femeninas predeterminadas que contribuyen a perpetuar los estereotipos de género[57]. Por otro lado, las versiones iniciales de los airbags creadas en la década de los noventa fueron diseñadas por un equipo de expertos en ingeniería constituido en su mayoría por hombres, lo que ocasionó que, inconscientemente, no se tuvieran en cuenta las medidas del cuerpo humano femenino en los modelos iniciales, de modo que estos dispositivos ocasionaban una mayor tasa de mortalidad en mujeres que en hombres[58].

Del mismo modo, la inteligencia artificial (IA), cada vez más utilizada como herramienta productiva, es susceptible de aprender y transmitir estereotipos de género -aunque también étnicos y de muy diversa índole-. Imagínese que programamos una IA para que genere la imagen de una palabra que le indiquemos a partir de los datos existentes en Internet. Supongamos entonces que introducimos la palabra "CEO", de modo que la IA comienza a buscar información en relación a este concepto, y observa que la mayor parte de imágenes existentes en la red se corresponden con las de un hombre blanco, motivo por el que la IA procede a generar una imagen en la que se muestra un CEO con dichas características[59]. Esta tecnología estaría, por tanto, aprendiendo y perpetuando los prejuicios de nuestra sociedad, aunque esta no fuera la intención de sus creadores. Puede concluirse, en consecuencia, que quizás una mayor perspectiva de género, plasmada en una mayor representación

[54] Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, *Inserción laboral de los egresados universitarios. Curso 2013-2014 (análisis hasta 2018)*, 2019, disponible en https://www.universidades.gob.es/wp-content/uploads/2022/10/Insercion_laboral_egresados-2013-2014.pdf. Datos extraídos de la tabla 36 "Tipo de contrato de los egresados universitarios afiliados a la Seguridad Social por cuenta ajena por rama de enseñanza. Egresados curso 2013-2014".

[55] Ibid. Datos extraídos de la tabla 45 "Tipo de jornada de los egresados universitarios afiliados a la Seguridad Social por cuenta ajena por rama de enseñanza. Egresados curso 2013-2014".

[56] El número de trabajadoras con una jornada parcial en España en el año 2022 fue de 2.038.400 mujeres, frente al dato masculino de 719.400 trabajadores, esto es, un 183% superior. Datos extraídos de Instituto Nacional de Estadística, *Número de trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo*, 2022, disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=10893&L=0.

[57] Nass, C., Moon, Y., y Green, N. "Are computers gender-neutral? Gender stereotypic responses to computers", *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 27, núm. 10, 1997 pp. 864-876, disponible en https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.536.7047&rep=rep1&type=pdf.

[58] Lewis, V.O., Scherl, S.A. y O'Connor, M.I., "Women in orthopaedics-way behind the number curve", *The journal of bone and joint surgery*, vol 94, núm. 5, 2012, p.5.

[59] *Cfr.* Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las…,* op. cit., p. 115.

femenina en los equipos desarrolladores de estas nuevas tecnologías, podría tomar en consideración este y otros posibles sesgos que pudieran darse, contribuyendo a neutralizarlos.

En suma, una tecnología más inclusiva requiere de equipos de desarrollo diversos, que permitan desarrollar algoritmos neutros que no fomenten estereotipos que pretendemos abandonar. Esto hace que resulten necesarias más mujeres al frente de la revolución digital, a fin de que puedan aportar su visión y talento a la creación tecnológica[60].

3.4. Dificultades en el cumplimiento de la paridad normativa e implicaciones jurídicas

La infrarrepresentación femenina en el ámbito STEM puede conllevar para las empresas tecnológicas europeas auténticos quebraderos de cabeza para cumplir con la paridad normativa exigida por la Directiva 2022/2381, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas[61].

En concreto, esta norma europea pretende "lograr una representación más equilibrada de hombres y mujeres entre los administradores de las sociedades cotizadas" (art. 1), para lo cual, los Estados miembros deberán garantizar que, para el 30 de junio de 2026, las sociedades cotizadas de su territorio alcancen un porcentaje del 40% de miembros del sexo menos representado en los puestos de administrador no ejecutivo, o del 33% de los puestos de administrador -tanto ejecutivo como no ejecutivo- (art. 5). En el caso de empresas cotizadas de base tecnológica, alcanzar estos porcentajes puede constituir un auténtico reto si no existen suficientes candidatas formadas en STEM para cubrir estos puestos de administración[62]. Este problema se agravaría aún más si, en la transposición a nuestro Derecho interno, las previsiones de la norma europea se imponen también a las sociedades no cotizadas[63].

Asimismo, las políticas públicas tendentes a combatir la infrarrepresentación femenina en los sectores STEM mediante la prevención de los estereotipos de género que originan este fenómeno contribuyen al cumplimiento de numerosas previsiones normativas, entre las que pueden destacarse:

— El artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[64], por el que se reconoce el derecho de toda persona a ganarse la vida mediante un "trabajo libremente escogido", debiendo los Estados contratantes adoptar las medidas necesarias para garantizar este derecho.

[60] Sáinz Ibáñez, M., *Brechas y sesgos de género en la elección de estudios STEM ¿Por qué ocurren y cómo actuar para eliminarlas?*, Sevilla: Centro de Estudios Andaluces, 2020, p.18, disponible en https://www.centrodeestudiosandaluces.es/publicaciones/n-84-brechas-y-sesgos-de-genero-en-la-eleccion-de-estudios-stem-por-que-ocurren-y-como-actuar-para-eliminarlas.

[61] DOUE núm. 315, de 7 de diciembre de 2022.

[62] Suponiendo que uno de los criterios tenidos en cuenta en la selección de los miembros del órgano de administración de estas sociedades sea el conocimiento del sector y de los procesos de las mismas.

[63] Según se ha contemplado en la Disposición transitoria única (apartado cuarto) del anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión, disponible en https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20representaci%C3%B3n%20paritaria%20de%20mujeres%20y%20hombres%20en%20%C3%B3rganos%20de%20decisi%C3%B3n.pdf.

[64] Ratificado por nuestro país mediante el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 103, 30 de abril de 1977.

— El artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[65], según el cual "*La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.*

— El artículo 20 de la Carta Social Europea[66], rubricado con el "*Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo*".

— El artículo 9.2 de la Constitución española, por el que "*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas* […]*",* así como *"remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud* […]".

— El artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación[67], que establece como principios del sistema educativo español, en su letra b), la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y en su letra f) "*La orientación educativa y profesional de los estudiantes, como medio necesario para el logro de una formación personalizada, que propicie una educación integral en conocimientos, destrezas y valores*".

— El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional[68], cuyo apartado j) establece como uno de los principios del sistema de formación profesional español el de "*Eliminación de los estereotipos profesionales y sesgos de género en las opciones formativas profesionales*". El espíritu de esta previsión se puede encontrar reflejado, además, en los artículos 6.10, 25.2 y 94.2 de la misma norma.

— El artículo 28 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[69], por el que todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información en nuestro país deben fundamentarse en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Igualmente, estas políticas contribuirían al cumplimiento de fines consagrados tanto en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital[70] como

[65] DOCE núm. 364, de 18 de diciembre de 2000.

[66] BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021. Indica su artículo 20 que "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos: a) acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; b) orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; c) condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; d) desarrollo profesional, incluida la promoción."

[67] BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006.

[68] BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022.

[69] BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007. Establece su artículo 28, bajo la rúbrica "Sociedad de la Información", que "1. Todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución. 2. El Gobierno promoverá la plena incorporación de las mujeres en la Sociedad de la Información mediante el desarrollo de programas específicos, en especial, en materia de acceso y formación en tecnologías de la información y de las comunicaciones, contemplando las de colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural. 3. El Gobierno promoverá los contenidos creados por mujeres en el ámbito de la Sociedad de la Información. 4. En los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas."

[70] Concretamente, coadyuvarían al cumplimiento de lo establecido tanto en su artículo 1 -por el que la tecnología debe empoderar a todas las personas que viven en la UE y ayudarlas a cumplir sus aspiraciones-, como en su artículo 2 -según el cual la transformación digital no debe dejar a nadie atrás, sino que debe incluir a todos, logrando un equilibrio de género- y en su artículo 4 -por el que se establece el compromiso comunitario por promover una

en la Carta de Derechos Digitales española[71], al igual que a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados en el marco de la Agenda 2030 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)[72]: en concreto, al ODS 4 "Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos", y al ODS 5 "Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas".

4. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA PALIAR LA BRECHA DE GÉNERO EN EL ESTUDIO DE DISCIPLINAS STEM

Una vez expuesta la mayor solidez de la explicación sociocultural frente a la explicación biológica para comprender la brecha de género en el estudio de disciplinas STEM, puede concluirse que las soluciones a este fenómeno pasan por tratar de eliminar los estereotipos de género que alejan a las mujeres del estudio de carreras o ciclos de formación profesional relacionados con estas materias.

Como se indicó anteriormente, la asimilación de estos estereotipos se produce entre los cuatro y los seis años, de modo que, probablemente, las políticas más efectivas destinadas a incentivar el interés femenino por estas áreas no sean las dirigidas a las jóvenes de entre diecisiete y dieciocho años que pronto accederán a la universidad, ni tampoco siquiera las orientadas a las jóvenes que se encuentran ya en la educación secundaria: las políticas clave serán aquellas que reduzcan los sesgos de género en las edades más tempranas de desarrollo de las niñas y niños, mediante la creación de espacios neutrales que no orienten ni a unas ni a otros a estudiar o desarrollar en mayor medida ciertas habilidades o intereses por el simple hecho de ser mujer u hombre.

Estas políticas, por supuesto, deben partir en buena medida de los poderes públicos, aunque su eficacia requiere, asimismo, un importante esfuerzo social de identificación y concienciación de la existencia de unos estereotipos que, a menudo se encuentran tan interiorizados, que ni siquiera percibimos.

Así, se propone a continuación un conjunto de medidas que pueden ser implantadas en tres ámbitos concretos -familiar, educativo y social- a fin de reducir el sesgo en la autoelección y paliar la infrarrepresentación femenina en los ámbitos STEM.

4.1. Ámbito familiar

La familia constituye el primer agente socializador de los niños y niñas, de modo que el papel de las madres y de los padres resulta crucial para impedir, o al menos, reducir la probabilidad de que estos crezcan en un entorno dominado por estereotipos de género.

---

educación y formación digital de calidad con vistas a colmar la brecha digital de género-. La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital puede consultarse, en su versión en castellano, en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01).

[71] Indica el artículo 8.1 de la misma que deberá promoverse la igualdad efectiva de mujeres y hombres en los entornos digitales, fomentándose que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género. Además, su artículo 17.1 establece que "El sistema educativo debe tender a la plena inserción de la comunidad educativa en la sociedad digital y un aprendizaje del uso de los medios digitales dirigido a una transformación digital de la sociedad centrada en el ser humano", teniendo en consideración la garantía de los derechos fundamentales y los valores constitucionales -entre los que encontramos, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, la igualdad (art. 1.1 CE)-. Esta Carta de Derechos Digitales es accesible desde https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/carta-de-derechos-digitales.

[72] Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, disponible en "https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/aprobacion-agenda2030.pdf.

Lo cierto es que, aún a día de hoy, la forma en la que es educado un bebé difiere según sea niño o niña. Piénsese, por ejemplo, en un bebé varón, al que lo más probable es que se le compren juguetes de colores azules, figuras de acción, muñecos de dinosaurios o ropa de vestir que, por supuesto, no incluirá ningún vestido. Por el contrario, un bebé femenino recibirá, con gran probabilidad, juguetes rosas relacionados con el cuidado (muñecas que vestir y peinar, muñecos de bebés que cuidar, cocinas de juguete…), ropa diversa -que, de seguro, incluirá vestidos con alta probabilidad de ser rosas- e, incluso, se le comprarán pendientes porque el conjunto de la sociedad espera que, con dos o tres meses de edad, se le perforen las orejas para que lleve este distintivo tan femenino. La realidad es que, si vemos un bebé en un carrito por la calle, lo más habitual es que podamos distinguir su sexo, no por su apariencia o fisionomía, sino por el conjunto de elementos externos que lo acompañan (ropa, juguetes, pendientes, color del carrito…).

De hecho, en un interesante experimento[73] realizado por la British Broadcasting Corporation (BBC) -el servicio británico público de radio y televisión-, se seleccionó a dos bebés -uno varón y otro mujer-, se les intercambió la ropa y se escogió a varios voluntarios adultos para que jugasen con ellos. En función de si pensaban que el bebé era chico o chica, la persona voluntaria trataba de orientarlo, inconscientemente, hacia unos juguetes u otros, según si los mismos se asocian tradicionalmente a las mujeres o a los hombres. Cuando, al final del experimento, se les indicó que el bebé con el que habían estado jugando no era realmente del sexo que creían, la mayoría de voluntarios quedaron sorprendidos y reconocieron que sus creencias sobre el sexo del bebé habían influido en su forma de tratarlos y en los juguetes que seleccionaban para ellos.

Así, los roles de género comienzan desde el mismo momento en que los progenitores, bien sea de forma consciente o inconsciente, comienzan a inculcar en sus hijos e hijas estos patrones que definirán el resto de sus vidas y la forma en la que los verá la sociedad. A medida que crecen, estos sesgos siguen influyendo en la educación de los niños y niñas, de modo que probablemente a los primeros se les refuerce jugar a ciertos deportes -como el fútbol- y con ciertos juguetes -pistolas, coches de carreras, juegos de construcción, puzzles, videojuegos…-, mientras que a las últimas se las anime a realizar otras actividades físicas -tales como el baile- o incluso se les regale productos estéticos -kits de maquillaje, diademas…-, a la vez que su apariencia también diferirá, inculcándose a los niños que lo habitual es llevar el pelo corto, y a las niñas, el pelo largo.

En suma, los padres y las madres con expectativas tradicionales sobre los roles de género refuerzan las conductas y las actitudes de género en sus hijos e hijas[74], de ahí que una de las claves para reducir la brecha de género en el estudio de carreras STEM sea la de proporcionar una educación neutra en cuanto a sesgos de género en los hogares[75], para lo cual se pueden impulsar campañas públicas de concienciación a las familias, si bien, la efectividad de esta medida dependerá, en última instancia, del esfuerzo que realicen los progenitores por identificar aquellos estereotipos -conscientes o inconscientes- en base a los cuales es posible que actúen. En una familia en la que tanto una niña como un niño crezcan con las mismas expectativas, pudiendo jugar y vestir como quieran -sin que su padre y su madre los inclinen hacia cierto deporte o cierta prenda-, y puedan utilizar los juguetes que

[73] El mismo quedó plasmado en un vídeo, al que puede accederse a través del siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=nWu44AqF0iI.

[74] UNESCO, *Descifrar el código: la educación…,* op. cit., p. 47.

[75] Por supuesto, muchos son los factores que, a nivel familiar, pueden influir en la inclinación de las niñas por el estudio de disciplinas STEM, tales como el nivel educativo de sus padres, el hecho de que alguno de ellos se dedique profesionalmente a estas materias, o sus posibilidades económicas (que pueden determinar, por ejemplo, que una niña reciba clases particulares de matemáticas, química o física si lo necesita). Sin embargo, en la medida en que estos factores en muchas ocasiones vienen ya dados en el momento de nacimiento del bebé y su modificación resulta muy difícil, se ha preferido centrar la atención en la importancia de proporcionar una educación neutra sin sesgos de género, pues esta posibilidad sí que se encuentra al alcance de cualquier familia.

más les gusten -ya sean muñecas y maquillaje para él, y videojuegos, fútbol y dinosaurios para ella, sin recibir refuerzo negativo por ello-, se daría un gran paso para, más adelante, evitar el sesgo en la autoselección.

La incorporación de estas prácticas en los modelos de crianza, junto al esfuerzo parental por identificar sesgos de género inconscientes, contribuiría a la desaparición de las muy diversas regularidades empíricas que, fruto de estos estereotipos, encontramos en nuestro día a día, tales como, entre otras, el hecho de que sean muy pocas las mujeres *gamers*[76] que podemos encontrar, que numerosos deportes femeninos apenas cuenten con visibilidad mediática -tales como el fútbol o el baloncesto, al asociarse a los hombres-, o el hecho -objeto de este estudio- de que las mujeres decidan estudiar disciplinas más enfocadas a los cuidados y menos relacionadas con las ingenierías o las tecnologías.

4.2. Ámbito educativo

Por la gran cantidad de tiempo que los niños y las niñas pasan desde edades tempranas en el colegio, resulta crucial construir entornos educativos libres de sesgos de género ya desde las etapas de educación infantil y primaria, pues es durante estos periodos cuando estos consolidan en mayor medida sus creencias acerca de los roles de género.

La atención en el ámbito educativo debe ir dirigida a analizar, por tanto, la incidencia de los estereotipos de género en dos elementos claves del sistema de enseñanza: el profesorado y los contenidos.

Respecto al profesorado, el mismo cuenta con un papel clave en el aprendizaje de los niños y niñas, de ahí que puedan, también, constituir uno de los principales elementos transmisores de estereotipos de género. En este sentido, las palabras que utilizan para dirigirse a los alumnos, a quién eligen para liderar ciertas actividades o a quién preguntan más en clase según la materia que se esté impartiendo son algunos de los gestos inconscientes que pueden llevar a inculcar en los niños y niñas a su cargo sesgos de género[77]. Múltiples estudios realizados a nivel internacional señalan que el profesorado tiende a hablar de forma diferente -en atención al tono y a las palabras empleadas- con sus alumnos según sean niños o niñas (*v.gr.* llamando "cariño" a ellas y "colega" a ellos), así como a elegir más a los niños para liderar actividades, preguntarles más o hacer referencias implícitas o explícitas a la idea de que a los niños y a las niñas "se les da bien" hacer unas cosas u otras[78]. Algunas

[76] Este término alude a aquellas personas que juegan de forma habitual a videojuegos de cierta dificultad, normalmente en dispositivos de consola. Sin embargo, las mujeres tienden en mayor medida a jugar a videojuegos de reducida dificultad, y lo hacen mayoritariamente en *smartphones* o *tablets*. El hecho de que podamos encontrar muy pocas mujeres *gamers* resulta de gran relevancia, pues, tal y como se expresa en Hosein, A. "Girls' video gaming behaviour and undergraduate degree selection: A secondary data análisis approach", *Computers in Human Behaviour*, vol. 91, 2019, pp. 226-235, estas mujeres se encuentran tres veces más inclinadas a estudiar alguna de las carreras STEM, siendo además 58 veces más propensas a estudiar ciencia, física, ingenierías (especialmente informática), y matemáticas si, además, suelen jugar en modo multijugador.

[77] Tal y como afirma Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las…,* op. cit., p. 40. Además, en Accenture, *Accenture Finds Girls' Take-up of STEM Subjects is Held Back by Stereotypes, Negative Perceptions and Poor Understanding of Carreer Options*, 2017, se muestran los resultados de un estudio realizado en Reino Unido e Irlanda, los cuales arrojaron que el 57% del profesorado de estos países mantenían estereotipos de género inconscientes en relación a las disciplinas STEM. Este puede consultarse en https://newsroom.accenture.com/news/2017/accenture-finds-girls-take-up-of-stem-subjects-is-held-back-by-stereotypes-negative-perceptions-and-poor-understanding-of-career-options#:~:text=The%20survey%20reveals%20a%20disparity,as%20they%20enter%20secondary%20school.

[78] *Idem*.

investigaciones destacan, incluso, que el profesorado tiende a puntuar mejor en matemáticas a los niños que a las niñas[79].

Al margen de que estas actitudes se den en mayor o en menor medida entre el profesorado de los colegios españoles, resulta crucial destacar la importancia del personal docente en la formación social y cultural del alumnado: los profesores y profesoras, a la vez que pueden contribuir a perpetuar estereotipos de género, también pueden ser uno de los principales activos en la lucha contra estos sesgos de género. Por ello, resulta esencial formar al profesorado en la identificación de este tipo de estereotipos -muchas veces inconscientes- a fin de que, al observar una conducta sesgada en clase (*v.gr.* un grupo de niños impide a una niña jugar al fútbol con ellos por no ser un deporte femenino, o un grupo de niñas se burlan de un niño por gustarle las muñecas), intervenga y haga reflexionar a los alumnos acerca de su actitud y el carácter infundado de esos estereotipos.

Por otro lado, los contenidos que se imparten durante la educación preescolar y primaria cuentan con una gran relevancia en la enseñanza de los niños y niñas pues, no en vano, el mismo constituirá la materia sobre la que deberán formarse y examinarse. Sin embargo, aunque los contenidos impartidos en el sistema educativo español pretendan fomentar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como la ausencia de discriminación entre los sexos[80], aún existe cierta distancia que recorrer para librar a las aulas de numerosos sesgos de género que influyen en el comportamiento de los niños y niñas.

Obsérvese, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, cuyo apartado h) establece específicamente que la educación infantil contribuirá a desarrollar en las niñas y niños las capacidades que les permitan "*Promover, aplicar y desarrollar las normas sociales que promueven la igualdad de género*". Pese a este mandato, en las aulas de educación infantil encontramos libros de texto sobre matemáticas o ciencias que contienen pocas imágenes de mujeres, circunstancia que se mantiene en el resto de etapas educativas. De hecho, en un estudio de los manuales empleados en todos los cursos de la ESO[81], los resultados muestran que las mujeres suponen el 12,8% de los personajes que aparecen en los libros de texto, reduciéndose este porcentaje a menos del 7% si se atiende al número de veces que aparecen citadas en sus páginas. Esta presencia disminuye a medida que aumentan los niveles de la ESO, de modo que, según los contenidos van ganando profundidad, las mujeres pierden peso en los mismos. La falta de reconocimiento de la contribución de las mujeres al conocimiento conforma una especie de "currículum oculto" en las aulas por el que se desincentiva a las niñas a estudiar disciplinas STEM, al no contar con referentes femeninos en estas áreas.

Igualmente, son muy pocas las mujeres científicas sobre las que se enseña en el ámbito educativo, lo que lleva a la triste realidad de que, escogida una persona al azar de nuestra sociedad, probablemente no sea capaz de nombrar a más de dos mujeres científicas, mientras que posiblemente sí podrá designar a numerosos científicos varones, tales como Einstein, Newton o Crick y Watson. Sin embargo, poco se da a conocer en las aulas que Mileva Maric, la primera esposa de Einstein, fue una destacada científica autora de numerosos trabajos que se han atribuido individualmente a su marido -se sospecha que entre ellos puede encontrarse, incluso, la famosa teoría de la relatividad[82]-, que Ada Lovelace fue la primera persona en sentar las bases de la programación informática, o que la química y cristalógrafa Rosalind Franklin fue quien descubrió realmente, en 1952, la estructura de doble hélice

[79] *Vid.* Lavy, V. y Sand, E., "On the origins of gender gaps: short- and long-term consequences of teachers' biases", *Journal of Public Economics*, vol. 167, 2018, pp. 263-279.

[80] Tal y como establece el artículo 1, letras a bis) y l) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

[81] López-Navajas, A., "Análisis de la ausencia de las mujeres en los manuales de la ESO: una genealogía de conocimiento ocultada", *Revista de Educación*, núm. 363, 2014.

[82] Palomar, A. "Mileva Maric, ¿fue la madre de la teoría de la relatividad?" *Historia. National Geographic*, 2023, disponible en https://historia.nationalgeographic.com.es/a/mileva-maric-madre-teoria-relatividad_17700.

del ADN al realizar la primera fotografía en la que este patrón pudo ser apreciado, hallazgo que fue refinado y utilizado más adelante por Crick y Watson y que les permitió recibir el Premio Nobel de Medicina y Fisiología en 1962.

En definitiva, resulta de gran importancia proporcionar a las niñas referentes en disciplinas STEM desde edades muy tempranas. Confrontar a los niños y a las niñas con la realidad de que existen y han existido muchas mujeres científicas de gran relevancia para la evolución de la humanidad puede ayudar al alumnado de esta edad a desterrar estereotipos de género, y proporciona modelos a seguir para aquellas chicas que quieran especializarse en estos ámbitos. Así, la realización de trabajos o el visionado de películas en las que se vean representadas mujeres destacando en ámbitos STEM[83] pueden ser importantes recursos educativos para reducir la "masculinización" que frecuentemente se realiza de estas disciplinas.

4.3. Ámbito social

Por mucho que desde la familia y la escuela se creen entornos neutrales libres de sesgos de género, es posible que los niños y las niñas normalicen los mismos. Esto se debe a que, en numerosos momentos, los jóvenes abandonan estos ámbitos, ya sea paseando por la calle, yendo a comprar, interactuando con las personas que les rodean… Este espacio de socialización determina lo que podríamos denominar el "ámbito social", y constituye un importante cauce de perpetuación de estereotipos de género.

Dentro de este ámbito, probablemente el elemento que mayores sesgos transmite sea el *marketing* de los distintos productos que consumen los niños y las niñas.

Se ha hablado antes de que los padres y las madres tienden a comprar ciertos juguetes a sus hijos según sean hombre o mujer, y esto es cierto, pero la realidad es que la publicidad que rodea a los mismos incentiva a ello. Si se realiza el experimento de acudir a una juguetería, el lector comprobará cómo los pasillos de juguetes para niñas resultan muy llamativos por el *collage* rosado que conforman a la vista: muñecas, bebés de juguete, tocadores, bolsas de maquillaje, fregonas y escobas… todo ello de un predominante color rosa y con imágenes de niñas -que no de niños- protagonizando sus envoltorios. Sin embargo, en los pasillos dedicados a los chicos encontraremos juguetes de colores azules, rojos y negros: pistolas de juguete, figuras de acción, juguetes de construcción -como los LEGO-, e incluso porterías para jugar al fútbol, buena parte de los cuales contarán con imágenes de niños -que no de niñas- en los envoltorios y paquetes que los contienen. De hecho, según un estudio realizado por la Institución de Ingeniería y Tecnología británica[84] de los principales motores de búsqueda y sitios web de jugueterías, el 31% de todos los juguetes relacionados con disciplinas STEM que se ofrecen se encuentran en listas de juguetes para niños, mientras que tan solo un 11% se encuentra en las listas femeninas. Del mismo modo, este estudio observó que, si se buscan en Internet los términos "juguetes para niños" y "juguetes para niñas", nueve de cada diez (89%) de los juguetes enumerados para niñas eran rosados, en comparación con el 1% en el caso de los dirigidos a niños.

Del mismo modo, la mayor parte del *marketing* relacionado con la industria de los videojuegos -al menos de los videojuegos más complejos y de mayor dificultad- se centra en el público masculino, de modo que los mismos suelen encontrarse protagonizados por personajes masculinos, siendo los femeninos

[83] Este podría ser el caso, por ejemplo, de la película "Figuras Ocultas", dirigida por Theodore Melfi, la cual refleja la historia -basada en hechos reales- de tres brillantes mujeres afroamericanas que trabajaron en la NASA.

[84] Cfr. Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las…,* op. cit., p. 45.

inexistentes, sexualizados o quedando relegados a una posición supeditada a la del hombre[85]. Asimismo, los anuncios difundidos para promocionar estos videojuegos suelen mostrar a chicos jugando, todo lo cual desincentiva que las chicas se interesen por los mismos, alejándolas de un pasatiempo relacionado con un sector STEM en auge y que podría determinar -como en tantos chicos- que estudiasen ingeniería informática o ciclos de formación profesional relacionados con este ámbito[86].

Por otro lado, estos mismos sesgos se pueden identificar en las tiendas de ropa de niños y niñas, en las que las secciones destinadas a las chicas contienen faldas, vestidos y un mayor número de prendas de colores y estampados asociados a las mujeres, difiriendo en gran medida de la ropa que puede encontrarse en las secciones masculinas.

Por último, la industria filmográfica también ha contribuido a generar estos sesgos de género. Piénsese, por ejemplo, en la conocida empresa The Walt Disney Company, que tan solo recientemente ha comenzado a producir películas protagonizadas por mujeres empoderadas, habiendo transmitido, sin embargo, la tradicional imagen de mujer femenina y cuidadora en la mayor parte de sus éxitos previos. Igualmente, los protagonistas de la mayoría de las series de animación orientadas a la infancia son chicos[87], otras tantas series cuentan con la participación tan solo de un personaje femenino de forma accesoria y representado de modo sesgado[88], y otras series, aunque cuenten con una protagonista femenina, la muestran de forma más o menos estereotipada[89].

En definitiva, aunque es cierto que en los últimos años se ha avanzado en estos ámbitos y cada vez resulta mayor la intención por reducir los estereotipos de género en industrias como la de la moda, los juguetes, la animación audiovisual o los videojuegos, aún podemos encontrar con relativa frecuencia este tipo de sesgos simplemente caminando por la calle y observando un escaparate, o en nuestros propios hogares, al ver la televisión. En este sentido, las políticas públicas quizás debieran adquirir un mayor protagonismo en la evaluación de estas técnicas de *marketing*, a fin de reducir los sesgos de género que en tantas ocasiones se transmiten en estas industrias.

Sin embargo, la realidad es que muchos de estos estereotipos se encuentran tan interiorizados por la sociedad en la que vivimos que resultaría muy difícil conseguir el consenso suficiente para crear políticas públicas que tratasen de combatirlos (*v.gr.* la noción de que las faldas o los vestidos son prendas exclusivamente femeninas). De ahí que, aunque la intervención de los poderes públicos sea un importante instrumento para minimizar estos sesgos de género, la mayor y más poderosa herramienta para tratar de reducir estos estereotipos sea el esfuerzo colectivo por tratar de identificar los mismos y eliminar aquellos patrones mentales que tenemos profundamente asumidos y transmitimos de generación en generación.

Estos sesgos inconscientes[90] determinan nuestras decisiones y opiniones, y unidos, configuran el mundo que nos rodea tal y como lo conocemos. De ahí que el primer y más importante paso para

[85] Esta sesgada visión de las mujeres que proporcionan en muchas ocasiones los videojuegos resulta especialmente preocupante, pues puede transmitir a los jóvenes que juegan con los mismos nocivas ideas y estereotipos de género.

[86] Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las…,* op. cit., pp. 100-112.

[87] Tales como "Ben10", "Las tortugas ninja" o "Manny Manitas".

[88] En este sentido, cabe destacar la serie "Oliver y Benji", en la que solo uno de estos personajes recurrentes es mujer -Patty- y la misma pasa de ser una combativa chica que quiere jugar al fútbol a ser la femenina y dulce animadora y mánager del grupo, o, más recientemente, la famosa serie "La patrulla canina", en la que solo uno de los cachorros es mujer y viste de rosa.

[89] Este sería el caso de la famosa serie "Peppa Pig" -que refleja numerosos estereotipos de género en relación a la ropa y el comportamiento que se espera de hombres y de mujeres-, o de la conocida serie "Dora, la exploradora" -en la que Dora es retratada casi siempre con una camiseta rosa-.

[90] Resulta muy interesante destacar que los investigadores estadounidenses Tony Greenwald, (Universidad de Washington), Mahzarin Banaji (Universidad de Harvard) y Brian Nosek (Universidad de Virginia) han desarrollado,

reducir estos estereotipos y, con ello, la brecha de género en el estudio de disciplinas STEM, consista en el esfuerzo individual por tratar de identificarlos para, posteriormente y tras este proceso de toma de conciencia, intentar eliminarlos.

5. CONCLUSIONES

La brecha de género en el estudio de disciplinas STEM constituye un problema tanto para España como para la práctica totalidad de países del mundo. Como ha podido observarse, esta regularidad empírica cuenta con relevantes consecuencias económicas, sociales y de cumplimiento normativo que refuerzan la importancia del estudio de este fenómeno y de las causas que lo originan.

En el tradicional debate sobre la cuestión de si estas preferencias de carrera y profesión en las mujeres vienen dadas biológicamente o son determinadas socioculturalmente -esto es, si "nacen o se hacen"-, parece que esta última postura es la que más vigor y fundamento ha adquirido en la actualidad, sobre la base de la existencia de unos estereotipos de género que determinan las creencias, habilidades y decisiones de las jóvenes y las alejan, inconscientemente, de las disciplinas STEM.

Diversas investigaciones científicas parecen demostrar que, una vez colocamos la etiqueta de hombre o de mujer a un bebé, este es objeto, desde el mismo momento en que nace, de un proceso de socialización que le transmite todos los prejuicios de género y estereotipos de generaciones pasadas, los cuales actuarán como una fuerza -consciente o inconsciente- que determinará en buena medida su futuro y lugar en la sociedad.

Esta realidad justifica la implantación de políticas públicas que traten de reducir y eliminar estos estereotipos de género desde edades tempranas, a fin de evitar el sesgo en la autoelección que influencia la selección de carrera y profesión por parte de las mujeres. Para ello, resulta crucial crear espacios neutros libres de estos estereotipos tanto en los entornos familiares y escolares, como en el conjunto de la sociedad, lo cual requiere un esfuerzo colectivo por identificar aquellos prejuicios que se encuentran tan interiorizados que, quizás, ni siquiera nos cuestionamos.

Tal y como indican los profesores Castillo Sánchez y Gamboa Araya, la igualdad de género requiere un proceso de aculturación que cambie concepciones y prácticas socialmente aprendidas[91], y este proceso debe afectar al conjunto de la sociedad para que estos prejuicios no sigan siendo heredados por las generaciones futuras. Solo desde el esfuerzo conjunto por identificar y replantear aquellas prácticas, ideas y costumbres que nos vienen dadas y que determinan distinciones infundadas entre el hombre y la mujer, lograremos un futuro en el que las científicas, ingenieras y matemáticas rivalicen en términos cuantitativos y cualitativos con los hombres, dotando de una mayor perspectiva de género a los grandes avances científicos y situándose también al frente de la revolución tecnológica y digital que está transformando nuestro mundo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Blumberg, S., Krawina, M., Mäkelä, E., y Soller, H., "Women in tech: The best bet to solve Europe's talent shortage", *McKinsey Digital*, 2023, disponible en https://www.mckinsey.com/capabilities/mckinsey-digital/our-insights/women-in-tech-the-best-bet-to-solve-europes-talent-shortage#/.

en el marco de la organización *Project Implicit*, un test de asociación implícita ("*implicit association test"*, en inglés) que trata de determinar el grado de sesgo que, de forma inconsciente, padece un individuo en sus asociaciones entre disciplinas STEM y género. Si lo desea, el lector puede realizar este test en el siguiente enlace: https://implicit.harvard.edu/implicit/Study?tid=-1.

[91] Castillo Sánchez, M. y Gamboa Araya, R., "La vinculación de la educación y género", *actualidades Investigativas en Educación*, vol. 13, núm. 1, 2013.

Breda, T., Jouini, E., Napp, C. y Thebault, G., "Gender stereotypes can explain the gender-equality paradox", *PNAS*, vol. 117, núm. 49, 2020.

Castillo Sánchez, M. y Gamboa Araya, R., "La vinculación de la educación y género", *actualidades Investigativas en Educación*, vol. 13, núm. 1, 2013.

Hill, C., Corbett, C. y Rose, A. S., *Why so few? Women in Science, Technology, Engineering and Mathematics*, 2010.

Hosein, A. "Girls' video gaming behaviour and undergraduate degree selection: A secondary data análisis approach", *Computers in Human Behaviour*, vol. 91, 2019.

Lavy, V. y Sand, E., "On the origins of gender gaps: short- and long-term consequences of teachers' biases", *Journal of Public Economics*, vol. 167, 2018.

Lewis, V.O., Scherl, S.A. y O'Connor, M.I., "Women in orthopaedics-way behind the number curve", *The journal of bone and joint surgery*, vol 94, núm. 5, 2012.

López-Navajas, A., "Análisis de la ausencia de las mujeres en los manuales de la ESO: una genealogía de conocimiento ocultada", *Revista de Educación*, núm. 363, 2014.

Mateos Sillero, S. y Gómez Hernández, C., *Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico,* Madrid: Secretaría de Estado para el Avance Digital, Ministerio de Economía y Empresa., 2019, disponible en https://spainaudiovisualhub.mineco.gob.es/content/dam/seteleco-hub-audiovisual/resources/pdf/LibroBlancoFINAL.pdf.

Morales Inga, S y Morales Tristán, O., "¿Por qué hay pocas mujeres científicas? Una revisión de literatura sobre la brecha de género en carreras STEM", *Revista internacional de investigación en comunicación,* vol. 22, núm. 22, 2020.

Nass, C., Moon, Y., y Green, N. "Are computers gender-neutral? Gender stereotypic responses to computers", *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 27, núm. 10, 1997, disponible en https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.536.7047&rep=rep1&type=pdf.

Richardson, S.S., Reiches, M.W., Bruch, J., Boulicault, M., Noll, N.E. y Shattuck-Heidorn, H., "Is there a Gender-Equality Paradox in Science, Technology, Engineering, and Math (STEM)? Commentary on the Study by Stoet and Geary", *Psychological Science*, vol. 31, núm. 3, 2018.

Sáinz Ibáñez, M., *Brechas y sesgos de género en la elección de estudios STEM ¿Por qué ocurren y cómo actuar para eliminarlas?*, Sevilla: Centro de Estudios Andaluces, 2020, disponible en https://www.centrodeestudiosandaluces.es/publicaciones/n-84-brechas-y-sesgos-de-genero-en-la-eleccion-de-estudios-stem-por-que-ocurren-y-como-actuar-para-eliminarlas.

Sorby, S.A. y Baartsmans, B.J., "The development and assessment of a course for enhancing the 3-D spatial visualization skills of first year engineering students", *Journal of Engineering Education*, vol. 89, núm. 3, 2000.

Spencer, S.J., Logel, C. y Davies, P.G., "Stereotype Threat", *Annual Review of Psychology*, vol. 67, 2016, disponible en https://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-psych-073115-103235#.

Spencer, S.J., Steele, C.M. y Quinn, D.M., "Stereotype threat and women's math performance", *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 35, núm. 4, 1999.

Usart, M., Sánchez-Canut, S. y Lores, B., "El ámbito de las STEM no atrae el talento femenino", *Observatorio social de la Fundación "La Caixa"*, 2022, disponible en https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/-/el-ambito-de-las-stem-no-atrae-el-talento-femenino.

VV.AA. "Genome-wide analyses of self-reported empathy: correlations with autism, schizophrenia, and anorexia nervosa". *Translational Psychiatry*, vol. 8, núm. 35, 2018. https://doi.org/10.1038/s41398-017-0082-6.

7. OTRAS REFERENCIAS

Accenture, *Accenture Finds Girls' Take-up of STEM Subjects is Held Back by Stereotypes, Negative Perceptions and Poor Understanding of Carreer Options*, 2017.

Asociación Española para la Digitalización, *Radiografía de las vacantes en el sector tecnológico*, 2022, disponible en https://www.digitales.es/wp-content/uploads/2022/06/informeEmpleo2022_280622.pdf.

Comisión Europea, *Employment and social development in Europe: addressing labour shortages and skill gaps in the EU"*, 2023, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3704.

Comisión Europea, *Women in the digital age. Executive summary*, 2018, disponible en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/84bd6dea-2351-11e8-ac73-01aa75ed71a1.

EUROSTAT, *Gender pay gap in unadjusted form*, disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tesem180/default/table?lang=en.

Instituto de las Mujeres, *Alumnado matriculado en enseñanzas universitarias de Grado según ámbito de estudio*, disponible en https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Educacion/AlumnadoUniversitario.htm.

Instituto Nacional de Estadística, *Número de trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo*, 2022, disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=10893&L=0.

Instituto Nacional de la Seguridad Social, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de agosto de 2023*, disponible en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/c0e31961-9a30-4579-9ff7-f522986d9b3e/25dca321-7c3c-468b-966d-eae8bdaf6f48/949d0956-2baa-4c30-ac64-2d1e752a0b40.

Mckinsey Global Institute, *The future of work in Europe*, 2020, disponible en https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/featured%20insights/future%20of%20organizations/the%20future%20of%20work%20in%20europe/mgi-the-future-of-work-in-europe-discussion-paper.pdf.

Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, *Inserción laboral de lo s egresados universitarios. Curso 2013-2014 (análisis hasta 2018)*, disponible en https://www.universidades.gob.es/wp-content/uploads/2022/10/Insercion_laboral_egresados-2013-2014.pdf

OCDE, PISA 2015 Results. Excellence and equity in education. *Volume I*. 2016, disponible en https://www.oecd.org/education/pisa-2015-results-volume-i-9789264266490-en.htm.

Palomar, A. "Mileva Maric, ¿fue la madre de la teoría de la relatividad?" *Historia. National Geographic*, 2023, disponible en https://historia.nationalgeographic.com.es/a/mileva-maric-madre-teoria-relatividad_17700.

Randstat Research, *Déficit de talento y desajuste de competencias*, 2018, disponible en https://www-randstadresearch-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2018/03/DeficittalentoydesjustecompetenciasRANDSTADRESEARCH.pdf.

UNESCO, *Descifrar el código: la educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*, 2019, disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366649.

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El mantenimiento del empleo a través de la formación en la empresa: una respuesta al cambio tecnológico

Maintaining employment through training in the company: an answer to technological change

Aída Cabello Roldán

Investigadora del Grupo PAIDI SEJ-347 "Políticas de empleo, igualdad e inclusión social"[1]
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0009-0002-4478-4292

Cita Sugerida: CABELLO ROLDÁN, A. «El mantenimiento del empleo a través de la formación en la empresa: una respuesta al cambio tecnológico». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 117-133.

Resumen

El mantenimiento del empleo a través de la formación en la empresa se ha convertido en una respuesta esencial al cambio tecnológico, un proceso constante y muy dinámico que afecta a la totalidad de los sectores económicos y que tiene especiales repercusiones sobre determinados colectivos de la población, como es el de los mayores, siendo especialmente vulnerable a este y a sus cambios. En ese sentido, la formación podría actuar como motor de cambio y mejora de la empleabilidad en España, haciendo hincapié a su vez en el colectivo juvenil, por ejemplo, examinando los beneficios que podría tener la implementación de un sistema de formación dual y los nuevos contratos para la formación. Todo ello porque es evidente que las empresas que invierten en la capacitación y el desarrollo de sus empleados están mejor posicionadas para prosperar en un entorno empresarial en constante evolución, de modo que la formación aumenta la adaptabilidad, la moral y la productividad de estos, y contribuye a una economía más sólida y competitiva en general.

Palabras clave

Empleo; formación dual; formación profesional; colectivos vulnerables; digitalización

Abstract

Maintaining employment through in-company training has become an Essential response to technological change, a constant and very Dynamic process that affects all economic sectors and has special repercussions on certain groups of the population, as it is the elderly, being especially vulnerable to it and its changes. In this sense, training could act as a driver of change and improvement of employability in Spain, emphasizing in turn the youth group, for example, by examining the benefits that the implementation of a dual training system and the new training contracts could have. All of this because it is clear that companies that invest in the training and development of their employees are better positioned to thrive in a constant evolving business environment, so that training increases their adaptability, morale and also productivity, and contributes to a stronger and more competitive economy overall.

Keywords

Employment; dual training; vocational training; especially vulnerable groups; digitalization

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, nos encontramos inmersos en una era en la que priman la rápida evolución tecnológica y la globalización de los mercados, conocida como cuarta revolución industrial, marcada por una gran digitalización, robotización de la economía, y por las Tecnologías de la Información

[1] Financiado por la Junta de Andalucía y dirigido por el prof. Francisco Vila Tierno, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga.
Fecha Recepción: 13/11/2023 - Fecha Revisión: 13/12/2023 - Fecha Aceptación: 14/12/2023
Págs. 117-133

y la Comunicación (en lo sucesivo, TIC)[2], lo que ha permitido un incremento de la autonomía[3] y flexibilidad tanto del lugar como de las formas de trabajo. Por este motivo, el mantenimiento del empleo se ha convertido en uno de los desafíos más apremiantes para las organizaciones y las economías en todo el mundo.

Este constante cambio tecnológico y la digitalización de la mayoría de los procesos de producción han alterado profundamente tanto la naturaleza del trabajo como sus formas de organización, incluso incluyendo modalidades de trabajo que, aunque ya existían, los datos estadísticos demuestran que no se utilizaban, como son el teletrabajo o el trabajo a distancia. Estos cambios han generado la necesidad de que las empresas adapten sus estrategias para preservar empleos y competir en un mercado absolutamente globalizado, de tal forma que las normas deben avanzar en la transformación de las políticas de empleo para que se adapten a las necesidades de las personas trabajadoras[4].

En este contexto, consideramos que la formación en las organizaciones se erige como una respuesta fundamental a la digitalización, permitiendo que las personas trabajadoras puedan adquirir las habilidades necesarias para mantenerse actualizadas y continuar proporcionando valor y conocimientos en un entorno laboral que se encuentra en constante transformación en diversos sentidos, siendo el ámbito del empleo uno de los más afectados y uno de los que genera mayores repercusiones en la sociedad.

En ese sentido, este artículo se enfoca principalmente en el mantenimiento del empleo a través de la formación en la empresa, considerándolo como una estrategia crucial para poder abordar los desafíos que se están planteando por la introducción de nuevas tecnologías. Para tratar de comprender de manera plena esta cuestión, se abordarán diversos aspectos.

En primer lugar, se explorará brevemente el contexto socio-económico en el que nos encontramos inmersos en la actualidad, marcado por una acelerada digitalización de la economía. En ese sentido, se analizará cómo este cambio tecnológico tan drástico ha llevado a una creciente brecha digital, donde los sujetos que carecen de las habilidades digitales se enfrentan a una mayor inseguridad laboral, como puede ser el colectivo de los mayores. Este hecho subraya la importancia que tiene la formación en la empresa como medio para cerrar o, al menos disminuir, la brecha tan evidente que existe hoy día entre los diferentes colectivos y así poder garantizar que todas las personas trabajadoras tengan acceso a unas oportunidades de trabajo significativas en la economía digital.

Por otra parte, se analizará el sistema de la formación profesional para el empleo, con especial énfasis en la formación dual y en el contrato para la formación en alternancia. De esta forma, se examinará cómo este enfoque de formación combina la educación en el lugar de trabajo con la formación académica, brindando a las personas trabajadoras una vía efectiva para la adquisición de las habilidades requeridas por la economía moderna. A su vez, se tratará de analizar la eficacia y los desafíos de este sistema, así como su relevancia en el contexto de la formación empresarial, sobre todo desde la perspectiva del colectivo juvenil y la incidencia sobre el mismo.

[2] Gómez Salado, M. A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 5-8.

[3] Olmos Parés, I.: "El poder de dirección y los medios de control del empresario en el teletrabajo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, vol. 25, 2021, p. 140.

[4] Rojo Torrecilla, E.: "Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023, p. 24.

Por último, se abordarán las novedades y las reformas implementadas por la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo[5], la cual marca un hito en la regulación laboral y en la formación en el ámbito organizacional. En ese sentido, se investigará cómo estas reformas están impulsando cambios de carácter muy significativo en la formación laboral y en el enfoque de las empresas hacia la inversión en capital humano.

En síntesis, este artículo busca hacer énfasis en la importancia que tiene la formación en la empresa, considerándose como una respuesta realmente efectiva al cambio tecnológico, explorando las diversas dimensiones socioeconómicas, los sistemas de formación profesional y las más recientes novedades legislativas en el ámbito del empleo. La comprensión de todos estos elementos es esencial para forjar estrategias sólidas que no solamente se centren en mantener los empleos, sino que, a su vez, también impulsen la adaptación y el crecimiento en una economía en constante transformación.

2. EL CONTEXTO SOCIO-ECONÓMICO ACTUAL Y LA BRECHA DIGITAL

En el contexto actual de continuas crisis económicas en el que estamos inmersos, marcado por la postpandemia genera por la COVID-19, una gran crisis energética que amenaza cada vez con más fuerza un desequilibrio de los frágiles cimientos de la economía globalizada, las tensiones bélicas que aún no se han resuelto y un persistente y cada vez más agravado aumento de la inflación, entre otros, las economías mundiales se encuentran en un estado de incertidumbre sin precedentes. Estos desafíos se entrelazan con un proceso de transformación tecnológica que tiene una gran envergadura, impulsado por un elemento digital sustantivo, que está redefiniendo tanto la forma en la que trabajamos como la forma en la que vivimos.

El impacto que estos cambios están teniendo en las relaciones laborales se manifiesta de múltiples formas, provocando una transformación del derecho del trabajo[6]. En primer lugar, las formas de prestación de las relaciones laborales, en cuanto a su gestión y organización[7], han experimentado una transformación drástica. En ese sentido, la pandemia ha acelerado la adopción de modalidades de trabajo que, aunque si bien ya existían con anterioridad, eran minoritariamente utilizadas, como son las de trabajo a distancia y modalidades flexibles, lo que ha reconfigurado toda la dinámica de trabajo tradicional. Por ello, las organizaciones han tenido que adaptarse a esta nueva realidad implementando tecnologías de colaboración y gestión remota para continuar con el mantenimiento de la productividad en un entorno cada vez más incierto.

Por otro lado, las relaciones laborales también están siendo redefinidas con el paso de los años. Por ejemplo, las necesidades de regulación también se han vuelto urgentes a medida que van surgiendo cuestiones en relación con la privacidad, la propiedad intelectual y la seguridad laboral en un mundo digitalizado. La forma en que tanto las empresas como los sindicatos abordan estos desafíos está en constante evolución, siendo además la capacidad de adaptación un activo absolutamente fundamental.

No obstante, este proceso de cambio, a pesar de tener grandes beneficios, no los genera a todos por igual, puesto que a medida que la economía se está viendo digitalizada y se vuelven más esenciales las habilidades digitales, se está corriendo el riesgo de excluir a aquellos colectivos que, o bien no tienen acceso a la tecnología o bien no tienen las competencias para hacer un buen y eficiente uso de ellas. Estas personas trabajadoras, por lo tanto, quedan al margen de dicho cambio

[5] BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, siendo especialmente relevante su artículo 33, que regula el sistema de formación en el trabajo.

[6] Sempere Navarro, A. y San Martín Mazzucconi, C.: "Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales: una tipología jurisprudencial", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 10, 2006, p. 31.

[7] Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: "Protección de datos personales, intimidad y derechos digitales del trabajador: ¿avance o retroceso?, Revista Derecho Social y Empresa, núm. 18, 2023, p. 4.

y se vuelven extraordinariamente vulnerables en una situación de crisis. En este sentido, la brecha existente[8] entre aquellas personas que pueden adaptarse y prosperar en la economía digital y las que se quedan rezagadas es cada vez más pronunciada.

Por ende, si nos ceñimos al contexto del teletrabajo y de las competencias digitales, es urgente la incorporación de una perspectiva de género[9] en toda la normativa que tenga cierta repercusión en este ámbito, como podría ser el caso de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales[10] (en adelante, LPRL), de tal forma que se implementen medidas que garanticen que no se produzca una brecha digital de género, lo que podría llegar a conllevar la aparición de riesgos psicosociales asociados a este asunto.

En ese sentido, la brecha digital (en general) se ha convertido en uno de los modos más recientes y comunes de exclusión social así como en una amenaza constante de expulsión del mercado de trabajo en la era actual, puesto que la falta de adaptación al cambio tecnológico se ha convertido en una de las razones que coloca a determinados grupos en una posición vulnerable y marginada. Por eso, es importante no olvidar que, al igual que el resto de las actividades diarias, las relaciones laborales también están sometidas a la transformación tecnológica para ser capaces de abordar las nuevas realidades económicas, técnicas, sociales y culturales que influyen en nuestras interacciones.

Si nos centramos en los colectivos que parecen ser más vulnerables a esta dependencia creciente de la tecnología en el ámbito de trabajo, podemos observar que los datos indican que son las personas mayores, las mujeres y los jóvenes sin cualificación en tecnología, los que más sufren este cambio. Al parecer, entran en una dinámica de círculo cerrado[11], ya que a partir de una determinada edad es complicado recuperar la formación que a uno le falta y se reducen sus posibilidades de acceso a formación más compleja, que puede ser por ejemplo la generada por las transformaciones tecnológicas.

A este respecto, la brecha digital no solo les impide el acceso a oportunidades de empleo, sino que también limita su participación en la sociedad de forma general, puesto que es necesaria en numerosos ámbitos. En ese sentido, hay autores que declaran que "las nuevas tecnologías ofrecen interesantes y nuevas oportunidades de acceso al conocimiento. Pero al mismo tiempo su aplicación también puede convertirse en un nuevo factor de exclusión"[12]. Por lo tanto, ya no basta con lidiar con los factores clásicos de exclusión social, como pueden ser la edad, la pobreza o la alfabetización, entre diversos otros, sino que sumamos las nuevas tecnologías, pudiendo agravar los problemas preexistentes si no existen medidas concretas y adecuadas que promuevan la capacitación de todas aquellas personas que se encuentren en riesgo de exclusión digital.

En definitiva, en el contexto socio-económico actual de crisis y la creciente brecha digital, la formación continua en la empresa desempeña un papel fundamental para mitigar los efectos negativos que esto puede tener sobre el empleo. La formación adecuada tanto a las personas trabajadoras como a las propias empresas considerando sus circunstancias y sus características específicas, permitiría

[8] Torres Albero, C.: "Sociedad de la información y brecha digital en España", Revista Panorama Social, vol. 17, núm. 25, 2017, pp. 19-20.

[9] Gómez Salado, M. A.: "Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado "Coalición Progresista": un estudio jurídico laboral", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020, p. 229.

[10] BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

[11] Planas Coll, J.: "El papel de la empresa en la formación de los trabajadores en España", Revista de Educación, núm. 338, 2005, p. 137.

[12] Segarra, D.: "Las nuevas tecnologías, ¿nuevo factor de exclusión social?", *Cuenta y razón*, núm. 135, 2004, pp. 33-37.

otorgar habilidades necesarias para adaptarse a las nuevas realidades tecnológicas y económicas del mercado, lo que las hace más valiosas y competitivas en el mercado de trabajo. Asimismo, la inversión en la capacitación de la fuerza laboral beneficiará a las empresas al retener el talento existente y fomentar un entorno de aprendizaje adecuado y continuo, lo que no solo beneficiará a las personas trabajadoras, sino que también tendrá su repercusión en la resiliencia y la sostenibilidad de las organizaciones en situaciones de crisis, por lo que "la formación para el empleo adquiere, en este punto, un papel central como garante del empleo y de un trabajo decente"[13].

No obstante, si bien es cierto que las políticas educativas y formativas de un país, por sí solas, no pueden resolver los complejos problemas a los que nos enfrentamos en un mundo tan globalizado como el actual, sí deberían articularse junto con el resto de las políticas (de empleo, económicas, sociales, etc.) para que la nueva sociedad que se ha formado en base al conocimiento y cualificación se inserte de manera equitativa en la economía mundial[14]. Esto afecta muy positivamente al crecimiento de la economía en tanto en cuanto mejorará la empleabilidad, capacidad, productividad y el desarrollo social.

3. EL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO

Tomando en consideración el contexto socio-económico actual que hemos descrito con anterioridad, el rol de la formación continua actúa como elemento central para proporcionar a las empresas ventaja competitiva en el mercado de trabajo, permitiendo el desarrollo del capital intelectual para hacerlo más flexible y adaptándolo para poder afrontar eficazmente los retos de una economía global[15].

En un principio, la educación se representaba como un sistema formal que se orientaba a la consecución de un certificado oficial o título acreditante al profesional a la finalización de una carrera[16]. Sin embargo, las nuevas y diversas exigencias del mercado han obligado al sistema educativo a completar este aspecto con la experiencia, como producto de la necesidad continua de profesionalización para que las personas estudiantes puedan responder a todas las exigencias que se producen en los nuevos sistemas de producción.

En ese sentido, han sido numerosos los cambios que ha experimentado el ámbito de la formación en nuestro país, sobre todo en cuanto a las políticas públicas que se han ido creando, siendo de especial relevancia las políticas activas de empleo, cuyo objetivo principal es promover la inserción laboral (dirigidas a las personas desempleadas) y el mantenimiento del empleo (para la población ocupada), por lo que están dirigidas a toda la población[17].

De hecho, el artículo 2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo[18], establece que las políticas activas de empleo son todo aquel conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas que tienen como objetivo contribuir a la mejora de la empleabilidad y la reducción del desempleo, a

[13] Vila Tierno, F.: "Realidad social y económica en un proceso de transformación tecnológica. La brecha digital", *Congreso Internacional en la Universita' Degli Studi di Roma La Sapienza "Nuevas formas de prestación laboral y especial vulnerabilidad de los mayores"*, 2023.

[14] Escamilla, M. A., Küster, I. y Vila, N.: "La formación en el ámbito de la empresa en general y de las ventas en particular", *Revista de investigación 3c Empresa: investigación y pensamiento crítico*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 3-4.

[15] Pineda Herrero, P.: "La formación continua en España: Balance y retos de futuro", *Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa (RELIEVE)*, vol. 13, núm. 1, 2007, p. 43.

[16] Araya Muñoz, I.: "La formación dual y su fundamentación curricular", *Revista Educación*, núm. 32, 2008, p. 53.

[17] Peral Calvo, M.: "Políticas Activas de empleo: la Política de Formación", Trabajo Fin de Grado de la Facultad de Ciencias del Trabajo para el Curso de Adaptación al Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la Universidad de Valladolid, 2012, p. 15.

[18] BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

garantizar el pleno desarrollo del derecho a un empleo digno, estable y de calidad, a generar trabajo decente, así como a la consecución del objetivo del pleno empleo. Asimismo, en el artículo 23 se regula que serán los Servicios públicos de empleo de las distintas comunidades autónomas los órganos que se encargarán de la gestión y el desarrollo de las mismas, además de garantizar la prestación de los servicios de empleo, elaborando los instrumentos para llevar a cabo la coordinación de la política autonómica de empleo junto con la Estrategia Española de Apoyo al Empleo, el Plan Anual, Orientaciones Específicas y la Estrategia Europea de Empleo, entre otros.

Por motivos del objeto del presente artículo, nos centraremos en el grupo de los jóvenes, uno de los colectivos que en el mundo laboral se está viendo afectado por el desajuste en sus competencias, la escasez de su experiencia laboral y las continuas crisis económicas que se están produciendo en la economía. Por una parte, existe un grupo de jóvenes que, al carecer de competencias básicas o específicas, se mantienen sin empleo o en trabajos temporales (que no proporcionan calidad y seguridad en el mismo) y, por otra, muchos se encuentran en un bucle puesto que no pueden adquirir experiencia laboral porque no encuentran trabajo y viceversa[19], siendo este uno de los requisitos esenciales de las organizaciones.

Es cierto que no es tarea fácil revertir la situación actual, puesto que implica adoptar un enfoque multidimensional para afrontar todas las consecuencias negativas generadas a este colectivo. No obstante, algunas de las medidas que podrían mejorar la situación en un período de tiempo relativamente corto pueden ser las relativas a los ámbitos de la educación y la formación. Por ello, siempre se ha considerado de especial relevancia la formación continua como herramienta para el desarrollo de personas, organizaciones y la economía en general, siendo especialmente positiva toda aquella política pública orientada a la potenciación y la expansión de la formación en las organizaciones[20].

Este es precisamente uno de los motivos por los que ha emergido el denominado "sistema de aprendizaje dual", que ha sido puesto en marcha principal e inicialmente por el sistema alemán, y que numerosos Estados miembros de la Unión Europea han incorporado debido a su gran eficacia en la empleabilidad del colectivo juvenil[21].

Considerando por tanto el ámbito europeo, aunque si bien los sistemas presentan algunas diferencias entre sí, todos tienen la misma base e igual finalidad, no es casualidad que los tres países que mayoritariamente utilizan el sistema de la formación dual (Alemania, Austria y Suiza), son precisamente aquellos que cuentan con las tasas de desempleo juvenil más bajas de Europa, siendo relevante que los jóvenes tienen ingresos propios desde una muy temprana edad mientras contribuyen a la economía, y además tienen acceso a estudios superiores si lo desearan, por lo que tiene repercusiones positivas en muchos sentidos.

Esto puede observarse claramente en la Gráfica 1 que muestra la tasa de desempleo juvenil[22], en los países de la UE a fecha de enero de 2023. En este sentido, podemos observar como España se

[19] Morales Ramírez, M. A.: "Sistema de aprendizaje dual: ¿Una respuesta a la empleabilidad de los jóvenes?", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 19, 2014, p. 89.

[20] Pineda Herrero, P. y Sarramona i López, J.: "El nuevo modelo de formación continua en España: balance de un año de cambios", Revista de Educación, núm. 341, 2006, p. 727.

[21] *Cfr*. Organización Internacional del Trabajo, *La crisis del empleo juvenil: un llamado a la acción,* Ginebra, 2012; *Resolución relativa al empleo de los jóvenes: vías para acceder a un trabajo decente,* Ginebra, 2005; *Tendencias mundiales del empleo juvenil. Una generación en peligro,* Ginebra, 2013; G20, *Acciones contra el desempleo,* México, 2012; cuyos enlaces a los documentos se incluyen al final de la bibliografía (páginas web).

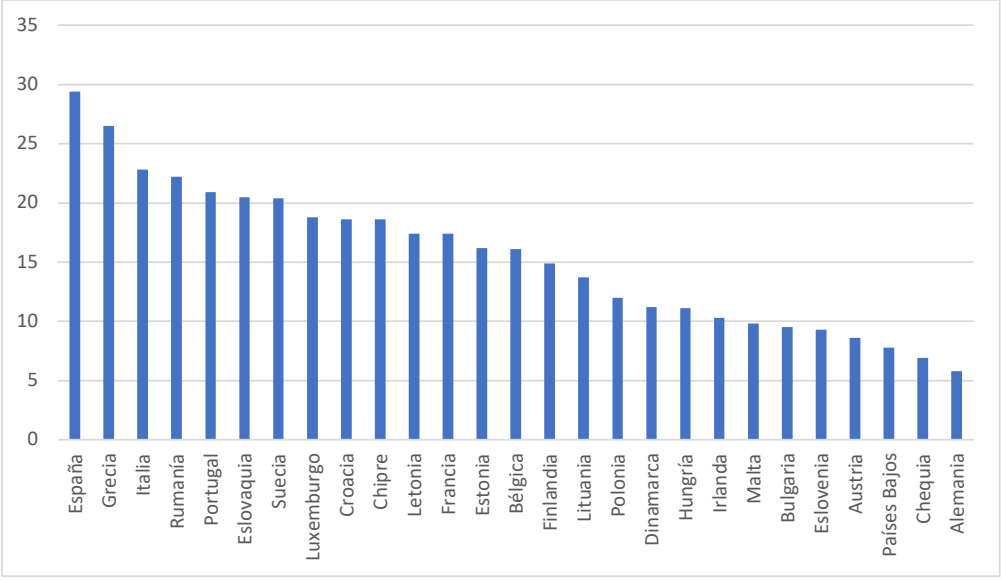
[22] La estadística está realizada considerando la tasa de desempleo juvenil al colectivo de los jóvenes menores de 25 años.

encuentra en la cabeza de la lista, donde aproximadamente, un 29,4 por ciento de las personas menores de 25 años en edad de trabajar no tenía la opción de poder integrarse en el mercado de trabajo.

De esta forma, nuestro país se encuentra por delante incluso de otros países similares (de cultura mediterránea) como son Grecia o Italia, donde el porcentaje es del 27 y el 23 por ciento, respectivamente, que siguen siendo valores muy altos, aunque sean menores que los de España. Estos datos representan prácticamente el doble de los que se registran en los países de la Eurozona y de la UE donde, en países como Alemania, la tasa no llega al 6 por ciento.

Desde una perspectiva global, es importante mencionar que la tasa de desempleo juvenil a nivel mundial es de un 14,1 por ciento, aunque esto se debe a que existen países con una población muy elevada donde trabajan personas de una edad muy reducida, lo que compensa otras en las que es más elevada, como es el Norte de África, donde ronda el 30 por ciento (es decir, prácticamente el dato español).

Gráfica 1 - Tasa de desempleo juvenil en los países de la Unión Europea (EU-28) en enero de 2023



Fuente: Elaboración propia basada en los datos obtenidos de Statista, 2023[23].

En este sentido, la importancia del fomento de los sistemas de formación dual en la educación y el mercado de trabajo es absolutamente innegable en la sociedad actual, ya que combina la teoría académica con la experiencia práctica en el lugar de trabajo, creando una poderosa sinergia que beneficia tanto a las personas estudiantes como a las empresas.

Por un lado, la formación dual prepara a la juventud para el mundo laboral de manera muy efectiva al proporcionarles aquellas habilidades y conocimientos prácticos que suelen ser altamente valorados por las empresas, entre los que se incluyen las habilidades digitales. Esta combinación de aprendizaje tanto teórico como práctico les permite adquirir experiencia real en su campo de estudio

[23] Statista ha elaborado las estadísticas relativas a la tasa de desempleo juvenil en los países de la Unión Europea (EU-28) en enero de 2022 y 2023, disponible en: https://es.statista.com/estadisticas/488897/tasa-de-paro-juvenil-en-los-paises-de-la-ue/.

(que después tanto se demanda por parte de las organizaciones, ya que en un mercado de trabajo que cada vez es más competitivo y está en constante evolución, tener experiencia puede marcar la diferencia en la búsqueda de empleo), lo que los hace más empleables en el momento de su graduación.

Asimismo, es evidente que la formación dual estrecha enormemente la brecha que existe entre la educación y el mundo laboral. Es decir, al trabajar en colaboración con empresas y personas empleadoras, los programas de formación dual pueden ser adaptados para que satisfagan las necesidades específicas de la industria (que tanto demandan las empresas), por lo que esto puede garantizar que las personas estudiantes aprendan aquellos conocimientos y habilidades o capacidades que son realmente relevantes y demandados en el mundo de trabajo actual. A mayor índole, al mismo tiempo, las empresas pueden influir en la formación de los que podrían ser sus futuras personas empleadas, asegurando que estén bien preparadas para los roles que tengan que desempeñar en caso de que finalmente se queden en la misma.

Como hemos expuesto anteriormente, el fomento de los sistemas de formación dual contribuye a la reducción de la tasa de desempleo de la población más joven, por lo que si la misma participa en dichos programas, tendrá una ventaja competitiva al buscar empleo, ya que no solo tendrán un título académico, sino que también dispondrán de experiencia práctica y real relevante. Este aspecto facilita enormemente su transición a mercado laboral y reduce el desempleo juvenil, que lleva siendo desde hace décadas un problema persistente en muchas sociedades, sobre todo en la española, donde se produce de forma bastante más pronunciada.

Como consecuencia de todas estas ventajas, a continuación se dedicará un apartado a explicar con detenimiento este tipo de sistema de formación, su regulación normativa y las formas en las que puede realizarse, además de sus características y requisitos principales para que pueda llevarse a cabo.

3.1. Especial referencia a la formación profesional dual y al contrato para la formación en alternancia

Los contratos formativos no son ninguna novedad, ya que anteriormente a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo[24], existían los contratos para la formación y el aprendizaje, de un lado y, de otro, el contrato en prácticas. Estos contratos formativos pasaron a ser, formalmente, uno solo, denominado el "contrato de formación en alternancia". No obstante, sigue atendiendo a una doble ordenación: el contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, por lo que no es un sistema diferente, sino que "se trata de una modalidad de oferta distinta dentro de la formación profesional"[25].

Según lo estipulado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo (LABORA) de la Generalitat Valenciana, la formación profesional dual se refiere a "el conjunto de acciones e iniciativas formativas, mixtas de empleo y formación, que tienen por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral en una empresa, con la actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo. Y que, además, este se materializa en el ámbito laboral a través del Contrato para la Formación en Alternancia".

[24] BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021, que introducía una nueva Reforma Laboral.

[25] Molina Ávila, I. M.: "La formación dual: un nuevo enfoque de la formación profesional", *Revista Internacional de Organizaciones, International Journal of Organizations*, núm. 17, 2016, p. 134.

Lo que se pretende principalmente es que las personas estudiantes, desde el principio de sus estudios, luchen juntos contra el conocido "shock de la realidad" que la mayoría de ellas suelen sufrir cuando terminan la carrera y pretenden adentrarse en el mercado de trabajo, así como contra la insuficiencia práctica de los titulados que tanto se reclama por parte del sector productivo económico. En este sentido, con el sistema de formación dual bien estructurado, nos enfrentaremos a la "distancia práctica de los titulados"[26] que se está empezando a debatir incluso por la propia juventud.

Si atendemos a la regulación normativa contemplada en el artículo 11.2 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[27] (en adelante, ET), detalla que dicho contrato formativo tendrá por objeto "compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo".

Este artículo establece además, una serie de reglas que deberán seguirse, y que se resumen a continuación:

a) Este tipo de contratos podrán celebrarse con personas sin cualificación profesional requerida siempre que no hayan tenido un contrato formativo previo en la misma área.

b) En ciertos casos, como certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, los contratos solo pueden realizarse con personas menores de treinta años.

c) La actividad laboral desempeñada deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral y deberá integrarse en un programa de formación conjunto.

d) Se designarán tutores tanto del centro de formación como de la empresa para dar seguimiento al plan formativo.

e) Se elaborarán unos planes formativos individuales en colaboración con la propia empresa en la que se desempeñe la actividad.

f) El contrato incluirá tanto la formación teórica como la práctica, y también se detallarán las características de la formación en reglamentos.

g) La duración del contrato variará según el plan formativo, con un mínimo de tres meses y un máximo de dos años. En el caso de que no se hubiera obtenido el título, certificado, acreditación o diploma asociado al contrato, podrá prorrogarse sin superar en ningún caso el máximo de dos años.

h) Solamente podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada ciclo formativo de formación profesional y titulación universitaria, para confirmar así su carácter formativo.

i) Se establecen límites en el tiempo de trabajo efectivo, que tendrá que ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación y que no podrá superar el 65 por ciento durante el primer año y el 85 por ciento en el segundo, de la jornada máxima

[26] Lentzen, S.: "Los modelos de formación dual como integración de lo académico y lo laboral", *Revista Practicum*, vol. 1, núm. 1, 2016, p. 34.

[27] BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

prevista en el convenio colectivo de aplicación en la empresa o, en su caso, de la jornada máxima legal.

j) No se podrán celebrar contratos de formación en alternancia para puestos de trabajo desempeñados anteriormente en la misma empresa por la misma persona trabajadora durante más de seis meses.

k) No podrán realizarse por las personas contratadas mediante este tipo de contratos horas complementarias y extraordinarias (salvo excepción que se contempla en el artículo 35.3 de este texto normativo), ni tampoco trabajos nocturnos y trabajo a turnos, aunque no se prohíbe a tiempo parcial.

l) No podrá establecerse tampoco periodo de prueba en estos contratos.

m) Se establecen criterios de retribución, basados en convenios colectivos o, en su caso, en el mínimo salarial interprofesional en función del tiempo de trabajo efectivo, que en ningún caso podrá ser inferior al 60% el primer año ni al 75% el segundo.

Por otra parte, encontramos el citado contrato para la obtención de la práctica profesional, que incluye a aquellas personas que hayan obtenido una titulación de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo. En ese caso, se dan tres años (cinco para las personas con discapacidad) desde que finalizaron los estudios para poder formalizar el contrato cuya duración máxima se limita a un año (aunque existen algunas excepciones). Difiere del contrato de alternancia a su vez en que podrá establecerse un período de prueba general de un mes, aunque modificable por negociación colectiva, y se eliminan las referencias a los porcentajes para establecer su retribución.

Esto es, lo que se pretende con la regulación de este tipo de contratos es reformularlos para poder redefinir un cauce adecuado para que la juventud pueda transitar más fácilmente desde sus procesos estrictamente formativos al mercado laboral actual, incluso evitando fórmulas de contratación que se han visto como fraudulentas con el tiempo al esconder auténticas relaciones de trabajo por cuenta ajena[28].

El problema que se plantea sobre si funcionaría o no el sistema de formación profesional en España, tiene gran relación con la cultura que lo fundamenta o que lo hace posible[29]. De hecho, está realmente infravalorado el efecto que esto tiene sobre el fomento de la formación profesional en general, por lo que es igual de importante que crear un marco jurídico que lo regule y diseñe tanto su aplicación como los requisitos, como la sensibilización de la sociedad mediante la difusión e información, para tratar de cambiar la estricta concepción que existe por parte de los agentes implicados, ya sea de manera directa o indirecta, para que el sistema de formación profesional dual, en particular, o la FP en general funcione.

Cuando se habla de sensibilización, no solamente estamos hablando de las empresas, que al final son las que se encargan de la contratación de las personas que han realizado estos estudios, y quienes son, además, conscientes que la realización de estas prácticas supone para las personas jóvenes la adquisición de conocimientos reales del mercado laboral y les aporta una visión más acertada y

[28] Vila Tierno, F.: "Problemas de delimitación de la relación jurídica de los jóvenes y la empresa, en los procesos de transición entre formación y empleo", *Noticias CIELO Laboral*, núm. 6, 2022, p. 1.

[29] Molina Ávila, I. M.: "La formación dual: un nuevo enfoque...", *op. cit*. p. 135.

realista del oficio escogido[30]. Sin embargo, igual o más importante es también la sensibilización de las familias, ya que una gran mayoría de la juventud no elige realizar un grado formativo por presión social de su círculo más cercano, al estar considerado como estudios de "inferior categoría" o de menor prestigio, que es completamente erróneo.

A pesar de las ventajas que podría suponer la implementación de este tipo de contratos formativos, ha sido escasamente utilizada en España y en Andalucía. En este sentido, los datos estadísticos muestran que en el curso académico 2018-2019, del alumnado matriculado en formación profesional (en adelante, FP) solamente el 4,4 por ciento lo estaba en FP Dual (en España, el 3,5 por ciento). Quizás el problema venga de que solamente ofrecen enseñanza dual el 18,8 por ciento de los centros andaluces de FP (según los datos del periodo entre los años 2015-2019), por lo que habría que comenzar por ampliar esta última cifra[31].

Asimismo, si observamos los datos recopilados por la Secretaría General Técnica, de la Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación y Formación Profesional procedentes de la Estadística de las Enseñanzas no universitarias "para grado Medio y Grado Superior la cobertura se sitúa en general por encima del 80 por ciento (...) y, a partir del curso 2016-2017 donde la información procede de la propia estadística la cobertura es prácticamente plena"[32]. Estos datos son bastante esperanzadores y nos muestran que la utilización de este tipo de contratos formativos generaría una mayor inserción laboral en los jóvenes, de casi el 100 por cien de los graduados.

No obstante esto, nos planteamos si este sistema podría extrapolarse a las universidades y si, sobre todo, tendría el mismo efecto que parece que se está produciendo en los FP. A este respecto, es importante resaltar que el número de personas crece exponencialmente, por lo que quizás no todas ellas (como sí ocurre en los FP) obtengan un lugar donde realizar estas prácticas en las empresas, porque estas se verán con el poder de elegir a unas personas en lugar de a otras, por lo que nos encontramos en una situación parecida a la actual si el sistema no se diseña de una manera correcta y efectiva para garantizar que esto no se produzca.

Por otro lado, si analizamos las estadísticas recopiladas por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) sobre los tipos de contratos que se han celebrado en Andalucía en enero de 2023, podemos observar que, claramente, existe una prevalencia por los contratos no formativos, como son por circunstancias de la producción e indefinidos. En este sentido, se muestran en el Cuadro 1 los datos específicos:

[30] Olmos Rueda, P. y Mas Torelló, O.: "Perspectiva de tutores y de empresas sobre el desarrollo de las competencias básicas de empleabilidad en el marco de los programas de formación profesional básica", *Revista Educar*, vol. 54, núm 2 (Ejemplar dedicado a: La Formación Profesional), 2017, p. 275.

[31] Pozo-Llorente, M. T., Aguayo Moral, J. M., Poza-Vilches, M.F., Moreno Verdejo, A., Navarro Ruiz, M. A. y del Río Cabeza, A. I.: "Diagnóstico de la Formación Profesional Dual en Andalucía y propuestas de mejora (2013-2020)"*, CaixaBank Dualiza, Junta de Andalucía*, 2021.

[32] Datos obtenidos del informe sobre la Estadística de inserción laboral de los graduados en Enseñanzas de Formación Profesional. Metodología, analizando los resultados que se contemplan en el Anexo I sobre la Cobertura de las Cohortes por comunidad autónoma, grado de FP y periodo.

Cuadro 1 - Estadísticas de los tipos de contratos realizados en Andalucía en el mes de enero de 2023

Tipo de contrato	**Número de contratos realizados**
Obtención de la práctica profesional	726
Formación en alternancia	535
Circunstancias de la producción	143.329
Fijos discontinuos	-
Por sustitución	17.682
Indefinidos	126.723

Fuente: Elaboración propia basada en los datos obtenidos del INE, 2023.

El cuadro anterior muestra que quizás se estén formalizando demasiados contratos mediante determinadas modalidades laborales (por ejemplo, los contratos por circunstancias de la producción) que podrían sustituirse por otros contratos, en concreto, los formativos, al menos en el caso de los más jóvenes, que puede utilizarse, como hemos visto anteriormente, hasta los menores de treinta años de edad.

En definitiva, parece evidente que tendrá implicaciones muy positivas para el alumnado, pero también proporciona incentivos para las empresas, sobre todo a través de la reducción de las cuotas empresariales, bonificaciones para la financiación de la formación, así como una bonificación adicional para financiar los costes de tutorización de la empresa. A mayor índole, si se transforma a tales personas trabajadoras en indefinidas durante tres años, se proporcionará a la empresa un incentivo de 1.500 euros para hombres y 1.800 euros para mujeres y, en el caso de que estas se encuentren inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil, este incentivo consistirá en una bonificación (en los mismos porcentajes).

Por tanto, es importante incrementar la inclusión de este tipo de contratos formativos en la negociación colectiva desarrollando los aspectos confusos que deja ver la normativa actual en esta materia, sobre todo para evitar que desperdiciemos las oportunidades que nos otorga, puesto que este es un mecanismo que claramente beneficia a ambas partes: esto es, tanto a las empresas como a las personas trabajadoras (por ejemplo, como se puede observar por las bonificaciones contempladas en los artículos 23 y 24 del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas[33]).

En ese sentido, parece que la normativa trata de fomentar la formación en el trabajo, incluso la más reciente, como puede ser la Ley 3/2023, cuyo artículo 33 se refiere al sistema de formación en el trabajo y recoge los principales fines de la misma, entre los que podemos encontrar:

a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de las personas trabajadoras ocupadas y desempleadas, tanto del sector público como privado.

(...)

[33] BOE núm. 9, de 11 de enero de 2023.

f) Mejorar la empleabilidad de las personas trabajadoras, especialmente de las que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral.

(...)

h) Facilitar la transición hacia un empleo de calidad y la movilidad laboral.

i) Acompañar los procesos de transformación digital y ecológica y favorecer la cohesión social y territorial, así como la igualdad de género.

En esta mención a los colectivos vulnerables podemos incluir a las mujeres y los mayores, pero sobre todo, en relación a nuestro estudio, a los más jóvenes y a aquellos que se encuentran desplazados por una brecha digital.

Sin embargo, aunque la normativa pudiera hacer diversas referencias sobre este asunto, parece que la puesta en práctica no es tan sencilla, aunque, no obstante, la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Comunidad Autónoma de Andalucía ha anunciado que está comenzando la tramitación por vía de urgencia del proyecto de decreto de ordenación de las enseñanzas universitarias, que regulará la implantación de grados duales en el sistema público universitario andaluz, que será prioritaria a partir del año 2025. Esta norma específica será la primera de carácter autonómico que establezca los criterios para aprobar la programación universitaria en la comunidad, y de adecuar los planes de estudio a dicha programación. La idea es que el estudiantado tenga la posibilidad de compatibilizar su proceso formativo con una actividad retribuida en una organización o institución a través de un contrato en alternancia, de acuerdo con la normativa laboral expuesta con anterioridad. A tal respecto, también estipula la norma que el porcentaje de créditos que se podrán desarrollar en una entidad empleadora oscilará entre el 20 y el 40% en los grados y el 25 y 50% en los másteres[34].

4. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 3/2022, DE 31 DE MARZO, DE ORDENACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL[35]

En marzo del pasado 2022, el Consejo de Ministros español dio luz verde a la nueva Ley Orgánica 3/2022, la cual establece un nuevo sistema de grados de FP, introduciendo la formación dual como prioritaria. En este sentido, cabe resaltar que ha sido aprobada con un apoyo político y social bastante importante, que cuenta con una ambiciosa finalidad y ámbito objetivo, además de tener unos novedosos rasgos configuradores[36].

La formación profesional dual se regula en el Título III de esta norma, sobre el Carácter dual de la Formación Profesional y modalidades, en el que se contemplan las determinaciones generales, el doble régimen de la oferta de formación profesional (dividida en general e intensiva), las modalidades existentes de oferta de la formación profesional (presencial, semipresencial y virtual; modular; modalidades que se dirigen a colectivos específicos vulnerables; otros programas formativos; así como los programas formativos en empresa u organismo equiparado. No obstante, ha sido más de un

[34] Noticia educativa de la página web de la Junta de Andalucía publicada por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación, "La implantación de los grados duales en Andalucía será prioritaria a partir de 2025" en fecha 5 de febrero de 2023.

[35] BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022.

[36] Mella Méndez, L.: "Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una ambiciosa reforma", *Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022, Cinca*, 2022, p. 163.

año después cuando se ha publicado el Real Decreto 659/2023, de 18 de julio, por el que se desarrolla la ordenación del Sistema de Formación Profesional[37].

Ambas normas, en su conjunto, pretenden reinventar el sistema educativo actual y tratar de hacerlo más flexible para adaptarlo a todo tipo de personas. Además, también trata de ayudar a las empresas a cubrir ofertas de empleo que presentan dificultades para ser cubiertas, por pertenecer a niveles de cualificación intermedios que se vinculan con la FP.

En cuanto a su implantación, la norma incluye un periodo de adaptación para las administraciones competentes, con fecha límite el 1 de enero del año 2025, para hacerse con aquellos medios e instrumentos que consideren necesarios para adaptarse a las novedades de esta modalidad. En tal sentido, el legislador prevé que para 2025 el 50% de las oportunidades de empleo van a estar reservadas para personas que tengan este tipo de cualificación intermedia (en concreto, técnicos y técnicos superiores de FP).

En cuanto a los objetivos de la Ley de Formación Profesional podemos citar el incremento de la disponibilidad de plazas en los programas de FP, alineándolos con las demandas del mercado laboral actual para evitar que, a pesar de existir una tasa de desempleo elevada, no se adecúen las personas con las vacantes. Asimismo, se propone extender la duración de la misma tanto a empleados como a personas en búsqueda de empleo, con el fin de equiparar a España con otros países líderes en este aspecto. Para ello, se ha vuelto esencial desarrollar un sistema formativo que sea flexible, accesible y capaz de ser acreditado.

En ese sentido, entre los elementos positivos más destacables cabe señalar:

a) La integración de los sistemas de Formación Profesional, tanto educativa como orientada al empleo, otorga tanto a las personas estudiantes como a las trabajadoras, la capacidad de diseñar sus rutas de formación de acuerdo con sus expectativas, necesidades o requerimientos personales.

b) Esta medida acerca la FP al entorno laboral más representativo de cada región, mediante la generalización de esta nueva modalidad dual, de forma que posibilita a las personas más jóvenes a realizar una parte significativa de su formación en las propias empresas, por lo que se verán conectados desde el inicio con la realidad práctica y las tecnologías empleadas en el mundo de trabajo. Esto, asimismo, generará una mayor cualificación profesional y empleabilidad, promoviendo una mayor implicación de las organizaciones en la formación de los estudiantes.

c) Se facilita la acreditación de las competencias profesionales para aquellas personas que carezcan de una titulación oficial que certifique su experiencia y los conocimientos que ha acumulado a lo largo de los años.

d) La orientación profesional se sitúa en el centro del sistema de FP, para los estudiantes que se están formando para su acceso al mercado de trabajo y para los que ya se encuentren en el mismo, de forma que se mantenga su empleabilidad a los niveles más altos posibles durante su vida profesional.

e) Pretende el acercamiento de las organizaciones, al hacerlas partícipes de gran parte del proceso de formación del alumnado y adecuando, dentro de lo posible, las competencias, conocimientos y habilidades, precisamente a aquellas que se demandarán por la misma.

[37] BOE núm. 174, de 22 de julio de 2023.

5. CONCLUSIONES

La promoción de la formación dual y, consecuentemente, el estímulo de los contratos de formación profesional en alternancia, se perfilan como una de las estrategias vitales en la actualidad con impactos trascendentales en una gran variedad de ámbitos, sobre todo en el ámbito juvenil, con el objetivo de mejorar el empleo en una época de continuos cambios, tecnológicos, económicos, sociales, culturales, entre otros.

Estos programas formativos, que combinan la educación tradicional teórica con la experiencia práctica en empresas, desempeñan un papel crucial en la preparación de los más jóvenes para un mundo de trabajo cambiante. A tal respecto, a medida que la economía global se vuelve cada vez más dinámica y tecnológicamente avanzada, la formación profesional dual se posiciona como una de las vías más efectivas para abordar los desafíos del desempleo, el cierre de las brechas de habilidades (digital, de género, entre otras), así como la adaptación de la fuerza laboral a las demandas del mercado laboral, aspecto que no está ocurriendo recientemente y que, a pesar de que España tiene una de las tasas más altas en desempleo juvenil, las empresas aseguran que no encuentran el talento adecuado a los puestos de trabajo que se están ofreciendo, por lo que hay un problema en la oferta-demanda.

En el ámbito educativo, estos contratos formativos mejoran la calidad de la propia educación, al brindar a las personas estudiantes la oportunidad de poder aplicar sus conocimientos y habilidades en un entorno de trabajo real, por lo que su implicación en los estudios será mayor, como regla general, al tener estos cierto incentivo. Al mismo tiempo, reducen la brecha existente entre la teoría y la práctica, que tanto reclaman los estudiantes, alineando de forma más estrecha la educación con las necesidades de las empresas.

Por otro lado, desde una perspectiva laboral, los contratos de formación en alternancia permiten a las organizaciones identificar y, en caso de que así lo consideren, retener el talento de forma temprana, lo que se traducirá en una mayor productividad y competitividad. Al mismo tiempo, tal y como hemos expresado anteriormente, combatirá el desempleo juvenil ya que facilitan la entrada al mercado laboral a la juventud, con habilidades más actualizadas.

Asimismo, en el ámbito económico, la formación dual podría impulsar el crecimiento del país, puesto que mejoraría la satisfacción de las necesidades de las organizaciones locales, lo que producirá la atracción de inversiones y fomentará el desarrollo económico. Es más, la inversión en educación y formación por sí solas, beneficia a la sociedad en su conjunto al mejorar tanto la empleabilidad como el bienestar económico.

En ese sentido, diversos estudios[38] aportan algunas soluciones para tratar de mejorar la situación actual mediante la implementación generalizada de formación profesional dual, que pueden resumirse en:

a) Adecuar la oferta formativa a la situación organizacional local, es decir, en lugar de que la oferta formativa sea generalista debería intentar adecuarse a las necesidades locales de cada territorio, sobre todo para fomentar que la población juvenil de las zonas rurales se traslade a las grandes ciudades para el desarrollo de su crecimiento profesional, lo que beneficiaría al asunto tan actual como es la problemática de la "España vaciada".

[38] Pérez de Tudela Delgado, A.: "La formación Profesional Dual en la España vaciada", *Revista Supervisión 21*, núm. 68, 2023, pp. 26-30.

b) Ligada a la anterior, provocar la fijación de la población al territorio para generar crecimiento económico.

c) Evitar tanto la sobrecualificación como la sobretitulación, que estamos acostumbrados a ver recientemente, puesto que los jóvenes consideran que, a falta de oportunidades de empleo, deben seguir formándose con titulación que quizás no sea la adecuada para lo que están demandando las empresas.

d) Muy importante, concienciar a la población (sobre todo a la más mayor) sobre la percepción sociológica de la FP, ya que muchas familias o parte de ellas, optan por la realización del Bachillerato y el acceso a la universidad para sus hijos, al verla como la vía más adecuada y con la que consideran que tendrán mayores oportunidades en el empleo, cuando realmente la FP tiene un valor que es insustituible por las grandes posibilidades formativas que esta ofrece, así como de facilitación de la inserción laboral.

Por último, en cuanto a la nueva Ley de Empleo se refiere, el alcance de la reforma que se plantea con la misma no parece que suponga un cambio trascendental de los Servicios Públicos de empleo que vayan a permitir la superación de las limitaciones tradicionales que éste ha venido presentando históricamente y cuyo rasgo más sintomático es que el 42 por ciento de desempleo en nuestro país es de larga duración.

En ese sentido, la norma que pretende reformar el sistema vigente parece hacerlo atractivo y, sobre todo, con prestigio, para lo que se necesita un cambio de la valoración por parte de la sociedad, ya que tradicionalmente, se le ha considerado el "hermano pobre" en el sistema educativo y un gran número de personas jóvenes no lo escogían como primera opción. Esta tendencia parece que se está reduciendo, sobre todo con la aprobación, por ejemplo, del Plan Estratégico de la Formación Profesional del sistema educativo aprobado en 2018, y el Plan de Modernización de la Formación Profesional de 2020.

En este punto, es realmente importante la financiación del sistema y, para ello, debemos aprovechar los fondos europeos "Next Generation UE", ya que para que se produzca dicha ambiciosa renovación, será necesario un gran volumen de ingresos para construir nuevas infraestructuras y centros educativos, así como la formación especializada del profesorado, que se estima que será de más de cinco millones de euros en los próximos cuatro años[39]. No obstante, esta nueva norma parece estar bien orientada y con un objetivo muy delimitado, sin perjuicio de que el comienzo de la implantación es aún muy reciente y falta perspectiva para conocer sus verdaderos resultados.

6. BIBLIOGRAFÍA

Araya Muñoz, I.: "La formación dual y su fundamentación curricular", *Revista Educación*, núm. 32, 2008.

Escamilla, M. A., Küster, I. y Vila, N.: "La formación en el ámbito de la empresa en general y de las ventas en particular", *Revista de investigación 3c Empresa: investigación y pensamiento crítico*, vol. 2, núm. 2, 2013.

Gómez Salado, M. A.: "Algunas propuestas de reforma en materia de empleo y protección social que se incluyen en el Acuerdo titulado "Coalición Progresista": un estudio jurídico laboral", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm. 1, 2020.

Gómez Salado, M. A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

[39] Mella Méndez, L.: "Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo...", *op. cit*. p. 167.

Lentzen, S.: "Los modelos de formación dual como integración de lo académico y lo laboral", *Revista Practicum*, vol. 1, núm. 1, 2016.

Mella Méndez, L.: "Sobre la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la formación profesional: valoración general de una ambiciosa reforma", *Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022, Cinca*, 2022.

Molina Ávila, I. M.: "La formación dual: un nuevo enfoque de la formación profesional", *Revista Internacional de Organizaciones, International Journal of Organizations*, núm. 17, 2016.

Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: "Protección de datos personales, intimidad y derechos digitales del trabajador: ¿avance o retroceso?, Revista Derecho Social y Empresa, núm. 18, 2023.

Morales Ramírez, M. A.: "Sistema de aprendizaje dual: ¿Una respuesta a la empleabilidad de los jóvenes?", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 19, 2014.

Olmos Parés, I.: "El poder de dirección y los medios de control del empresario en el teletrabajo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, vol. 25, 2021.

Olmos Rueda, P. y Mas Torelló, O.: "Perspectiva de tutores y de empresas sobre el desarrollo de las competencias básicas de empleabilidad en el marco de los programas de formación profesional básica", *Revista Educar*, vol. 53, núm 2 (Ejemplar dedicado a: La Formación Profesional), 2017.

Peral Calvo, M.: "Políticas Activas de empleo: la Política de Formación", Trabajo Fin de Grado de la Facultad de Ciencias del Trabajo para el Curso de Adaptación al Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la Universidad de Valladolid, 2012.

Pérez de Tudela Delgado, A.: "La formación Profesional Dual en la España vaciada", *Revista Supervisión 21*, núm. 68, 2023.

Pineda Herrero, P.: "La formación continua en España: Balance y retos de futuro"*, Revista Electrónica de Investigación y Evaluación Educativa (RELIEVE)*, vol. 13, núm. 1, 2007.

Pineda Herrero, P. y Sarramona i López, J.: "El nuevo modelo de formación continua en España: balance de un año de cambios", Revista de Educación, núm. 341, 2006.

Pozo-Llorente, M. T., Aguayo Moral, J. M., Poza-Vilches, M.F., Moreno Verdejo, A., Navarro Ruiz, M. A. y del Río Cabeza, A. I.: "Diagnóstico de la Formación Profesional Dual en Andalucía y propuestas de mejora (2013-2020)"*, CaixaBank Dualiza, Junta de Andalucía*, 2021.

Planas Coll, J.: "El papel de la empresa en la formación de los trabajadores en España", Revista de Educación, núm. 338, 2005.

Rojo Torrecilla, E.: "Una política de empleo adecuada para los cambios en las relaciones laborales del siglo XXI: Estudio de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023.

Segarra, D.: "Las nuevas tecnologías, ¿nuevo factor de exclusión social?"*, Cuenta y razón*, núm. 135, 2004.

Sempere Navarro, A. y San Martín Mazzucconi, C.: "Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales: una tipología jurisprudencial", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 10, 2006.

Torres Albero, C.: "Sociedad de la información y brecha digital en España", Revista Panorama Social, vol. 17, núm. 25, 2017.

Vila Tierno, F.: "Problemas de delimitación de la relación jurídica de los jóvenes y la empresa, en los procesos de transición entre formación y empleo", *Noticias CIELO Laboral*, núm. 6, 2022.

Vila Tierno, F.: "Realidad social y económica en un proceso de transformación tecnológica. La brecha digital"*, Congreso Internacional en la Universita' Degli Studi di Roma La Sapienza "Nuevas formas de prestación laboral y especial vulnerabilidad de los mayores"*, 2023.

Estudios de Doctrina Judicial

Laborum

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El acceso al recurso de suplicación en pleitos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nueva doctrina unificadora de la Sala Cuarta del Supremo

Access to the remedy of supplication in lawsuits for substantial modification of working conditions. New unifying doctrine of the Fourth Chamber of the Supreme Court

Jaime de Lamo Rubio *Magistrado*
Doctor en Derecho
https://orcid.org/0000-0002-3097-3984

Cita Sugerida: DE LAMO RUBIO, J. «El acceso al recurso de suplicación en pleitos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nueva doctrina unificadora de la Sala Cuarta del Supremo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 137-144.

Resumen

El objetivo de este comentario es analizar la sentencia de 13 de septiembre de 2023 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. El alto tribunal parte de la doctrina unificadora que establece que la competencia funcional puede examinarse de oficio y aunque no medie la necesaria contradicción entre sentencias. En la sentencia analizada se realiza una minuciosa interpretación gramatical, sistemática y teleológica de los preceptos aplicables en materia de recurso de suplicación contra sentencia en pleitos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. El tribunal concluye que no procede recurso de suplicación si se ejercita acción de impugnación de modificación sustancial (individual o plural) de condiciones de trabajo a la que se acumula acción de daños y perjuicios por importe superior a 3.000 euros (summa gravaminis en materia de recursos de procedimiento ordinario). El interés de esta sentencia radica tanto en la sólida argumentación que realiza, como en que viene a modificar la doctrina que hasta el mismo momento mantenía la propia Sala Cuarta en estos supuestos.

Palabras clave

Recurso de suplicación; demanda individual o plural; modificación sustancial condiciones de trabajo; acumulación daños y perjuicios superior a 3.000 euros

Abstract

The objective of this commentary is to analyze the Supreme Court's sentence of September 13, 2023. The High Court is based on the unifying doctrine that establishes that functional competence can be examined ex officio and even if there is no necessary contradiction between sentences. In the analyzed sentence, a thorough grammatical, systematic and teleological interpretation is made of the applicable precepts in matters of appeal against sentence in lawsuits for substantial modification of working conditions. The court concludes that there is no appeal if an action is brought to challenge a substantial modification (individual or plural) of working conditions to which an action for damages for importation exceeding 3,000 euros is added (summa gravaminis in matters of ordinary procedure resources). The interest of this ruling lies both in the solid argumentation of the Supreme Court, and in the fact that it modifies the doctrine that until that moment was maintained by the ruling itself.

Keywords

The remedy of supplication; individual or plural demand; substantial modification of working conditions; accumulation of damages exceeding 3,000 euros

1. APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE RECURSOS EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL

1. El derecho de acceso a los recursos ha sido ampliamente abordado por el Tribunal Constitucional que, tratando de precisar el contenido del art. 24.1 CE, ha distinguido entre el *derecho de acceso a la jurisdicción*, que nace directamente de la Constitución y es un elemento esencial

Fecha Recepción: 06/11/2023 - Fecha Revisión: 08/11/2023 - Fecha Aceptación: 10/11/2023
Págs. 137-144

del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en dicho precepto constitucional y el *derecho de acceso a los recursos* contra las resoluciones judiciales, que es un derecho de configuración legal que no nace *ex Constitutione* sino de lo que, en cada momento, hayan dispuesto las leyes procesales[1].

No existe en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos; y, en consecuencia, el establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador, con las peculiaridades propias del proceso penal[2].

En consecuencia, resulta que en la interpretación de las normas sobre el acceso a los recursos jurisdiccionales no tiene aplicación el principio *pro actione*, a diferencia de lo que sucede en la interpretación de las normas que regulan el acceso de las personas a la jurisdicción[3]. De modo que "… *la interpretación amplia o flexible de las normas procesales, usualmente reclamada por la necesidad de dispensar adecuada tutela judicial efectiva a quienes litigan no puede trasladarse, sin más, a las exigencias para acceder a un recurso extraordinario, como es el de suplicación. Sencillamente, porque también está en juego la tutela judicial a la parte que ha obtenido ya una respuesta judicial satisfactoria y desea que la misma alcance firmeza lo más pronto posible…"*[4].

2. En la jurisdicción social, el legislador ha decidido que el sistema de recursos se inspire en el *principio de instancia única y doble grado o nivel de jurisdicción*, con excepciones; entre otras, en el sentido de que contra determinadas sentencias dictadas en instancia única no procede recurso alguno [art. 191.2 LRJS]. El que podría denominarse como segundo grado o nivel se configura a través de los recursos de suplicación y casación; lo cual significa que, cuando la competencia objetiva está atribuida a un Juzgado de lo Social, éste actúa como primer grado y en instancia única [art. 6.1 LRJS][5].

Después interviene, en un nivel jurisdiccional superior, en uso de la competencia funcional específica, la correspondiente Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), resolviendo el recurso de suplicación [arts. 7.c) y 190 LRJS], siempre que este recurso quepa en el caso de que

[1] El acceso a la justicia como elemento esencial del contenido de la tutela judicial efectiva, consistente en provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión de un Juez (STC 19/1981); en este acceso, o entrada, funciona con toda su intensidad el principio *pro actione* que, sin embargo, ha de ser matizado cuando se trata de los siguientes grados procesales que, eventualmente puedan configurarse. El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley Suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos. El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988, y 106/1988).

[2] Tan sólo en el proceso penal, en principio, el condenado tiene el derecho fundamental a que el asunto sea examinado por dos órganos jurisdiccionales distintos, y jerárquicamente dispuestos en el organigrama judicial, pues así se infiere del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de Nueva York,, de 19 de diciembre de 1966 y del art. 2.1 del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 4 de noviembre de 1950, ambos suscritos por España, y de especial vinculación interpretativa en materia de derechos fundamentales, conforme al art. 10.2 CE.

[3] STC 37/21995, de 7 de febrero y múltiples posteriores en el mismo sentido.

[4] *In fine* del apartado 1 del FD Quinto de la Sentencia objeto de comentario (STS [Sala 4ª (Pleno)] de 13 de septiembre de 2023), a que luego nos referiremos en detalle.

[5] Al ser de instancia única, no existe recurso de apelación ni segunda instancia, por lo que no se repite el juicio ya celebrado (con la posibilidad de reproducir toda la problemática fáctica y jurídica).

se trate (art. 191 LRJS). O, en su caso, cuando conoce en primer grado e instancia única la Sala de lo Social (del TSJ o de la Audiencia Nacional, en su caso), lo hará en grado segundo el TS, resolviendo el recurso de casación ordinaria [art. 9.b) LRJS]. En ambos casos, al amparo de motivos concretos, porque se trata de *recursos extraordinarios*.

El recurso de *casación para la unificación de doctrina* no es un tercer grado, sino un recurso extraordinario y, además, excepcional. Su función institucional procura la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico en las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los TSJ. Por esta causa, se limita el recurso de unificación de doctrina al examen del derecho aplicado. Todos los motivos deben, por principio, girar en torno a cuestiones jurídicas: la apreciación de si el recurso cumple o no los requisitos exigidos, la calificación o no como contradictorias de las sentencias contrastadas, etc.

3. Por lo que se refiere al *recurso de suplicación,* el mismo se configura como un recurso extraordinario de naturaleza *cuasi casacional* que sólo puede interponerse si concurren determinados motivos[6]. Se ha de interponer contra el fallo y no contra los fundamentos de derecho. Tampoco admite la alegación de cuestiones nuevas no planteadas en la instancia, por su carácter revisor. El mismo permite a las Salas de lo Social de los TSJ revisar por este cauce extraordinario tanto las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social como las resoluciones de los Jueces de lo Mercantil que afecten al derecho laboral, siempre que dichas resoluciones sean legalmente susceptibles de impugnación a través de este medio (art. 190 y ss. LRJS) y teniendo presentes las normas sobre competencia territorial aplicables en cada caso.

Como *regla general son recurribles en suplicación todas las sentencias de los Juzgados de lo Social,* cualquiera que sea la naturaleza del asunto (arts. 191.1 y 191.3 LRJS). Pero esta regla *tiene excepciones* por razón de la materia y/o de la cuantía, y requiere además algunas precisiones en relación con determinados tipos de asuntos o con reclamaciones con determinadas características, en las que procede suplicación en todo caso (art. 191.3 LRJS); el recurso de suplicación también permite la impugnación de ciertas resoluciones judiciales con forma de auto (art. 191.4 LRJS)[7].

Una de referidas excepciones es la relativa a determinados pleitos sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que es el objeto de consideración en esta aportación doctrinal, en torno al cambio de doctrina efectuada en la importante STS [Sala 4ª (Pleno)] de 13 de septiembre de 2023 [Ponente Sr. Sempere Navarro][8]

---

[6] En este sentido, la doctrina suele aludir al mismo como "pequeña casación".

[7] En todo caso, es preciso recordar que *"...siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho..."* (STS [Sala Cuarta] de 3 de julio de 2023 [rec. 5/2023]). De modo que esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Por un lado, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial (*SSTC 3/1983*, *113/1988*, *4/1995* y *135/1998*, entre otras muchas). En consecuencia, no debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano (*SSTC 18/1993*, *37/1995*, *135/1998* y *163/1999, entre otras)*. Finalmente, como ya hemos indicado, el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción (*STC 37/1995*) pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (*SSTC 211/1996* y *258/2000*).

[8] Rec. 2589/2020[ECLI:ES:TS:2023:3808].

2. HECHOS RELEVANTES

La sentencia de 25 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz desestimó demanda individual por modificación sustancial de condiciones de trabajo, a la que se acumulaba acción de daños y perjuicios por importe superior a 3.000 euros; tambien alegaba vulneración de derechos fundamentales; pretensión ésta última de la que desistió en fase de suplicación. Interpuesto recurso de suplicación por la parte demandante, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Sevilla) apreció falta de competencia funcional, al considerar que no procedia recurso de suplicación contra dicha sentencia[9]. Contra esta sentencia, se intepuso recurso de casación para unificación de doctrina, que es el que se resuelve en la STS comentada.

En definitiva, interesa destacar que se trata de una demanda individual por modificación sustancial de las condiciones de trabajo a la que se acumuló acción de daños y perjuicios por importe superior a 3.000 euros, y la cuestión a dilucidar consiste en detemrinar si procede o no recurso de suplicación contra la sentencia de instancia.

3. DOCTRINA UNIFICADORA A LA FECHA DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La propia sentencia comentada, como no puede ser de otro modo, parte de exponer y analizar la doctrina unificadora que hasta el momento venía aplicando en asuntos como el considerado, que en definitiva admitía el recurso de suplicación cuando se trataba de sentencias dictadas en pleitos de modificación sustancial individual (o plural) de condiciones de trabajo a las que se había acumulado acción de daños y perjuicios por importe superior a 3.000 euros; y, al efecto cita y comenta las STS [Sala 4ª] de 10 de marzo de 2016 [rec. 1887/2014] y la STS [Sala 4ª] de 22 de junio de 2016 [rec. 399/2015]

En ellas, en esencia, se venía a razonar que una interpretación integradora de los preceptos aplicables "….nos lleva a considerar que, si bien en principio la materia de modificación sustancial de condiciones trabajo de carácter individual, tiene vedado el acceso al recurso de suplicación, sí se permite el recurso en los supuestos en que a la acción impugnatoria de la modificación, se acumula una acción indemnizatoria en cuantía que sea superior a los 3.000 euros. Interpretación ésta, que viene avalada por el *artículo 138 de la propia LRJS*, que regula la tramitación del proceso de Movilidad Geográfica y Modificaciones Sustanciales de Trabajo, el cual en su apartado séptimo, párrafo tercero, establece que: "La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, *así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos"* .

Esta interpretación más amplia -"pro recurso"-, salva la más literal y restrictiva del trascrito *apartado e) del número 1 del artículo 191 de la LRJS* , que supondría entender que la excepción de dicho apartado, en cuanto al acceso al recurso de suplicación cuando exista acumulación de otra acción, que sí sea susceptible del recurso, se refiere únicamente a los de cambio de puesto o movilidad funcional, haciendo así de peor condición a los de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, cuando lo cierto es, que la modificación puede suponer, según el tipo y la condición de trabajo afectada, una carga más penosa y un mayor sacrificio para el trabajador, que

[9] STSJ Andalucía (Sala Social Sevilla) de 8 de junio de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "*Que debemos declarar y declaramos la nulidad de las actuaciones practicadas por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz, a partir de la sentencia de fecha 25 de marzo de 2019 (sentencia nº 99/2019) en el procedimiento 431/2018, seguido en reclamación modificación sustancial de condiciones de trabajo en virtud de demanda formulada por D. Federico contra Excmo. Ayuntamiento de Barbate y contra Asociación Barbateña de Monitores Deportivos (ABAMODE), sentencia que declaramos firme en todos sus pronunciamientos*".

el cambio de puesto de trabajo o movilidad funcional, interpretación literal que sería contraria a la obligada tutela judicial efectiva que el *artículo 24.1 de nuestra Constitución* proclama y garantiza…".

4. LA STS [SALA 4ª (PLENO)] DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2023 [PONENTE SR. SEMPERE NAVARRO]

Partiendo de lo que antecede, en esta sentencia se cambia dicho criterio, y, tras recordar que es doctrina pacífica que la cuestión relativa a la competencia funcional, al ser materia de orden público, puede examinarse de oficio y aunque no medie la necesaria contradicción entre sentencias, se comienza por razonar la necesidad de variar la indicada doctrina, afirmando que *"…tanto las consideraciones realizadas por la sentencia recurrida cuanto la nueva reflexión y debate de esta Sala, constituida en Pleno, han evidenciado la necesidad de cambiar el criterio que hemos venido aplicando respecto de recurribilidad por razón de la cuantía…"*. A continuación, se explayan los argumentos basados en una interpretación literal, sistemática y teleológica de las normas procesales de aplicación, que conducen a ese cambio de doctrina. Destaca de dicha argumentación lo siguiente[10]:

"*…2. Las normas reguladoras de la modalidad procesal.*

El *artículo 138.6 LRJS*, como hemos visto, establece una regla general (que contra la sentencia no procederá ulterior recurso) y varias excepciones (supuestos en los que sí se admite la suplicación).

Las tres excepciones establecidas omiten cualquier referencia a supuestos como el presente (MSCT de carácter no colectivo). Por tanto, el silencio, y la interpretación *contrario sensu,* abocan a considerar que si no se ha incluido determinada hipótesis es porque al LRJS ha querido que juegue la regla general.

De manera más específica, sucede que entre las excepciones expresamente establecidas aparece la referida a las sentencias dictadas en supuestos "De modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del artículo 41 del referido Estatuto". Por tanto, no cabe pensar en ambigüedad o desliz legislativo de ninguna clase: la norma ha querido excepcionar de la regla general solo determinado tipo de asuntos cuando se litiga al hilo de una MSCT. Iría contra la ordenación procesal diseñada por la norma el que se admitiera el recurso en supuesto de MSCT de carácter individual que no tuviera encaje en alguna otra de las excepciones establecidas.

3. Las previsiones sobre el recurso de suplicación.

De manera comprensible, la Ley procesal no precisa la posibilidad de recurrir una sentencia de instancia (de Juzgado de lo Social en nuestro caso) solo cuando delinea la modalidad procesal que deba seguirse, sino que vuelve sobre el tema al diseñar la arquitectura de los recursos extraordinarios, básicamente casación y suplicación.

El ya transcrito *artículo 191.2.e) LRJS* sigue la misma estructura que el art. 138.6 pero con alguna variante redaccional. Se parte, en efecto, de la imposibilidad de recurrir ante la correspondiente Sala de lo Social del TSJ la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en los litigios "de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo". Acto seguido, también, excepciona el criterio para abrir las puertas del recurso "cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 41 del referido Estatuto".

[10] Apartados 2, 3 y 4 del FD Quinto de la sentencia comentada.

Parece incuestionable que nuevamente ha querido la norma dejar fuera del acceso al segundo grado a los litigios sobre MSCT de alcance individual (como el presente) o plural.

La ulterior referencia a que también son recurribles las sentencias dictadas en asuntos "cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación" está solo referida a los litigios de cambio de puesto o movilidad funcional. Entre el periodo gramatical referido a las sentencias resolviendo asuntos de MSCT y este otro tramo del párrafo media un signo de puntuación que comporta censura. El punto y coma viene a confirmar que los supuestos de MSCT han sido contemplados solo en la primera parte del apartado.

4. Interpretación sistemática.

Los anteriores razonamientos aparecen confirmados si se atiende a la concordancia con otros preceptos, que solo indirectamente abordan el tema.

El *art. 138.7 LRJS* se plantea las consecuencias de la sentencia estimatoria de la demanda, por ser injustificada la MSTC, y alude tanto a la reposición en las condiciones precedentes cuanto al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Se trata de un efecto ínsito a la consideración de la MSCT como contraría a Derecho. Si el legislador hubiera querido que el monto de ese detrimento patrimonial fuera tenido en cuenta para posibilitar el recurso lo habría decidido de manera expresa. Si el legislador hubiera querido que el umbral económico de esos daños y perjuicios fuese el criterio para determinar la recurribilidad habría omitido la inclusión de las sentencias sobre MSCT en el listado de las inicialmente irrecurribles, pues nada nuevo se estaría disponiendo.

El *artículo 26 LRJS* no permite acumular a una acción de MSCT otra de reclamación salarial. Esa consideración sirve para descartar que fuera posible admitir la suplicación por la vía de una interpretación extensiva sobre la posibilidad abierta en el final del *art. 138.6 LRJS* . Si no es posible acumular una reclamación salarial al litigio de MSCT tampoco puede proyectarse sobre estos litigios la previsión de referencia.

Cerrando el círculo argumental que venimos describiendo, resulta que el *art. 137.3 LRJS* dispone que "A la acción de reclamación de la categoría o grupo profesional será acumulable la reclamación de las diferencias salariales correspondientes. Contra la sentencia que recaiga no se dará recurso alguno, salvo que las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación". Por tanto: la excepción (posible recurso) que abre el art, 137.6 tiene sentido para los litigios que admiten la acumulación de acciones, como los de clasificación profesional, pero no en los carentes de esa posibilidad, como los de MSCT…"

5. NUEVA DOCTRINA DE LA SALA CUARTA

Finalmente, la Sala Cuarta en la sentencia comentada fija la nueva doctrina, en los siguentes términos[11].

"…Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada (arts. 123 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Por las razones expuestas, consideramos acertada la contenida en la sentencia recurrida.

[11] Apartado 1 del FD Sexto de la sentencia comentada.

En conclusión: no cabe recurso de suplicación frente a la sentencia dictada en modalidad procesal de MSCT aunque incorpore reclamación de cuantía superior a 3.000 euros; derivada de aplicar la decisión empresarial impugnada. Así se desprende de una interpretación sistemática, teleológica y literal de los preceptos procesales en presencia (arts.138.7; 191.2 .e y 191.2 LRJS) y de su entendimiento acorde con las garantías constitucionales (art. 24 CE).

De este modo, modificamos la doctrina sentada por nuestras SSTS 210/2016 de 10 marzo (rcud 1887/2014) y 831/2017 de 24 octubre (rcud. 3175/2015) y concordantes en cuanto permitían la suplicación atendiendo a la cuantía de los daños y perjuicios provocados por la decisión empresarial cuestionada...".

6. CONCLUSIONES

Primera:- La sentencia comentada es de gran transcendencia en el ámbito procesal social, en la medida que clarifica lo relativo al régimen de recursos contra sentencias de los Juzgados de lo Social en pleitos sobre impugnación de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, estableciendo la *irrecurribilidad de la sentencia dictada en modalidad procesal de MSCT (individual o plural), aunque incorpore reclamación de cuantía superior a 3.000 euros.*

Segunda.- Evidentemente, *si la cuantía de la acción acumulada es inferior a 3.000 euros*, tampoco procede recurso contra la sentencia; situación que no se deriva de los efectos de esta sentencia, sino directamente de lo dispuesto en el art. 191.2. g) LRJS, en relación con el art. 191.2 e) de la misma ley procesal. Cuestión pacífica en la doctrina y práctica judicial.

Tercera.- En todo caso, es preciso tener presente, como recuerda la propia sentencia comentada, que *el art. 26 LRJS no permite acumular a una acción de MSCT otra de reclamación salarial*[12]; por ello, la cuantía a que se refiere la sentencia comentada, en relación con la acción acumulada, ha de ser en concepto de *daños y perjuicios derivados de la medida adoptada por el empleador* y que es el objeto principal de impugnación.

Cuarta.- Además, es preciso tener presente que cuando la *acción acumulada sea la de vulneración de derechos fundamentales*, incluso sin petición añadida de indemnización por ese concepto, o de existir la misma, cualquiera que sea su importe, procederá en todo caso el recurso de suplicación, por aplicación de lo dispuesto en el inciso final del art. 191.3. f) LRJS, en relación con el inciso final de art. 191.2.e) y con el art. 184 de la misma Ley procesal.

Quinta.- Finalmente, queda exceptuado de la doctrina fijada en esta sentencia lo relativo a la *impugnación de medidas colectivas* de modificación sustancial de condiciones de trabajo, adoptadas de conformidad con el apartado 2 del art. 41 ET, en cuyo supuesto *procede siempre recurso de suplicación*, por así venir expresamente establecido en los arts. 138.6 y 191.2.e) LRJS.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, C.L.: "El recurso de suplicación en el proceso laboral: ideas para su reforma", *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 47, CGPJ, 2010.

Cano Galán, Y.: "De la *cognitio* limitada de la sala de suplicación en supuestos en que se acumula a una impugnación de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Una alegación de tutela de derechos fundamentales*", Diario LA LEY*, nº 10247, Sección Comentarios de jurisprudencia, 14 de marzo de 2023.

[12] Párrafo tercero del apartado 4 del FD Quinto de la sentencia comentada.

Folguera Crespo, J.A.: "De las modalidades procesales", en VV.AA: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Folguera Crespo, J.A., Salinas Molina, F. y Segoviano Astaburuaga, Mª. L (Dirs.), Lex Nova, 2011

González González, A.: *Recurso de suplicación: cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, Lex Nova, 2010.

Martín Valverde, A.: "El recurso de suplicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Problemas Críticos del proceso laboral, *Estudios de Derecho Judicial* ,nº 63, CGPJ, 2004.

Molins García-Atance, J.: "Acceso al recurso de suplicación", *Relaciones Laborales,* Nº 8, Sección Doctrina, Quincena del 23 abril al 8 mayo 2008, Año XXIV, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer.

Oliver Reus, A.:_ "Últimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de recurso de suplicación", *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 62, CGPJ, 2019

Purcalla Bonilla, M.A.: "La modalidad procesal en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo: análisis de las claves y de los problemas aplicativos del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral", *Revista del Poder Judicial,* n º 64, CGPJ, 2001

Sánchez-Pego Fernández, F.J.: "Problemas que presenta el proceso sobre movilidad geográfica y modificaciones sustanciales del contrato de trabajo", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 63, CGPJ, 2004

Segoviano Astaburuaga, Mª.L.: "Del recurso de suplicación", en VV.AA.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Folguera Crespo, J.A., Salinas Molina, F y Segoviano Astaburuaga, Mª. L., Lex Nova, 2011

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El registro de jornada como medio de prueba y de control de las horas extraordinarias

Time recording as a means of proof and control of overtime work

Diego Velasco Fernández *Profesor Sustituto Interino*
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0003-3852-6115

Cita Sugerida: VELASCO FERNÁNDEZ, D. «El registro de jornada como medio de prueba y de control de las horas extraordinarias». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 145-161.

Resumen

El control de los límites legales de la jornada de trabajo es un problema endémico de las relaciones laborales. El descontrol del tiempo de trabajo lleva a una situación de pauperización del trabajo. La reforma del artículo 34.9 ET por el RD-Ley 8/2019 impuso el registro de jornada obligatorio para controlar las horas extraordinarias. La forma en la que la jurisprudencia ha tomado como prueba el registro de jornada no ha sido pacífica. Han surgido cambios en la doctrina judicial a raíz de esta nueva legislación que han invertido la carga de la prueba. Ya no será la parte trabajadora la que deba probar las horas extraordinarias que supuestamente ha realizado y no ha cobrado, si no que será el empleador que no registre las horas. El análisis de la actualidad jurisprudencial nos ayudará a arrojar luz sobre esta cuestión.

Palabras clave

Registro de jornada; horas extraordinarias; control del tiempo de trabajo; prueba en el proceso laboral

Abstract

The control of legal limits on working hours is an endemic issue in labor relations. The lack of control over working hours leads to a situation of work impoverishment. The reform of Article 34.9 of the RD-Legislativo 2/2015 TRET by RD-Ley 8/2019 imposed mandatory timekeeping to monitor overtime hours. The way in which jurisprudence has taken timekeeping as evidence has not been unanimous. Changes in judicial doctrine have emerged following this new legislation, shifting the burden of proof. It will no longer be the worker who must prove allegedly unpaid overtime hours but rather the employer who fails to record the hours. Analyzing current jurisprudential developments will shed light on this issue.

Keywords

Registration of working hours; overtime; mandatory timekeeping; labour process proofs

1. INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DEL CONTROL DEL TIEMPO DE JORNADA

1.1. La histórica demanda social de la limitación de jornada

Definir los límites máximos de la jornada de trabajo fue uno de los pilares del movimiento obrero. Frente al abuso empresarial del estado liberal-burgués de las postrimerías decimonónicas surge la idea trasnacional entre los trabajadores del mundo de que es necesario parar. Parar para descansar y desarrollar la vida y la autonomía personal más allá de la fábrica y del centro de trabajo.

La industrialización, con la consecuente degradación de las condiciones de vida que la acompañaba, impuso jornadas laborales sin limitaciones específicas. En los principales polos industriales de Europa se normalizaron jornales de doce y hasta catorce horas, sin distinguir entre trabajo infantil o adulto[1]. Esta circunstancia desencadenó un largo conflicto sobre la limitación de la

[1] Pla, A. J. (Coord.), Fontana, J. y Maluquer de Motes J.: *Historia del Movimiento Obrero*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1986, p. 102.

Fecha Recepción: 30/11/2023 - Fecha Revisión: 10/12/2023 - Fecha Aceptación: 14/12/2023
Págs. 145-161

jornada que nos acompaña hasta nuestros días. Todos los movimientos ideológicos del origen de la cuestión social obrera coincidieron en la necesidad de controlar la jornada: el socialismo utópico, el cartismo inglés, el ludismo, los antimonárquicos franceses de las décadas veinte y treinta del siglo XIX, el socialismo y el anarquismo[2]. Tras los sucesos de Chicago de primeros de mayo de 1886 la cuestión de la limitación de la jornada se internacionaliza en la mayor parte del mundo industrializado. Esta cuestión se erige como un objetivo fundamental de los movimientos revolucionarios de la época como el ruso (tanto en los sucesos de 1905, como en 1917). Para desembocar de esta forma en los primeros esfuerzos del constitucionalismo social como la Constitución de México de 1917, la alemana de Weimar de 1919 y sobre todo en la máxima expresión del internacionalismo laboral, la Organización Internacional del Trabajo, al ser asumido el establecimiento de la jornada máxima en el Tratado de Versalles y en el Convenio 1 OIT[3]. España no fue ajena a esta situación, siendo el inicio de la limitación de jornada la Ley Benot, de 24 de julio de 1873[4] y el Real Decreto de 3 de abril de 1919, que limitaba la jornada máxima a ocho horas semanales[5]. Las medidas se consolidaron en el Código del Trabajo de 1926, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, así como en la legislación franquista[6]. Finalmente se expandió la protección en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, de 1995 y de 2015.

Ahora bien, todas estas limitaciones de jornada, en un inicio fueron defendidas por una fuerte movilización social y organización sindical. Actualmente se enfrentan al reto de una novedosa estructura organizativa por la parte empresarial que a menudo desvirtúa estos límites y hace difícil controlar el tiempo efectivo de trabajo. Tal es el caso del control del trabajo a tiempo parcial, de las horas extraordinarias o, en general, de aquellas prestaciones de servicios con prestaciones irregular de la jornada[7].

En suma, nos encontramos con una proliferación de los servicios desarrollados fuera de la empresa sustentado en las nuevas tecnologías, Estas prestaciones realizadas en jornadas laborales cada vez más difusas, con o sin conocimiento por parte del empresario, tienden a generalizarse en determinados sectores y muestran que el control efectivo del tiempo de trabajo es menos frecuente[8]. Frente a esto, otras formas de producción asociadas a la industria 4.0 viran hacia posturas antagónicas, con un control más fuerte de las prestaciones confundiendo flexibilidad con el incumplimiento de los límites laborales en materia de tiempo de trabajo[9].

---

[2] La mayoría de procesos revolucionarios del siglo XIX tuvieron entre sus demandas sociales la limitación de jornada. En España sirva como ejemplo, durante la primera República, en el Sexenio Revolucionario, el Manifiesto de la Proclamación del Cantón de Cartagena, en el cual la Junta revolucionaria de Cartagena llegó a proclamar la jornada laboral de ocho horas. Para saber más al respecto *Vid.* Cervera, F.: "La revuelta cantonal de 1873, la rebelión por una España federal" en *Blog Historia de National Geographic,* 31 de mayo de 2023.

[3] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "100 años de la implantación de la jornada máxima de trabajo" *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 4, 2019, págs. 2 y 3.

[4] Rodríguez Martín Retortillo, R.: "El registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo. Impacto, efectos y estado de la cuestión tras tres años de vigencia" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 257/2022, pág. 2.

[5] Cuerpo legal que fue promulgado en respuesta a la presión anarcosindicalista catalana tras la huelga de la *La Canadiense* en Barcelona, durante la primavera de ese mismo año. *Vid.* Espuny Tomás, M.J.: "El tiempo del trabajo: la ordenación histórica de una conquista laboral" en *Anuario de historia del Derecho Español*, nº 67, 1997, págs. 1832-1833.

[6] Rodríguez Martín Retortillo, R.: "El registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo. Impacto, efectos y estado de la cuestión tras tres años de vigencia" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 257/2022, pág. 3.

[7] *Cfr.* Almendros González, M.A.: "Registro de jornada y tiempo de trabajo efectivo" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231/2020, Aranzadi, 2020, págs. 53 y ss.

[8] Gómez-Millán Herencia, M.J.: "Registro de jornada y control horario" en VV.AA. *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.* González Ortega, S. (Coord.), 2020, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 217.

[9] Molina Navarrete, C.: "Derecho y Trabajo en la era digital: ¿«Revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»?", en VV. AA*: El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019),* Vol. 2, Madrid, 2017, p. 416.

Ante este basto escenario en la regulación del registro de jornada, el objetivo que se propone este artículo es más humilde. Se presenta la cuestión de cómo ha influido el registro de jornada en la prueba de las horas extraordinarias ante los tribunales, sobre todo tras las últimas reformas normativas pertinentes.

1.2. Consecuencias del descontrol del tiempo de trabajo

El descontrol de los tiempos de trabajo favorece el empobrecimiento del trabajador, que realiza más horas de prestación de servicio que las convenidas, a menudo sin remunerar, o siendo remunerado de forma ilícita, sin cumplir con los consecuentes deberes con la Seguridad Social que debe atender el empresario.

Que un trabajador asuma horas extraordinarias sin remunerar no sólo incide en su perjuicio individual, también perjudica a todo el colectivo de trabajadores. Esto supone una menor oferta de empleo y una mayor contracción salarial. Igualmente supone una competencia desleal entre los empresarios[10].

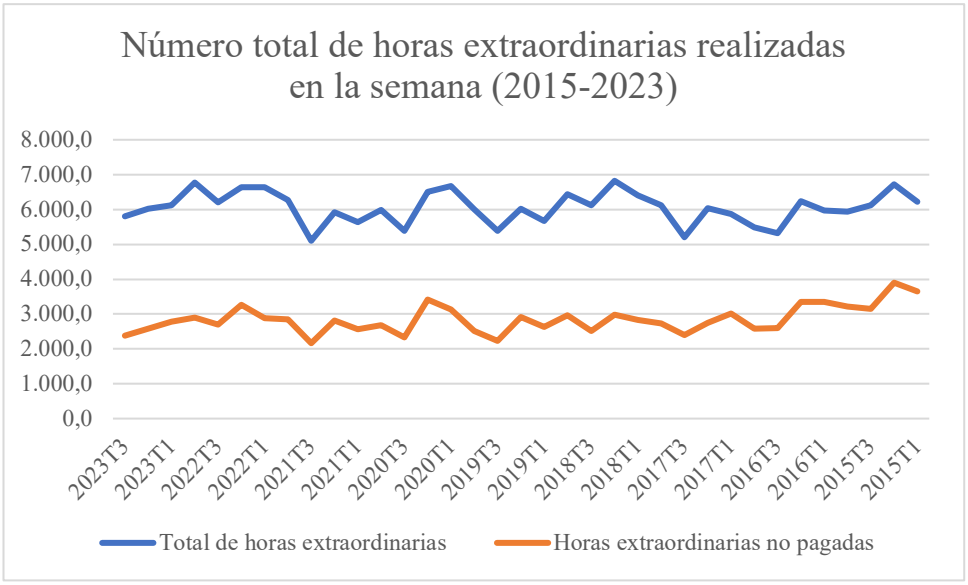
Según el Instituto Nacional de Estadística en el tercer trimestre de 2023 se realizaron 5.808,3 horas extra en la semana por todos los asalariados, de las cuales 1.191,4 horas (20.51%) se realizaron exclusivamente en el sector servicios (restauración, servicios personales, protección y comercio). Mientras que 2.378,8 horas extraordinarias no remuneradas (40,95% con respecto del total).

Como podemos observar en la *Gráfica 1* el número de horas extraordinarias totales y no pagadas en nuestro país tiene una presencia constante en los últimos años. Constituyen una dimensión significativa de la organización del tiempo de trabajo en la realidad empresarial española. Es destacable la poca influencia que ha tenido en el aumento o la reducción de las horas extraordinarias la modificación del artículo 34.9 ET. Apenas si ha variado la tendencia de horas extraordinarias realizadas.

No obstante, este volumen de presencia de las horas extraordinarias nos da una perspectiva de la importancia que va a tener el control sobre las mismas, más aún en aquellas no pagadas. Siendo figura esencial para el reconocimiento de las horas extraordinarias la facilidad en su prueba, que puede estar de la mano del establecimiento de un registro obligatorio. Hay que destacar que, si bien la obligatoriedad del registro de jornada no ha supuesto una disminución del uso de horas extraordinarias, sí que queda de estas horas como medio de prueba.

[10] Gómez-Millán Herencia, M.J.: "Registro de jornada y control horario" en *Op. cit.*, pág. 217.

Gráfica 1. Elaboración propia. Datos: Instituto Nacional de Estadística.



2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE JORNADA

2.1. El punto de partida en el registro de jornada. El control de los límites de la jornada laboral

El registro de jornada surge como un instrumento para poder hacer efectivo el cumplimiento de los tiempos de trabajo. Su objetivo es doble: de un lado, conocer la jornada real realizada por el trabajador, evitando que se supere la jornada legal máxima; de otro, asegurar la compensación de las horas extraordinarias[11].

El legislador interviene para garantizar el cumplimiento de los límites establecidos en materia de tiempo de trabajo. El último esfuerzo en este sentido es el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (RD-Ley 8/2019 en adelante). El RD-Ley introdujo determinadas disposiciones con el objetivo de afianzar en nuestro ordenamiento la obligatoriedad empresarial del registro de la jornada de trabajo diaria.

La obligatoriedad del registro de la jornada ha sido fuertemente demandada por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Anteriormente al RD-Ley 8/2019, el fundamento legal en el que sustentaba el registro de horario era el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores. En base al mismo, y a la jurisprudencia de la Audiencia Nacional[12], la Inspección de Trabajo consideraba que la ausencia del registro de jornada podía motivar la emisión de un requerimiento, exigiendo el establecimiento del registro de jornada, y del levantamiento de acta de infracción grave[13].

[11] Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, L.: *El registro de Jornada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 35.

[12] Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de diciembre de 2015, en actuaciones nº 301/2015; Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de febrero de 2016, numero de procedimiento 383/2015.

[13] Dicha acta de infracción se fundamentaba en el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Este modo de proceder se vio interrumpido tras dos sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de marzo y de 20 de abril de 2017[14]. En ellas el Tribunal Supremo argumentaba que el registro de jornada únicamente era obligatorio en los supuestos específicamente contemplados por la norma. La jurisprudencia, a tenor de la literalidad del artículo 35.5 ET entendió que el control horario no era una obligación legalmente impuesta.

El TS, en las sentencias referidas, entendió que únicamente existía obligatoriedad del registro de jornada para las empresas en aquellas normas en las que el legislador sí había hecho referencia explícita de la obligatoriedad del registro de tiempo de trabajo. Este era el caso de los contratos a tiempo parcial, trabajadores móviles, marina mercante y trabajadores ferroviarios[15]. El TS concluyó que, cuando el legislador quería, imponía expresamente el registro de jornada, cosa que no sucede en la redacción del artículo 35.5 ET.

Esta circunstancia suscitó el debate jurídico doctrinal y jurisprudencial sobre la necesidad de una reforma legal que impusiera la obligatoriedad del registro de jornada.

2.2. Reforma del artículo 34.9 ET por el RD-Ley 8/2019

Dos fueron los puntos de partida para que el legislador decidiera regular el registro de jornada de forma generalizada mediante norma de rango legal.

En primer lugar, el Tribunal Supremo en la ya referida Sentencia de 23 de marzo de 2017, afirmó que *"de lege ferenda convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias..."*.

En segundo lugar, las interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que hace de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En concreto me refiero a la Sentencia TJUE de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18) y a las conclusiones del Abogado General de 31 de enero de 2019 en este mismo asunto. La jurisprudencia europea pone en duda la adecuación de la legislación española a la citada Directiva en materia de registro de jornada. El Abogado General, en el análisis del caso concluyó que el Estatuto de los Trabajadores es contrario a la Directiva 2003/88/CE, ya que sostiene que la norma europea impone: *"a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios, y se oponen a una normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación"*[16].

El Abogado General mantenía que sin un sistema de registro no se puede probar de forma objetiva el número de horas extraordinarias ni su distribución. El TJUE recogió esta idea del Abogado General para sentenciar que *"la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación general que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios […]. Además, tal sistema es*

[14] Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 23 de marzo de 2017, número de resolución 246/2017 (nº de recurso 81/2016); Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 20 de abril de 2017, número de resolución 338/2017 (nº de recurso 116/2016).

[15] Ríos, B.: *"La posición de la Inspección de Trabajo respecto del registro horario"* en *Blog Laboral Garrigues*. Departamento Laboral de Garrigues. Entrada de 15 de junio de 2017.

[16] Conclusión I del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019 en el Asunto C-55/18 de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank SAE.

necesario para permitir que los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores ejerzan su derecho."[17]

En la exposición de motivos del RD-Ley 8/2019, el legislador nos dice que busca crear un marco de seguridad para trabajadores y empresas, de forma que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social tenga un método objetivo de controlar la jornada. Pero también quiere acatar la normativa europea, adecuando el Estatuto de los Trabajadores a la Directiva 2003/88/CE. A continuación, el legislador se arroja el objetivo de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada. Además, recuerda que el abuso de exceder el tiempo de trabajo supone una precarización del mercado de trabajo y una merma en la capacidad de conciliación familiar y de desarrollo personal del trabajador. Supone una reducción del tiempo de ocio y esparcimiento, al igual que incide en el ámbito económico, salarial y de protección de la Seguridad Social[18].

En conclusión, el RD-Ley 8/2019 establece la obligación del registro diario de jornada a través de la modificación que hace del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores al añadir un apartado noveno: *"La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.*

Se otorga a la negociación colectiva la capacidad de organizar el sistema de registro de jornada. Y en defecto de negociación, será el empresario quien tome la decisión, previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa. Igualmente, el precepto obliga a la conservación de los registros *"durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social"*.

Por otro lado, el Real Decreto-ley 8/2019 altera el artículo 34.7 del ET permitiendo modificaciones en el registro horario en algunas categorías profesionales: *"El Gobierno, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer […] especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran.*

Sobre cómo ha de hacerse el registro es oportuno estar a lo recomendado por el Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en materia de registro de jornada, así como la Guía sobre el registro de jornada que publicó el Ministerio de Trabajo en mayo de 2019.

A priori, de la mera lectura del epígrafe surgen multitud de cuestiones que pueden generar controversia. No serán abordadas en este análisis por ceñirnos al objeto en cuestión que nos ocupa. Entre muchas otras mencionar: la obligación de registro del tiempo efectivo, esto es, qué se considera tiempo efectivo de trabajo a efecto de registro y cuándo se computan pausas[19]; así como las actividades no estrictamente laborales; cabe plantearse también el ámbito objetivo al que aplica el registro, a qué sujetos se obliga a registrar la jornada, con especial singularidad en el caso de las Empresas de Trabajo

[17] Apartado 62 Sentencia TJUE de 14 de mayo de 2019. Asunto C-55/18 de la Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank SAE. Destacar que esta idea ha sido recogida en el Criterio Técnico 101/2019 de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

[18] *Cfr.* Eguaras Mendiri, F.: "Prueba de las horas extraordinarias: el registro de jornada" en *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* número 207, pág 19.

[19] Al respecto *Vid.* Almendros González, M.A.: "Registro de jornada y tiempo de trabajo efectivo" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231/2020, Aranzadi, 2020, págs. 53 y ss.

Temporal por su relación triangular, las contratas, los grupos de empresa y trabajadores afectados por el registro[20].

Lo que no da lugar a dudas en esta nueva regulación es la obligatoriedad del registro de jornada[21]. Dudas que se fundaban anteriormente en las ya aducidas interpretaciones del artículo 35.5 ET y que quedan disipadas con esta reforma. El artículo 35.5 ET era específico para el registro de horas extraordinarias, por lo que muchas empresas sostenían que como sus trabajadores no las realizaban no era necesario un registro. La posición empresarial era considerar que el registro del artículo 35.5 ET no alcanzaba al tiempo diario completo, sino únicamente a las horas extraordinarias[22].

3. EL REGISTRO DE JORNADA COMO MEDIO DE PRUEBA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL PROCESO LABORAL

3.1. La prueba en el proceso laboral

La fase de prueba en el proceso laboral ordinario tiene como finalidad demostrar la veracidad de afirmaciones de hecho alegadas y aportar elementos que favorezcan la toma de decisiones del órgano jurisdiccional. La prueba tiene su razón de ser en el principio de no indefensión y en la tutela judicial efectiva[23]. En el proceso laboral la fase de prueba se regula en los artículos 87, 88 y 90 a 96 LJS[24], con aplicación supletoria de la LEC[25].

De forma general será la parte demandante la que deba probar las afirmaciones que contenga la demanda. El demandante debe probar los hechos constitutivos de la acción, mientras que el demandado debe probar los hechos extintivos de la misma[26].

No obstante, hay que señalar que el juez debe tener en cuenta la facilidad de las partes para realizar la prueba, es decir, debe seguir el criterio de normalidad y facilidad probatoria. Deberá probar la parte que disponga más fácilmente de las fuentes de la prueba[27].

La LJS contempla distintas clases de prueba para el proceso laboral: interrogatorio de las partes, de testigos, prueba pericial, prueba documental, informe de expertos, medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, el reconocimiento judicial o la inspección ocular, otros instrumentos a los que se refiere el artículo 90.1 LJS y el artículo 382 y siguientes de la LEC, así como otros medios de prueba no previstos de los que pueda obtenerse información certera sobre los hechos.

[20] Al respecto, para conocer en profundidad el régimen jurídico, se recomienda *Vid.* Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, L.: *El registro de Jornada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 37 y siguientes.

[21] Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, L.: *El registro de Jornada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 36.

[22] Gómez-Millán Herencia, M. J.: "Registro de jornada y control horario" en VV.AA. *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, González Ortega, S. (Coord.), 2020, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 221.

[23] VV.AA.: *Manual de derecho procesal laboral: Teoría y práctica.* Monereo Pérez J.L. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2020, pág. 247.

[24] Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

[25] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[26] Artículo 217 apartados segundo y tercero de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[27] VV.AA.: *Manual de derecho procesal laboral: Teoría y práctica,* Monereo Pérez J.L. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2020, pág. 248.

En los juicios relativos a derechos fundamentales, no discriminación o accidente de trabajo se produce una distribución de la carga de la prueba (art. 96.1 ET). Lo mismo sucede en los procesos especiales de tutela de los derechos fundamentales o de las libertades públicas (art. 177 y ss. LRJS)[28].

Ante la dificultad de probar las horas extraordinarias no pagadas, ya hemos visto que el legislador apostó por hacerlo obligatorio para la generalidad de los trabajadores, no sólo en determinados sectores o modalidades contractuales. El registro de jornada puede ser un instrumento muy útil en los procesos ordinarios de reclamación de cantidad por realización de horas extraordinarias.

3.2. La prueba de las horas extraordinarias vía artículo 35.5 ET

El artículo 35.5 ET establece que si el empleador registra las horas extraordinarias será ese registro el que se tenga por válido y serán las que se abonen al trabajador. Si el trabajador no está conforme, debe probar que las horas documentadas por el empresario no coinciden con las realmente probadas. La valoración de la prueba es fundamental para estimar la pretensión del trabajador[29].

El problema es que, de forma general, antes de la reforma, no se llevaba registro horario por parte de la empresa. Esto nos dejaba ante dos escenarios[30]:

— Si se entendía que la empresa había incumplido sus obligaciones en materia de registro de jornada era ella la que tenía que probar que las horas reclamadas por el trabajador no se habían efectuado.

— Aunque la empresa incumpliera con el registro, era el trabajador, como actor en el proceso, quien debe cargar con la prueba de las horas que demanda que ha realizado.

En la práctica, los tribunales optaron por el segundo escenario, el trabajador demandante debe probar lo que pretende[31]. El Tribunal Supremo recoge los argumentos que defienden esta posición en dos sentencias:

STS de 21 de enero de 1991 (Rec. 67/1991). Sostiene que quien realiza las horas extraordinarias es quien debe determinar *"con toda precisión sus circunstancias y número, y probar, a su vez, su realización día a día y hora a hora"*.

STS de 11 de junio de 1993 (Rec. 4664/1993). El demandante es considerado el responsable de probar los elementos reclamados en materia de horas extraordinarias. *"La interpretación de la doctrina jurisprudencial ha sido la de requerir una estricta y detallada prueba de la realización del número de ellas sin que sea suficiente la mera manifestación de haberlas trabajado"*.

La posición del TS se fundamentaba en la no obligatoriedad del registro para las empresas por lo que el trabajador debía probar las horas extraordinarias realizadas. Esto generaba una situación de desfavorable evidente: se incrementaba la jornada, se restaba tiempo de ocio al trabajador, las horas

[28] Gómez-Millán Herencia, M. J.: "Registro de jornada y control horario" en VV.AA. *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* González Ortega, S. (Coord.), 2020, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 258.

[29] Eguaras Mendiri, F. "Prueba de las horas extraordinarias: el registro de jornada" en *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* número 207, enero 2020, pág. 20.

[30] *Op. cit.* Eguaras Mendiri, F.: (2020), pág. 20.

[31] Principio de que *actori incumbit onus probando.*

extraordinarias carecían de carácter voluntario, no se pagaban o se hacía parcialmente y no podían probarse ante la jurisdicción social[32].

3.3. El registro de jornada como medio de prueba de las horas extraordinarias

Llegados a este punto cabe preguntarse cómo se debe proceder en el caso de que un trabajador quiera reclamar el pago de unas horas extraordinarias realizadas y no compensadas, teniendo en cuenta la obligatoriedad del registro de jornada. Recordemos que el objetivo del registro de jornada será que el trabajador cobre las horas extraordinarias realizadas y facilitar la labor de control de la Inspección de Trabajo[33].

Ante el impago de las horas extraordinarias, el trabajador puede reclamarlas al empresario. Si el empresario se niega parcial o totalmente, el trabajador podrá disponer de la protección vía jurisdicción social. Ahora bien, el juzgado exigirá que se prueben efectivamente las horas realizadas no cobradas y que no han sido abonadas[34].

Como hemos dicho el Tribunal Supremo en su jurisprudencia[35] a sostenido la carga de la prueba por parte del trabajador, exigiéndole la demostración de la reclamación del pago de las horas que supuestamente se han realizado y no cobrado. La demostración se deberá de hacer mediante cualquier medio de prueba válido[36]. Era manifiesta la dificultad que suponía la prueba de la realización de horas extraordinarias antes de la obligatoriedad del registro de jornada[37]. Ahora bien, la jurisprudencia distingue entre dos situaciones[38]:

— Prueba de las horas extraordinarias realizadas de forma ocasional.

— Prueba de las horas extraordinarias que se realizan de forma habitual.

3.3.1. La prueba de las horas extraordinarias realizadas de forma ocasional

En el escenario anterior al RD-Ley 8/2019, algunas sentencias matizaron cómo debía hacerse la prueba de las horas extraordinarias que se realizaban de forma ocasional. La STSJ de Galicia de 5 de julio de 2017 declaró que se debían abonar las horas extraordinarias no pagadas que había realizado

[32] Eguaras Mendiri, F.: "Prueba de las horas extraordinarias: el registro de jornada" en *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* número 207, pág. 21.

[33] *Cfr.* García Ninet, J. I.: «El registro de las jornadas y de las horas extraordinarias. El contratante débil y el miedo a declarar y a testificar», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 7, 2023, pág.151.

[34] VV.AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo,* Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I., Sempere Navarro A.V. (Dirs y Coords.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022*,* pág. 284 y 285.

[35] STS 22 de julio de 2014 (Rec. 2129/2013) y STS 11 de junio de 1993 (Rec. 660/1992).

[36] VV.AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo,* Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I., Sempere Navarro A.V. (Dirs y Coords.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022*,* pág. 282.

[37] Como señala GARCÍA NINET, la jurisprudencia ha venido exigiendo a los trabajadores que reclaman el pago de las horas extraordinarias todos los medios de prueba disponible. No basta con probar que han realizado la jornada pactada. Y recuerda la manifiesta dificultad de probar esta situación en los sectores en los que no se hacía obligatorio el registro de jornada previamente al RD-Ley 8/2019. Es encomiable el acierto de este autor en la defensa de la necesidad del registro de jornada. Viene defendiendo desde hace mucho tiempo un punto de vista doctrinal que finalmente se ha ido consolidando en nuestro ordenamiento jurídico gracias también a los Convenios de la OIT (Como el Convenio núm. 153 (1979) sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera) y el Convenio sobre el trabajo marítimo, (MLC, 2006)) y a la normativa europea, sobre todo en lo que concierne a los trabajadores del mar. *Vid.* García Ninet, J. I.: «El registro de las jornadas y de las horas extraordinarias. El contratante débil y el miedo a declarar y a testificar», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 7, 2023, págs. 151-153.

[38] Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, L.: *El registro de Jornada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 51.

el trabajador y que había probado mediante unos partes de trabajo que se entregaban mensualmente al contable de la empresa. El trabajador recibía órdenes y realizaba horas extraordinarias con pleno conocimiento de la empresa sin oponerse. Entiende el Tribunal que no hay cabida a la realización de horas extraordinarias gratuitas y que, aunque no hubiera oposición directa del trabajador, deben pagársele porque la empresa tenía pleno conocimiento de las horas que realizaba por encima de la jornada convencional.

En suma, aunque se entendía que el registro de jornada no era obligatorio, el resto de medios de prueba podían ser suficientes para justificar la existencia de esas horas extraordinarias no cobradas por el trabajador. Ahora bien, queda demostrado el rigor que se exige a nivel judicial para probar las horas extraordinarias. Sin un registro de jornada, es necesaria la demostración del tiempo trabajado excedido de forma extraordinaria hora por hora.

3.3.2. Prueba de las horas extraordinarias realizadas de forma habitual

Por otro lado, es conveniente comentar que la jurisprudencia sí había permitido que no fuera necesaria tal rigurosidad, a modo excepcional, cuando el horario extraordinario se prueba sistemático y habitual.

A modo de ejemplo se recoge la conclusión a la que llega la STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 1063/2019, de 29 de octubre: *"La carga de la prueba sobre la realización de horas por encima de la jornada ordinaria de trabajo pesa sobre el trabajador. Las horas extraordinarias han de referirse día a día, aunque, cuando la jornada es uniforme y excede de la ordinaria, se presume que el exceso responde a trabajo en horas extras, en cuyo caso basta con acreditar tal circunstancia (siguiendo la doctrina de las SSTS de 22 de diciembre de 1992 y 22 de julio de 1996)"*[39].

Esta sentencia entiende por realizadas las horas extraordinarias si se puede probar que sistemáticamente y de forma habitual el trabajador está realizando una jornada mayor que la convenida. Esta posición jurisprudencial puede llegar a ser muy relevante para facilitar la prueba de las horas extraordinarias que realizan los trabajadores que, fraudulentamente, trabajan sistemáticamente a tiempo parcial y completan la jornada con horas extraordinarias.

Otras sentencias siguen la misma línea que la expuesta por el TSJ Canarias: STSJ Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2017; STSJ Canarias, Las Palmas, de 8 de julio de 2017; STSJ de Cataluña, de 6 noviembre de 2017 y STSJ de Madrid, núm. 955/2019, de 11 octubre.

3.4. Incidencia del RD-Ley 8/2019 en la jurisprudencia al respecto de la prueba de las horas extraordinarias mediante el registro de jornada

Sin un registro de jornada diario válido, el medio de prueba con el que cuenta el trabajador es la testifical. No obstante, este medio no permite determinar de manera fiable el número de horas. Los propios trabajadores pueden no querer declarar contra el empresario por temor a represalias.

Anteriormente a reforma del RD-Ley 8/2019 la jurisprudencia sí venía aceptando la prueba testifical como prueba para reconocer la existencia de horas extraordinarias no cobradas. No obstante, la dificultad de constatación de este tipo de prueba es mayor que con respecto a la prueba documental que puede constituir el registro de jornada. Sirva de ejemplo la STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 31 de enero de 2019, (Rec. 654/2018). En su Fundamento Jurídico noveno mantiene:

[39] A este respecto *Vid.* VV.AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo,* Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I., Sempere Navarro A.V. (Dirs y Coords.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pág. 283.

"Aunque no haya prueba documental de cuál era el tiempo de trabajo efectivo del demandante, principalmente porque la empresa demandada no lleva ningún control horario de sus trabajadores, sí que se practicó prueba testifical a instancias del actor para demostrar cuál era su horario de trabajo real y habitual. Prueba testifical que no suele ser tan contundente como una documental, pero que es perfectamente válida y eficaz, más cuando la empresa, al no llevar ningún control horario, ha privado al demandante de acreditar sus alegaciones por medio de otros medios de prueba más sólidos; pues una cosa es entender que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores no obliga al empresario a llevar en todo caso un registro diario de la jornada de trabajo de sus empleados -según entiende la Sala IV del Tribunal Supremo, en opinión no compartida, por lo demás, por esta sala de suplicación-, y otra muy distinta que la omisión de tal registro horario pueda proporcionar además al empleador especiales ventajas procesales obligando a los trabajadores a una prueba exorbitante sobre las horas extraordinarias, que es lo que en el fondo pretende la recurrente."

Esta circunstancia, unida a la fuerte rigurosidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la prueba de las horas extraordinarias, conllevaba que se desestimasen muchas reclamaciones por falta, insuficiencia o invalidez de prueba. A este respecto, hay que recordar que la prueba testifical es de libre apreciación por el juez. La confesión y los documentos físicos o electrónicos que se presentan como medio probatorio, están sujetos a la apreciación judicial. Por sí mismos no adquieren automáticamente la consideración de prueba válida[40].

La existencia del registro de jornada diario puede suponer un medio de prueba más efectivo en el proceso de reclamación de horas extraordinarias. Constituiría prueba documental fehaciente en juicio. Los tribunales no podrán presumir la realización de horas extraordinarias, pero sí aligerar la carga de la prueba de los hombros del trabajador[41].

Por la vía del artículo 90.3 LJS el trabajador deberá solicitar en la demanda o documento posterior, que la empresa aporte el registro al acto del juicio. Recordemos que vincula el criterio de normalidad y facilidad probatoria. Se presentan dos escenarios[42]:

— Si se aporta, el juez dispondrá de prueba esencial para determinar si existen o no horas extraordinarias.

— Si la empresa no aporta el documento, sin causa justificada, el juez puede entender probadas las alegaciones del trabajador con respecto a las horas extraordinarias, salvo que sean probadas por otros medios.

Sobre este punto, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de octubre de 2016 (rec. nº 1242/2016) a partir del artículo 217 de la LEC, sostiene que la parte trabajadora no soporta la carga probatoria de las horas extraordinarias cuando ha solicitado el requerimiento ante el juzgado sobre el registro de horas extraordinarias sin que la empresa lo haya aportado a juicio[43].

En definitiva, el registro como prueba documental da mayor garantía que la prueba testifical al trabajador. Favorece las pretensiones del trabajador a la hora de facilitar la prueba de las horas

[40] VV.AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo,* Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I., Sempere Navarro, A.V. (Dirs y Coords.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pág. 285.

[41] Igartua Miró, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019" en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 147/2019, pág. 147.

[42] Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, L. *El registro de Jornada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 52.

[43] Gómez-Millán Herencia, M.J. "Registro de jornada y control horario" en VV.AA. *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.* González Ortega, S. (Coord.), 2020, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 258.

extraordinarias efectuadas. En el caso de que exista el registro, el trabajador puede probar más fácilmente las horas extraordinarias realizadas. Si no existe, se podrá entender que la empresa está incumpliendo en sus obligaciones. Esto implica que se presuma que las horas extraordinarias sí se realizaron. Presunción sujeta a prueba en contrario por parte del empresario.

Estamos, por lo tanto, ante una situación de inversión de la carga de la prueba. En este supuesto, será el empresario incumplidor en materia de registro el que tenga que probar que las horas extraordinarias o bien no se realizaron, o si se realizaron que se compensaron económicamente o con descansos[44]. Ahora bien, queda estudiar la acogida que tiene esta.

4. LA JURISPRUDENCIA ACTUAL FRENTE AL REGISTRO DE JORNADA COMO PRUEBA DE LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Tras la reforma del artículo 34.9 ET se puede constatar en la jurisprudencia, como regla general, una mayor facilidad en la prueba de las horas extraordinarias. No obstante, y a falta de unificación de doctrina al respecto, en el nuevo escenario se manejan tres interpretaciones distintas sobre cómo se ha de realizar la prueba de las horas extraordinarias[45].

4.1. Interpretación primera. Aportación de prueba plena de las horas extraordinarias

A pesar de intención del legislador de aligerar la carga de la prueba de las horas extraordinarias al trabajador mediante la obligatoriedad del registro de jornada, algunos tribunales han entendido que el trabajador debe seguir manteniendo la carga plena de la prueba. Esta es la línea de interpretación seguida por la STSJ Murcia 28 de marzo 2023 (rec. 1293/2021).

En esta sentencia se presenta el caso de un jefe de cocina que demanda a la empresa por reclamación de cantidad. El trabajador reclama el pago de una serie de horas extraordinarias realizadas y no pagadas en 2019, entre otras reclamaciones adeudadas por el empresario. En primera instancia, el Juzgado de lo Social, nº 1 de Murcia en sentencia con fecha 12 de julio de 2021 (Proceso, nº 37/2020), estimó parcialmente la demanda entendiendo que se debían pagar el resto de conceptos salariales, pero no las horas extraordinarias *"por falta de prueba eficaz que acredite lo postulado en la demanda"*. El trabajador interpuso recurso de suplicación para que se revisaran los hechos probados al amparo del artículo 193.b) LRJS.

La forma en la que el trabajador intenta probar la reclamación de los salarios impagadas en este caso concreto es mediante las nóminas aportadas y las bases de cotización que constan en el certificado de empresa. No obstante, señala el tribunal en el Fundamento Jurídico 3º que *"las horas extraordinarias reclamadas no están constatadas en hechos probados, ya que ni se ha clarificado su valor, ni tampoco se especifica cuándo se realizaron, y su acreditación corresponde a la parte que pretende su reclamación, sin que, como se ha dicho, de la circunstancia de que no se llevaba registro del horario de jornada, pueda extraerse sin más que las horas extraordinarias fuesen realizadas"*. El TSJ Murcia desestima el recurso de suplicación y da por no probadas las horas extraordinarias.

[44] Algunas sentencias anteriores a la reforma ya invertían la carga de la prueba. La STSJ Castilla-León (Valladolid) 9 de junio de 2017 (nº rec. 765/2017) lo hacía ante la situación en que coincidían una prueba testifical suficiente, el incumplimiento de obligación de registro e indicios suficientes de que el trabajador había realizado las horas que afirma. *Vid.* Igartua Miró, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019" en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 147/2019, pág. 147

[45] *Cfr.* Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "Novedades jurídicas sobre la organización del tiempo de trabajo" en *Ponencia en el PIMEC (Pequeña y mediana empresa de Cataluña) de 3 de julio de 2023.*

Esta postura jurisprudencial es la que venían manteniendo el Tribunal Supremo anteriormente a la obligatoriedad del registro de jornada. Vemos que se mantiene la carga de la prueba totalmente en el actor de la demanda, es decir, en el trabajador que quiere probar que ha realizado horas extraordinarias y no las ha cobrado. Todo ello a pesar de que, como reconoce el TSJ Murcia, la empresa no estaba cumpliendo con su obligación de seguir un registro de jornada diario.

En la misma línea encontramos otras sentencias como la STSJ Andalucía (Granada), de 16 de marzo de 2023 (rec. 725/2022)[46] y la STSJ Comunidad Valenciana, de 12 de abril de 2022 (rec. 4005/2021).

4.2. Interpretación segunda. La aportación de indicios es suficiente para probar la realización de las horas extraordinarias

A pesar de que algunos tribunales mantienen la exigencia de la prueba plena de las horas extraordinarias, a raíz de la modificación del RD-Ley 8/2019, muchas sentencias están optando por la inversión de la carga de la prueba. Como se ha apuntado anteriormente este es un efecto previsible de la obligatoriedad del registro de jornada. Ante la comisión de la infracción empresarial de no cumplir con llevar un registro de la jornada diaria, al trabajador le basta con alegar indicios de haber realizado las mismas para que el tribunal las reconozca. El empresario será ahora, el que tenga que actuar con la presunción de existencia de dichas horas probando lo contrario.

La reciente STSJ Canarias (Las Palmas) de 11 de mayo de 2023 (Rec. núm. 506/2022) consolida esta interpretación. En este supuesto, según los hechos probados, la empresa SURESH MANKANI S.L. carece de registro de jornada digitalizado. Son los trabajadores los que escriben manualmente las horas prestadas. No obstante, como regla general, la realización de horas extraordinarias estaba prohibida y si se realizaban se compensaban por días libres. El demandante denunció a la empresa ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social que levantó acta de infracción contra la empresa por estos hechos. En el juzgado de primera instancia se practica prueba testifical, gracias a la cual *"se deducía que el actor realizaba muchas horas de trabajo"*.

Bajo estas premisas la STSJ, en el Fundamento Jurídico 4º entiende que aunque, según el artículo 217 LEC, la regla general es que la prueba de la acción constituye al demandante sí que *"caben excepciones en supuestos específicos en los que se reúnan especialidades que dificulten sobremanera o imposibiliten a la parte que alega la realización de horas extras su acreditación, que es lo que ocurre en el caso de autos pues la empresa no dispone de registro de la jornada del demandante, razón por la que fue sancionada por la ITSS.* La sentencia sostiene que "*el registro de la jornada diaria es la herramienta promovida por el legislador para asegurar efectivamente el control de las horas extraordinarias"*.

Además, se entiende que se deben tener por probadas las horas extraordinarias con los meros indicios de haberlas realizado aportados por la prueba testifical: *"Ante la ausencia de detalle de la jornada del trabajador y de registro diario de horas extras, procede tener por ciertas las alegaciones de la parte actora por lo que respecta a las horas extras reclamadas pues el trabajador se encuentra en una situación de manifiesta dificultad probatoria, siendo claro que la empresa goza de disponibilidad y facilidad de prueba mediante el obligado registro diario y de jornada del operario"*.

[46] Esta sentencia afirma que *"La regla general es que corresponde al trabajador acreditar la realización de las horas extraordinarias cuyo abono reclame, como hecho constitutivo de su pretensión, conforme a las reglas comunes sobre distribución de la carga de la prueba establecidas en el art. 217.2 LEC. Por lo tanto, se impone al trabajador la prueba de que ha sobrepasado la jornada ordinaria, en cuanto tal hecho es determinante de la pretensión retributiva."* Se apoya en la rígida jurisprudencia del Tribunal Supremo de que debe probarse hora por hora y día a día.

En conclusión, el Tribunal necesita de dos elementos para invertir la carga de la prueba de las horas extraordinarias:

— Que quede probado que la empresa estaba incumpliendo con el registro de jornada obligatorio.

— Que se pruebe, aunque sea de forma indiciaria, que el trabajador realizaba horas extraordinarias. No siendo necesaria la prueba rigurosa de cada una de las horas.

Otra sentencia actual en seguir esta línea es la STSJ Baleares 2 de mayo 2023 (rec. 607/2022): *La cuestión de las reglas de la carga de la prueba en materia de horas extraordinarias, después de la inclusión del apartado 9º en el art. 34 ET, operada por el RDLeg. 8/2019, […] exige necesariamente, como entiende la mayoría de la doctrina de suplicación, una revisión y actualización de los criterios jurisprudenciales aplicados por la sentencia de instancia, todos ellos de fecha anterior a tan relevante reforma normativa […]. En aplicación de este precepto, la mayoría de salas de suplicación han entendido que el incumplimiento empresarial de la obligación de registro de jornada, establecida precisamente, entre otras razones, para controlar y acreditar la posible realización de horas extraordinarias, determina que debe establecerse la presunción de su realización si se aportan indicios en tal sentido.*

En este caso, como prueba indiciaria se toma el horario inverosímil que plantea el negocio para cubrir los servicios que dice ofrecer: *"Por otra parte, el propio hecho probado quinto refleja que el restaurante cerraba los lunes, lo cual, tratándose de un pequeño restaurante con turno partido único (al servir almuerzos y cenas) atendido por los mismos trabajadores (como se infiere de la prueba practicada, de la documentación aportada y de las alegaciones de las partes), ya denota un exceso de jornada sólo por esta razón, y más en una isla como Ibiza en la que, como es público y notorio, los horarios del sector de la restauración se alargan hasta bien entrada la noche."*

Estas sentencias citadas se apoyan en la línea interpretativa de la mayoría de resoluciones que se han dictado a raíz de la introducción del artículo 34.9 ET. Es el caso de la STSJ Galicia 1 de marzo 2023 (rec. 6191/2022); STSJ Galicia 23 de junio 2022 (rec. 5087/2021); STSJ Com. Valenciana 12 de julio 2022 (rec. 634/2022); STSJ Castilla La Mancha 25 de febrero 2022 (rec. 397/2021)[47], por citar algunas.

4.3. Interpretación tercera. Inversión total de la carga de la prueba de las horas extraordinarias cuando no existe registro horario

Algunas sentencias van más allá al no requerir prueba indiciaria alguna. En este caso la inversión de la prueba es total. El empleador que no tenga registro horario deberá probar, en contra de lo alegado por el trabajador demandante, que no se realizaron las horas extraordinarias o que ya se pagaron o compensaron[48].

Al respecto se pronuncia la STSJ Andalucía (Málaga), 6 de octubre de 2021 (rec. 1358/2021): *"hemos de señalar que, conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba establecidas en*

[47] Otras sentencias en este sentido: STSJ Madrid 21 de abril 2023 (rec. 1363/2022); y 19 de mayo 2023 (rec. 1381/2022); STSJ Comunidad Valenciana 17 de noviembre 2020 (rec. 3230/2019); 3 de octubre 2022 (rec. 125/2022); 27 de enero 2023 (rec. 1142/2022); 15 de mayo 2023 (rec. 1695/2022); STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 de febrero 2021 (rec. 92/2021); STSJ Cataluña 19 de octubre 2020 (rec. 1614/2020) y STSJ La Rioja 22 de octubre 2020 (rec. 76/2020).

[48] Esta es la línea que parece estar defendiendo el TJUE *Cfr*: Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "Novedades jurídicas sobre la organización del tiempo de trabajo" en *Ponencia en el PIMEC (Pequeña y mediana empresa de Cataluña) de 3 de julio de 2023*.

el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la inexistencia de un registro de jornada por parte de la empresa supondrá una presunción a favor del trabajador de que efectivamente ha realizado la jornada que alega, mientras que en el supuesto de existencia de dicho registro de jornada deberá ser el trabajador el que acredite cumplidamente que ha realizado una jornada superior a la que figura en dicho registro".

Esta sentencia, abraza la inversión completa de la carga de la prueba justificándose en los artículos 12.4 ET sobre la obligatoriedad del registro de jornada en los trabajadores a tiempo parcial y el artículo 34.9 ET.

En la misma línea la STSJ País Vasco, 12 de julio 2022 (rec. 402/2022) y STSJ Galicia, 9 de noviembre de 2022 (rec. 81/2022). Muy ilustrativa es la STSJ País Vasco, 12 de julio 2022 ya que hace un recorrido por la jurisprudencia tradicional en materia de carga de la prueba de las horas extraordinarias, analizando el giro de doctrina del TJUE que ya hemos estudiado para aplicarlo al caso concreto en el que concluye que: "*no existe indefensión alguna para la empresa demandada por una presunta inconcreción de las horas extras reclamadas. Es la empleadora la que debe llevar el registro del horario del trabajador, de manera que no puede hacer recaer sobre este último una pretendida falta de precisión del horario en la demanda."*

5. CONCLUSIONES

En el contexto actual, la organización del tiempo de trabajo se ve continuamente en transformación. No sólo en los sectores tecnológicos, sino en muchos otros sectores tradicionales que también están influenciados por el desarrollo de nuevas tecnologías. En las sentencias que se analizan vemos como los trabajadores que reclaman horas extraordinarias a menudo pertenecen al sector de la hostelería y el comercio. Estos sectores, como ya vimos en los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, son en los que más horas extraordinarias se prestan.

Se debe considerar el registro de jornada, en definitiva, como un instrumento útil para el control horario y del tiempo de trabajo. Sin embargo, no hay que olvidar las grandes deficiencias que presenta. Son materias tangenciales al objeto de estudio que nos ocupa, pero tienen mucho que ver con la prueba de las horas extraordinarias. Me refiero a la falta de regulación sobre cómo ha de hacerse el registro de jornada y la poca previsión ante registros telemáticos. Tanto los registros manuales como los telemáticos son fácilmente falsificables. Al estar controlados por el empresario, a menudo, los trabajadores pueden verse presionados a firmar registros horarios que no coinciden con la jornada real[49]. Por ejemplo, esto hace que el control del registro horario por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social sea limitado.

Con respecto al objeto que nos ha ocupado, se debe concluir que en materia de la prueba de las horas extraordinarias a través del registro de jornada sí se ha cumplido la finalidad del RD-L 8/2019. El resumen de la situación actual es que el principal medio de prueba para las horas extraordinarias es el registro de jornada. Si existe registro de jornada y el trabajador no está de acuerdo debe impugnarlo y probar las horas efectivamente realizadas. Si no existe registro de jornada, se entiende que el empresario no cumple con sus responsabilidades y deberá acreditar que no se han realizado las horas que se reclaman[50].

[49] Igartua Miró, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019" en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 147/2019, pág. 147.

[50] *Cfr.* Eguaras Mendiri, F.: "Prueba de las horas extraordinarias: el registro de jornada" en *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* número 207, págs. 18 a 24.

Hay que matizar que esta es la línea mayoritaria, pero hasta que no se haga una unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, hay tres interpretaciones que están presentes tras la Reforma del RD-Ley 8/2019:

— En primer lugar, algunos tribunales siguen exigiendo al trabajador la prueba plena de las horas extraordinarias realizadas. Posición que tenía el Tribunal Supremo anteriormente al RD-Ley 8/2019

— En segundo lugar, la posición mayoritaria, ante el incumplimiento empresarial por la falta de registro de horario, se acepta la mera prueba indiciaria de que se han realizado horas extraordinarias por parte del trabajador. Será el empresario el que acredite que no se han realizado las horas reclamadas.

— En tercer lugar, hemos encontrado sentencias que prescinden incluso de la prueba indiciaria y ante la falta de registro horario, con la mera reclamación del trabajador basta para hacer se invierta la carga de la prueba al empresario.

Finalmente, destacar que otro objetivo del registro de jornada según el RD-Ley 8/2019 era proteger a "*las personas trabajadoras en situación indefensión que no puede atemperarse porque las horas extraordinarias sean voluntarias, puesto que el único medio de acreditarlas es, precisamente, el control diario"*. Este no deja ser un enfoque reductivo del efecto probatorio del registro de jornada. Como sostiene el profesor MOLINA NAVARRETE[51], parece más bien orientado únicamente a facilitar al trabajador la prueba de la realización de las horas extraordinarias, pero olvida la utilidad que pudiera suponer como método de control por parte de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

El enfoque comunitario es otro. El registro de jornada no se concibe como un instrumento más de utilidad probatoria y de control (además con utilidad limitada en nuestro ordenamiento), sino que está vinculado a la protección efectiva del tiempo de descanso y, por ende, a la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Baluartes de la Directiva 2003/88/CE, como queda demostrado en la STJUE de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18).

Esta concepción es fundamental, porque en una futura *lege ferenda* que se planteara en materia de tiempo de trabajo debería tenerse en cuenta la compatibilidad del control del tiempo de trabajo y de los límites de la jornada con la flexibilidad imperante en los nuevos modelos organizativos en el mundo de la empresa. Algunos autores abogan por una reforma de las horas extraordinarias, eliminando la posibilidad de compensarlas con días de descanso[52]. Una organización del tiempo de trabajo que tenga en cuenta la flexibilidad y las necesidades de conciliación pasa por la intervención de la negociación colectiva en un escenario de equilibrio entre las partes. La idea es que la organización del tiempo de trabajo se centre en la salud, seguridad y garantías de descanso del trabajador, adaptados a las necesidades reales de la empresa moderna. Hay que controlar los límites para que se cumplen con medidas como el registro de jornada, pero deben ser límites racionales y medidas eficaces.

[51] Molina Navarrete, C. "Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* nº 440, pág. 119.

[52] Eguaras Mendiri, F.: "Prueba de las horas extraordinarias: el registro de jornada" en *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* número 207, pág 149. y Arias Domínguez, A.: "Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de la jornada? Comentario a la SAN 207/2015, de 4 de diciembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 44, 2016, págs. 17 y ss.

6. BIBLIOGRAFÍA

Almendros González, M.A.: "Registro de jornada y tiempo de trabajo efectivo" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 231/2020, Aranzadi, 2020.

Arias Domínguez, A.: "Registro diario e individual de la jornada de trabajo: ¿instrumento sólo para las horas extras, o también para la distribución irregular de la jornada? Comentario a la SAN 207/2015, de 4 de diciembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 44, 2016.

Eguaras Mendiri, F. "Prueba de las horas extraordinarias: el registro de jornada" en *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia,* núm. 207.

Espuny Tomás, M. J.: "El tiempo del trabajo: la ordenación histórica de una conquista laboral" en *Anuario de historia del Derecho Español*, nº 67, 1997.

García Ninet, J. I.: «El registro de las jornadas y de las horas extraordinarias. El contratante débil y el miedo a declarar y a testificar», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, nº 7, 2023.

Gómez-Millán Herencia, M. J.: "Registro de jornada y control horario" en VV.AA. *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo: XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. González Ortega, S. (Coord.), 2020, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Igartua Miró, M.T.: "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019" en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 147, 2019.

Molina Navarrete, C. "Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* nº 440.

Molina Navarrete, C.: "Derecho y Trabajo en la era digital: ¿«Revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»?", en VVAA: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, Vol. 2, Madrid, 2017.

Pla, A.J. (Coord.), Fontana, J. y Maluquer de Motes J.: *Historia del Movimiento Obrero*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1986.

Ríos, B. *"La posición de la Inspección de Trabajo respecto del registro horario"* en *Blog Laboral Garrigues*. Departamento Laboral de Garrigues. Entrada de 15 de junio de 2017.

Rodríguez Martín Retortillo, R.: "El registro obligatorio de la jornada diaria de trabajo. Impacto, efectos y estado de la cuestión tras tres años de vigencia" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 257, 2022.

Rodríguez Pastor, G. y Alfonso Mellado, L.: *El registro de Jornada,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VV.AA.: *La reordenación del tiempo de trabajo,* Maldonado Montoya, J.P., Marín Moral, I., Sempere Navarro A.V. (Dirs y Coords.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

VV.AA.: *Manual de derecho procesal laboral: Teoría y práctica,* Monereo Pérez J.L. (Dir.), Madrid, Tecnos, 2020.

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Legitimidad de la indemnización menor acordada en despidos colectivos para trabajadores mayores de 60 años: un análisis sobre la no discriminación por edad[1]

Legitimacy of the minor compensation agreed upon in collective dismissals for workers over 60 years of age: an analysis of non-discrimination based on age

Raquel Castro Medina
Profesora Sustituta Interina
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-0604-6045

Cita Sugerida: CASTRO MEDINA, R. «Legitimidad de la indemnización menor acordada en despidos colectivos para trabajadores mayores de 60 años: un análisis sobre la no discriminación por edad». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 163-176.

Resumen

En la reciente sentencia STS 62/2023, el Tribunal Supremo se pronunció sobre un acuerdo de despido colectivo que contemplaba indemnizaciones diferenciadas para trabajadores de 60 años o más, desestimando la alegación de discriminación por razón de edad. La justificación esgrimida por el tribunal reposa en la consideración de la medida como objetiva, razonable y proporcionada, fundamentada en la cercanía de los trabajadores mayores a la edad de jubilación y sus consiguientes beneficios. La parte recurrente, una trabajadora de 60 años, impugna la decisión del TSJ de Castilla-La Mancha, arguyendo la vulneración de principios de igualdad y no discriminación establecidos por la Directiva 2000/78/CE. Las empresas codemandadas, así como el Ministerio Fiscal, respaldan la justificación de las diferencias indemnizatorias. Este caso, que se propone dilucidar la legalidad del acuerdo bajo la óptica de la discriminación por edad, subraya la complejidad inherente a la conceptualización de dicha discriminación y resalta la pertinencia del principio de proporcionalidad en el ámbito de las decisiones laborales.

Palabras clave

Derecho laboral; despido basado en la edad; fallo judicial; igualdad en el trabajo; conflicto laboral

Abstract

In the recent judgment STS 62/2023, the Supreme Court ruled on a collective dismissal agreement that entailed differentiated severance packages for employees aged 60 and above, dismissing the claim of age discrimination. The tribunal justified its decision by characterizing the measure as objective, reasonable, and proportionate, grounded in the proximity of older workers to retirement age and the attendant benefits. The appellant, a 60-year-old employee, challenges the decision of the Castilla-La Mancha High Court, alleging a breach of equality and non discrimination principles established by Directive 2000/78/EC. The co-defendant companies, along with the Public Prosecutor, support the justification for the differing severance terms. This case, aimed at elucidating the legality of the agreement from the perspective of age discrimination, underscores the inherent complexity in conceptualizing such discrimination and emphasizes the relevance of the principle of proportionality in the realm of labor decisions.

Keywords

Employment law; age-based severance; judicial ruling; workplace equality; labor dispute

[1] Este trabajo se enmarca dentro de los siguientes proyectos y grupos de investigación: a) Proyecto Estatal de I+D+i "La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica" (ref. PID2022-140298NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; b) Proyecto Autonómico de I+D+i "Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y el desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza" (ref. P18-RT-2585), cofinanciado por la Unión Europea (FEDER) y la Junta de Andalucía; c) Proyecto de I+D+i "El sistema español de pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar" (ref. B1-2021_11), financiado por la Comisión de Investigación y Transferencia; d) Red Internacional "Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores" (ref. D5-2022_06), financiada por la Comisión de Investigación y Transferencia; e) Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre "Políticas de empleo, igualdad e inclusión social", financiado por la Junta de Andalucía.

Fecha de recepción: 24/11/2023 - Fecha de revisión: 30/11/2023 Fecha de aceptación: 14/12/2023
Págs. 163-176

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la STS 62/2023, de 24 de enero de 2023, descartó la discriminación por razón de edad en un acuerdo de despido colectivo alcanzado en sede judicial entre una empresa privada y los representantes de los trabajadores. La cuestión controversial radica en que se negoció un acuerdo de despido colectivo que estipulaba una indemnización de cuantía inferior para los empleados de 60 años o más, a pesar de que las compensaciones acordadas para el conjunto de los trabajadores superaban el umbral legal mínimo. Este diferencial en las compensaciones plantea interrogantes sobre la equidad y la posible implicación de discriminación por razón de edad en el marco de dicho acuerdo.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo sustentó su dictamen en la consideración de que la disparidad en el trato dispensado a los trabajadores poseía una justificación objetiva, calificada como razonable y proporcionada. La argumentación se centró en la proximidad de los trabajadores mayores de 60 años al período de jubilación, lo cual les conferiría acceso a prestaciones y acuerdos de seguridad social que no resultaban igualmente accesibles para sus homólogos más jóvenes. Además, se subrayó que las indemnizaciones acordadas superaban los imperativos legales mínimos y se erigían sobre criterios equitativos, particularmente orientados a aquellos perceptores de salarios más modestos.

Más allá de un análisis pormenorizado sobre la discriminación adolecida por este grupo de trabajadores, convendría preguntarse también sobre la idoneidad de la medida, en consonancia con la reciente decisión emitida por el Tribunal Supremo. La incertidumbre se cierne sobre la congruencia de dicha disposición con ciertos criterios legales que abogan por el envejecimiento activo y la progresiva extensión de la edad de jubilación. Además, emerge la preocupación en torno a la posibilidad de que esta práctica contribuya a dilatar la barrera biológica, especialmente cuando se contempla que los trabajadores pueden considerarse resguardados por el sistema de seguridad social desde los 52 años, a través del subsidio de prejubilación. Este planteamiento constituye un llamado a evaluar minuciosamente las políticas laborales en aras de su armonización con las transformaciones normativas y sus implicancias de largo alcance para el bienestar de las personas trabajadoras especialmente vulnerables.

1.1. Hechos y antecedentes

La actora ha prestado sus servicios para la empresa "Elcogás S.A." desde el 1 de julio de 1992, desempeñando el cargo de técnico de comunicación interna y percibiendo un salario mensual de 5.567,03 euros, con prorrata de pagas extraordinarias.

La empresa notifica a la demandante, a través de una carta fechada el 9 de marzo de 2016, su decisión de poner fin a su contrato laboral con efectos a partir del próximo 15 de marzo de 2016. Esta decisión se fundamenta en causas objetivas de índole económica, respaldadas por lo establecido en el artículo 51 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Estas causas, a su vez, derivan en el cese de la actividad de la empresa y la extinción de los contratos de trabajo de todo el personal, aunque con fechas de efectos diferenciadas.

En la mencionada carta, la empresa ofrece a la demandante una indemnización de 83.505,43 euros, calculada a razón de 26 días de salario por cada año de servicio. De esta cifra, 66.804,34 euros corresponden a la indemnización legal, y 16.701,09 euros constituyen la mejora indemnizatoria propuesta.

El despido fue impugnado de forma colectiva, terminando finalmente por acuerdo alcanzado el 22 de junio de 2016 en conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia del Tribunal

Superior de Justicia de Castilla la Mancha. Mediante pacto se contempla una compensación uniforme para todos los implicados, fijada en 26 días de salario por cada año de servicio, superando así las disposiciones legales vigentes. Pero, además, se acuerda la optimización de esta indemnización, la cual experimenta variaciones en función de la edad y los salarios individuales de los trabajadores.

Para trabajadores menores de 60 años en la fecha del acuerdo, la indemnización se determina según el despido improcedente, con cantidades adicionales basadas en rangos salariales. El cálculo se realiza en función del salario diario empleado en la indemnización anterior para los empleados despedidos y, para aquellos que aún no han causado baja, según las percepciones salariales a marzo de 2016. Se deduce la indemnización ya recibida por empleados despedidos.

En cuanto a los trabajadores de 60 años o más en la fecha del acuerdo, la indemnización se calcula multiplicando el 75% de la retribución mensual neta de enero de 2016 por el número de meses hasta la edad ordinaria de jubilación. Se aplican ciertos límites, y se descuenta la indemnización previamente recibida por empleados despedidos.

La trabajadora pretende impugnar judicialmente el despido, fundamentándose en la disparidad de las compensaciones indemnizatorias en función de la edad. Sostiene que esta diferenciación constituye un acto discriminatorio para los trabajadores que, como ella, superan los 60 años de edad. La instancia rechaza la demanda. En un recurso de suplicación, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con fecha del 28 de abril de 2021 (recurso 1842/2020), confirma la decisión de la instancia anterior. A tal efecto razona que:

"En ese contexto debe calificarse como razonable y proporcionado que contemple una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de seguridad social en consideración la previsión sobre su financiación del art. 51.9 ET para los procedimiento de despido colectivos de empresas no concursadas en favor de los trabajadores mayores de 55 años".(FD CUARTO)

1.2. Posiciones de las partes

La parte recurrente en la presente litigación se personifica en la figura de una trabajadora de 60 años en el momento de su despido. Su objeción se dirige a la sentencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual respalda el convenio alcanzado entre Elcogás y los sindicatos. En su recurso, la demandante plantea una presunta contravención del principio de igualdad y no discriminación por razón de edad, de conformidad con lo estipulado en la Directiva 2000/78/CE. Asimismo, basa su argumentación en el artículo 14 de la Constitución Española y en la doctrina jurisprudencial pertinente, sosteniendo que no se vislumbran fundamentos legales que justifiquen la disparidad en el tratamiento dispensado.

Por otro lado, la parte recurrida se encuentra representada por las dos empresas demandadas: Elcogás, S.A. e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. (actualmente EDP España, S-A.U.). Estas entidades sostienen que la disparidad en las indemnizaciones para los empleados afectados por el despido colectivo, fundamentada en la edad, está debidamente justificada. Tal posición es respaldada por el Ministerio Fiscal, quien aboga, en consecuencia, por la desestimación del recurso.

1.3. Delimitación de la cuestión litigiosa

El centro de la disputa concierne a la acción legal instaurada por D.ª María Inés contra Elcogás, S.A., Endesa Generación, S.A., Enel Spa, Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., Électricité de France Internacional, S.A. e Iberdrola Generación, S.A. en relación con el despido colectivo que afectó a la totalidad del cuerpo laboral de Elcogás, S.A. La demandante persigue una mejora en los términos de compensación ofrecidos, sustentada en criterios específicos de cálculo vinculados a los salarios y edades de los trabajadores afectados. Concurrentemente, busca garantizar el pago en un plazo determinado, la observancia de la normativa fiscal pertinente, y la deducción de sumas adeudadas por concepto de préstamos otorgados por la empresa.

Desde una perspectiva legal, la cuestión a dilucidar se restringe a la determinación de si el acuerdo resultante del despido colectivo, alcanzado mediante conciliación judicial entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, es discriminatorio por razón de edad al contemplar una indemnización más elevada para los afectados menores de 60 años. El recurso interpuesto alega la infracción del principio de igualdad y no discriminación por edad, de acuerdo con la Directiva 2000/78/CE y del artículo 14 de la Constitución Española, respaldado por la jurisprudencia pertinente. A modo de referencia comparativa, se cita la sentencia de la misma Sala Social del TSJ de Castilla-La Mancha de fecha 6 de marzo de 2019, con el expediente 1913/2018.

Tras un análisis meticuloso y en virtud de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente análogas, la Sala constata la imperiosa necesidad de unificar pronunciamientos ante las divergencias observadas. La sentencia de contraste califica el pacto como discriminatorio, acogiendo la reclamación del trabajador, mientras que la recurrida adopta una solución disímil, desestimando la demanda.

2. NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE AL CASO

2.1. Sobre la prohibición de discriminación por razón de la edad

El principio de no discriminación por razón de edad es un pilar fundamental en la lucha global por los derechos humanos y la igualdad. Se trata de un concepto esencial íntimamente ligado al respeto y dignidad. Es bien sabido que los contenidos éticos de los derechos humanos resultan ser fruto de un proceso histórico en el cual cada individuo en relación con los otros, intersubjetivamente, habían ido construyendo contenidos de significado que se caracterizaban por variar en el tiempo. Al respecto cabe rescatar la siguiente reflexión: "[…] la Declaración Universal de Derechos Humanos puede ser aceptada como la mayor prueba histórica que nunca haya existido del *consensus omnium gentium* acerca de un determinado sistema de valores. […]"[2]. Sirva lo cual para rebajar lo pretencioso que podría parecer defender, por analogía, un imperativo estático y con vocación universalista del principio de no discriminación por razón de edad.

Por supuesto, esto no quita la indudable necesidad de garantizar que todas las personas sean tratadas con justicia y equidad, pues esto, no solo es un imperativo moral, sino también un requisito legal que ha adquirido su debida importancia en la mayoría de las jurisdicciones contemporáneas. Más aún cuando dicha Declaración afirma la igualdad entre todos cuando expresa que "proceso de la justicia es un proceso de diversificación de lo diverso, o de unificación de lo idéntico"[3]. Amén de lo anterior, "la igualdad entre todos los seres humanos respecto a los derechos fundamentales es el resultado de un proceso de gradual eliminación de discriminaciones y, por consiguiente, de

[2] Bobbio, N.: *El tiempo de los Derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pág. 64.
[3] *Ibídem*, pág. 46.

unificaciones de aquello que se venía reconociendo como idéntico: una naturaleza común del hombre por encima de toda diferencia de sexo, raza, religión, etc"[4].

Así pues, si deseáramos acotar conceptualmente ambos principios (el de igualdad y el de prohibición de discriminación) en un mismo ejercicio podríamos optar por observar los presuntos comportamientos o conductas discriminatorias desde una doble perspectiva: bajo la lupa del primer principio habría que ver si la diferencia de trato es arbitraria y, por otra parte, si se acude al prohibición de discriminación, habrá que comprobar, respecto de las causas, que éstas "no tengan su origen en la adscripción un grupo o categoría social; y respecto de los resultados que éstos revistan un carácter desfavorable para la dignidad humana por ser susceptible de producir una desigualdad grupal sistemática"[5].

Este enfoque dual aporta una herramienta a través de la cual cabria acusar de discriminatoria "aquella situación, norma o acto cuyo contenido diferenciador entre individuos o grupos iguales ocasiona un perjuicio, genera un resultado desfavorable para esos individuos o grupos afectados por el trato diferente"[6]. Y, a mayor abundamiento, la diferencia de trato en estos términos "implica la existencia de una victimización, marginación, una cierta exclusión social que hace que la discriminación alcance una proyección social generalizada"[7].

Pocas materias han evolucionado tanto en la Unión Europea (UE) como la relativa al principio de no discriminación e igualdad de trato[8]. Los primeros pasos de la construcción europea en el ámbito antidiscriminatorio fueron cautelosos. La primera iniciativa comunitaria se centró en la igualdad salarial entre mujeres y hombres, establecida en el antiguo artículo 119[9] del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 1957. Posteriormente, está limitada prohibición de discriminación fue ampliada desde la década de 1970 por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a través de diversas directivas, programas y campañas para promover la igualdad de género, especialmente en el ámbito laboral.

El punto de inflexión llegó con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, marcando un cambio significativo en la forma en que la UE abordaría el principio de no discriminación. Esto se debió en gran parte al artículo 13 de dicho Tratado[10] que autorizaba a las instituciones comunitarias a legislar sobre discriminación no solo en el empleo y no solo por motivos de género. Dicho precepto facultaba al Consejo, por unanimidad, adoptar medidas para combatir la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad.

En base a este fundamento, con la entrada del nuevo milenio se promulgaron dos directivas fundamentales: la Directiva 2000/43/CE que establecía el principio de igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE propulsora de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de religión o convicciones,

[4] *Ibídem*, pág. 47.

[5] Álvarez Alonso, D., y Álvarez Cuvillo, A.: "Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 132, 2006, pág. 1014.

[6] Gete Castrillo, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 31.

[7] Sierra Hernáiz, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1999, pág. 2.

[8] *Vid*. sobre este particular Giménez Gluck, D.: "La discriminación múltiple en el Derecho de la Unión", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, 2013, pág. 113-136.

[9] Actual art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[10] Actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

discapacidad, edad y orientación sexual[11]. Ambas supusieron un quiebre con el limitado enfoque previo, que se centraba exclusivamente en el género y el empleo, expandiendo la protección contra la discriminación a una gama más amplia de categorías y ámbitos.

La implementación del Tratado de Lisboa ciertamente fortaleció el enfoque social de la UE. Esto se evidencia no solo en el art. 2 del TUE, donde se establece la no discriminación como uno de los valores fundamentales que guían las acciones de la UE, sino también, y especialmente, a través del art. 10 del TFU. Este artículo deja claro la determinación de la UE de convertir la lucha contra la discriminación, incluyendo la discriminación por edad, en un principio que atraviesa toda la política de la UE.

Un repaso a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, nos permite destacar que la edad es un factor de diferenciación muy problemático y difícil de delimitar, debido principalmente a las amplias posibilidades de las que disponen los Estados miembros para configurar excepciones al principio de discriminación por razón de la edad[12]. En España a semejanza con el ámbito de la Unión, refiriéndose al hipotético derecho al trabajo como de "inefectividad del derecho al trabajo […] que se expande y propaga al resto de derechos reconocidos en el Artículo 31 de la Constitución Española"; la influencia del determinismo tecnológico y económico para "consagrar la idea de que es el mercado el único elemento a tener en cuenta para formar una política pública y construir las prioridades de los Estados"[13] asegurando la existencia de un cambio estructural del "modelo regulador y de sentido" del Trabajo como factor social[14] .

Este enfoque integral en la lucha contra las discriminaciones sintetiza de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: en primer lugar, el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos y, en segundo lugar la instauración de un orden social justo[15]. Considerándose que son los derechos fundamentales del trabajador los que encarnan esta dualidad, la subjetiva de tratarse de derechos personales, y la objetiva de sustanciarse en derechos negativos o de inmunidad[16].

Es obvio, la Directiva 2000/78/CE prohíbe la discriminación por razón de edad en el ámbito del empleo y la ocupación, aunque sin definir ninguna edad concreta, lo que permite extender su aplicación a trabajadores de cualquier edad, jóvenes o mayores. La Directiva 2000/78 no constituye una disposición que establezca el principio de igualdad y no discriminación de manera general y abierta. Más bien, se enfoca en causas específicas de discriminación prohibidas, tales como religión o creencias, discapacidad, edad y orientación sexual. Estas precisiones terminológicas que delimitan el verdadero alcance de las normas contrastan con la aparente amplitud de su propósito. Las recientes normativas comunitarias antidiscriminatorias se caracterizan por títulos ambiciosos y formulaciones grandilocuentes, pero su efectividad real se ve limitada cuando se examina su contenido detallado. El tratamiento de la discriminación por edad, que se formula de manera categórica pero se ve debilitado

[11] No obstante, conviene recordar que el art. 19 TFUE no limita la aplicación del principio de igualdad de trato a los aspectos meramente laborales, sino que se proyecta horizontalmente a cualquier ámbito competencial de la UE.

[12] Requena Casanova, M.: "La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: La expansión del principio de no discriminación a través de la Jurisprudencia", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013, pág. 28.

[13] *Ibídem*, pág. 291

[14] *Ibídem*, pág. 313: puesto que "no cumple con ninguno de los 3 elementos definidores de los derechos fundamentales: 1. Axiológico: El trabajo está dejando de ser una exigencia para el desarrollo moral del hombre, ante la "escasez de trabajo". 2. Normativo: La libertad de empresa impide tal posibilidad en cuanto no tendrá disposición sobre el objeto. 3. Práctico o realista: la cultura de nuestro tiempo no favorece la eficacia social de esta pretensión".

[15] Valdés Dal-Ré, F.: "Persona del trabajador. Constitución, principio de igualdad", *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social,* 2005, pág. 1322.

[16] *Ibídem*. pág. 1307

por numerosas excepciones, ilustra claramente esta situación[17]. Y, es que, no deja de ser justificada la crítica sobre la "verticalidad" de la Directiva, en cuanto al espacio de prohibición - que, como decimos, solo es el relativo al empleo y ocupación – fijado en contraposición a la "horizontalidad" del art. 13 del TCE[18].

En nuestro sistema legal, existen diversas normativas que prohíben la discriminación. Nuestra Constitución, es el principal referente en este ámbito, aunque utiliza el término "discriminación" solo en dos ocasiones. La primera aparición se encuentra en el Capítulo 2º de su Título I, dedicado a "derechos y libertades", donde establece que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Sin embargo, su redacción puede resultar confusa si se lee rápidamente, ya que su estructura gramatical no deja claro que igualdad y discriminación son términos jurídicos distintos.

No es sorprendente que el TC, en una etapa inicial, haya interpretado el artículo 14 de nuestra Constitución de manera unitaria, considerando que igualdad y no discriminación son conceptos inseparables e incluso intercambiables, sin tener en cuenta la colocación de una coma entre ambos postulados. No fue hasta 1991 cuando el TC ofreció una visión clara del art. 14 CE, reconociendo que alegar vulneración del derecho a no ser discriminado no es correcto, a menos que se base en alguno de los criterios (nacimiento, raza, sexo, religión, etc.) expresamente prohibidos por el artículo 14 de la Constitución, lo que plantea dudas sobre el derecho a la igualdad de trato[19].

A pesar de esto, la interpretación de este principio ha sido objeto de debate en el TC, que ha considerado que la igualdad y la no discriminación son conceptos interrelacionados, pero no idénticos. El TC ha argumentado que el análisis de las diferencias de trato no debe limitarse a evaluar si tienen una justificación objetiva y razonable en abstracto, sino que debe examinar si una diferenciación aparentemente razonable esconde una discriminación contraria al art. 14 CE.

En ciertas ocasiones, el TC ha considerado que ciertas prácticas, como las expulsiones de trabajadores, no constituyen discriminación según el artículo 14 de la Constitución Española, ya que la decisión de expulsión es proporcional y no coloca a los trabajadores en una posición de desventaja significativa. Un ejemplo de esto es la STC 66/2015, de 13 de abril, que respaldó las extinciones de contratos, ya que los trabajadores afectados tenían un mayor acceso a medidas de protección social. La línea argumental mantenida por el TC, en virtud de la cual se reconoce que "el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 de la CE[20]".

2.2. Sobre el principio de proporcionalidad

Es fundamental tener en cuenta que la discriminación por razón de edad es una de las más complejas de definir. El principal problema radica en determinar, qué diferencias de trato están

[17] *Vid*. Ballester Pastor, M.A.: "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario un análisis crítico preliminar", Ballester Pastor, M. A. (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 17-78.

[18] *Vid*. González Ortega, S.: "La discriminación por razón de la edad", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, págs. 93-124.

[19] Ron Latas, R.: "Los principales mecanismos de la tutela frente a la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 16, 2002, pág. 112.

[20] *Cfr*., la STC 145/1991, de 1 de julio.

justificadas, en aras de políticas de empleo, acceso al mercado laboral y formación profesional, y qué actuaciones discriminatorias deben prohibirse.

El Preámbulo de la reiterada Directiva, acepta con carácter general, aunque se refiera a esta posibilidad como susceptible de tener lugar "en muy contadas circunstancias", que una diferencia de trato en el empleo o la ocupación puede estar justificada cunado el factor que se considere (la edad entre ellos) "constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado". Por ello, la siguiente pregunta que deberíamos hacernos es en qué pueden consistir esas diferencias que pueden llegar a establecer los Estados miembros y la respuesta vendría a ser la siguiente:

1) En la definición de condiciones específicas para acceder a empleos y programas de formación, así como en términos de empleo y trabajo, se pueden considerar requisitos especiales para jóvenes, trabajadores mayores y aquellos que tienen dependientes a su cargo. Todo lo cual con el objetivo de facilitar la inserción laboral de estas personas o asegurar su protección en el ámbito laboral.

2) En el establecimiento de condiciones mínimas respecto a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas relacionadas con el mismo y[21];

3) En el establecimiento de una edad máxima para la contratación, fundamentada los requisitos de formación del puesto de trabajo de que se trate o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación[22].

En primer lugar, la misma la Directiva permite considerables excepciones, tanto en sectores específicos (como la posibilidad de que esta prohibición, junto con la discriminación por discapacidad, no se aplique en el ámbito de las fuerzas armadas) como en situaciones tradicionales vinculadas a requisitos profesionales esenciales y determinantes, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito se aplique de manera proporcionada, así como en medidas legislativas establecidas "que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos"[23].

Si aceptamos la tesis defendida por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 75/1983 y respaldada por la Directiva 2000/78 al respecto debemos concluir que los problemas deben resolverse caso por caso. No es posible establecer de antemano más que un principio general, que, en mi opinión, es el siguiente: el tratamiento de la "edad" en el acceso al empleo no puede ser el mismo si se trata de empleo público funcionarial o empleo privado, ya que mientras el primero se basa únicamente en el mérito y la capacidad[24], en el segundo se agrega la libertad de empresa[25], Esto debería permitir una mayor flexibilidad para lograr un mayor rendimiento económico, sin que tal objetivo necesariamente implique menospreciar la dignidad del trabajador como persona.

[21] *Vid* sobre este particular López Cumbre, L.: "Doble escala salarial: no supone discriminación por razón de edad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, págs. 1-9.

[22] Castellano Burguillo, E.: "Diferencias de trato entre trabajadores en función de la edad", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 4, núm. 7, págs. 103-109.

[23] AA.VV., Rodríguez-Piñero Royo, M.C. (Dirs.) y Castellano Burguillo, E. (Coord.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Bomarzo, Albacete, 2014, pág. 364.

[24] Tenor legal art. 23.2 y 103.3 CE.

[25] Tenor legal art. 38 CE.

No obstante, considerando las distinciones y enfoques conceptuales previos, es indiscutible que el comportamiento discriminatorio puede manifestarse no solo dentro del ámbito de la relación laboral, sino también fuera de ella[26]. Las consecuencias perjudiciales que experimenta un individuo pueden ocurrir no solo durante el curso de la relación laboral, sino también antes de que esta comience. Por lo tanto, la prohibición de la discriminación se aplica no solo cuando existe una relación legal, sino también cuando no la hay. Esta posición, según la doctrina, plantea dudas sobre su racionalidad "dada la naturaleza de las cosas en una economía fundada en la libertad de empresa y el respeto a la iniciativa privada"[27].

La principal objeción contra aquellos que abogan por la negación absoluta de la consideración de la "edad" como criterio, insistiendo en que este dato debería ser siempre reemplazado por la capacidad profesional real del individuo demostrada y verificada, es que esta postura requeriría de inmediato una revisión tanto de la edad mínima para ingresar al mercado laboral, que podría desaparecer, ya que sería suficiente con que el candidato demostrara su capacidad para realizar el trabajo, como de todos los contratos formativos que establecen un límite máximo de edad para el trabajador que los suscribe, e incluso la propia edad de elegibilidad para la pensión de jubilación, que, en lugar de ser un derecho, podría transformarse (por coherencia en el enfoque) en un beneficio sujeto a la prueba de incapacidad total para trabajar[28].

Sin embargo, los problemas surgen con mayor frecuencia al analizar la adecuación y necesidad de los medios (la decisión específica que marca la diferencia) dentro del necesario respeto al principio de proporcionalidad[29]. Esto implica llevar a cabo un control muy similar al realizado por otros tribunales constitucionales y europeos. Este control no solo evalúa la idoneidad de la medida examinada para alcanzar el objetivo perseguido, sino también, y sobre todo, la existencia o no de una alternativa menos gravosa (necesidad), considerando también sus consecuencias y el equilibrio del sacrificio impuesto sobre el colectivo afectado (lo que en la doctrina de nuestro TC se conoce como proporcionalidad en sentido estricto). Para llevar a cabo esta evaluación, el Tribunal de Justicia señala que es crucial considerar el contexto en el que se inscribe el precepto y el perjuicio que puede ocasionar a las personas a las que se refiere.

En el centro del debate se encuentra la cuestión de la compatibilidad entre la Directiva 2000/78 y la legislación española que permite la jubilación forzosa a los 65 años como una medida para fomentar el empleo. La incertidumbre surge debido a que esta normativa en disputa tiene un impacto directo en la duración de la relación laboral entre las partes y, en general, en la participación futura del trabajador en la vida activa. Esto plantea la interrogante sobre si esta práctica contraviene el principio

[26] Ayala del Pino, C.: "Discriminación en el acceso al empleo: por razón de la edad y por condiciones subjetivas (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99, de 24 de marzo)", *Saberes*, vol. 5, 2005.

[27] En este último sentido *Vid*. García Fernández, M.: "Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa", *Actualidad Laboral*, 1996, pág. 43.

[28] AA.VV., Morales Ortega, J.M. (Dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos,* Laborum, Murcia, 2016, pág. 19-52.

[29] *Vid*. Perello Domenech, I.: "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997, págs. 69-75. "De un análisis de la jurisprudencia en esta materia se deduce que el Tribunal Constitucional acude al criterio de razonabilidad, que implica que la diferenciación persiga un fin constitucionalmente admisible, así como que exista una adecuación entre la medida y el fin que la medida persigue. Junto con la razonabilidad, el Tribunal exige que la diferencia sea proporcionada - en su sentido estricto- esto es, que la medida enjuiciada sea resultado de una adecuada ponderación de los derechos afectados y de las circunstancias concurrentes que justifican el trato desigual. Se utiliza el concepto de proporcionalidad en sentido impreciso, equiparándolo en ocasiones a alguno de los tres elementos que conforman el principio, y, desde luego, hasta la STC 66/1995, en una formulación muy distante a su construcción en un derecho europeo, que exige el sucesivo análisis de la concurrencia de cada uno de los principios o manifestaciones de este concepto" (pág. 71).

de igualdad de trato por razón de edad y, por ende, si se puede aplicar la normativa comunitaria del año 2000 en situaciones como la analizada.

En el análisis inicial, es crucial destacar que la terminación obligatoria del contrato de trabajo a los 65 años implica un trato menos favorable para los trabajadores de esa edad en comparación con otros individuos activos en el mercado laboral. Para que este trato no sea considerado discriminatorio, debe estar justificado de forma objetiva y razonable, tener una finalidad legítima y ser implementado a través de medios adecuados y necesarios.

El Tribunal Europeo sostiene que la promoción de la contratación y la creación de empleo son objetivos legítimos de la política social y laboral que los Estados miembros pueden perseguir. En este contexto, se permite establecer diferencias de trato basadas en la edad para lograr estos fines. Para ello, las autoridades nacionales tienen la flexibilidad de ajustar los métodos empleados, considerando aspectos políticos, económicos, sociales, demográficos o presupuestarios específicos de cada Estado miembro. Esta adaptabilidad se ejemplifica con las medidas que toman los Estados miembros en función de la evolución de las condiciones laborales en sus mercados, lo que les permite utilizar la herramienta de la jubilación forzosa según las necesidades del mercado laboral.

En última instancia, recae sobre las autoridades nacionales de los Estados miembros la responsabilidad de encontrar un equilibrio adecuado entre los diversos intereses en juego, siempre y cuando no excedan lo que es apropiado y necesario para lograr sus objetivos. Por ende, se considera que la medida de jubilación forzosa establecida por el Estado español es adecuada y necesaria para fomentar el pleno empleo. Además, esta medida no deja a las personas afectadas en una situación de desamparo económico, ya que reciben una compensación financiera en forma de una prestación de jubilación que se considera económicamente adecuada[30].

El proceso de evaluar la violación de la igualdad basada en la edad mediante el juicio de proporcionalidad requiere un análisis detallado del caso específico, y los elementos a considerar no serán siempre los mismos. Un aspecto que merece críticas es la Ley 62/2003, la cual transpone la Directiva a nuestro sistema legal de una manera algo encubierta y limitada. En primer lugar, esta ley no es específica ni exclusiva en su enfoque para establecer principios y criterios para prevenir la discriminación por edad, así como por otras razones como raza, etnia, religión, discapacidad y orientación sexual. En cambio, aborda una variedad de asuntos, con artículos que modifican leyes preexistentes o establecen nuevas disposiciones[31]. En segundo lugar, se limita a una transposición mínima y bastante general, sin incluir los casos de discriminación positiva ni hacer referencia a las excepciones que la Directiva menciona como posibles. Esta falta de claridad y enfoque específico ha suscitado críticas, ya que no proporciona una guía adecuada para evitar la discriminación por razón de edad de manera efectiva y comprensiva.

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SENTADA

La aplicación de la doctrina constitucional y las normativas legales fundamentan la afirmación de que el acuerdo en disputa no constituye discriminación, al considerar objetivamente justificada la variación en la indemnización en función de la edad de los trabajadores afectados por el despido colectivo. La Sala IV argumenta que esta divergencia se apoya en el reconocimiento de que la edad puede constituir un factor legítimo y relevante en situaciones de reestructuración laboral.

[30] *Vid*. Castellano Burguillo, E.: "No discriminación por razón de la edad: comentario de la STJCE de 16 de octubre de 2007 (TJCE 2007, 272)", *Aranzadi social,* núm. 5, 2007, págs. 1256-1259.

[31] Mercader Uguina, J.R.: "Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de acompañamiento para 2004", *Revistas Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2004, pág. 1085.

La relevancia otorgada a la negociación colectiva enfatiza que el pacto fue resultado de un proceso en el que participaron las partes debidamente autorizadas, fortaleciendo su validez desde el punto de vista legal. La consideración de la mejora en la compensación para toda la plantilla, con ajustes favorables para aquellos con salarios más bajos, agrega una dimensión equitativa al acuerdo.

Adicionalmente, la inclusión de medidas destinadas a fomentar futuras oportunidades laborales y la preferencia en la cobertura de vacantes en las empresas codemandadas reflejan la intención no solo de gestionar el despido colectivo de manera justa, sino también de facilitar transiciones laborales y mitigar los impactos negativos en los empleados afectados.

Debe calificarse como *«razonable y proporcionado que contemple una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de seguridad social en consideración la previsión sobre su financiación del art. 51.9* ET *para los procedimiento de despido colectivos de empresas no concursadas en favor de los trabajadores mayores de 55 años».*

A «los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía alejados de la pensión jubilación, y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de seguridad social que puedan percibir en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión».

«El sacrificio exigido a quienes están en una u otra franja de edad es razonable y proporcionado, resultando objetivamente justificado que el acuerdo para distribuir los costes de la cuantía total de la suma indemnizatoria alcanzada con la empresa favorezca en mayor medida al colectivo que se encuentra más alejado del momento de la jubilación».

4. REFLEXIÓN Y COMENTARIOS

En el presente caso, la actora ha interpuesto un recurso de casación para la unificación de doctrina contra Elcogás, S.A. e Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. en relación con un despido colectivo. La demandante sostiene que el acuerdo de indemnización adoptado es discriminatorio por razón de edad. A pesar de sus argumentos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ha sido confirmada, respaldando el pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Según la jurisprudencia, la edad cercana a la jubilación puede ser un criterio objetivo en un despido colectivo, siempre que se cumplan requisitos específicos y se implementen medidas efectivas para mitigar los efectos adversos del desempleo. En este contexto, se alega que la disparidad en la indemnización por edad no constituye discriminación y que el acuerdo es jurídicamente válido.

Cabe mencionar que, durante periodos de crisis, los empleados mayores suelen ser afectados como excedentes en procesos de reestructuración empresarial que involucran despidos incentivados, expedientes de regulación de empleo y programas de prejubilación. Estas políticas laborales, aparentemente diseñadas para preservar la estabilidad financiera de las empresas, a menudo resultan en discriminación dirigida a este grupo de trabajadores basada en percepciones estereotipadas sobre su productividad en momentos desafiantes de cambios. No obstante, este argumento refleja un intento por ocultar la doble intencionalidad de estas decisiones: los empleados de mayor edad, con cierta antigüedad en la empresa, representan un costo laboral más elevado debido al aumento en los gastos

asociados con cotizaciones a la Seguridad Social, programas de formación, compensaciones mayores en caso de despido y otros importes vinculados con la antigüedad del empleado en la empresa[32].

Aunque se ha validado la decisión en este caso específico, surge una interrogante sobre la idoneidad de esta medida. Ciertos criterios legales, como la promoción del envejecimiento activo y el aumento progresivo de la edad de jubilación, podrían contradecir esta práctica. Además, existe el riesgo de postergar aún más la barrera biológica, especialmente considerando que los trabajadores pueden considerarse cubiertos por el sistema de protección social desde los 52 años mediante el subsidio de prejubilación.

La Recomendación núm. 161 de la OIT ha delineado claramente la importancia de una jubilación voluntaria y progresiva, subrayando la necesidad de una transición respetuosa entre la vida profesional y la jubilación. Los conceptos de jubilación activa y envejecimiento activo, interrelacionados, reflejan una transición gradual del trabajo al retiro, permitiendo a los individuos mayores continuar participando de manera productiva en la vida laboral y social en términos económicos. Estos conceptos forman parte del enfoque reiterado en el ámbito laboral, procurando maximizar el potencial de este colectivo cuyo futuro está íntimamente ligado a los desafíos demográficos y económicos.

En cualquier caso, la cuestión clave reside en evaluar la proporcionalidad de la medida adoptada en el acuerdo de despido colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La proporcionalidad se refiere a la relación equitativa entre los medios empleados y los fines perseguidos, buscando determinar si la disparidad en las indemnizaciones, particularmente aquellas destinadas a los trabajadores de 60 años o más, es adecuada y justificada en función de los objetivos perseguidos.

La defensa argumenta que la diferencia en las compensaciones se sustenta en la proximidad de los trabajadores mayores a la jubilación, lo que les proporcionaría acceso a prestaciones y acuerdos de seguridad social que no estarían igualmente disponibles para los trabajadores más jóvenes. En este sentido, se busca demostrar que la medida es proporcionada, razonable y necesaria para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la empresa en el marco del despido colectivo.

La evaluación de la proporcionalidad también implica considerar si la medida adoptada respeta los principios de igualdad y no discriminación, aspectos que son cruciales en el análisis legal del caso. La jurisprudencia y la normativa aplicable, como la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, establecen estándares para determinar la justificación de diferencias de trato basadas en la edad y exigen que estas estén respaldadas por razones objetivas y razonables. Se convierte así en un elemento esencial en la argumentación legal, ya que la validez del acuerdo de despido colectivo dependerá de la capacidad de la empresa para demostrar que la diferencia en las indemnizaciones, en función de la edad, es adecuada y proporcionada a los objetivos legítimos que se persiguen en el marco de la reestructuración laboral.

Por otro lado, respecto a la justificación de la disparidad en la indemnización basado un acceso más cercano a la jubilación cabe decir que la pensión de jubilación es aquella protección social que provee el Estado ante la carencia de rentas como consecuencia del cese de la vida laboral. Tradicionalmente, sus notas configuradoras han sido: el cese total de la actividad laboral, su acceso voluntario y alcanzar una determinada edad a partir de la cual nace el derecho al descanso y la prestación para la sustitución de rentas.

[32] Suso Araico, A.: "La relación con el empleo de los trabajadores mayores*", Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 24, núm.2, 2006. pág. 137.

El clásico esquema de relación entre extinción contractual y derecho a la pensión de jubilación, hace tiempo que adquirió notable grado de complejidad al instrumentalizarse como política de empleo[33]. Y, es que, a transición de la vida activa a la jubilación plantea un desafío crucial en la garantía de una vida digna y rentas adecuadas para los mayores.

Debe tenerse presente, al respecto, que el mismo cambio demográfico y la mejora de la calidad de vida supone, en la práctica, un incremento de la edad media de la población. Un aumento que ha contribuido a que personas que antes se situaban en el umbral de la jubilación (para un plazo temporal reducido) y el ocaso de su vida, se presenten, ahora, ante un amplio período en el que pueden seguir siendo perceptores de rentas[34]. En este sentido, la cuestión que se configura como principal problema viene referida, esencialmente a la financiación de las necesidades que se derivan de la existencia de esta población más longeva, así como las transformaciones, por la vía de hecho o de derecho, de nuestro ordenamiento jurídico en una dirección menos garantista, aunque en lo formal se apuntara lo contrario.

Todo ello puede resumirse en que la crisis ha conducido, en unos casos, a extender una rebaja de las condiciones laborales, especialmente las retributivas y, en otros casos, a la ya referida expulsión del mercado laboral. Consecuencia de lo anterior es, el paso de los mayores a una situación de desempleo -con escasas posibilidades de retornar al mercado de trabajo-, o la transición a una cobertura social mediante el Sistema de Pensiones.

El previsible aumento en el número de personas jubiladas a partir de la próxima década enfatizará la importancia del nivel de actividad y empleo entre los trabajadores de mayor edad. De hecho, se puede afirmar que el éxito de las políticas de empleo para los trabajadores mayores se convierte en una de las claves fundamentales para mantener la sostenibilidad del sistema público de pensiones[35].

5. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: Monereo Pérez, J. L., Fernández Bernat, J.A. y López Insúa, B. M. (Dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 638-640.

AA.VV.: Morales Ortega, J.M. (Dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos,* Laborum, Murcia, 2016, pág. 19-52.

AA.VV.: Rodríguez-Piñero Royo, M.C. (Dirs.) y Castellano Burguillo, E. (Coord.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Bomarzo, Albacete, 2014, 333-423.

Álvarez Alonso, D., y Álvarez Cuvillo, A.: "Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 132, 2006, págs. 997-1046.

Ayala del Pino, C.: "Discriminación en el acceso al empleo: por razón de la edad y por condiciones subjetivas (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99, de 24 de marzo)", *Saberes*, vol. 5, 2005.

Ballester Pastor, M.A.: "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario un análisis crítico preliminar", Ballester Pastor, M.A (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 17-78.

Bobbio, N.: *El tiempo de los Derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

[33] Montoya Melgar, A. y Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario 1, 2002, págs. 19-20.

[34] *Vid*. Rodríguez Escanciano, S.: *Despoblación, envejecimiento y servicios públicos de cuidado: apostando por los empleos verdes*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

[35] AA.VV.: Monereo Pérez, J. L., Fernández Bernat, J.A. y López Insúa, B. M. (Dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 764.

Castellano Burguillo, E.: "Diferencias de trato entre trabajadores en función de la edad", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 4, núm. 7, págs. 103-109.

Castellano Burguillo, E.: "No discriminación por razón de la edad: comentario de la STJCE de 16 de octubre de 2007 (TJCE 2007, 272)", *Aranzadi social,* núm. 5, 2007, págs. 1256-1259.

García Fernández, M.: "Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa", *Actualidad Laboral*, 1996, págs. 37-60.

Gete Castrillo, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

González Ortega, S.: "La discriminación por razón de la edad", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 59, 2001, págs. 93-124.

López Cumbre, L.: "Doble escala salarial: no supone discriminación por razón de edad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, págs. 1-9.

Mercader Uguina, J.R.: "Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de acompañamiento para 2004", *Revistas Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2004, pág. 1081-1114.

Montoya Melgar, A. y Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario 1, 2002, págs. 19-20.

Perello Domenech, I.: "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997, págs. 69-75

Requena Casanova, M.: "La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: La expansión del principio de no discriminación a través de la Jurisprudencia*", Revista General de Derecho Europeo,* núm. 31, 2013, págs. 1-30.

Rodríguez Escanciano, S.: *Despoblación, envejecimiento y servicios públicos de cuidado: apostando por los empleos verdes*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

Ron Latas, R.: "Los principales mecanismos de la tutela frente a la discriminación en el ordenamiento jurídico laboral", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 16, 2002, pág. 1-36.

Sierra Hernáiz, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1999.

Suso Araico, A.: "La relación con el empleo de los trabajadores mayores", *Cuadernos de Relaciones Laborales,* Vol. 24, núm.2, 2006. pág. 129-147.

Valdés Dal-Ré, F.: "Persona del trabajador. Constitución, principio de igualdad*", La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social,* 2005, pág. 1297-1327.

Laborum

Derecho Comparado y Derecho Extranjero

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Análisis comparado de la ley alemana sobre la libertad general de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, en cuanto que trabajadores, desde la perspectiva de la norma reglamentaria española de contraste, con su traducción íntegra al castellano

Comparative analysis of the german act on the general freedom of movement of European Union citizens as workers, from the perspective of the contrasting spanish regulation, with its full translation into spanish

Alberto Arufe Varela *Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Facultad de Derecho
Universidad de A Coruña
https://orcid.org/0000-0002-1954-9971

Cita Sugerida: ARUFE VARELA, A. «Análisis comparado de la ley alemana sobre la libertad general de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, en cuanto que trabajadores, desde la perspectiva de la norma reglamentaria española de contraste, con su traducción íntegra al castellano». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 179-205.

Resumen

Tras la aprobación de la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, éstos han procedido a su manera a cumplir con sus obligaciones de transposición. Se efectúa en este trabajo un análisis comparado del modo cómo se ha hecho en España y en Alemania. Del análisis efectuado, cabe razonablemente concluir que no en todas partes el asunto preocupa e interesa con la misma intensidad.

Palabras clave

Alemania; Ciudadanía de la Unión Europea; Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social; Inmigración; Libertad de circulación de trabajadores

Abstract

Following the enactment of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, the latter have proceeded in their own way to fulfill their implementation duties. A comparative analysis of how this has been done in Spain and Germany is carried out in this paper. From the analysis carried out, it is reasonable to conclude that the issue is not of equal concern and interest everywhere.

Keywords

European Union citizenship; Freedom of movement of workers; Germany; Immigration; Labor and social security comparative law

1. LA LEY ALEMANA DE 30 JULIO 2004, EN CUANTO QUE NORMA DE TRANSPOSICIÓN TEMPORÁNEA DE UNA DIRECTIVA EUROPEA

Como se sabe, la libertad de circulación de los trabajadores que desean moverse, siendo nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, por el territorio de los demás Estados de la Unión Europea para trabajar o buscar un trabajo, aparece explícitamente regulada en la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa —abreviando su denominación oficial— al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir

libremente en el territorio de los Estados miembros[1], a cuyo tenor —a modo de pilar esencial sobre el que se asientan sus disposiciones— «todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si … es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida»[2], o «si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo»[3]. Tras concederse a los Estados miembros un generoso plazo de dos años —con comienzo el 30 abril 2004, y fin el 29 abril 2006— para llevar a cabo la transposición de sus disposiciones al nivel doméstico respectivo[4], la reacción de la República Federal de Alemania no se hizo esperar, pues el legislador se apresuró allí a preparar de inmediato su norma interna, concretada en la Ley para el Control y la limitación de la inmigración y para la regulación de la residencia y la integración de los ciudadanos de la Unión y de los extranjeros[5] (también conocida, por su denominación corta oficial, como Ley de Inmigración [*Zuwanderungsgesetz*]), de 30 julio 2004, que es una ley «madre» con dos leyes «hijas»[6], usualmente estudiadas por la doctrina alemana bajo el tópico común de «Derecho de extranjería [*Ausländerrecht*]»[7]. De un lado, alumbrada como artículo 1 de la Ley «madre», la Ley «hija» sobre la Residencia, la actividad remunerada y la integración de los extranjeros en el territorio federal[8] (también conocida, por su denominación corta oficial, como Ley de Residencia [*Aufenthaltgesetz* o, por su acrónimo en alemán, AufenthG]), cuyo equivalente español se encuentra en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. De otro lado, alumbrada como artículo 2 de la Ley «madre», la Ley «hija» sobre la Libertad general de circulación de los ciudadanos de la Unión[9] (también conocida, por su denominación corta oficial, como Ley de Libertad de circulación/UE [*Freizügigkeitsgesetz/EU* o, por su acrónimo en alemán, FreizügG/EU]), que es la que ha de constituir el objeto central de este trabajo de comparación (y cuyo texto íntegro traducido al castellano se incorpora justo al final del propio trabajo). En contraste con esta última, la norma española de transposición de la Directiva 2004/38/CE se hizo un poco más de rogar, más allá incluso del 29 abril 2006, pues se acabó concretando en el Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[10], que es una norma

[1] La propia denominación oficial continúa indicando que «modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE».

[2] Cfr. artículo 7, apartado 1, letra a).

[3] *Ibidem*, apartado 3, letra b).

[4] Literalmente, «los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 30 de abril de 2006» (cfr. artículo 40, apartado 1, párrafo primero).

[5] Textualmente, *Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern*.

[6] Sobre esta terminología, véase Arufe Varela, A.: *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2008, págs. 3-5.

[7] Al respecto, véase Bergmann, J. y Dienelt, K. (Ed.): *Ausländerrecht. Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU und ARB 1/80 (Auszug), Europäische Menschenrechtskonvention (Auszug), Grundrechtecharta und Artikel 16a GG, Asylgesetz. Kommentar*, 14ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2022, 2676 págs.; Dietz, A. (Ed.): *Ausländer- und Asylrecht. Einführung*, 4ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2021), 278 págs.; Hofmann, R. M. (Ed.): *Ausländerrecht. AufenthG / FreizügG/EU / Assoziationsrecht / EU-Abkommen / AsylG / GG / StAG / BVFG*, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2023, 3600 págs.; y Kluth, W. y Heusch, A. (Ed.): *Ausländerrecht. AufenthG / BeschV / AsylG / FreizügG/EU / ARB 1/80 / AEUV / EMRK / GG / StAG. Kommentar*, 2ª ed., Múnich, C.H. Beck, Múnich, 2021, 2647 págs.

[8] Textualmente, *Gesetz* über *den Aufenthalt, die Erwerstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*.

[9] Textualmente, *Gesetz* über *die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern*.

[10] A tenor de su disposición final primera (rotulada «Incorporación de derecho de la Unión Europea»), «mediante el presente real decreto se incorpora al derecho español la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE)

—aparte la diferencia evidente de rango— realmente contrastante con la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004, como trataré de probar en lo que sigue.

2. UNA LEY NO ABANDONADA A SU SUERTE

La Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 —cuya finalidad aparece pulcramente descrita en la motivación acompañante del proyecto de ley gubernamental[11], con pronunciamiento expreso y realista sobre sus costes, como es usual en Alemania, a diferencia de lo que sucede en España[12]— goza de robusta salud, por causa de los continuos cuidados que se le dispensan, en forma de ajustes, enmiendas y adaptaciones, que la sitúan muy lejos de padecer situación alguna equiparable a la del abandono. En este sentido, bastaría con indicar que su redacción original de trece parágrafos ha sido modificada hasta en siete ocasiones desde el año 2015, resultando especialmente profundos los cambios operados en ella en el año 2020 —en plena segunda ola de la pandemia del coronavirus—, por medio del artículo 1 de la Ley para la Adaptación actual de la Ley de Libertad de circulación/UE y de otras disposiciones al Derecho de la Unión, de 12 noviembre 2020[13], y teniendo en cuenta que las dos últimas modificaciones —ambas con fecha de efectos posterior a 1 enero 2023— se produjeron a finales del año 2022 (por medio del artículo 12, apartado 4, de la Ley del Subsidio para el ciudadano, de 16 diciembre 2022)[14] y a principios del año 2023 [por medio del artículo 4 de la Ley para la Ejecución del Reglamento (UE) 2017/2226 y del Reglamento (UE) 2018/1240, así como para la modificación de la Ley de Residencia, de la Ley de Libertad de circulación/UE, de la Ley sobre el Registro Central de Extranjeros y del Reglamento para la Ejecución de la Ley sobre el Registro Central de Extranjeros, de 20 abril 2023][15], respectivamente. En contraste con la situación de la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004, el Real Decreto español 240/2007 fue modificado por última vez precisamente en el año 2015[16], pareciendo con ello que su tenor haya podido quedar abandonado a su suerte, certificando esta situación tan cercana a la del abandono, por ejemplo, las referencias a normas derogadas, como las contenidas en su artículo 3 [rotulado «Derechos», allí donde se refiere a que «en caso de finalización de la situación de familiar a cargo y eventual cesación en la condición de familiar de ciudadano de la Unión, será aplicable el artículo 96.5(*) del Reglamento de

n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE».

[11] Su texto completo puede manejarse en el sitio oficial en Internet de la Cámara Baja alemana, ubicado en https://www.bundestag.de/ (con acceso directo en https://dip.bundestag.de/vorgang/.../90946).

[12] Sobre el tema, véase Arufe Varela, A.: «La Ley federal alemana sobre "El trabajo del mañana", de 20 mayo 2020. Un estudio comparado con el Derecho español», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1, 2021, págs. 310 y ss.

[13] Textualmente, *Gesetz zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht*. Además de introducir los nuevos parágrafos 3a, 12a y 16, retoca los antiguos parágrafos 1, 2, 3, 4a, 5, 5a, 6, 8, 9, 11, 11a, 12, y 14. Dicho de otra manera, sólo dejó sin tocar los parágrafos 4, 7, 10, 13 y 15.

[14] Textualmente, *Bürgergeld-Gesetz*. Se trata de la denominación corta oficial de la Decimosegunda Ley para la modificación del Libro Segundo del Código de Seguridad Social y de otras leyes - Introducción de un subsidio para el ciudadano (*Zwölftes Gesetz zur* Änderung *des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze - Einführung eines Bürgergeldes*), que procedió a modificar el parágrafo 11 de la Ley de 2004. Sobre los antecedentes inmediatos de este subsidio, véase Pannenberg, M.: «El nuevo Gobierno alemán planea sustituir el "Hartz IV" por un "subsidio para el ciudadano". ¿Cambio de paradigma en el derecho de la garantía existencial o adaptación legal inevitable?» [traducción al castellano, desde su alemán original, de Alberto Arufe Varela], *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 31, 2022, págs. 147 y ss.

[15] Textualmente, «*Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/2226 und der Verordnung (EU) 2018/1240 sowie zur* Änderung *des Aufenthaltsgesetzes, des Freizügigkeitsgesetzes/EU, des Gesetzes* über *das Ausländerzentralregister und der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes* über *das Ausländerzentralregister*».

[16] Por medio del Real Decreto 987/2015, de 30 octubre, que incorpora al texto original el artículo 2 bis (rotulado «Entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo»), aparentemente para incorporar jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y del Tribunal Supremo, que cita en su exposición de motivos.

la Ley Orgánica 4/2000»][17] o en su disposición adicional segunda (rotulada «Normativa aplicable a los procedimientos», allí donde se indica que «en lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en … la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común»).

3. NI TAMPOCO OLVIDADA POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 no sólo no ha quedado abandonada a su suerte, sino que tampoco ha caído en el olvido por parte del resto del ordenamiento jurídico alemán, lo que actúa como prueba de su consistencia, resultando especialmente significativas —desde una perspectiva sistemática— las continuas referencias que a ella efectúan con toda naturalidad otras normas alemanas —incluso de importancia alfa— con rango igualmente de ley, no sólo en los ámbitos específicos del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social[18], y sin incluir aquí la citada Ley de Residencia, sobre la que volveremos en el siguiente punto. Centrando el foco en el ámbito del Derecho del Trabajo, cabría citar la referencia contenida en la Ley federal sobre Fomento individual de la formación profesional, de 26 agosto 1971[19], así como en la Ley sobre Fomento de la formación profesional continua para el ascenso, de 23 abril 1996[20]. Y si el foco se pone en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, las referencias aparecen en hasta cuatro de los trece Libros del Código alemán de Seguridad Social, como sucede en el caso del Libro Segundo (relativo a las prestaciones no contributivas de desempleo)[21], en el del Libro Tercero (relativo a las prestaciones contributivas de desempleo)[22], en el del Libro Quinto (relativo a las prestaciones contributivas derivadas del riesgo de enfermedad común)[23] y en el del Libro Decimosegundo (relativo a las prestaciones de la asistencia social)[24]. En contraste con la situación de recuerdo permanente de la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004, por parte del ordenamiento jurídico del país teutón, la situación en la que se encuentra el Real Decreto español 240/2007 se acerca más a la de olvido, supuesto que una única norma de rango legal se refiere expresamente a ella, como ocurre en el estrambótico caso de la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, más en concreto, en su disposición adicional decimotercera (rotulada «Subvenciones al transporte marítimo y aéreo para residentes en

[17] Apartado 2, párrafo segundo, inciso segundo. El asterisco aparece en la versión electrónica del Boletín Oficial del Estado, procediéndose a aclarar en él, literalmente, que «la referencia que en el apartado 2 se efectúa al art. 96.5 del Reglamento ha de entenderse referida al art. 200.3 del vigente Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000».

[18] Aparte de estos dos ámbitos, por ejemplo, cabe citar el parágrafo 62 (rotulado «Titulares del derecho [*Anspruchsberechtigte*]») de la Ley del Impuesto sobre la renta (*Einkommensteuergesetz*), de 16 octubre 1934.

[19] Textualmente, «*Bundesgesetz* über *individuelle Förderung der Ausbildung*» o, por su acrónimo en alemán, BAföG. Cfr. su parágrafo 8 (rotulado «Nacionalidad [*Staatsangehörigkeit*]»).

[20] Textualmente, «*Gesetz zur Förderung der beruflichen Aufstiegsfortbildung*» o, por su acrónimo en alemán, AFBG. Cfr. su parágrafo 8 (rotulado «Nacionalidad [*Staatsangehörigkeit*]»).

[21] Cfr. su parágrafo 7 (rotulado «Beneficiarios [*Leistungsberechtigte*]»). Comentándolo, véase Wolfganf Eicher, Luik, S. y Harich, B. (Ed.), *SGB II. Grundsicherung* für *Arbeitsuchende. Kommentar*, 5ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021, págs. 249 y ss.

[22] Cfr. su parágrafo 76 (rotulado «Formación profesional fuera del centro de trabajo [*Außerbetriebliche Berufsausbildung*]»). Comentándolo, véase Brand, J. (Ed.): *SGB III. Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung. Kommentar*, 9ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021, págs. 271 y ss.

[23] Cfr. su parágrafo 5 (rotulado «Deber de aseguramiento [*Versicherungspflicht*]»). Comentándolo, véase Katharina von Koppenfels-Spies y Ulrich Wenner (Editores), *SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., Luchterhand (Múnich, 2022), págs. 45 y ss.

[24] Cfr. Su parágrafo 23 (rotulado «Asistencia social para extranjeras y extranjeros [*Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer*]»). Comentándolo, véase Grube, C., Wahrendorf, V. y Flint, T. (Ed.): *SGB XII. Sozialgesetzbuch XI. Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe und Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar*, 7ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2020, págs. 259 y ss.; Bieritz-Harder, R., Conradis, W. y Thie, S. (Ed.): *Sozialgesetzbuch XII. Sozialhilfe. Lehr- und Praxiskommentar*, 12ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020, págs. 216 y ss.; Hauck, K. y Noftz, W. (Ed.): *Sozialgesetzbuch. SGB XII. Sozialhilfe. Kommentar*, Berlín, Eich Schmidt, 2021, núm. indicador K § 23; y Schellorn, H., Hohm, K. H., Scheider, P. y Busse, A. (Ed.), *SGB XII. Sozialgesetzbuch. Zwölftes Buch. Sozialhilfe. Kommentar*, 21ª ed., Múnich, Luchterhand, 2023, págs. 241 y ss.

Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla»), en la redacción que le dio la disposición final décima de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Más o menos estrambóticas o extravagantes parecen otras tres peladas referencias a él —ubicadas en normas reglamentarias—, de las cuales la más llamativa es la contenida en el Real Decreto 1192/2012, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud[25], pues —aparte el hecho de tratarse dicho reglamento de una norma literalmente destrozada, tras la promulgación del Real Decreto-ley 7/2018, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud— contrasta *ad radice* con el tenor del parágrafo 4 de la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 (rotulado «Personas sin actividad remunerada con derecho de libre circulación [*Nicht erwerbstätige Freizügigkeitsberechtigte*]»), allí donde afirma que «los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad remunerada, y los familiares que acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él, tienen el derecho [de entrada y residencia]…, si disponen de un seguro de enfermedad suficiente y de recursos de subsistencia suficientes»[26], lo que —aunque sorprenda en España (donde, como se sabe, los perceptores de rentas de capital superiores a 100.000 euros anuales también tienen derecho a su asistencia sanitaria pública gratuita)— resulta en Alemania completamente explicable, dada la distinción existente allí entre asistencia sanitaria contributiva y asistencia sanitaria no contributiva (quedando excluidos de esta última, entre otros varios supuestos relativos a ciudadanos alemanes, quienes perciban «ingresos totales anuales …[que] asciendan … a más de 100.000 euros»)[27].

4. PUNTILLOSAMENTE ENSAMBLADA CON LA NORMA GENERAL DE EXTRANJERÍA

La carga genética común de la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 y de la Ley de Residencia —en cuanto que norma general de extranjería, reguladora de la inmigración hacia el territorio de la República Federal de Alemania de los extranjeros que no son ciudadanos de la Unión— resulta innegable, tratándose —como antes indiqué— de leyes «hijas» alumbradas por la misma ley «madre» y, por consiguiente, de leyes «hermanas». Aparte las referencias contenidas a la segunda en los parágrafos 2a (rotulado «Visado, documentación, procedimiento de visado»)[28], 11a (rotulado «Habilitación reglamentaria»)[29], 14 (rotulado «Disposiciones sobre el procedimiento administrativo»)[30] y 16 (rotulado «Situación jurídica de los nacionales británicos y sus familiares»)[31] de la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004, lo certifica sobre todo el parágrafo 11 de esta última (rotulado «Aplicación del Derecho general de residencia»)[32], que ensambla con una puntillosidad típicamente germánica su contenido con el de la Ley de Residencia, afirmando —por

[25] Cfr. Su disposición adicional segunda (rotulada «Asistencia sanitaria en aplicación de reglamentos comunitarios y convenios internacionales»).

[26] Cfr. Inciso primero. Textualmente, «*Nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, haben das Recht …, wenn sie* über *ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen*».

[27] Cfr. parágrafo 94 (rotulado «Cesión de derechos frente a un obligado a alimentos en virtud del Derecho Civil [Übergang *von* Änspruchen *gegen einen nach bürgerlichen Recht Unterhaltspflichtigen*]»), apartado 1a, inciso primero, del Libro Decimosegundo del Código alemán de Seguridad Social. Las otras dos referencias expresas estrambóticas o extravagantes aparecen contenidas en el Real Decreto 1618/2007, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (cfr. su artículo 14, rotulado «Documentación acreditativa»), y en el Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (cfr. su artículo único, rotulado «Aprobación y ámbito de aplicación del Reglamento»).

[28] Textualmente, «*Visum, Dokumente, Visumverfahren*».

[29] Textualmente, «*Verordnungsermächtigung*».

[30] Textualmente, «*Bestimmungen zum Verwaltungsverfahren*».

[31] Textualmente, «*Rechtsstellung britischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen*».

[32] Textualmente, «*Anwendung des allgemeinen Aufenthaltsrechts; Ausnahmen von der Anwendung dieses Gesetzes*».

ejemplo, en su apartado 1— literalmente lo siguiente: «A las personas, respecto de las cuales se regula por medio de esta ley su entrada y residencia, de conformidad con el parágrafo 1, apartado 1, se les aplica analógicamente el parágrafo 2, apartado 2, el parágrafo 11, apartado 8, los parágrafos 12, 14, apartado 2, el parágrafo 44, apartado 4, los parágrafos 45a, 46, apartado 2, el parágrafo 50, apartados 3 a 6, el parágrafo 59, apartado 1, incisos 6 y 7, los parágrafos 69, 71, apartado 3, número 2, alternativa primera, los parágrafos 73, 74, apartado 2, el parágrafo 77, apartado 1, los parágrafos 80 y 82, apartado 5, los parágrafos 85 a 88, 90,91 y 95, apartado 1, números 4 y 8, apartado 2, número 2, y apartado 4, los parágrafos 96, 97 y 98, apartado 2, número 2, apartados 2a, 3, número 3, y apartados 4 y 5, así como el parágrafo 99 de la Ley de Residencia»[33]. En contraste con esta realidad, aparece mucho más desvaída la conexión del Real Decreto español 240/2007 con nuestra Ley Orgánica 4/2000, en la medida en que —aparte las escuetas referencias contenidas en su artículo 3 (rotulado «Derechos») y en su disposición transitoria tercera (rotulada «Régimen especial de los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados miembros de la Unión Europea a los que se apliquen medidas transitorias para regular su acceso al mercado de trabajo español»)— el Real Decreto 240/2007 despacha perezosamente el asunto, tanto en su disposición adicional segunda (rotulada «Normativa aplicable a los procedimientos», a cuyo tenor «en lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000»), como en su disposición final cuarta (rotulada «Normativa subsidiaria y supletoria», a cuyo tenor «las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000 … serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente real decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos»), resultando que todas estas referencias reglamentarias expresas suscitan problemas interpretativos y aplicativos, derivados del hecho de que el Real Decreto 240/2007 no ha padecido ninguna modificación desde el año 2015, mientras que la Ley Orgánica 4/2000 ha padecido desde ese año hasta doce modificaciones distintas[34].

5. CON CAPACIDAD DE ABSORCIÓN DE IMPACTOS SÍSMICOS

El Real Decreto español 240/2007 —acaso por su situación de abandono y olvido— carece de la suficiente flexibilidad de absorción de impactos, como los derivados del sismo provocado por el Brexit, mientras que la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 sí ha mostrado poseer dicha capacidad de absorción, como prueba el que la sacudida del Brexit aparezca amortiguada ya por su parágrafo 1 (rotulado «Ámbito de aplicación y definiciones [*Anwendungsbereich; Begriffsbestimmungen*]»), al disponerse en él que «esta Ley regula la entrada y la residencia»[35] —justo a continuación de «los ciudadanos de la Unión»[36] y de «los nacionales de los Estados del EEE que no sean ciudadanos de la Unión»[37]— de «los nacionales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, tras su retirada de la Unión Europea, a los que se concedan derechos de entrada y residencia,

[33] Textualmente, «*Auf die Personen, deren Einreise und Aufenthalt nach § 1 Absatz 1 durch dieses Gesetz geregelt ist, finden § 3 Absatz 2, § 11 Absatz 8, die §§ 13, 14 Absatz 2, § 44 Absatz 4, die §§ 45a, 46 Absatz 2, § 50 Absatz 3 bis 6, § 59 Absatz 1 Satz 6 und 7, die §§ 69, 71 Absatz 3 Nummer 2 erste Alternative, die §§ 73, 74 Absatz 2, § 77 Absatz 1, die §§ 80, 82 Absatz 5, die §§ 85 bis 88, 90, 91, 95 Absatz 1 Nummer 4 und 8, Absatz 2 Nummer 2, Absatz 4, die §§ 96, 97, 98 Absatz 2 Nummer 2, Absatz 2a, 3 Nummer 3, Absatz 4 und 5 sowie § 99 des Aufenthaltsgesetzes entsprechende Anwendung*».

[34] Últimamente, por medio de la Ley 11/2023, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, que procedió a derogar su artículo 38 ter (rotulado «Residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados»), cosa que fue posible por tratarse de un precepto sin naturaleza orgánica.

[35] Cfr. apartado 1. Textualmente, «*Dieses Gesetz regelt die Einreise und den Aufenthalt*».

[36] *Ibidem*, núm. 1. Textualmente, «*Unionsbürgern*».

[37] *Ibidem*, núm. 2. Textualmente, «*Staatsangehörigen der EWR-Staaten, die nicht Unionsbürger sind*».

en virtud del Acuerdo de Retirada»[38], teniendo en cuenta —según el propio parágrafo 1— que «a los efectos de esta ley … los nacionales británicos son las personas mencionadas en el artículo 2, letra d, del Acuerdo de Retirada»[39], y además, que «El Acuerdo de Retirada es el acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Diario Oficial, serie L, núm. 29, de 31.1.2020, pág. 7)»[40]. Aparte las menciones que al Acuerdo de Retirada efectúa el citado parágrafo 11 de la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004, actuando la puntillosa operación de ensamblaje de su contenido con la de la norma general de extranjería (esto es, la Ley «hermana» de Residencia), y que llegan a ser hasta un total de seis menciones distintas, repartidas entre sus apartados 10, 11 y 12, resulta especialmente significativo a este respecto su parágrafo 16. Se trata de un parágrafo introducido *ex novo* por la citada Ley para la adaptación actual de la Ley de Libertad de circulación/UE y de otras disposiciones al Derecho de la Unión de 2020[41], cuyo contenido se dedica monográficamente a la regulación del asunto, como inequívocamente anticipa su rótulo (esto es, «Situación jurídica de los nacionales británicos y de sus familiares [*Rechtsstellung britischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen*]»), a cuyo tenor —en lo más esencial— «el derecho de entrada y de residencia en el territorio federal previsto en la Parte Dos, Título II, Capítulo 1, del Acuerdo de Retirada [rotulado «Derechos relacionados con la residencia y documentos de residencia»] se puede ejercitar sin necesidad de solicitud al respecto»[42], teniendo en cuenta —en relación con un concreto tipo de trabajadores— que «los nacionales británicos que tengan derechos como trabajadores transfronterizos, en virtud de la Parte Dos, Título II, Capítulo 2, del Acuerdo de Retirada [rotulado «Derechos de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia»] están obligados a solicitar un documento (documento de residencia para trabajadores transfronterizos-GB), con el que se certifiquen estos derechos»[43]. Frente a esta congruencia y cosmos alemanes, el Gobierno español se olvidó del Real Decreto 240/2007, una vez más, acentuando así la impresión de dispersión normativa (y consecuentemente, de un cierto caos normativo) en España. Lo prueba la promulgación del Real Decreto-ley 38/2020, de 29 diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del período transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 enero 2020, en el que no se menciona por ningún lado la existencia del Real Decreto 240/2007, regulador de mi tema.

6. PEGADA A LA REALIDAD

Frente a lo dispuesto en el Real Decreto español 240/2007, que sólo regula la posibilidad de «expulsión» o de «prohibición de entrada» de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o de los miembros de su familia, en conexión con la existencia de motivos imperiosos de orden público, seguridad pública y

[38] *Ibidem*, núm. 3. Textualmente, «*Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland nach dessen Austritt aus der Europäischen Union, denen nach dem Austrittsabkommen Rechte zur Einreise und zum Aufenthalt gewährt werden*».

[39] Cfr. apartado 2, núm. 6. Textualmente, «*Im Sinne dieses Gesetzes … sind britische Staatsangehörige die in Artikel 2 Buchstabe d des Austrittsabkommens genannten Personen*».

[40] *Ibidem*, núm. 5. Textualmente, «*ist das Austrittsabkommen das Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. L 29 vom 31.1.2020, S. 7)*».

[41] *Supra*, núm. 2.

[42] Cfr. apartado 1, inciso primero. Textualmente, «*Das in Teil Zwei Titel II Kapitel 1 des Austrittsabkommens vorgesehene Recht auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet kann ausgeübt werden, ohne dass es hierfür eines Antrages bedarf*».

[43] Cfr. apartado 3. Textualmente, «*Britische Staatsangehörige, die nach Teil Zwei Titel II Kapitel 2 des Austrittsabkommens Rechte als Grenzgänger haben, sind verpflichtet, ein Dokument (Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB) zu beantragen, mit dem diese Rechte bescheinigt werden*».

salud pública —de conformidad con lo dispuesto en sus cuatro últimos preceptos, esto es, los artículos 15 a 18, agrupados bajo la rúbrica común del Capítulo VI (rotulado «Limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública»)—, la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 parece mucho más pegada a la realidad, en la medida en que no sólo regula la «pérdida del derecho de entrada y residencia [*Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt*]» (rótulo de su parágrafo 6, cuyo apartado 1 habla igualmente de «denegarse la entrada [*die Einreise verweigert werden*]»), así como el «deber de salida [*Ausreisepflicht*]» (rótulo de su parágrafo 7, cuyo apartado 1 habla igualmente de «expulsión [*Abschiebung*]»), en relación con «motivos de orden público, seguridad pública o salud pública (artículo 45, apartado 3, y artículo 52, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)»[44], sino que también regula un supuesto que denomina de «inexistencia del derecho [*Nichtbestehen des Rechts*]», vinculado a la falsificación de documentos. Lo hace en su parágrafo 2 (rotulado «Derecho de entrada y residencia [*Recht auf Einreise und Aufenthalt*]», y edificado sobre el principio basilar relativo a que «Los ciudadanos de la Unión con derecho a la libre circulación y sus familiares tienen derecho de entrada y residencia, de conformidad con las disposiciones de esta ley»)[45] y, más en concreto, en su apartado 4, que aparece redactado en términos que rezuman apego a la realidad, relativos a todo lo siguiente: 1) «puede declararse la inexistencia del derecho [de entrada y residencia]…, si se demuestra que la persona afectada ha falsificado la existencia de un requisito de ese derecho, por medio de la utilización de documentos falsos o falsificados, o por medio de la simulación de hechos falsos»[46]; 2) «la inexistencia del derecho [de entrada y residencia]… también puede declararse en relación con un familiar que no es ciudadano de la Unión, si se demuestra que no se reúne con el ciudadano de la Unión al objeto de establecer o mantener la comunidad familiar, o que no le acompaña con ese fin»[47]; 3) «en estos casos, puede denegarse la expedición de la tarjeta de residencia o del visado al familiar que no es ciudadano de la Unión, o puede retirársele la tarjeta de residencia»[48]; y 4) «las decisiones a que se refieren los incisos 1 a 3 requieren de forma escrita»[49]. En congruencia con todo lo anterior, y a modo de disposición de complemento que mira al futuro, la Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 —precisamente porque está pegada a la realidad— también dispone que «a los ciudadanos de la Unión y sus familiares, respecto de los cuales se haya declarado la inexistencia de la libre circulación de conformidad con el [recién citado] parágrafo 2, apartado 4, se les puede prohibir de nuevo entrar en el territorio federal y residir en él»[50], teniendo en cuenta que la prohibición debe imponerse «cuando se dé un caso particularmente grave, en especial el de la simulación repetida de la concurrencia de los requisitos del derecho de entrada y residencia»[51].

[44] Cfr. parágrafo 6, apartado 1, inciso primero. Textualmente, «*Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Artikel 45 Absatz 3, Artikel 52 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union)*».

[45] Cfr. apartado 1. Textualmente, «*Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes*».

[46] Cfr. inciso primero. Textualmente, «*Das Nichtbestehen des Rechts ... kann festgestellt werden, wenn feststeht, dass die betreffende Person das Vorliegen einer Voraussetzung für dieses Recht durch die Verwendung von gefälschten oder verfälschten Dokumenten oder durch Vorspiegelung falscher Tatsachen vorgetäuscht hat*».

[47] Cfr. inciso segundo. Textualmente, «*Das Nichtbestehen des Rechts ... kann bei einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, außerdem festgestellt werden, wenn feststeht, dass er dem Unionsbürger nicht zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft nachzieht oder ihn nicht zu diesem Zweck begleitet*».

[48] Cfr. inciso tercero. Textualmente, «*Einem Familienangehörigen, der nicht Unionsbürger ist, kann in diesen Fällen die Erteilung der Aufenthaltskarte oder des Visums versagt werden oder seine Aufenthaltskarte kann eingezogen werden*».

[49] Cfr. inciso cuarto. Textualmente, «*Entscheidungen nach den Sätzen 1 bis 3 bedürfen der Schriftform*».

[50] Cfr. parágrafo 7, apartado 2, inciso segundo. Textualmente, «*Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, bei denen das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Absatz 4 festgestellt worden ist, kann untersagt werden, erneut in das Bundesgebiet einzureisen und sich darin aufzuhalten*».

[51] *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*wenn ein besonders schwerer Fall, insbesondere ein wiederholtes Vortäuschen des Vorliegens der Voraussetzungen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt, vorliegt*».

7. Y CON VOCACIÓN DE COMPLITUD

La Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 redondea la regulación que acaba de aludirse, construida en positivo, con su *pendant* en negativo —inexistente, por cierto, en el Real Decreto español 240/2007—, con la pretensión lógica de extremar su eficacia jurídica, apareciendo contenido ante todo en su parágrafo 9 (rotulado «Preceptos penales [*Strafvorschriften*]»), a cuyo tenor —en lo esencial— «se castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años, o con multa penal, a quien facilite o utilice datos incorrectos o incompletos con el fin de obtener, para sí mismo o para otros, una tarjeta de residencia, una tarjeta de residencia permanente, una certificación sobre el derecho de residencia permanente, un documento de residencia-GB o un documento de residencia para trabajadores transfronterizos-GB, o utilice conscientemente un documento obtenido de aquél modo para engañar en el tráfico jurídico»[52]. Además, esta vocación de complitud no sólo se desenvuelve en el ámbito de las infracciones y sanciones de naturaleza penal, sino también en el de las infracciones y sanciones de naturaleza administrativa. En este sentido, confirmando que no existe en Alemania una norma general sobre tipificación de concretas infracciones y sanciones administrativas, que resulte equivalente a estos efectos del texto refundido de nuestra Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de manera que la tipificación de conductas sancionables remite «su concreción a leyes específicas que son —en la hipótesis de las leyes reguladoras de asuntos laborales— leyes de la Federación alemana»[53], resulta que esta Ley alemana de Libertad de circulación/UE de 2004 es una de esas «leyes federales … dotadas de sus propios y específicos cuadros de infracciones y sanciones administrativas (o en su caso [como acabamos de ver], también penales)»[54]. Aquí, el precepto de referencia en negativo es su parágrafo 10 (rotulado «Preceptos sobre multas administrativas [*Bußgeldvorschriften*]»), que aparece íntimamente conectado con lo dispuesto —en clave positiva— en su parágrafo 8 (rotulado «Deber de información [*Ausweispflicht*]», del que tampoco existe rastro en el Real Decreto español 240/2007), a cuyo tenor —en lo esencial— «las personas cuya entrada y residencia está regulada por esta ley … están obligadas …, en caso de entrada en, o de salida de, el territorio federal, … a llevar consigo el pasaporte o un documento sustitutivo del pasaporte, y … presentarlo ante el funcionario competente, si lo exige, para su inspección»[55], teniendo en cuenta que «las autoridades encargadas del cumplimiento de esta ley pueden … leer los datos biométricos y de otro tipo almacenados en el soporte electrónico de almacenamiento y procesamiento de los documentos …, recabar los datos biométricos requeridos del titular del documento y comparar los datos biométricos entre sí»[56]. Pues bien, en caso de incumplimiento de este deber contenido en el parágrafo 8 —como consecuencia de la actividad de inspección referida—, el parágrafo 10 castiga la conducta —a título de «infracción administrativa [*Ordnungswidrig*]»—, como regla, «con una multa de hasta tres mil euros»[57]. En línea con el Derecho sustantivo alemán, el Real Decreto 240/2007

[52] Cfr. apartado 1. Textualmente, «*Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte, eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht*».

[53] Véase Martínez Girón, J.: «El Derecho socio-laboral sancionador en Alemania», en VV.AA.: *Derecho administrativo sancionador socio-laboral. Teoría y Práctica*, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M. N., Márquez Prieto, A. y Vila Tierno, F. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023, pág. 778.

[54] *Ibidem*.

[55] Cfr. Apartado 1, núm. 1. Textualmente, «*Die Personen, deren Einreise und Aufenthalt … durch dieses Gesetz geregelt ist, sind verpflichtet, … bei der Einreise in das oder der Ausreise aus dem Bundesgebiet einen Pass oder anerkannten Passersatz … mit sich zu führen und … einem zuständigen Beamten auf Verlangen zur Prüfung vorzulegen*».

[56] Cfr. Apartado 2. Textualmente, «*Die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden dürfen … die auf dem elektronischen Speicher- und Verarbeitungsmedium eines Dokumentes … gespeicherten biometrischen und sonstigen Daten auslesen, die benötigten biometrischen Daten beim Inhaber des Dokumentes erheben und die biometrischen Daten miteinander vergleichen*».

[57] Cfr. apartado 4. Textualmente, «*mit einer Geldbuße bis zu dreitausend Euro*».

también impone obligaciones sustantivas a quienes pueden circular libremente en el territorio de la Unión Europea, pero que resulta casi imposible calificar como auténticas obligaciones jurídicas. Lo prueba el hecho de que el texto refundido de nuestra Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social nada tipifique expresamente en relación con el cumplimiento de dichas concretas y específicas obligaciones «de extranjería».

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arufe Varela, A.: *La igualdad de mujeres y hombres en Alemania. Estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, A Coruña, Netbiblo, 2008.

Arufe Varela, A.: «La Ley federal alemana sobre "El trabajo del mañana", de 20 mayo 2020. Un estudio comparado con el Derecho español», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1, 2021.

Bergmann, J. y Dienelt, K. (Ed.): *Ausländerrecht. Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU und ARB 1/80 (Auszug), Europäische Menschenrechtskonvention (Auszug), Grundrechtecharta und Artikel 16a GG, Asylgesetz. Kommentar*, 14ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2022.

Bieritz-Harder, R., Conradis, W. y Thie, S. (Ed.): *Sozialgesetzbuch XII. Sozialhilfe. Lehr- und Praxiskommentar*, 12ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020.

Brand, J. (Ed.): *SGB III. Sozialgesetzbuch. Arbeitsförderung. Kommentar*, 9ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021.

Dietz, A. (Ed.): *Ausländer- und Asylrecht. Einführung*, 4ª ed., Nomos (Baden-Baden, 2021).

Eicher, W., Luik, S. y Harich, B. (Ed.): *SGB II. Grundsicherung* für *Arbeitsuchende. Kommentar*, 5ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021.

Grube, C., Wahrendorf, V. y Flint, T. (Ed.), *SGB XII. Sozialgesetzbuch XI. Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe und Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar*, 7ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2020.

Hauck, K. y Noftz, W. (Ed.): *Sozialgesetzbuch. SGB XII. Sozialhilfe. Kommentar*, Berlín, Eich Schmidt, 2021.

Hofmann, R.M. (Ed.): *Ausländerrecht. AufenthG / FreizügG/EU / Assoziationsrecht / EU-Abkommen / AsylG / GG / StAG / BVFG*, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2023.

Kluth, W. y Heusch, A. (Ed.): *Ausländerrecht. AufenthG / BeschV / AsylG / FreizügG/EU / ARB 1/80 / AEUV / EMRK / GG / StAG. Kommentar*, 2ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2021.

Koppenfels-Spies, K. V. y Wenner, U. (Ed.), *SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar*, 4ª ed., Múnich, Luchterhand, 2022.

Martínez Girón, J.: «El Derecho socio-laboral sancionador en Alemania», en VV.AA.: *Derecho administrativo sancionador socio-laboral. Teoría y Práctica*, Monereo Pérez, J. L., Moreno Vida, M. N., Márquez Prieto, A. y Vila Tierno, F. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2023.

Pannenberg, M.: «El nuevo Gobierno alemán planea sustituir el "Hartz IV" por un "subsidio para el ciudadano". ¿Cambio de paradigma en el derecho de la garantía existencial o adaptación legal inevitable?» [traducción al castellano, desde su alemán original, de Arufe Varela, A.], *Revista Española de Seguridad Social*, núm. 31 (2022).

Schellorn, H., Hohm, K. H., Scheider, P. y Busse, A. (Ed.), *SGB XII. Sozialgesetzbuch. Zwölftes Buch. Sozialhilfe. Kommentar*, 21ª ed., Múnich, Luchterhand, 2023.

TRADUCCIÓN ÍNTEGRA AL CASTELLANO DE LA LEY SOBRE LA LIBERTAD GENERAL DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN, DE 30 JULIO 2004

Ley sobre la libertad general de circulación de los ciudadanos de la Unión (*Gesetz* über *die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern* o, por su acrónimo en alemán, FreizügG/EU), de 30 julio 2004

[…]

Cita completa:

«Ley de libertad de circulación/UE de 30 julio 2004 (B[oletín] O[ficial] F[ederal], parte I, págs. 1950, 1986), que ha sido últimamente modificada por el artículo 4 de la Ley de 20 abril 2003 (B[oletín] O[ficial] F[ederal] 2023, parte I, núm. 106)»

[…]

La L[ey] se adoptó como artículo 2 de la L[ey] de 30.8.2004, parte I, pág. 1950 (Ley de Inmigración), de la Cámara Baja, con el consentimiento de la Cámara Alta. De conformidad con el artículo 15, apartado 3, de esta L[ey], entró en vigor el 1.1.2005. El parágrafo 11, inciso 1, entró en vigor el 6.8.2004.

Parágrafo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

(1) Esta Ley regula la entrada y la residencia de

1. Los ciudadanos de la Unión,

2. Los nacionales de los Estados del EEE que no sean ciudadanos de la Unión,

3. Los nacionales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, tras su retirada de la Unión Europea, a los que se concedan derechos de entrada y residencia, en virtud del Acuerdo de Retirada,

4. Los familiares de las personas mencionadas en los números 1 a 3,

5. Las personas allegadas a las personas mencionadas en los números 1 a 3, así como

6. Los familiares y las personas allegadas de alemanes que hayan hecho uso permanente de su derecho a la libre circulación de conformidad con el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(2) A efectos de la presente Ley

1. Son ciudadanos de la Unión los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea que no sean alemanes,

2. Es pareja de una persona

a) La pareja, en el sentido de la Ley de parejas, así como

b) La persona que haya formalizado una unión registrada, sobre la base de las disposiciones legales de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado del EEE,

3. Son familiares de una persona

a) El cónyuge,

b) La pareja,

c) Los parientes en línea directa descendente de la persona, o del cónyuge, o de la pareja, que no hayan cumplido todavía 21 años o a los que se presten alimentos, y

d) Los parientes en línea directa ascendente de la persona, o del cónyuge, o de la pareja, a los que se presten alimentos,

4. Son personas allegadas de una persona

a) Los parientes a que se refiere el parágrafo 1589 del Código Civil y los parientes del cónyuge o de la pareja, que no sean familiares de la persona de conformidad con el número 3,

b) Los hijos solteros que aún no hayan cumplido los 18 años, estén bajo la tutela o en relación de acogimiento con la persona, y no sean familiares de conformidad con el número 3, letra c, así como

c) La compañera sentimental o el compañero sentimental con la cual, o con el cual, la persona haya entablado una relación de pareja duradera y justificada de forma fidedigna, que no admita ninguna otra convivencia del mismo tipo, si las dos personas no están casadas ni son pareja en el sentido del número 2,

5. El Acuerdo de Retirada es el acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Diario Oficial, serie L, núm. 29, de 31.1.2020, pág. 7), y

6. Los nacionales británicos son las personas mencionadas en el artículo 2, letra d, del Acuerdo de Retirada.

Parágrafo 2. Derecho de entrada y residencia

(1) Los ciudadanos de la Unión con derecho a la libre circulación y sus familiares tienen derecho de entrada y residencia, de conformidad con las disposiciones de esta ley.

(2) Según el Derecho de la Unión, tienen derecho a la libre circulación:

1. Los ciudadanos de la Unión que deseen permanecer como trabajadores o para recibir formación profesional,

1a. Los ciudadanos de la Unión que permanecen para buscar trabajo durante un máximo de seis meses y, después, sólo mientras puedan demostrar que siguen buscando trabajo y que tienen perspectivas fundadas de llegar a ser contratados,

2. Los ciudadanos de la Unión, si están autorizados para el ejercicio de una actividad profesional autónoma (trabajadores autónomos establecidos),

3. Los ciudadanos de la Unión que, sin establecerse, deseen prestar servicios como trabajadores autónomos en el sentido del artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (prestadores de servicios), si están autorizados para la realización de la prestación de servicios,

4. Los ciudadanos de la Unión en cuanto que perceptores de prestaciones de servicios,

5. Los ciudadanos de la Unión que no realicen actividad, bajo los requisitos del parágrafo 4.

6. Los familiares con los requisitos de los parágrafos 3 y 4,

7. Los ciudadanos de la Unión y sus familiares, que hayan adquirido un derecho de residencia permanente.

(3) El derecho a que se refiere el apartado 1 permanece inalterado para los trabajadores y los trabajadores autónomos en caso de

1. Reducción temporal de la capacidad de ganancia como consecuencia de enfermedad o de accidente,

2. Desempleo involuntario confirmado por la Agencia Federal de Empleo o cese de actividad por cuenta propia como consecuencia de circunstancias ajenas a la voluntad del autónomo, tras más de un año de actividad,

3. Realización de una formación profesional, si existe vinculación entre la formación y la actividad remunerada anterior; la vinculación no es necesaria si el ciudadano de la Unión ha perdido involuntariamente su puesto de trabajo.

En caso de desempleo involuntario confirmado por la Agencia Federal de Empleo, tras menos de un año de empleo, permanece inalterado el derecho previsto en el apartado 1 durante un período de seis meses.

(4) Puede declararse la inexistencia del derecho a que se refiere el apartado 1, si se demuestra que la persona afectada ha falsificado la existencia de un requisito de ese derecho, por medio de la utilización de documentos falsos o falsificados, o por medio de la simulación de hechos falsos. La inexistencia del derecho a que se refiere el apartado 1 también puede declararse en relación con un familiar que no es ciudadano de la Unión, si se demuestra que no se reúne con el ciudadano de la Unión al objeto de establecer o mantener la comunidad familiar, o que no le acompaña con ese fin. En estos casos, puede denegarse la expedición de la tarjeta de residencia o del visado al familiar que no es ciudadano de la Unión, o puede retirársele la tarjeta de residencia. Las decisiones a que se refieren los incisos 1 a 3 requieren de forma escrita.

Parágrafo 2a. Visado, documentación, procedimiento de visado

(1) Los ciudadanos de la Unión no necesitan visado para la entrada, ni tarjeta de residencia para la residencia. Para una estancia de hasta tres meses, es suficiente con la posesión de un documento de identidad o de un pasaporte válido. El inciso 2 también se aplica a los familiares que no sean ciudadanos de la Unión, si están en posesión de un pasaporte reconocido, o autorizado de otro modo,

o de un documento sustitutivo del pasaporte, y acompañan al ciudadano de la Unión o se reúnen con él. En la medida en que resulten de aplicación normas más favorables del Acuerdo Europeo sobre la Regulación de la circulación de Personas entre los Estados miembros del Consejo de Europa de 10 febrero 1959 (B[oletín] O[ficial] F[ederal] 1959, parte II, págs. 389, 390), aquéllas permanecen inalteradas.

(2) Los familiares y las personas allegadas que no sean ciudadanos de la Unión necesitan un visado para la entrada. No se cobran tasas por la expedición del visado. El inciso 1 no resulta de aplicación a las personas que, en aplicación de la Ley de Residencia o del reglamento aprobado de conformidad con el parágrafo 99, apartado 1, número 2, de la Ley de Residencia, por causa de su nacionalidad, pueden entrar sin visado en el territorio federal, y permanecer en él, incluso para una estancia que no sea de corta duración.

(3) La posesión de una tarjeta de residencia válida, incluida la de otro Estado miembro de la Unión Europea o la de un Estado del EEE, exime de la obligación de visado, de conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Diario Oficial, serie L, núm. 158 de 30.4.2004, pág. 77; serie L, núm. 229 de 29.6.2004, pág. 35; serie L, núm. 204 de 4.8.2007, pág. 28).

(4) El visado puede anularse antes de la entrada, cuando se adopte la resolución a que se refiere el parágrafo 2, apartado 4, el parágrafo 5, apartado 4, o el parágrafo 6, apartado 1. La resolución requiere de forma escrita. El parágrafo 11, apartado 8, inciso 1, y apartado 12, inciso 2, permanece inalterado. Son competentes los servicios que hayan expedido el visado, así como las autoridades responsables del control policial del tráfico transfronterizo.

(5) Las autoridades competentes del Estado federado informan al Ministerio federal de Asuntos Exteriores sobre los derechos de residencia a que se refieren los parágrafos 2 y 16 de esta ley, relativos a personas que cumplan los requisitos a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, número 2 o número 3, de la Ley de Residencia. El Ministerio federal de Asuntos Exteriores informa a las autoridades competentes del Estado federado sobre el cese de la situación jurídica a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, número 2 o número 3, de la Ley de Residencia, cuando los hechos justifiquen la presunción de que tienen los derechos de residencia a que se refieren los parágrafos 2 y 16 de esta ley.

Parágrafo 3. Familiares

(1) Los familiares de los ciudadanos de la Unión mencionados en el parágrafo 2, apartado 2, núms. 1 a 5, tienen el derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, si acompañan al ciudadano de la Unión o se reúnen con él. Respecto de los familiares de los ciudadanos de la Unión mencionados en el parágrafo 2, apartado 2, núm. 5, se aplica lo mismo, con las especificaciones del parágrafo 4.

(2) Los familiares que no sean ciudadanos de la Unión conservan el derecho de residencia en caso de fallecimiento del ciudadano de la Unión, si cumplen los requisitos del parágrafo 2, apartado 2, núms. 1 a 3, o núm. 5, y han permanecido en el territorio federal como su familiar, al menos un año antes de la muerte del ciudadano de la Unión.

(3) Los hijos de un ciudadano de la Unión con derecho a la libre circulación y el progenitor que ejerza realmente la guarda legal del hijo, conservan su derecho de residencia incluso después del fallecimiento o de la partida del ciudadano de la Unión del que deriva su derecho de residencia, hasta la conclusión de su formación profesional, cuando los hijos permanecen en el territorio federal y asisten a una institución de formación profesional.

(4) Los cónyuges o parejas que no sean ciudadanos de la Unión conservan el derecho de residencia en caso de disolución o nulidad del matrimonio, o de disolución de la relación de pareja, cuando cumplen los requisitos del parágrafo 2, apartado 2, núms. 1 a 3, o núm. 5, aplicables al ciudadano de la Unión, y cuando

1. El matrimonio o la relación de pareja ha existido al menos durante tres años antes de la incoación del procedimiento judicial de disolución o nulidad, de los cuales al menos un año en territorio federal,

2. Se les hubiera concedido por medio de acuerdo con el cónyuge o la pareja, o por medio de decisión judicial, la guarda legal de los hijos del ciudadano de la Unión,

3. Ello sea necesario para evitar daños especiales, señaladamente porque no resulte exigible que el cónyuge o la pareja, por causa de los perjuicios para sus intereses dignos de protección, mantenga el matrimonio o la relación de pareja, o

4. Se les hubiera concedido, por medio de acuerdo con el cónyuge o la pareja, o por medio de decisión judicial, el derecho de trato personal con el hijo menor de edad sólo en el territorio federal.

Parágrafo 3a. Residencia de personas allegadas

(1) A una persona allegada de un ciudadano de la Unión, que no sea por sí misma ciudadana de la Unión y no tenga al derecho a la libre circulación a que se refieren los parágrafos 3 o 4, se le puede conceder el derecho a la entrada y a la residencia en el territorio federal, a instancia de parte, cuando

1. Se trata de una persona allegada en el sentido del parágrafo 1, apartado 2, número 4, letra a, y

a) En el momento de la primera solicitud, el ciudadano de la Unión presta alimentos de manera permanente, como regla al menos durante dos años, y no sólo transitoriamente,

b) El ciudadano de la Unión ha vivido con él en comunidad domiciliaria en el Estado en el que ha vivido o vive antes del traslado del domicilio al territorio federal, y la comunidad domiciliaria entre el ciudadano de la Unión y él ha existido al menos durante dos años, o

c) Razones de salud graves y no sólo transitorias en el momento de la solicitud, hacen apremiante y necesario que el ciudadano de la Unión se ocupe personalmente de ella,

2. Se trata de una persona allegada en el sentido del parágrafo 1, apartado 2, número 4, letra b, y el ciudadano de la Unión va a convivir con él en el territorio federal durante un período más largo en comunidad familiar, y está a cargo del ciudadano de la Unión, o

3. Se trata de una persona allegada en el sentido del parágrafo 1, apartado 2, número 4, letra c, y el ciudadano de la Unión va a convivir con él en el territorio federal no sólo transitoriamente.

(2) Para la decisión sobre la concesión del derecho a que se refiere el apartado 1, hay que tomar en consideración prioritariamente, tras un examen detallado de las circunstancias personales, si la residencia de la persona allegada resulta necesaria, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión, así como otros aspectos, como el grado de dependencia económica o física, o el grado de parentesco entre ella y el ciudadano de la Unión, en vista del motivo de residencia mencionado en el apartado 1.

(3) El parágrafo 3, apartado 2, resulta de aplicación analógicamente.

Parágrafo 4. Personas sin actividad remunerada con derecho de libre circulación

Los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad remunerada, y los familiares que acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él, tienen el derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, si disponen de un seguro de enfermedad suficiente y de recursos de subsistencia suficientes. Si el ciudadano de la Unión se encuentra en el territorio de la Unión como estudiante, sólo tienen este derecho su cónyuge, su pareja e hijos, a los que preste alimentos.

Parágrafo 4a. Derecho de residencia permanente

(1) Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio federal durante cinco años tienen derecho de entrada y residencia (derecho de residencia permanente), independientemente de que se cumplan los demás requisitos del parágrafo 2, apartado 2. Sus familiares y personas allegadas que sean titulares del derecho a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 1, y que no sean ciudadanos de la Unión, tienen este derecho si han residido legalmente y de forma continuada en el territorio federal durante cinco años con el ciudadano de la Unión.

(2) Frente a lo dispuesto en el apartado 1, los ciudadanos de la Unión a que se refiere el parágrafo 2, apartado 2, núms. 1 a 3, tienen derecho de residencia permanente antes del transcurso de cinco años, cuando

1. Hayan residido al menos tres años de manera continuada en el territorio federal y, al menos, hayan realizado una actividad remunerada en el territorio federal al menos durante los últimos doce meses, y

a) Han cumplido 65 años en el momento del abandono de la vida laboral, o

b) Cesan en su empleo en el marco de una regulación de jubilación anticipada, o

2. Renuncien a su actividad remunerada como consecuencia de una incapacidad permanente

a) Que se ha producido por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, y fundamenta el derecho a percibir una pensión de una gestora de prestaciones en el territorio federal, o

b) Tras haber residido previamente al menos dos años de manera continua en el territorio federal, o

3. Hayan realizado una actividad remunerada tres años de manera continua en el territorio federal, y posteriormente realizan una actividad remunerada en otro Estado miembro de la Unión Europea, mantengan su domicilio en el territorio federal y regresen a él al menos una vez por

semana; para la adquisición del derecho a que se refieren los números 1 y 2, los períodos de actividad remunerada en otro Estado miembro de la Unión Europea se consideran como períodos de actividad remunerada en el territorio federal.

Supuesto que el cónyuge o la pareja del ciudadano de la Unión sea alemán, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Federal, o haya perdido esta condición jurídica al contraer matrimonio con el ciudadano de la Unión, antes de 31 marzo 1953, dejan de aplicarse los requisitos de duración de la residencia y de duración de la actividad remunerada, a que se refiere el inciso 1, núms. 1 y 2.

(3) Los familiares y las personas allegadas de un ciudadano de la Unión fallecido a que se refiere el parágrafo 2, apartado 2, núms. 1 a 3, que hayan residido con él de manera continua en el momento de su fallecimiento, tienen derecho de residencia permanente, cuando

1. El ciudadano de la Unión ha residido al menos dos años de manera continua en el territorio federal, en el momento de su fallecimiento,

2. El ciudadano de la Unión falleció como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, o

3. El cónyuge o pareja supérstite del ciudadano de la Unión es alemán, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Federal, o ha perdido esta condición jurídica al contraer matrimonio con el ciudadano de la Unión, antes de 31 marzo 1953.

(4) Los familiares y las personas allegadas de un ciudadano de la Unión, el cual ha adquirido el derecho de residencia permanente a que se refiere el apartado 2, también tienen derecho de residencia permanente, si tienen su residencia de manera continua con el ciudadano de la Unión.

(5) Los familiares a que se refiere el parágrafo 3, apartados 2 a 4, y las personas allegadas a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 2, adquieren el derecho de residencia permanente, cuando mantienen su residencia legal de manera continua durante cinco años.

(6) La residencia de manera continua no queda afectada por

1. Las ausencias por un total de hasta seis meses al año, o

2. Las ausencias debidas a la prestación del servicio militar o del servicio sustitutorio, así como

3. Una ausencia única de hasta doce meses consecutivos por causa justificada, en especial por motivo de embarazo y parto, enfermedad grave, estudios universitarios, formación profesional o traslado profesional.

(7) La ausencia por un motivo no meramente transitorio, de acuerdo a su naturaleza, de más de dos años consecutivos, conduce a la pérdida del derecho de residencia permanente.

Parágrafo 5. Tarjeta de residencia, certificación del derecho de residencia permanente

(1) A los familiares con derecho a la libre circulación que no sean ciudadanos de la Unión se les expide de oficio, dentro del plazo de seis meses, a partir de haber presentado la información

necesaria, una tarjeta de residencia para familiares de ciudadanos de la Unión, que debe tener una validez de cinco años. El familiar recibe de inmediato una certificación de que se ha presentado la información necesaria.

(2) La autoridad de inmigración competente puede exigir que se acrediten de manera fidedigna los requisitos del derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, tres meses después de la entrada. La información y las pruebas necesarias pueden entregarse a la autoridad de registro competente, para la acreditación, en el momento de la inscripción en la oficina de registro. Aquélla remite la información y las pruebas a la autoridad de inmigración competente. Aparte de lo anterior, la autoridad de registro no efectúa ningún otro trámite o uso.

(3) La existencia o el mantenimiento de los requisitos del derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, puede ser revisada por motivos especiales.

(4) Si los requisitos del derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, dejan de existir en el plazo de cinco años tras el establecimiento de la residencia legal de manera continua en el territorio federal, o si aquéllos no se dan, puede declararse la pérdida del derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, y respecto de los familiares que no sean ciudadanos de la Unión, se puede retirar la tarjeta de residencia. El parágrafo 4a, apartado 6, se aplica analógicamente.

(5) A instancia de parte, se certifica de inmediato a los ciudadanos de la Unión su derecho de residencia permanente. A los familiares con derecho de residencia permanente que no sean ciudadanos de la Unión, se les expide una tarjeta de residencia permanente, en el plazo de seis meses a partir de la solicitud.

(6) Respecto de la pérdida del derecho de residencia permanente a que se refiere el parágrafo 4a, apartado 7, se aplica analógicamente el apartado 4, inciso 1.

(7) En caso de concesión del derecho a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 1, la autoridad competente expide una tarjeta de residencia a las personas allegadas que no sean ciudadanos de la Unión, que debe tener una validez de cinco años. Los titulares del derecho pueden realizar una actividad remunerada. El apartado 5, inciso 2, resulta de aplicación analógica.

Parágrafo 5a. Presentación de documentos

(1) La autoridad competente puede exigir al ciudadano de la Unión el documento de identidad o el pasaporte válidos, en los casos del parágrafo 5, apartado 2, y en el caso del

1. Parágrafo 2, apartado 2, núm. 1, la certificación de contratación o la certificación de empleo por el empresario,

2. Parágrafo 2, apartado 2, núm. 2, la prueba de su trabajo autónomo,

3. Parágrafo 2, apartado 2, núm. 5, la prueba de protección suficiente de un seguro de enfermedad y de medios suficientes de subsistencia.

El ciudadano de la Unión que no realiza actividad remunerada en el sentido del parágrafo 2, apartado 2, núm. 5, que presente una certificación de que asiste en el territorio federal a una escuela superior u otra institución de enseñanza, debe acreditar de manera fidedigna los requisitos a que se refiere el inciso 1, núm. 3.

(2) En los casos del parágrafo 5, apartado 2, así como para la expedición de la tarjeta de residencia, la autoridad competente puede exigir a los familiares el pasaporte o un documento sustitutivo del pasaporte valido reconocido, o autorizado de otro modo, y además, lo siguiente:

1. La prueba de existencia de relación familiar, y en caso de parientes en línea descendente y ascendente, prueba documental acerca de los requisitos del parágrafo 1, apartado 2, número 3,

2. La certificación del registro del ciudadano de la Unión al que los familiares acompañan o con el que se reúnen.

(3) En los casos del parágrafo 3a, para la expedición de la tarjeta de residencia, además de la prueba mencionada en el apartado 2, la autoridad competente exige

1. Un documento expedido por la autoridad competente del país de origen o de procedencia, del que se deduzca

a) En los casos a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 1, número 1, letra a, que la persona allegada percibe alimentos del ciudadano de la Unión, y desde cuándo,

b) En los casos a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 1, número 1, letra b, que la persona allegada ha vivido en comunidad domiciliaria con el ciudadano de la Unión, y durante cuánto tiempo,

2. En los casos a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 1, número 1, letra c, la prueba de los motivos graves de salud que hacen apremiante y necesario el cuidado personal de la persona allegada por el ciudadano de la Unión,

3. En los casos del parágrafo 3a, apartado 1, número 2, la prueba documental de la existencia de la tutela o de la relación de acogimiento familiar, así como la prueba de la dependencia de la persona allegada respecto del ciudadano de la Unión, y

4. En los casos a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 1, número 3, la prueba de las circunstancias de la existencia de la relación permanente a que se refiere el parágrafo 1, apartado 2, número 4, letra c, entre el ciudadano de la Unión y la persona allegada.

Parágrafo 6. Pérdida del derecho de entrada y residencia

(1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo 2, apartado 4, y en el parágrafo 5, apartado 4, la pérdida del derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, sólo puede declararse por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública (artículo 45, apartado 3, y artículo 52, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y puede retirarse la certificación del derecho de residencia permanente o la tarjeta de residencia o la tarjeta de residencia permanente. También puede denegarse la entrada por los motivos mencionados en el inciso 1. La declaración derivada de motivos de salud pública sólo puede efectuarse cuando se trate de enfermedades con potencial epidémico, en el sentido de los instrumentos jurídicos pertinentes de la Organización Mundial de la Salud, y de otras enfermedades transmisibles, causadas por agentes infecciosos o parásitos, siempre que se adopten medidas contra esas enfermedades en el territorio federal. Las enfermedades que se produzcan tras el transcurso de un plazo de tres meses a partir del momento de la entrada, no representan motivo para la declaración a que se refiere el inciso 1.

(2) El hecho de una condena penal no basta por sí misma para motivar las decisiones o las medidas mencionadas en el apartado 1. Sólo pueden tomarse en consideración las condenas penales aún no canceladas en el Registro Federal Central, y sólo en la medida en que las circunstancias en que se basen puedan indicar un comportamiento personal que represente un riesgo actual para el orden público. Debe existir un riesgo real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

(3) Para la decisión a que se refiere el apartado 1, hay que tomar en consideración especialmente la duración de la estancia en Alemania del afectado, su edad, su estado de salud, sus familiares y situación económica, su integración social y cultural en Alemania, y la extensión de sus vínculos con el Estado de origen.

(4) La declaración a que se refiere el apartado 1, tras la adquisición del derecho de residencia permanente, sólo puede adoptarse por motivos graves.

(5) La declaración a que se refiere el apartado 1, en el caso de ciudadanos de la Unión y de sus familiares que hayan tenido su residencia en los últimos diez años en el territorio federal, y en el caso de menores de edad, sólo puede adoptarse por motivos apremiantes de seguridad pública. Esto no se aplica a los menores de edad, cuando la pérdida del derecho de residencia es necesaria para el bienestar del niño. Sólo pueden existir motivos apremiantes de seguridad pública cuando el afectado haya sido condenado por sentencia firme, por causa de uno o *de varios* delitos dolosos, a una pena privativa de libertad o una pena de internamiento de menores, de al menos cinco años, o si en la última condena firme se ordenó el internamiento preventivo de seguridad, si se ve afectada la seguridad de la República Federal de Alemania, o si el afectado representa un riesgo terrorista.

(6) Las decisiones o las medidas que afecten a la pérdida del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente, no pueden adoptarse con fines económicos.

(7) Si caduca el pasaporte, el documento de identidad u otro documento sustitutivo del pasaporte, ello no puede motivar la finalización de la residencia.

(8) Antes de la declaración a que se refiere el apartado 1, debe darse audiencia al afectado. La declaración requiere de forma escrita.

Nota a pie

El parágrafo 6, apartado 5, letra cursiva: debe decir correctamente «mehrerer» [en lugar, de «mehrer»].

Parágrafo 7. Deber de salida

(1) Los ciudadanos de la Unión o sus familiares están obligados a salir, si la autoridad de inmigración ha determinado que no existe el derecho a la entrada y residencia. En la resolución, se debe conminar con la expulsión y establecer un plazo para la salida. Salvo en casos urgentes, el plazo debe ascender al menos a un mes. Si se presenta una solicitud de conformidad con el parágrafo 80, apartado 5, de la Ordenanza de los tribunales de lo contencioso-administrativo, la expulsión no puede llevarse a cabo antes de que se haya decidido sobre la solicitud.

(2) Los ciudadanos de la Unión y sus familiares que hayan perdido su derecho a la libre circulación de conformidad con el parágrafo 6, apartado 1, no pueden entrar de nuevo en el territorio

federal y residir en él. A los ciudadanos de la Unión y sus familiares, respecto de los cuales se haya declarado la inexistencia de la libre circulación de conformidad con el parágrafo 2, apartado 4, se les puede prohibir de nuevo entrar en el territorio federal y residir en él. Ello debe prohibirse cuando se dé un caso particularmente grave, en especial el de la simulación repetida de la concurrencia de los requisitos del derecho de entrada y residencia, o cuando su estancia menoscabe de manera significativa el orden público y la seguridad de la República Federal de Alemania. Respecto de la decisión a que se refieren los incisos 2 y 3, resulta de aplicación analógica el parágrafo 6, apartados 3, 6 y 8. La prohibición a que se refieren los incisos 1 a 3 se limitará de oficio. El plazo hay que fijarlo tomando en consideración las circunstancias del caso concreto, sobre la base de la presunción, apoyada en hechos, del peligro que represente en el futuro, para el orden público y la seguridad, la estancia de una persona dentro de la Unión Europea y de los Estados-Schengen, y sólo puede exceder de cinco años en los casos del parágrafo 6, apartado 1. El plazo comienza a partir de la salida. La solicitud de anulación o de reducción del plazo fijado, presentada después de un período razonable o después de tres años, hay que resolverla en un plazo de seis meses.

Parágrafo 8. Deber de identificación

(1) Las personas cuya entrada y residencia está regulada por esta ley, de conformidad con el parágrafo 1, apartado 1, están obligadas

1. En caso de entrada en, o de salida de, el territorio federal,

a) A llevar consigo el pasaporte o un documento sustitutivo del pasaporte, y

b) Presentarlo ante el funcionario competente, si lo exige, para su inspección,

2. A estar en posesión del pasaporte o del documento sustitutivo del pasaporte exigidos durante la residencia en el territorio federal,

3. A presentar, entregar y ceder temporalmente el pasaporte o el documento sustitutivo del pasaporte, así como la tarjeta de residencia, la certificación de residencia permanente y la tarjeta de residencia permanente a las autoridades encargadas del cumplimiento de esta ley, si lo exigen, en la medida en que ello sea necesario para la aplicación o la salvaguardia de las medidas a que se refiere esta ley.

(1a) Las personas cuya entrada y residencia está regulada por esta ley, de conformidad con el parágrafo 1, apartado 1, están obligadas a presentar los documentos mencionados en el apartado 1, número 3, a la autoridad autorizada para verificar su identidad, si lo exige, y a permitirle comparar su rostro con la fotografía del documento.

(2) Las autoridades encargadas del cumplimiento de esta ley pueden, son sujeción a los requisitos del apartado 1, núm. 3, leer los datos biométricos y de otro tipo almacenados en el soporte electrónico de almacenamiento y procesamiento de los documentos a que se refiere el apartado 1, recabar los datos biométricos requeridos del titular del documento y comparar los datos biométricos entre sí. Los datos biométricos a que se refiere el inciso 1 son solamente las huellas dactilares, la fotografía y las imágenes del iris. Las autoridades policiales, la administración aduanera y las autoridades de registro están autorizadas a adoptar las medidas a que se refiere el inciso 1, en la medida en que puedan verificar la autenticidad del documento o la identidad del titular. Los datos recogidos de conformidad con los incisos 1 y 3 se eliminarán inmediatamente, tras la finalización de la verificación de la autenticidad del documento o de la identidad del titular.

Parágrafo 9. Preceptos penales

(1) Se castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años, o con multa penal, a quien facilite o utilice datos incorrectos o incompletos con el fin de obtener, para sí mismo o para otros, una tarjeta de residencia, una tarjeta de residencia permanente, una certificación sobre el derecho de residencia permanente, un documento de residencia-GB o un documento de residencia para trabajadores transfronterizos-GB, o utilice conscientemente un documento obtenido de aquél modo para engañar en el tráfico jurídico.

(2) Se castiga con pena privativa de libertad de hasta un año, o con multa penal, a quien, entre o permanezca en el territorio federal contraviniendo lo dispuesto en el parágrafo 7, apartado 2, inciso 1.

(3) Los objetos relacionados con uno de los delitos a que se refiere el apartado 1 pueden ser confiscados.

Parágrafo 10. Preceptos sobre multas administrativas

(1) Comete infracción administrativa quien

1. Frente a lo dispuesto en el parágrafo 8, apartado 1, número 1, letra b, o número 3, no presenta el documento allí mencionado o no lo presenta temporáneamente, o

2. Frente a lo dispuesto en el parágrafo 8, apartado 1a, no presenta un documento allí mencionado o no lo presenta temporáneamente, o no posibilita la comparación con la fotografía, o no lo posibilita temporáneamente.

(2) Comete infracción administrativa quien, dolosamente o temerariamente, frente a lo dispuesto en el parágrafo 8, apartado 1, núm. 2, no posee pasaporte o documento sustitutivo del pasaporte.

(3) Comete infracción administrativa quien, dolosamente o negligentemente, frente a lo dispuesto en el parágrafo 8, apartado 1, núm. 1, letra a, no lleva consigo pasaporte o documento sustitutivo de pasaporte.

(4) La infracción administrativa puede sancionarse, en los casos de los apartados 1 y 3, con una multa de hasta tres mil euros, y en los restantes casos, con una multa de hasta mil euros.

(5) La autoridad administrativa a que se refiere el parágrafo 36, apartado 1, núm. 1, de la Ley de infracciones administrativas, en los casos de los apartados 1 y 3, es la administración de policía federal determinada en el reglamento a que se refiere el parágrafo 58, apartado 1, de la Ley de policía federal.

Parágrafo 11. Aplicación del Derecho general de residencia; excepciones a la aplicación de esta ley

(1) A las personas, respecto de las cuales se regula por medio de esta ley su entrada y residencia, de conformidad con el parágrafo 1, apartado 1, se les aplica analógicamente el parágrafo 2, apartado 2, el parágrafo 11, apartado 8, los parágrafos 12, 14, apartado 2, el parágrafo 44, apartado 4, los parágrafos 45a, 46, apartado 2, el parágrafo 50, apartados 3 a 6, el parágrafo 59, apartado 1, incisos 6

y 7, los parágrafos 69, 71, apartado 3, número 2, alternativa primera, los parágrafos 73, 74, apartado 2, el parágrafo 77, apartado 1, los parágrafos 80 y 82, apartado 5, los parágrafos 85 a 88, 90, 91 y 95, apartado 1, números 4 y 8, apartado 2, número 2, y apartado 4, los parágrafos 96, 97 y 98, apartado 2, número 2, apartados 2a, 3, número 3, y apartados 4 y 5, así como el parágrafo 99 de la Ley de Residencia.

(2) El parágrafo 73 de la Ley de Residencia sólo hay que aplicarlo sin restricciones, respecto de la declaración de los motivos a que se refiere el parágrafo 6, apartado 1, frente a lo allí dispuesto, en los casos del apartado 8, inciso 1, y del apartado 12, inciso 2.

(3) El parágrafo 78 de la Ley de Residencia hay que aplicarlo analógicamente a la expedición de tarjetas de residencia, de tarjetas de residencia permanente, de los documentos de residencia-GB y de los documentos de residencia para trabajadores transfronterizos-GB. Llevan las denominaciones establecidas de conformidad con las disposiciones de los reglamentos aprobados con arreglo a los parágrafos 11a y 99, apartado 1, número 13a, inciso 1, de la Ley de Residencia. En la zona de lectura automática, en los documentos de residencia y en los documentos de residencia permanente se utiliza la abreviatura «AF», y en los documentos de residencia-GB y en los documentos de residencia para trabajadores transfronterizos-GB se utiliza la abreviatura «AR», en lugar de las abreviaturas a que se refiere el parágrafo 78, apartado 1, inciso 2, número 1, de la Ley de Residencia.

(4) El certificado presuntivo a que se refiere el parágrafo 81, apartado 5, de la Ley de Residencia hay que expedirlo a instancia de parte cuando, de conformidad con esta ley, haya que expedir de oficio la tarjeta de residencia, el documento de residencia-GB o el documento de residencia para trabajadores transfronterizos-GB, y aún no se disponga de un documento con soporte electrónico de almacenamiento y tratamiento para la cesión al titular. En los casos en los que sólo exista el derecho a la entrada y residencia a que se refiere esta ley a instancia de parte, el parágrafo 81 de la Ley de Residencia resulta de aplicación analógica.

(5) El parágrafo 5, apartados 1, 2 y 4, el parágrafo 6, apartado 3, incisos 2 y 3, el parágrafo 7, apartado 2, inciso 2, y el parágrafo 82, apartados 1 y 2, de la Ley de Residencia, así como el parágrafo 82, apartado 3, de la Ley de Residencia, en la medida en que se refiera al parágrafo 82, apartado 1, de la Ley de Residencia, hay que aplicarlos analógicamente en los casos del parágrafo 3a.

(6) El parágrafo 82, apartado 4, de la Ley de Residencia hay que aplicarlo analógicamente en los casos del apartado 8, inciso 1, y del apartado 12, inciso 2.

(7) Las obligaciones de comunicación a que se refiere el parágrafo 87, apartado 2, inciso 1, números 1 a 3, de la Ley de Residencia se mantienen analógicamente, en la medida en que las circunstancias allí mencionadas también puedan ser relevantes para la decisión relativa a la declaración a que se refiere el parágrafo 2, apartado 4, el parágrafo 5, apartado 4, y el parágrafo 6, apartado 1. En los casos del apartado 8, inciso 1, y del apartado 12, inciso 2, se mantienen sin esa restricción.

(8) Los parágrafos 6 y 7 no hay que aplicarlos en relación con la residencia de personas que

1. Hayan residido ellas mismas como familiares en el territorio federal, y conserven el derecho de residencia a que se refiere el parágrafo 3, apartado 2, tras el fallecimiento del ciudadano de la Unión,

2. No sean ciudadanos de la Unión, hayan residido ellas mismas como cónyuges o parejas en el territorio de la Unión, y conserven el derecho de residencia a que se refiere el parágrafo 3, apartado 4, tras la disolución o nulidad del matrimonio, o disolución de la relación de pareja, o

3. Tengan el derecho de residencia a que se refiere el parágrafo 3a, apartado 1, como persona allegada de un ciudadano de la Unión.

A este respecto, resulta de aplicación analógica la Ley de Residencia. En relación con la residencia de los familiares de las personas mencionadas en el inciso 1, no hay que aplicar el parágrafo 3, apartado 1. A este respecto, hay que aplicar las normas de la Ley de Residencia sobre reagrupamiento familiar para titulares de permisos de residencia por motivos familiares.

(9) El parágrafo 3, apartado 1, no hay que aplicarlo a la residencia de los familiares de personas que son ellas mismas familiares o personas allegadas y no son ciudadanos de la Unión, y tienen el derecho de residencia permanente a que se refiere el parágrafo 4a, apartado 1 inciso 2. A este respecto, hay que aplicar analógicamente los preceptos de la Ley de Residencia sobre reagrupamiento familiar para titulares de un permiso de residencia permanente de la UE.

(10) Siempre y cuando los familiares de las personas que ejerciten en la República Federal de Alemania uno de los derechos de residencia mencionados en el parágrafo 16, apartados 1 y 2, y no tengan derecho de residencia en la República Federal de Alemania que esté regulado de conformidad con el Acuerdo de Retirada, resultan de aplicación analógica los preceptos de la Ley de Residencia sobre reagrupamiento familiar. En relación con ello,

1. Al titular del derecho de residencia permanente a que se refiere el artículo 15 del Acuerdo de Retirada, se le trata igual que al titular de un permiso de residencia permanente de la UE,

2. Al titular de otro derecho de residencia de conformidad con el Acuerdo de Retirada, que sea nacional británico, se le trata igual que al titular de una tarjeta azul de la UE, y

3. Al titular de otro derecho de residencia de conformidad con el Acuerdo de Retirada, que no sea nacional británico ni ciudadano de la Unión, se le trata igual que al titular de un permiso de residencia por motivos familiares.

(11) El parágrafo 3a y las demás disposiciones de esta ley y de la Ley de Residencia, que se apliquen en los casos del parágrafo 3a de esta ley, tienen que aplicarse analógicamente a las personas allegadas de nacionales británicos, cuando los nacionales británicos ejerciten en el territorio federal el derecho de residencia mencionado en el parágrafo 16, apartado 1, y mientras que se cumplan los requisitos del artículo 10, apartados 2, 3 ó 4, del Acuerdo de Retirada.

(12) Los parágrafos 6 y 7 resultan de aplicación analógica, de conformidad con las indicaciones del artículo 20, apartado 1, del Acuerdo de Retirada, si la conducta por motivo de la cual se lleva a cabo o se impone la finalización de la residencia del titular del derecho a que se refiere el parágrafo 16, ha tenido lugar antes del final del período transitorio. En lo demás, en relación con la finalización de la residencia del titular del derecho a que se refiere el parágrafo 16, resulta de aplicación la Ley de Residencia.

(13) El parágrafo 88a, apartado 1, incisos 1, 3 y 4, de la Ley de Residencia resulta de aplicación analógica, en la medida en que la transmisión de los datos relativos a los participantes sea necesaria, en el marco de la realización de los cursos de integración a que se refiere el parágrafo 44, apartado

4, de la Ley de Residencia, para la supervisión del acuerdo de inserción a que se refiere el Libro Segundo del Código de Seguridad Social, en la redacción vigente hasta 30 junio 2023, o del plan de cooperación a que se refiere el Libro Segundo del Código de Seguridad Social, en la redacción vigente a partir de 1 julio 2023, o para la realización del procedimiento de nacionalización.

(14) La Ley de Residencia también se resulta de aplicación cuando proporciona una posición jurídica más favorable que la de esta ley. Si la autoridad de inmigración declara la inexistencia o la pérdida del derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, la Ley de Residencia resulta de aplicación, siempre que esta ley no contenga disposiciones especiales.

(15) Los períodos de residencia legal a que se refiere esta ley, inferiores a cinco años, equivalen a períodos de posesión de un permiso de residencia. Los períodos de residencia legal a que se refiere esta ley, superiores a cinco años, equivalen a la posesión de un permiso de establecimiento.

Parágrafo 11a. Habilitación reglamentaria

Se habilita al Ministerio federal del Interior y Edificación para que establezca, por medio de reglamento con el consentimiento de la Cámara Alta, los detalles de la expedición de las tarjetas de residencia a que se refiere el parágrafo 5, apartado 1, y apartado 7, inciso 1, de las tarjetas de residencia permanente a que se refiere el parágrafo 5, apartado 5, inciso 2, de los documentos de residencia-GB a que se refiere el parágrafo 16, apartado 2, inciso 1, y de los documentos de residencia para trabajadores transfronterizos-GB a que se refiere el parágrafo 16, apartado 3, de conformidad con el parágrafo 99, apartado, número 13a, inciso 1, de la Ley de Residencia, así como los detalles del procedimiento de verificación a que se refiere el parágrafo 34, número 4, de la Ley del documento de identidad, y los detalles relativos a la prueba electrónica de identidad a que se refiere el parágrafo 34, números 5 a 7, de la Ley del documento de identidad.

Parágrafo 12. Ciudadanos de los Estados del EEE

Las normas vigentes a que se refiere esta ley respecto de los ciudadanos de la Unión, de los familiares de ciudadanos de la Unión y de las personas allegadas de ciudadanos de la Unión, también resultan de aplicación respectiva a los nacionales de los Estados del EEE que no son ciudadanos de la Unión, y a sus familiares, y a sus personas allegadas.

Parágrafo 12a. Derecho de residencia de conformidad con el Derecho de la Unión

A los familiares y a las personas allegadas de alemanes que hayan hecho uso de manera permanente de su derecho a la libre circulación a que se refiere el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se les aplican analógicamente las normas vigentes a que se refiere esta ley respecto de los familiares y de las personas allegadas de los ciudadanos de la Unión.

Parágrafo 13. Ciudadanos de los Estados adheridos

En la medida en que, de conformidad con el acuerdo de adhesión de un Estado miembro a la Unión Europea, haya que aplicar disposiciones divergentes, esta ley resulta de aplicación cuando el empleo hubiera sido aprobado por la Agencia Federal de Empleo, de conformidad con el parágrafo 284, apartado 1, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social.

Parágrafo 14. Disposiciones sobre el procedimiento administrativo

Las disposiciones sobre procedimiento administrativo contenidas en el parágrafo 11, apartado 1, en conexión con el parágrafo 87, apartados 1 y 2, incisos 1 y 2, apartado 4, incisos 1, 3 y 5, los parágrafos 90, 91, apartados 1 y 2, el parágrafo 99, apartados 1 y 2, de la Ley de Residencia, no pueden ser contravenidas por las normas de un Estado federado. Esto no se aplica en relación con los procedimientos vinculados con los derechos de residencia a que se refiere el parágrafo 3a, y con los derechos de residencia regulados en los parágrafos 12a y 16.

Parágrafo 15. Disposición transitoria

Un permiso de residencia de la UE expedido antes de 28 agosto 2007 sigue valiendo como tarjeta de residencia para los familiares de un ciudadano de la Unión.

Parágrafo 16. Situación jurídica de los nacionales británicos y de sus familiares

(1) El derecho de entrada y de residencia en el territorio federal previsto en la Parte Dos, Título II, Capítulo 1, del Acuerdo de Retirada se puede ejercitar sin necesidad de solicitud al respecto. Este derecho es un derecho de residencia en el sentido del artículo 18, apartado 4, del Acuerdo de Retirada.

(2) A los que

1. Ejerzan el derecho a que se refiere el apartado 1, o

2. Ejerzan el derecho existente en virtud del artículo 24, apartado 2, también en conexión con el artículo 25, apartado 2, del Acuerdo de Retirada, para vivir en el territorio federal, se les expide de oficio un documento de residencia en el sentido del artículo 18, apartado 4, del Acuerdo de Retirada (documento de residencia-GB). Tienen que comunicar su residencia ante la autoridad de inmigración competente, a más tardar en el plazo de seis meses a partir del final del período transitorio, a que se refiere la Parte Cuatro del Acuerdo de Retirada, si aún no son titulares de una tarjeta de residencia o de una tarjeta de residencia permanente. Las disposiciones del artículo 18, apartado 1, subapartado 2, letra b, inciso 2, letra c, así como i a n, del Acuerdo de Retirada, resultan de aplicación analógica.

(3) Los nacionales británicos que tengan derechos como trabajadores transfronterizos, en virtud de la Parte Dos, Título II, Capítulo 2, del Acuerdo de Retirada están obligados a solicitar un documento (documento de residencia para trabajadores transfronterizos-GB), con el que se certifiquen estos derechos.

(4) El parágrafo 2, apartado 4, el parágrafo 2a, apartados 2 y 4, así como el parágrafo 5, apartados 3 y 4, resultan de aplicación analógica.

(5) Para la aplicación de leyes distintas de la Ley de Residencia y de esta ley, los derechos de residencia que son mencionados en los apartados 1 y 3 equivalen al derecho de libre circulación a que se refiere el parágrafo 2, siempre que el Acuerdo de Retirada, o por medio de ley, no se disponga lo contrario.

(6) Las tarjetas de residencia y las tarjetas de residencia permanente hay que retirarlas tan pronto como su titular deje tener el derecho a que se refiere el parágrafo 2, apartado 1, como consecuencia de la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea. En todo caso, pierden su validez a partir de 1 enero 2022.

Parágrafo 17. Transmisión de datos para la ejecución del Reglamento (UE) 2017/2226 y del Reglamento (UE) 2018/1240

(1) La autoridad que expide una tarjeta de residencia, una tarjeta de residencia permanente o un documento de residencia-GB, a una persona cuyos datos están almacenados en el sistema de entrada/sistema de salida, a que se refiere el Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 noviembre 2017, por el que se establece un Sistema de Entradas y Salidas (SES) para registrar los datos de entrada y salida y de denegación de entrada relativos a nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros, se determinan las condiciones de acceso al SES con fines policiales y se modifican el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y los Reglamentos (CE) núm. 767/2008 y (UE) núm. 1077/2011 (*Diario Oficial*, serie L, núm. 327 de 9.12.2017, pág. 20; serie L, núm. 258 de 15.10.2018, pág. 5), que ha sido últimamente modificado por el Reglamento (UE) 2021/1152 (*Diario Oficial*, serie L, núm. 249 de 14.7.2021, pág. 15), lo comunica de inmediato a la Oficina de Administración Federal, en cuanto autoridad nacional-SES a efectos de la supresión anticipada a que se refiere el artículo 35, apartado 6, del Reglamento (UE) 2017/2226.

(2) La autoridad que expide una tarjeta de residencia, una tarjeta de residencia permanente o un documento de residencia-GB, a una persona cuyos datos están almacenados en el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes, a que se refiere el Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 septiembre 2018, por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº 1077/2011, (UE) nº 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 y (UE) 2017/2226 (*Diario Oficial*, serie L, núm. 236 de 19.9.2018, pág. 1; serie L. núm. 323 de 19.12.2018, pág. 37; serie L. núm. 193 de 17.6.2020, pág. 16; *Diario Oficial*, serie L, núm. 266 de 13.10.2022, pág. 24), que ha sido últimamente modificado por el Reglamento (UE) 2021/1152 (*Diario Oficial*, serie L, núm. 249 de 14.7.2021, pág. 15), lo comunica de inmediato al Servicio Nacional SEIAV, a efectos de la supresión anticipada a que se refiere el artículo 55, apartado 5, del Reglamento (UE) 2018/1240.

(3) Las transmisiones a que se refieren los apartados 1 y 2 pueden llevarse a cabo de manera automatizada, a través de la Oficina de Administración Federal.

Laborum

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

El sistema legal de negociación colectiva: el impacto de las recientes medidas de reforma legislativa en el Estatuto de los Trabajadores

The legal system of collective bargaining: the impact of recent legislative reform measures on Workers' Statutes

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. «El sistema legal de negociación colectiva: el impacto de las recientes medidas de reforma legislativa en el estatuto de los trabajadores». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 209-329.

Resumen

La reforma laboral de 2021 no ha supuesto un cambio radical del Modelo Legal preexistente, sino, una "corrección" significativa de su carácter autoritario (y excesivamente heterónomo) y de su lógica de racionalización pro empresarial. Las sucesivas reformas laborales anteriores a la de 2021 han ido en la línea de una flexibilización negativa de la negociación colectiva y de "limitación" de la fuerza vinculante de los convenios sectoriales (por ejemplo, descuelgues a través, ciertamente, de los Acuerdos colectivos de empresa en sus distintas tipologías; inaplicaciones preferentes por convenio de empresa sin necesidad de alegación de causas justificativa; modificación unilateral de convenios colectivos "extraestatutarios" y Acuerdos Colectivos de Empresa; reclamo sistemático de los arbitrajes obligatorios en última instancia; etcétera). La última reforma de 2021 -en aquellas materias de las que se ocupó- supone un giro encaminado a devolver a la autonomía colectiva las facultades de autogobierno colectivo

Abstract

The labor reform of 2021 has not entailed a radical change in the pre-existing Legal Model, but rather a significant "correction" of its authoritarian (and excessively heteronomous) character and its pro-business rationalization logic. The successive labor reforms prior to that of 2021 have been along the lines of a negative flexibilization of collective bargaining and "limitation" of the binding force of sectoral agreements (e.g., opt-outs through, certainly, the different types of company collective bargaining agreements; preferential non-applications by company agreements without the need to allege justifying causes; unilateral modification of "extra-statutory" collective bargaining agreements and company collective agreements; systematic call for mandatory arbitration in the last instance; and so on). The latest reform of 2021 -in those matters it dealt with- represents a shift towards returning to collective autonomy the powers of collective self-government.

Palabras clave

Modelos y Sistemas de negociación colectiva; convenios y acuerdos colectivos; reformas del derecho fundamental a la negociación colectiva; flexibilidad laboral; garantismo jurídico de los derechos; estructura de la negociación colectiva; descentralización de la negociación colectiva; cláusulas convencionales sobre jubilación

Keywords

Collective bargaining models and systems; collective bargaining agreements; reforms of the fundamental right to collective bargaining; labor flexibility; legal guarantees of rights; structure of collective bargaining; decentralization of collective bargaining; conventional clauses on retirement

1. RASGOS PRINCIPALES DEL MODELO "LEGAL" DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN DESARROLLO DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES

Atendiendo a la fórmula relativamente abierta a distintas opciones de política legislativa del art. 37.1 CE, el ET, ya desde su versión originaria de 1980, adoptó varias opciones de política del Derecho en el desarrollo de las previsiones constitucionales.

El derecho a la negociación colectiva se refiere a un proceso dinámico que no tiene que derivar necesariamente en el convenio colectivo, o cualquier otro pacto o acuerdo colectivo, aunque la finalidad principal de este proceso es alcanzar dicho acuerdo. Es decir, el derecho a la negociación colectiva abarca una actividad de negociación con una finalidad específica que consiste en convenir colectivamente pero no obliga a concluir un acuerdo colectivo; concurriendo un deber de negociar de buena fe pero no un deber de alcanzar acuerdos (paradigmática, véase la interrelación existente entre los artículos 89 y 82.1 ET.

Hay que tener en cuenta la diversidad de modelos como premisa o punto de partida[1]. Interesa observar que ni a nivel mundial ni europeo, en particular, existe un modelo unívoco de negociación colectiva, ni de convenio colectivo, más allá de la existencia de elementos comunes y diferencias específicas derivadas de la diversas tradiciones y culturas jurídicas vinculadas a la intrahistoria del sindicalismo y la respuesta del Estado y otros poderes públicos (nacionales e internacionales) al hecho sindical y a la realidad existencial de la autonomía colectiva como poder de autorregulación social entre los grupos y organizaciones existentes en el mundo del trabajo y su proyección en la esfera socio-económica y de política del Derecho. Los elementos comunes del derecho a la negociación colectiva y de la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos están presentes tanto en las praxis del sindicalismo como, en su ordenación jurídica, en las normas internacionales (de Derecho Internacional General y Europeo) sobre libertad sindical y negociación colectiva. Y no es poco porque los Tratados, Convenios y Acuerdos supranacionales establecen un "contenido esencial" del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos que son su expresión jurídico formal (este sistema multinivel de garantía del derecho fundamental a la negociación colectiva se infiere nítidamente del bloque normativo constitucional formado por los artículos 10.2, 93 a 96 y 53.1, en relación con los artículos 7, 28, 37, 103, etcétera, de una Constitución).

Un análisis de conjunto de los países miembros de la Unión Europea comparables, permite indicar que la mayoría de los Estados apuestan por la fuerza jurídica normativa de los convenios colectivos formalizados (a excepción, por ejemplo, de Reino Unido; y aun así se continua distinguiendo entre el "convenio colectivo como contrato" y "el convenio colectivo como norma"[2]), lo que conlleva su aplicación imperativa y automática a los contratos individuales de trabajo en vigor y también a los que se formalicen durante la vigencia de aquéllos, salvo que el contrato individual contenga condiciones de trabajo más favorables que el convenio colectivo. Y vienen a mostrar que la fuerza jurídica normativa entraña la eficacia obligatoria directa e inmediata y la inderogabilidad "*in peius*" por parte de los sujetos destinatarios obligados. Escindir esa doble dimensión de la eficacia del

[1] Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jiménez, N.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. (Dirs.) y Tomás Jiménez, N. (Coord.): *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 45-75; Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de ne*gociación *colectiva en una perspectiva comparada*, Granada, Comares, 2011. En la doctrina clásica, Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

[2] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

convenio de su fuerza normativa no resiste demasiado la realidad de la normatividad de los convenios colectivos que aquélla expresa jurídicamente y que no es la propia, desde luego, de del derecho de obligaciones contractuales.

En este sentido, la mayoría de los modelos de negociación colectiva de los Estados miembros son respetuosos con lo establecido en la doctrina de la OIT y concretamente en su Recomendación núm. 91 (de 29 de junio de 1951), sobre los convenios colectivos (parte II, relativa a los "Efectos de los convenios colectivos"). No obstante, se detectan diferencias en las vías por las que se reconoce tal naturaleza jurídica normativa a los convenios colectivos (su fuerza normativa), ya que en algunos casos es la propia Constitución la que así lo establece, como en España, y en otras ocasiones este reconocimiento se encuentra en la Ley, lo que sucede por ejemplo en Francia (en el caso del modelo legal de negociación colectiva francés puede discutirse que se reconozca una eficacia normativa plena o absoluta del convenio ya que algunos sectores doctrinales defienden la prevalencia de un carácter mixto. En este sentido, se indica expresamente que "los tribunales han reconocido el carácter doble del convenio colectivo; concebido como un contrato, tiene el efecto de una reglamentación, así como algunos efectos de los contratos. Su carácter mixto se deriva del hecho de que es un contrato entre órganos colectivos, por lo que tiene efectos de los que carecen los contratos ordinarios", y alude posteriormente a que los convenios colectivos no sustituyen automáticamente a las cláusulas del contrato individual de trabajo en el caso de que éste último contemple condiciones laborales menos beneficiosas)[3]. Asimismo, también se detectan varios ordenamientos jurídicos en los que la confirmación de la eficacia normativa proviene de la jurisprudencia al amparo de la normativa, como sería el caso de Alemania donde los convenios colectivos son expresión de la libertad contractual colectiva, pero que atendiendo a lo ordenado por el párrafo 4.1 de la Ley de Convenios Colectivos (*Tarifvertragsgesetz*, TVG) de 9 de abril de 1949 (redacción de 25 de agosto de 1969), los convenios tienen fuerza de ley en su campo de aplicación y gozan de efecto normativo, habiendo jugado de forma decisiva la jurisprudencia en tal sentido. En el Derecho comparado predomina a distancia la fuerza normativa de los convenios colectivos, especialmente los de fuerza normativa y eficacia limitada, con la posibilidad, a través de distintos instrumentos, de alcanzar una fuerza normativa y eficacia general extraordinaria[4]. Pero ya se indicó que la OIT, siempre pragmática y poco dada a los

[3] Monereo Pérez, J.L., y Tomás Jiménez, N.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. (Dirs.) y Tomás Jiménez, N. (Coord.): *El Sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson-Aranzadi, 2013, págs. 45 y sigs.; Borrajo Dacruz, E.: "Modelos normativos de negociación colectiva en Europa: cuadro general", *Actualidad Laboral*, núm. 43, 1991, p. 553; Sala Franco, T. (Dir.): *El sistema de negociación colectiva en la Europa Comunitaria,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. VV. AA.: *La negociación colectiva en Europa*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004; Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada,* Congreso Internacional Hispano-Latinoamericano, Granada, Ed. Comares, 2011. Sciarra, S.: "La evolución de la negociación colectiva. Apuntes para un estudio comparado en los países de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007, págs. 191-213.
En la perspectiva histórica, es destacable el estudio que realizara en su obra clásica Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2000, págs. XI-CLXIII. Y para los orígenes más remotos, Renard, G.: *Sindicatos, trade-unions y corporaciones,* traducción aumentada con un Prólogo, un Apéndice y un índice bibliográfico sobre "El movimiento obrero español" por Manuel Nuñez de Arenas, revisión, edición y estudio preliminar, "El sindicalismo y el orden democrático" (pp. VII-CVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2014. Y en un enfoque más general los ensayos de Jacobs, A.: "La autonomía colectiva" y Ramm, TH.: "Participación de los trabajadores. Representación de los trabajadores y tribunales especiales de trabajo", en Hepple, B. (Comp.): *La formación del Derecho del Trabajo. Análisis comparado de la evolución de nueva países hasta el año 1945* (1986), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, págs. 239 y sigs., y 297 y sigs., respectivamente.

[4] Véase, este sentido, el por otra parte excelente libro de Martínez Girón, J. y Arufe Valrela, A.: *Fundamentos de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona, Ed. Atelier, 3ª ed., 2023, Tema 18, págs. 223-234.

dogmatismos jurídicos, no duda en reafirmar continuamente la fuerza normativa del convenio en sí y su carácter definidor en su estructura jurídica interna de "*normas sociales colectivas de tra*bajo".

Los modelos normativos de negociación colectica se pueden estudiar desde distintas perspectivas. Una de las más significativas -que subrayara Otto Kahn-Freund[5]- es la distinción entre modelos estáticos y modelos dinámicos. Teniendo en cuenta que existen diversas culturas jurídico-sindicales que determinan la aparición de singularidades en los sistemas nacionales de negociación colectiva, y siguiendo los planteamientos de los clásicos iuslaboralistas, Kahn-Freund o Sinzheimer, es conveniente referirse a la existencia de dos grandes modelos analíticos de negociación colectiva atendiendo principalmente a la mayor o menor estabilidad temporal de la norma convencional: el modelo estático y el modelo dinámico. Observar cuáles son las materias en las que se centra cada modelo de negociación colectiva, las "obiecta materiae"[6], sirve para determinar si con carácter general se trata de un modelo estático, o de un modelo dinámico o contractual de negociación colectiva. Los modelos estáticos de negociación colectiva destacan por preocuparse de las cuestiones referidas a la naturaleza del convenio, la eficacia jurídica y personal del mismo o las normas sobre concurrencia, entre otras. Tratan de dotar de estabilidad a la norma jurídica convencional, es decir, de que esté vigente durante un período de tiempo determinado para reforzar la seguridad jurídica y la paz social, configurando al acuerdo colectivo como un instrumento de regulación cerrado salvo algunas excepciones. En contraposición, en los modelos dinámicos o contractuales, se comprueba que predominan aspectos como el lugar de los procesos de negociación, las organizaciones de trabajadores y empresarios que participan en los mismos y que gestionan sus resultados, o las reglas que ordenan los tratos negociales dirigidos a alcanzar acuerdos que regulen las relaciones laborales. En este sentido, se permite que la comisión negociadora continúe constituida y renegocie diversos aspectos del convenio colectivo mientras que esté vigente para adecuarlo a emergentes necesidades, o incluso que se renegocie uno nuevo antes de finalizado el período de vigencia inicialmente previsto del anterior. En un modelo dinámico se realza el proceso y los procedimientos de negociación permanente, que cristaliza en convenios o acuerdos sucesivos y en su modificación en atención a la variación de las circunstancias y de la preferencia de las partes negociadoras, predominando la concepción del convenio como un instrumento jurídico abierto en el que existe una continuidad en el proceso negociador que no se interrumpe una vez alcanzado el acuerdo.

En nuestro país *se ha venido produciendo una tendencia evolutiva, lenta por cierto, en la dirección de transitar desde un predominante modelo estático hacia un modelo prevalentemente dinámico* de negociación colectiva. Se trata de un desarrollo cualitativo. Esto es fruto tanto de las prácticas de los operadores de la negociación colectiva, como de algunas reformas legislativas llevadas a cabo en nuestro País desde la década los noventa hasta la fecha (el ciclo diacrónico de reformas de 1994, 1997, 2010, 2011, 2012 y la más reciente de 2021, todas ellas con desarrollos posteriores y cambios). Pero también se debe, en un grado significativo, a la intensa labor jurisprudencial de interpretación del marco de la normativa legal y de la normativa convencional, con mayor o menor nivel de "creatividad" en el proceso de interpretación. Sea como fuere, es lo cierto que se tiende a una negociación colectiva de carácter más continuado que incide en la gestión del convenio, en su proceso de interpretación y en la dinámica más flexible de revisión y renegociación del convenio colectivo como norma paccionada, realzando este carácter "pactado" en el proceso de regulación normativa.

[5] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

[6] Valdés Dal-Ré, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

-La Constitución ex art. 37.1, garantiza lo que por la fuerza de los hechos era un derecho de libertad colectiva que se venía ejerciendo en condiciones de falta de libertades democráticas y que tenía una larga tradición en nuestra cultura jurídica antes y durante la IIª República Española. Sería absurdo pensar que no existiera antes de la Constitución la autonomía colectiva (y más ampliamente, antes de cualquier legislación estatal), pues ha sido una "hecho social", un fenómeno sindical preexistente al propio ordenamiento jurídico. La Constitución la reconoce como derecho de libertad colectiva/sindical con poder de autorregulación encontrando, así, una garantía constitucional de su contenido esencial (artículos 53.1, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental). Y llama al legislador para que la promueva y encauce en el ordenamiento jurídico general. Por tanto, es obvio que la ley (en nuestro caso la Ley reguladora del Estatuto de los Trabajadores) no ha creado la autonomía colectiva como tampoco ha creado la figura del convenio colectivo que es la expresión jurídica típica de ese poder de autorregulación social. El cometido de la Ley es el que expresa el propio art. 37.1 ET: garantizar ese derecho de libertad y autonomía social y la eficacia jurídica vinculante del convenio colectivo, desde una perspectiva promocional, sin pretender absorberla en el ordenamiento estatal publificándola, entre otras cosas porque de ser así ello supondría su propia negación como autonomía colectiva privada dotada de capacidad para crear derecho objetivo y establecer obligaciones entre las parte sociales involucradas en el proceso negociador.

-La regulación originaria del ET fue el reflejo meditado de una opción de política del Derecho que lastró en parte no sólo su devenir como instrumento jurídico, porque regular la negociación colectiva, la representación de los trabajadores en la empresa y el contrato de trabajo, sin promulgar leyes orgánicas tan importantes como la Ley reguladora de la libertad sindical (sólo hasta 1985), o la Ley Orgánica de Huelga (sin el lastre que supuso la discutible -en cierto sentido sorprendentes en términos jurídicos- declaración de constitucionalidad del RD-ley de 4 de marzo de 1977, a pesar de que ello supondría una deliberada actividad creativa permanente del Tribunal Constitucional, que incluye "sentencias normativas", "sentencias anulatorias", "sentencias interpretativas" contra el tenor literal, etcétera). Se optó por hacer una regulación incompleta en el desarrollo del art. 35.2 CE. Todo ello planteó desajustes y aporías importantes, porque transversalmente todo ET de los trabajadores está tomando en consideración el fenómeno sindical y en el ámbito de la representación y la negociación colectiva el hecho sindical es constitutivo (la misma figura de la mayor representatividad sindical está presente en todo el Título III del ET, desde su primera versión). Estos problemas condicionaron el desarrollo posterior y supusieron una inevitable judicialización vinculadas a las numerosas lagunas que se plantearon en no disponer de una regulación completa del derecho colectivo/sindical y de sus instrumentos de acción colectiva. Ni siquiera hubo un título IV del ET sobre los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, entre otras cosas por la dificultad de tratar esta problemática sin una previa promulgación de las Leyes Orgánicas de Libertad Sindical y de Huelga en el sentido del art. 28, apartados 1 y 2, de nuestra Norma Fundamental.

Pese a todo el sistema normativo y la propia dinámica de las relaciones laborales fue incorporando lentamente medidas de modernización, en sucesivas reformas y a través de la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Todo ello vendría acompañado por la promulgación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (1985) y por los Acuerdos Marco Interconfederales (señaladamente, la triada de Acuerdos Interconfederales de 1997), que trataron de construir una "sistema" de negociación colectiva con bases más firmes y más y mejor organizado: una apuesta por una negociación colectiva articulada por cauces autónomos. Mientras tanto se tardó mucho en depurar y sustituir los residuos del intervencionismo autoritario de franquismo (señaladamente, las reglamentaciones y ordenanzas de trabajo)[7].

[7] Puede consultarse, García Murcia, J.: *La reglamentación sectorial del trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 2001.

El proceso de desarrollo en el tratamiento de la negociación colectiva se ha producido entre grandes tensiones entre autonomía y heteronomía estatal. Resulta harto significativo de las reformas relevantes sólo nos entramos con algunas reformas verdaderamente "consensuadas" (a través de la técnica sustancialmente política de la legislación negociada). Tal es el caso de las reforma laborales de 1997, que fueron acompañadas de los tres grandes Acuerdos Marco, y la reforma de 2021, que sólo ha podido decidir por consenso sobre aspectos importantes que se sitúan en el plano de la política del Derecho como una contrarreforma en relación a la impuesta legalmente a los propios interlocutores sociales en 2012 (o antes en 1994), por citar las dos más importantes. En esta tensión ha tenido una singular presencia la orientación flexibilizadora no siempre acompañadas de garantías sociales equilibradas y compensadoras. Y dicho en otras palabras: reformas como las de 1994 y las de 2012 (pero también las de 2010 y 2011) incidieron en las relaciones y el sistema de equilibrios de poderes entre las organizaciones profesionales con un incremento general de los poderes empresariales.

Las reformas de la década de los noventa (señaladamente, se insiste, las de Ley 11/1994 y Ley 3/2012[8]) tuvieron un criterio flexibilizador laboral marcado por un objetivo declarado como era el fomento de la competitividad empresas y su capacidad de adaptación a los cambios en curso en los espacios de mercado. Más que una desregulación se opta por una nueva regulación ("re-regulación") en un sentido más liberalizador. Estas reformas de la década de los noventa hasta la reforma laboral de 2021 (una reforma, ésta, más parcial y selectiva, aunque interesa subrayar que consensuada con los interlocutores sociales más representativos) supusieron una transformación significativa en el equilibrio entre las fuentes estatales y las fuentes colectivas, por un lado, y por otro, una mutación de los equilibrios de poder entre los sujetos protagonistas del sistema de relaciones laborales, en una dirección que incrementó los poderes del empleador sobre los poderes de los trabajadores, y, en consecuencia, la asimetría de poderes en el sistema de relaciones laborales. Es manifiesto también que las reformas laborales han potenciado la negociación colectiva y el retroceso de la Ley en numerosas materias, potenciando un modelo de negociación colectiva más flexible.

También estas reformas legislativas de década de los noventa redimensionaron las funciones tradicionales de la negociación colectiva, no sólo incrementando su papel regulativo, sino también en el sentido de favorecer una negociación colectiva de gestión (negociación colectiva gestional), es decir, el objetivo de la negociación colectiva tiende a sobrepasar su objetivo principal de regulación colectiva de las relaciones laborales individuales de trabajo (el ámbito propio de los derechos sociales de desmercantilización y los derechos genéricos o inespecíficos que ostenta como persona), para entrar también en la gobernabilidad del complejo empresarial en su conjunto: desde la organización del trabajo hasta la ordenación del proceso decisional en la empresa; una negociación colectiva de gestión que no debe confundirse (ni conllevar o abocar necesariamente a ello) con una negociación concesiva[9].

Las distintas reformas legislativas sobre el modelo normativo del Título III del ET han afectado de manera harto significativa a su configuración y diseño originario. Hasta el punto de que se puede hablar de una reconfiguración o remodelación del modelo, aunque no de un cambio radical de modelo normativo respecto al originariamente establecido en el ET, en la primera versión de 1980. Sin embargo, pese a las numerosas reformas (incluidas las más determinantes de 1994 y 2012) no hicieron desaparecer muchos rasgos identificadores del modelo normativo de negociación colectiva

[8] Cuyos respectivos Preámbulos resulta particularmente de las orientaciones de política del Derecho que presiden el proceso de reforma legislativa (estatal) de sistema de negociación colectiva: flexibilización, descentralización, inaplicación, potenciación de la empresarización (convenios colectivos y acuerdos de empresa), disponibilidad unilateral de los convenios colectivos extraestatutarios por el empleador por la vía explícita del art. 41 ET; reforzamiento en términos de conjuntos de los poderes empresariales.

[9] Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 272.

estatutaria (Título III del ET): pervive la más determinantes apuesta por la negociación colectiva -eso sí más dinámica- orientada a la procedimentalización del conflictos y sus institucionalización jurídica y cristalizada en el eje del convenio colectivo de fuerza normativa y eficacia jurídica "erga omnes", por más que se haya establecido múltiples cauces de potenciación de la disponibilidad colectiva en la dirección descentralizadora hacía la empresa (negociación colectiva de expresa materializada en convenios y acuerdos colectivos de empresa). Por lo demás, los modelos reales de negociación se resisten a desaparecer (y no se olviden que algunas reformas impuestas a los interlocutores sociales fueran en gran medida neutralizadas o bloqueadas en su efectividad a través de negociaciones concesivas entre los agentes sociales. El caso más evidente fue el de la inefectividad jurídico-práctica de algunas medidas establecidas por el RD-ley 2/2012/Ley 3/2012, por ejemplo, la autorregulación de las consecuencias del "término legal" de la ultraactividad, no fueron pocos los convenios colectivos se blindaron y pactaron la continuidad de los convenios en ultraactividad para evitar vacíos de regulación y la conflictividad que ello podría generar). Ello pone de manifiesto los límites de efectividad en la praxis de una legislación sobre negociación colectiva que se imponga a los propios protagonistas titulares de este derecho colectivo/sindical, porque asumen el riesgo de que esas reformas no sean asimiladas o incorporadas en los diversos niveles del sistema de negociación colectiva. Es verdad que a veces no fue por el reclamo de una cierta "resistencia", sino por determinadas inercias y petrificaciones de sus formas estructurales de articulación y la persistencia de sus contenidos elusivos al enriquecimiento de nuevas materias objeto de regulación. Y todo ello atendiendo al cambiante entramado jurídico e institucional que gobierna las reglas de juego -que distribuyen competencias entre los distintos niveles de negociación y pueden tener más o menos remisiones a la negociación colectiva- y las propias lógicas de acción colectiva mediatizadas por ese entramado y la pluralidad de intereses que presiden el modelo de negociación colectiva como parte integrante del sistema global de relaciones laborales. La acción colectiva de los protagonistas de la negociación colectiva se mueve en ese marco jurídico e institucional, pero lo hace desde su propia lógica interna, aunque, de ordinario, dentro de los márgenes establecidos por la legislación pública. De manera que el marco condiciona la acción pero no determina irresistiblemente la configuración del modelo *real* de negociación colectiva que acaba imperando en cada momento. Si la intervención heterónoma pública es dirigista o de orientación autoritaria, el rechazo tendrá un impacto de reubicación de rechazo de los protagonistas hacia los márgenes tratando de eludir las reglas de orden público consideradas como una intromisión ilegítima en su espacio vital. Esta ha sido, en gran medida, el caso de algunas de las medidas lesivas impuestas por normas de orden público laboral estricto (normas de derecho necesario absoluto) en virtud de la reforma laboral de 2012, cuya orientación explícita era, entre otras cuestiones subyacentes, la de fomentar que la negociación colectiva "sea un instrumento, y no un obstáculo para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa", la potenciación de los poderes unilaterales del empleador, la devaluación salarial (y en general la reducción de costes directos e indirectos del factor trabajo), más allá de los objetivos más declarados de fortalecimiento de los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas de las empresas y del criterio de favor hacia la preferencia de la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (Exposición de Motivos de la Ley 3/2012). La generación del consentimiento ha mostrado ser una buena política promocional que permite introducir un criterio de racionalidad en las normas legales capaz de facilitar su cumplimiento gracias el principio de legitimidad que con ello obtiene[10].

[10] Puede consultarse, Burawoy, M.: *El consentimiento en la producción. Los cambios del proceso productivo en el capitalismo monopolista,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, espec., págs. 103 y sigs.; Rivero Lamas, J.: *La democracia en la empresa,* edición y estudio preliminar "Juan Rivero Lamas. Semblanza Intelectual", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

El modelo *legal* español presenta algunos rasgos singulares, a partir del diseño del "contenido esencial" del derecho que es compartido, como núcleo duro, con los genéricos instrumentos de garantía internacional del derecho a la negociación colectiva:

1º. La necesaria intervención del legislador como garante del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Y es necesaria porque lo impone directamente el art. 37.1 CE. Eso sí sin prefigurar un modelo legal cerrado y completamente definido por el legislador. Y esto no es baladí porque supone la aplicación de los principios del garantismo constitucional y la exigencia de una intervención de cobertura, fomento y ayuda del legislador respecto de los procesos de autorregulación a autonormación social. Y en esto ya hay un condicionante del modelo legal, que ha de ser garantista y de fomento de tales procesos sociales de autorregulación social. Su función es, pues, garantista (ordenación racionalizadora, garantista y de fomento), pero también de fomento legal, sin que -a diferencia de los sistemas autoritarios- la autonomía colectiva se vea privada de verdadera autonomía a la hora de decidir sobre aspectos clave del modelo como son la delimitación del contenidos en los que cristalizan las funciones. Esta intervención legislativa es tanto más acusada por el hecho de que la eficacia general o *erga omnes* de los convenios no constituye una rasgo consustancial que sea en sí misma inherente a la institución jurídica del convenio colectivo (más bien puede considerarse como expresión extraordinaria del derecho fundamental a la negociación colectiva. De ahí la densa regulación contenido en el Título III del ET, artículos 82 a 92). Por ello viene exigida una regulación legislativa en la ordenación de la actividad negociadora y en la dinámica del proceso de negociación.

2º. Naturaleza normativa, inequívoca, del convenio colectivo estatutario. El tipo legal de convenio colectivo regulado en el Título III del ET se somete a una intensa ordenación legislativa, que puede considerarse como excesiva estatalización del convenio colectivo[11]. El modelo legal de negociación colectiva se construye sobre el soporte del marco constitucional, las opciones de política del Derecho estatal en el desarrollo de las previsiones constitucionales (que, siendo una legislación negociada con los interlocutores sociales, determina las bases nucleares del modelo normativo) y la autorregulación y praxis de la negociación colectiva como proceso que involucra a los interlocutores sociales, entre sí y con los poderes públicos (esto último dentro de la concertación social como proceso sustancialmente político, intercambio comunicativo y prefiguración de decisiones políticas en la lógica global constructiva del Sistema de relaciones laboral o sistema de relaciones industriales, en la habitual denominación anglosajona), que no hace sino reflejar la interacción entre el sistema de relaciones colectivas/sindicales (autonomía colectiva) y el sistema de intervención estatal (heteronomía publica). Esta relaciones entre autonomía colectiva y heteronomía pública en la ordenación de la negociación colectiva (como sucede en también en otras esferas del derecho colectivo/sindical como la libertad sindical y el derecho de huelga) no sólo mantienen relaciones de complementariedad funcional y de colaboración internormativa (como fuentes reguladoras), sino que también existe una permanente tensión entre los *espacios vitales* de actuación entre ambas instancias de acción y regulación, es decir, el espacio de autonomía conduce a un ordenamiento colectivo propio de gobierno y reglas y la heteronomía pública tiende a realizar sus propios fines de gobernabilidad (no necesariamente preordenadas al servicios del interés público o bajo la fórmula del "bien común", sino, de ordinario, sirviendo a opciones político-ideológicas bien definidas) que se traduce en acciones y normas que se impone fuerza jurídica de distinta intensidad, pues depende de la opción por instrumentos de "derecho fuerte" o de "derecho débil". Todo ello dentro de enfoque pluralista -y no monista o unitario, lo que supondría que las organizaciones de trabajo son estructuras unificadas en las que todos comparten los mismos intereses y objetivos- de conformación del sistema de relaciones laborales (que está ya prefigurado en la Constitución al partir del conflicto como elemento consustancial a las sociedades de capitalismo avanzado y del pluralismo social, político y jurídico). De este modo en la concepción del pluralismo democrático social se parte del hecho de que el conflicto es inevitable y connatural, y

[11] Piñero, Bomarzo, 113, hace referencia al valor "cuasi-legal" del convenio colectivo; dígase.

lo que se predispone es de un conjunto de reglas y medios en virtud de los cuales de institucionaliza el conflicto de trabajo, esto es, cómo se organiza y encauce éste. Pero precisamente por ello esta concepción no reduce la relevancia de la cooperación y del consenso en la dinámica de las relaciones laborales. Tampoco excluye que existan ámbitos de intereses compartidos, en los que el choque de intereses entro los grupos organizados pase a un segundo plano.

Por lo demás, no sólo se consagra el carácter normativo del convenio, con los atributos propios de la eficacia jurídica directa y la inderogabilidad "in peius" por parte de los sujetos destinatarios, sino que se da también un paso más (adicional, sin duda, al contenido esencial necesario) en el diseño del contenido posible legal, al configurar al convenio estatutario como una norma jurídica de eficacia personal generalizada en todo su ámbito de aplicación, al menos como regla general con las crecientes excepciones (a la disponibilidad de la eficacia) fijadas por la propia ley estatal (artículos 82.3, 84.2, etcétera, del ET). Pero dejando sentado de que este modelo de eficacia extraordinaria no es el único modelo admisible desde el punto de vista constitucional (tempranamente, STC 73/1984). Por tanto, tenemos una nítida opción de política del Derecho consistente en garantizar el carácter normativo (que comprende la eficacia jurídica directa y la indisponibilidad "in peius" como regla general) y adicionalmente la eficacia personal general del convenio colectivo estatutario.

El convenio colectivo tiene todos los elementos de la normatividad: aplicación directa e inmediata, indisponibilidad "in peius", coactividad específica y justiciabilidad y exigencia de publicidad (desde el punto de vista estructural ex art. 9.3 CE y desde el punto de vista funcional: típicamente pretende disciplinar los contratos de trabajo) con independencia de la voluntad de los sujetos obligados jurídicamente (destinatarios), las relaciones colectivas/sindicales e incidir en el gobierno concertado de la organización productiva. Expresa jurídicamente una función jurídica que va más allá de cualquier tipo contractual (lo más próximo -y de lejos- sería la figura de los llamados "contratos normativos" y estos asumen más una función jurídica de normatividad que una función jurídica de tipo contractual en ius strictum). A esa fuerza normativa no obsta que se reconozcan vías legales de disponibilidad colectiva negocial de parte de sus contenidos reguladores. Esos cauces de disponibilidad no convierte a los convenios colectivos en contratos, en la medida en que, como es sabido, existen normas legales que tienen carácter dispositivo para la autonomía colectiva y no por ello no suponen un cuestionamiento de su carácter estrictamente normativo desde el punto de vista técnico jurídico. Frente al convenio colectivo estatutario, al convenio colectivo extraestatutario de eficacia personal limitada, se le niega la normatividad y se le atribuye por la jurisprudencia una eficacia jurídica "contractual". Y ello a pesar de que encuentra una directa acogida en la garantía constitucional ex art. 37.1 CE, rigiéndose -se afirma reiteradamente- por las normas generales de la contratación contenidas en el Código Civil, con la ponderación de los principios que son propios del ordenamiento jurídico-laboral. En nuestro sistema vigente de negociación colectiva integral el convenio extraestatutario tiene, en gran medida, una función residual, como vía para la negociación de organizaciones profesionales minoritarias o en sectores o empresas donde no se alcanza o no se operativa la negociación estatutaria; ante la inexistencia o el fracaso de la negociación colectiva estatutaria, dado el dato normativo de que los requisitos para la negociación colectiva estatutaria son singularmente rigurosos. Y es lógico, desde el punto de vista técnico-jurídico, que lo sean porque están llamado a ejercer su fuerza normativa y eficacia jurídica, personal y material, en principio y como regla general tipológica, en todo su ámbito de aplicación ex art. 82.3 ET, el cual establece la regla tipológica en su apartado 1º ("Los convenios colectivos regulados por esta Ley[12] obligan a todos

[12] A sensu contrario, los no regulados por el ET son los convenios colectivos de eficacia limitad u ordinarios. Véase, asimismo, el art. 153.1 LRJS, a cuyo tenor: Se tramitará a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo "las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, *convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia*, pactos o acuerdos colectivos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo […]".

los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia", y la importante excepción a la misma en los apartados 2º y siguientes: "Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4, a *inaplicar en la empresa* las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecte a las siguientes materias…". Llegado el caso puede someterse a un procedimiento arbitral (art. 82.3 ET. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y o, en su caso, los órganos correspondientes de las comunidades autónomas[13]). A ello hay que añadir la previsión ex art. 84.2 ET, que consagra el principio legal de prioridad aplicativa -sin la condición de alegación de justificado motivo- del convenio de empresa respecto de los convenios de ámbito superior)[14].

El convenio colectivo en su desarrollo desde la primera versión del Título III del ET[15] ha ido evolucionando -tanto en la praxis como en la ordenación normativa- en el sentido de la metáfora de Carnelutti (híbrido jurídico e institucional que tiene "cuerpo de contrato y alma de ley"), que ejerció una influencia en toda la doctrina de referencia -de antes y de hoy-. Y ello en el sentido de que ha sido una fuente autónoma de creación de normas y de creación de obligaciones (obligaciones que recaen para las partes negociadoras como deberes de paz, de influencia, impulso o abstención de ciertas acciones, procedimentalización de procesos de toma de decisiones sobre las relaciones laborales y diversos ámbitos de la organización empresarial) entre los sujeto contratantes. El convenio estatutario del Título III del ET presenta una doble dimensión normativa y obligacional que se expresa en artículos como el art. 82.2, 85, 86.3, etcétera). A tiempo es una *norma paccionada* que crea preceptos para los sujetos obligados y establece obligaciones para las partes negociadoras, que como ha señalado el Tribunal Constitucional se integran en el sistema formal de fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico general y dándoles el tratamiento jurídico de normas paccionadas, que deben ser publicadas garantizando su conocimiento público y el principio de seguridad jurídica (STC 151/1994).

3º. Se ha pasado progresivamente de un modelo (originariamente) estático a un modelo existencialmente dinámico tras los procesos de reformas legislativas sucesivas del marco de ordenación de la negociación colectiva. Se establece, paradigmáticamente, que "durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión", sin necesidad de acreditar un motivo justificado para ello (art. 86.1, párrafo 2º del ET); "cuando concurran causas económica, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicables, sea de sector o de empresa…" (art. 82.3 ET)[16]; "la regulación de las condiciones establecidas por un convenio de empresa, que

[13] La decisión arbitral "tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET. Las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, declararon la constitucionalidad de este procedimiento arbitral."

[14] Reténgase que conforma art. 89.1 ET, "La parte receptora de la comunicación solo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente".

[15] El contenido del Título III del ET estaba prefigurado, en gran medida, por lo pactado en el Acuerdo Básico entre CEOE y UGT.

[16] Por cierto el V AENC establece dentro de los mecanismos de flexibilidad interna la Inaplicación de determinadas condiciones de trabajo en los convenios, estableciendo, entre un *sistema de control.* Se indica, en efecto, que para el supuesto de inaplicación se procederá conforme al art. 82.3 del ET. Cuando los convenios colectivos recojan cláusulas de inaplicación de las condiciones laborales fijadas en convenio, con el objetivo de asegurar el mantenimiento del

podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior…" (art. 84.2 ET, sin alegación de causa justificante); o para los convenios extraestatutarios de eficacia limitada la operatividad del régimen de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ex art. 41.4 ET). Y ese papel dinámico se verifica no solo en la regulación estatal, sino también la praxis de la negociación colectiva, donde predomina una cultura dinámica que encuentra su reflejo en los Acuerdos Marcos de las últimas décadas; coincidiendo con la era de la era de la flexibilidad, la sociedad del riesgo y de la incertidumbre.

Pero es un modelo dinámico y flexible ya instaurado, en gran medida, que exigiría un replanteamiento severo de la prohibición de las huelgas novatorias (art. 11.c) del Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977, de Relaciones de trabajo), más allá de la ampliación de supuestos de huelgas legítimas durante la vigencia de un convenio que había llevado a cabo el mismo Tribunal Constitucional, ya desde la STC 11/1981 (FJ. 14), puesto que si el convenio puede ser revisado en cualquier momento de su vigencia, y ser objeto de descuelgue o inaplicación, carece de sentido que el arma más poderosa que tienen los trabajadores y sus organizaciones representativas no pueda ser utilizada, en principio, en tales supuestos de revisión o inaplicación, pues aparte del contrasentido que ello supondría, se produciría una desequilibrio entre partes de fuerzas social y económicamente desiguales, es decir, se produciría una ruptura de los contrapesos de poder colectiva (y la idea fuerza finalista de contraposición había sido subrayada por la misma STC 11/1981, FJ. 22). Además, hay que tener en cuenta que el derecho fundamental de huelga está dotado un garantismo más reforzado -dada su ubicación en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución- que el derecho fundamental de negociación colectiva (ubicado sistemáticamente en la sección segunda del capítulo segundo del Título II de nuestra Norma Fundamental). Lo que contribuye a que existe un principio de correspondencia entre una negociación colectiva dinámica y flexible y el ejercicio del derecho fundamental de huelga en los procesos donde se persiga a la inaplicación, descuelgue o revisión de los convenios colectivos: sencillamente porque se abre el conflicto colectivo declarado que es el presupuesto fáctico y jurídico de la huelga como instrumento de presión colectiva a través de la forma de acción directa que le caracteriza. Por lo demás, el modelo normativo de huelga que se diseña en el Texto Constitucional no es el "modelo contractual" o privatista, sino el "modelo sociopolítico" (el art. 28.2 CE, determina los fines de la huelga indicando que es un derecho de los trabajadores (al servicio de) "para la defensa de sus intereses"; y poniéndolo en contacto con la libertad sindical, al forma parte de su contenido esencial, como también forma parte el derecho a la negociación colectiva, el art. 7 CE, clarificado aún más nítidamente los intereses perseguibles a través de la huelga al establecer que los sindicatos de trabajadores "contribuyen a la defensa y promoción de los intereses que le son propios"[17]. Aunque funcionalmente negociación colectiva y huelga son dos derechos fundamentales

empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación empleo tanto temporales como extintivos, deberán tener presente, además de la necesidad de que el acuerdo de inaplicación ha de ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo, los siguientes aspectos: Documentación: La documentación a entregar por la empresa será la necesaria para que la representación de las personas trabajadoras pueda tener un conocimiento fidedigno de las causas alegadas para la inaplicación. Duración temporal de la inaplicación: Dado el carácter excepcional de esta medida, la duración podría modularse atendiendo a las circunstancias que motivan la inaplicación, sin que pueda ser superior al período de vigencia del convenio aplicado y en ningún caso podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Contenido del acuerdo de inaplicación: La inaplicación del convenio colectivo en modo alguno debe producir un vacío de regulación respecto a las condiciones laborales cuya inaplicación se acuerde, por lo que el acuerdo de inaplicación deberá determinar la regulación sustitutoria de la contenida en el convenio colectivo inaplicado. El acuerdo de inaplicación no podrá suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Cfr. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870.

[17] Puede consultarse Monereo Pérez, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y*

de libertad encadenados, la huelga no se agota en el derecho a la negociación colectiva. No se olvide que son derechos diferentes con sus respectivos contenidos esenciales específicos (art. 53.1 CE; art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[18]; y art. 6 de la Carta Social Europea revisada[19]; ambas Cartas de Derechos tienen el rango de Tratados europeos, en el marco del Consejo de Europea y en el marco de la Unión Europea, respectivamente. Lo mismo cabe decir, de su reconocimiento en el art. 8.d PIDESC, con rango de Tratado en el marco de ONU)[20].

4º. La garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. La apuesta -como opción de política del derecho- por un modelo tipo de convenio colectivo de carácter normativo y de eficacia jurídica "erga omnes" (fuerza "erga omnes" cada vez más debilitada ante la multiplicidad de cauces legales que permiten su descuelgue causal o su inaplicación sin motivo justificado). Su función político-jurídica explicitada por el legislador y por el propio Tribunal Constitucional es buscar una cierta homogeneidad colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo en la organización productiva o en el sector. Dejando a salvo la posibilidad de que puedan pactarse convenios colectivos extraestatutarios que no sean "*in peius*" respecto a las condiciones establecidas en los convenios estatutarios.

5º. Ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva. Titularidad y sujetos titulares. Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva.

Por lo que se refiere a la titularidad del derecho, señalar, en primer lugar, el derecho reconocido en el art. 37.1 CE es un derecho de titularidad eminentemente colectiva, reconocido a instancias o estructuras típicamente organizativas, más o menos institucionalizadas. No se trata de un derecho de pertenencia individual. Este derecho refiere a los grupos y sus representaciones colectivas o sindicales; no se acierta a verificar cuál sería el reconocimiento de posiciones individuales en este derecho colectivo. Realzar, en todo caso, que se debería evitar una transposición mecánica de la en sí ya problemática teoría de la doble titularidad de la libertad sindical ex art.28.1 CE. El contenido individual si se aprecia en la titularidad sindical (art.28.1 CE) y también la titularidad individual en el derecho de huelga, pero no se alcanza a ver en la configuración constitucional de la negociación colectiva. En efecto, el art.37.1 CE confiere expresamente la titularidad del derecho a la negociación colectiva a "los representantes de los trabajadores y empresarios", es atribuido a instancias colectivas (estructuras organizativas, estables o espontáneas, sindicales y no sindicales) para la defensa de intereses colectivos o generales de los grupos sociales. Estas instancias colectivas tienen atribuidas ellas mismas esferas de libertad negocial, que para nada ostentan los sujetos individuales representados colectivamente y destinatarios de los convenios o acuerdos colectivos resultantes del

bienestar social, núm. 27 y 28, 1993; Monereo Pérez, J. L.: "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (a propósito de la STC 36/1993, de 8 de febrero)", en VV.AA.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Murcia, Universidad de Murcia, 1994; Monereo Pérez, J. L.: "La huelga (artículo 28.2 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson-Aranzadi, 2019.

[18] Monereo Pérez, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.

[19] Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Derecho a Huelga (artículo 6 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017.

[20] Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Derecho de Huelga (Art. 8.d PIDESC)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.): *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el paco internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Ed. Comares, 2014.

proceso negociador. Es un derecho colectivo, bien que el empresario individual pueda ser tratado como sujeto colectivo en su relación con el conjunto de los trabajadores representados, es decir, como contraparte de un proceso de negociación colectiva.

En segundo lugar, no es un derecho de pertenencia exclusivamente sindical, porque no parece limitar la capacidad negocial a los sindicatos ni prejuzga el carácter formal o informal de la instancia representativa. Este carácter abierto de los sujetos colectivos titulares (titularidad constitucional extensiva a una pluralidad de sujetos colectivos) es un elemento constitutivo del modelo constitucional de negociación colectiva (STC 134/1994, de 9 de mayo). No se trata, es obvio, de que los sindicatos no sean titulares ex art.37.1 CE, sino de que la legislación estatal en desarrollo de las previsiones constitucionales no puede restringir la titularidad del derecho a las organizaciones sindicales.

Es extraordinariamente significativa la tramitación parlamentaria para valorar en sus justos términos o en su justa medida la relación dialéctica existente entre el derecho de libertad sindical y el derecho específico de negociación colectiva, dentro del sistema constitucional. En el Anteproyecto de Constitución[21] el derecho a la negociación colectiva aparecería como un derecho estrictamente sindical, e inserto expresamente en el originario art.31, junto con el derecho de libertad sindical y al derecho a la huelga. Conforme a dicho art.31: "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente (...). 2. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los *representantes sindicales* de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 3. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (...)". Inicialmente no hubo desavenencias reflejadas en los Votos particulares del Grupo Parlamentario Comunista del Congreso a dicho Anteproyecto de texto constitucional. En efecto, este grupo parlamentario sólo propuso una nueva redacción de los números 1 y 3 del art. 31 sin incidir en absoluto en el número 2 del mismo. Por su parte, en los Votos particulares del Grupo Parlamentario socialista, se proponía una nueva redacción de los tres números. En particular, el núm. 2 debería quedar redactado del modo siguiente: "31.2. Los poderes públicos por medio de la Ley garantizarán el derecho a la negociación colectiva laboral de las representaciones sindicales de los trabajadores y empresarios, y la fuerza vinculante de los convenios". Durante la tramitación parlamentaria ulterior, el Grupo socialista del Congreso propondría la Enmienda núm. 343[22], pretendiendo una nueva redacción del art.31 del Anteproyecto de Constitución: 31.2. "Los poderes públicos, por medio de la ley, garantizarán el derecho a la negociación colectiva laboral de las representaciones sindicales de los trabajadores y empresarios y la fuerza vinculante de los convenios". Manteniendo, pues, la configuración de este derecho como de naturaleza estrictamente sindical. Por otra parte, la Enmienda núm. 707 del Grupo parlamentario comunista, propone una nueva redacción del art. 31, donde se apunta a *un giro radical*, porque "des-sindicaliza" el derecho de negociación colectiva y del monopolio sindical del derecho se postula su extensión hacia otras instancias o estructuras organizativa. Efectivamente, en su propuesta de art.31.2 se establece "La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los *representantes de los trabajadores* y de los empleadores, así como la fuerza vinculante de los convenios". Desaparece la adjetivación "sindicales". En la motivación se refleja la opción de política del Derecho defendida: se trata de *"ampliar el ámbito de la representación de las partes que negocian el convenio"*[23]. Será decisiva al respecto la coincidencia con la Unión de Centro Democrático, en cuya Enmienda núm. 779, se postula la modificación del núm.2 del art.31 suprimiendo la palabra "sindicales" ("Trabajos parlamentarios", I.,cit.,pág.488). Finalmente, en el Informe de la Ponencia del Congreso de los

[21] El Anteproyecto es el resultado de los trabajos de la Ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional provisional, creada por acuerdo del Congreso el día 27 de julio de 1977. Texto publicado en el BOC, núm.44, 5 enero 1978, págs.669 y sigs., en particular pág.674. Cfr. *Constitución Española. Trabajos parla*mentarios", t.I, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 2ª ed., 1989, pág.1.

[22] *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, pág. 278; enmienda a la que se adhirió el Grupo parlamentario Mixto, en virtud de la Enmienda núm.484, Ibid., pág. 326)

[23] *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, I, cit., pág. 438).

Diputados designada para el estudio de las enmiendas presentadas al Anteproyecto de Constitución (BOC, núm.82, 17 abril 1978, "Trabajos parlamentarios", I, cit., pág.526) se acepta ese giro cualitativo en la configuración del derecho, y en tal sentido el entonces art.33.3 queda *independizado* respecto a los demás "derechos sindicales" y es redactado del modo siguiente: "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". Es de significar también que pasa a formar parte de la más devaluada sección segunda del Capítulo Segundo. La Ponencia, por mayoría, con el voto en contra del representante del Grupo Socialista, que mantiene las enmiendas núm.225 del Grupo Socialista de Cataluña y núm.343 del Grupo Socialista del Congreso, acepta las enmiendas núm.63 del Sr. Fernández de la Mora, núm. 133 del Grupo de la Minoría Catalana, núm.691 del Grupo de Unión de Centro Democrático, y redacta en consecuencia el que fuera el apartado 2 del art.31 en la forma antes expuesta. Así se refleja ya en el Anexo al Informe de la Ponencia ("Trabajos parlamentarios", I, cit.,pág.606) y se mantiene sustancialmente inalterada durante toda la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados. No se produce ningún cambio en la redacción aprobándose por el Pleno del Congreso de los Diputados (B.O.C. 24 julio 1978).

Aunque la "interpretación auténtica" no tiene desde luego un valor absoluto, no se puede ignorar que es sumamente significativa de la configuración no exclusivamente sindical, sino como un derecho de más amplia titularidad colectiva (porque "sindical" no es también necesariamente, primero porque entre las representaciones de los trabajadores están las organizaciones sindicales; segundo porque la negociación colectiva pertenece al contenido esencial del derecho de libertad sindical y entre otros posibles cauces se canaliza constitucionalmente a través del mismo art. 37.1 CE). Es preciso llamar la atención para una valoración exacta del cambio producido desde la versión originaria hasta la definitiva redacción que la "des-sindicalización" parcial del derecho a la negociación colectiva a su "segregación" o "autonomización" sistemática en el texto constitucional consumó una ruptura de la unidad sistemática entre los derechos de libertad sindical, de negociación colectiva y de huelga, pero no pudo impedir en vínculo estrecho inevitablemente existente entre estos tres derechos sociales fundamentales de libertad *dentro del sistema de derechos constitucionales*.

En tercer lugar, en cuanto a los sujetos titulares se plantea el dilema de determinar si la expresión del documento constitucional "los representantes de los trabajadores y empresarios" supone la exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Contemplado el problema *desde* el programa normativo del art.37.1 (la cuestión como se verá después es mucho más clara desde la perspectiva de su conexión con el derecho de libertad sindical ex art. 28.1 CE), se debe señalar que caben dos opciones interpretativas. (a) Considerar que el art. 37.1 no es aplicable a la negociación colectiva funcionarial (b) Entender, por el contrario, que la negociación colectiva de los funcionarios queda excluida de dicha disposición, en cuyo caso debería responderse si existe una base constitucional distinta de ese derecho.

(A) La posición negativa o excluyente se ha basado en dos tipos de argumentaciones que, en sí mismas como se verá pueden resultar de débil fundamentación. Por un lado, la expresión "representantes de los trabajadores y empresarios" ha permitido restringir subjetivamente el ámbito de la negociación a la representación colectiva de intereses de los sujetos de una relación jurídico-laboral formalizada a través de un contrato de trabajo. Sin embargo, a pesar de la amplia aceptación por la doctrina científica y judicial de este criterio, no puede dejarse de poner de relieve sus innegables puntos débiles. Por lo pronto la referencia a los "trabajadores" dentro del bloque constitucional regulador de los derechos colectivos no parece precisamente limitarse a los trabajadores asalariados, sino que hace referencia a todos los trabajadores por cuenta ajena. En este sentido se utiliza un concepto *jurídico-constitucional* amplio de la noción "trabajadores" (en un sentido análogo al que utilizado en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, respecto a la consagración "erga omnes" del "principio de libre circulación

de trabajadores", con independencia de la naturaleza jurídica pública o privada del estatuto aplicable a la relación de servicios profesionales (La única excepción aquí es la relativa a los empleos que supongan ejercicio de autoridad pública y a los vinculados a actividades directamente relevantes para los intereses de la soberanía nacional que el Estado pueda reservar legítimamente). Es significativa la referencia a sindicatos de "trabajadores" ex art.7 CE, derecho de huelga de los "trabajadores". ¿Por qué debería ser una excepción el derecho ex art.37.1 CE?. Por otra parte, la referencia a los "empresarios" desde el punto de vista de las relaciones profesionales (y como contraparte empleadora en ellas) no ha de significar necesariamente una referencia al empresario en sentido técnico (titular de una empresa pública o privada), sino que puede ser utilizado en la lógica interna y específica de la negociación colectiva como la parte empleadora antagonista. Por lo demás, si se adoptase una interpretación literal del término "empresario" tampoco podría serlo la Administración como parte empleadora en régimen laboral, ya que la Administración no podría nunca ser un "empresario" sin más, de manera que esta objeción interpretativa restrictiva, conduciría al absurdo de excluir también del derecho a la negociación colectiva los trabajadores asalariados en las distintas administraciones públicas por no ser esta "empresarios" en el sentido literal del art.37.1 CE.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta la cualificada posición del Tribunal Constitucional, que se inclina por considerar que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios no encuentra una garantía directa en el texto constitucional, de tal manera que ese reconocimiento sería una legítima opción del legislador originario (art. 37.1, en relación con el art.53.1 CE, aunque quizás con cierto descuido del mandato constitucional que indica explícitamente que "Sólo por ley, *que en todo caso deberá respetar su contenido ese*ncial, podrá regularse el ejercicio…"), bien que una vez que se ha garantizado constitutivamente por ley, ya formaría parte del "contenido adicional" del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos (artículos 28.1 y 103.3 CE, que sólo hace referencia a "las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación", lo desde la perspectiva jurídica debería comportar, en puridad, que no puede afectar a su contenido esencial. De hecho la misma terminología que emplea el mismo art. 28.2 CE, que reconoce ese derecho de libertad sindical de los funcionarios como derecho fundamental de libertad en el más alto nivel)[24].

Una interpretación razonadamente amplia contribuiría a verificar una mayor homogeneidad de en el bloque constitucional en materia de derechos colectivos. A esa coherencia interna contribuiría también la innegable pertenencia de la negociación colectiva al contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 en relación con el art. 53.1 CE). Es cierto que la normativa internacional reguladora de esta materia, importante para la interpretación de este derecho social fundamental por imperativo del art. 10.2 CE (que contiene la cláusula interpretativa), se muestra ciertamente indecisoria (convenios núms. 87, 98, 151 y 154 de la OIT) y cuando lo hace (es el caso de la Carta Social Europea, art.6 -en relación con el art.5 de la misma- que garantiza -con carácter imperativo vinculante, y no meramente programático- el derecho a la negociación colectiva de trabajadores y empleadores, incluyendo bajo la expresión de los trabajadores a los funcionarios públicos), es el instrumento de ratificación el que precisa que se ha de aplicar el art. 6 de manera que sus disposiciones sean compatibles con los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la CE. Se establece de este modo una reserva de interpretación, reserva

[24] SSTC 57/1982, 80/2000, 85/2001,222/2005. Llámese la atención sobre el dato harto significativa -desde la hermenéutica del principio de unidad de la Constitución- que nuestro Alto Tribunal no realiza una verdadera interpretación de conjunto, finalista y sistemática del bloque constitucional sindical/colectivo; y por ello mismo no reclama los artículos 10.2, en relación con los artículos 93 a 96 CE. Ni tampoco toma en consideración Convenios de la OIT como el 87, 98, 151 y 154; ni el art. 6 de la Carta Social Europea, con rango de Tratado Internacional, aprobada en el marco del Consejo de Europa (primera versión de 1961 que fue ratificada por España; segunda versión ampliada y mejora de 1996, incluida la aprobación del Protocolo de Reclamaciones colectivas, que también objeto de ratificación por nuestro País). Y esto es importante porque el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva (art. 53.1 CE) se ha de integrar, entre otras fuentes, de esas normas internacionales ratificadas válidamente por España.

modal que limita estrictamente el reclamo de tal instrumento para servir de elemento determinante del alcance subjetivo del derecho a la negociación colectiva ex art.37.1 CE.

No ha sido, sin embargo, este criterio amplio el seguido por el sector dominante de la doctrina jurídica. Tanto los tribunales de justicia (y el propio TC) como gran parte de la doctrina iuslaboralista ha mantenido posiciones contrarias interpretando que la referencia del precepto constitucional a "representantes de los trabajadores y empresarios" supone una negociación circunscrita al ámbito de las relaciones jurídico-laborales, excluyente, pues, de las relaciones funcionariales con la administración empleadora.

Si discutible en el plano técnico del sentido de las categorías jurídicas propias del Derecho colectivo del trabajo es la argumentación sobre la extracción de límites derivadas de la utilización de los vocablos "representantes" y "empresarios", más dudoso parece todavía el intento de acotamiento subjetivo del precepto sobre la base de la adjetivación "laboral" de la negociación colectiva. No es aceptable, en tal sentido, afirmar que el calificativo de "laboral" supone una limitación subjetiva respecto de los protagonistas de la negociación colectiva, de tal modo que sólo tendrían la consideración de tales los sujetos implicados en una relación de trabajo por cuenta ajena, con exclusión de las relación profesional de los funcionarios públicos con la Administración pública. Sin embargo, esta interpretación no parece pertinente como supuesto aval de una limitación subjetiva del derecho a negociar colectivamente, porque la referencia a lo "laboral" se vincula con el contenido posible de la negociación colectiva (y, consiguientemente, de los acuerdos alcanzados en el proceso negociador), y supone sencillamente que la Constitución concibe como objetivo básico del proceso negociador la regulación de las condiciones de trabajo en sentido amplio, así como las relaciones existentes entre las organizaciones profesiones y el empresario y sus respectivas asociaciones de pertenencia profesional. *E contrario*, se excluye lo extralaboral, que si se piensa no supone una restricción tan amplia como podría pensarse (v.gr., art. 85 del ET o art. 32 k de la Ley 9/1987, de 12 de junio). No puede, por ello, inferirse que la referencia a lo "laboral" predetermine el ámbito subjetivo de este derecho constitucional. En realidad, la delimitación del ámbito subjetivo queda acotada expresamente, como se vio, con la referencia a "los representantes de los trabajadores y empresarios" en el marco del sistema de relaciones profesionales.

Por otra parte, como ha sido advertido en su momento es manifiesto que el art. 37.1 CE plantea una negociación típicamente bilateral, excluyendo, pues, como ámbito propio la negociación política (tipo concertación o pacto social) a tres bandas como ámbito específico de la garantía que allí mismo se contiene, como mecanismos de integración entre la autonomía sindical y el poder público en funciones de gobierno. Aunque, desde luego no prejuzga, en absoluto su realización al amparo de la acción política de los sindicatos (art. 7 y 131 CE).

b) Atendiendo a una interpretación sistemática del art.37.1 con los artículos 7 y 28.1 CE (preceptos, todos ellos, pertenecientes al bloque de constitucionalidad regulador de los derechos colectivos), la pertinencia del reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva aparece con contornos más nítidos en cuanto elemento integrante del contenido esencial del derecho de libertad sindical, cuya titularidad ostentan los funcionarios públicos, por indicación constitucional expresa (arts. 28.1 y 103.3 CE). En este sentido interesa poner de manifiesto que el ámbito de las relaciones profesionales de servicios de los funcionarios públicos con la Administración no existe una identidad de intereses, sino una contraposición estructural inherente a la dinámica de una relación de trabajo por cuenta ajena estatutariamente formalizada en el plano jurídico, cuyo eje prevalente es la dimensión cambiaria sin perjuicio del componente organizativo igualmente presente. El TC ha declarado reiteradamente que forma parte del contenido del derecho fundamental de la libertad sindical el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación y conflicto a que se

refieren los párrafos 1 y 2 del art. 37 CE, lo cual atiende al libre ejercicio de la actividad sindical de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios (art.7 CE), permitiendo integrar así el contenido del derecho a la propia actividad del sindicato, dentro de la cual la negociación colectiva (junto con la "facultad" de adoptar medidas de conflicto) constituye sin duda el medio primordial de acción en defensa de aquellos intereses (SSTC 73/1984, de 27 de junio; 98/1985, de 29 de julio, 39/1986, de 31 de marzo, 104/1987, de 17 de junio y 9/1988, de 25 de enero; 108/1989, 105/1992, de 1 de julio, y 208//1993, de 28 de junio, toda ellas declarando que el derecho a la actividad sindical comprende en todo caso el derecho a la negociación colectiva, entendida como un medio indispensable para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts. 7 y 28.1 CE). Si el contenido esencial del derecho remite a la "zona resistente" del derecho que el constituyente se ha reservado para sí y si el derecho a la negociación colectiva forma parte del mismo, es manifiesto que el legislador estatal no puede romper esa delimitación de competencias prefigurada en el documento constitucional. De este modo, el margen de discrecionalidad del legislador infraconstitucional es mínimo respecto a las piezas estructurales del contenido esencial. El tener del art.53.1 CE no admite ninguna duda al respecto, al disponer que sólo por ley, *que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. En esta materia ninguna peculiaridad del ejercicio del derecho de libertad sindical puede autorizar una exclusión de la titularidad del derecho o un grave menoscabo en las condiciones de ejercicio, porque de ser así se estaría vulnerando el *programa constitucional* haciendo irrecognoscible en derecho en cuestión a través de políticas legislativas de recorte de facultades que le son inherentes por decisión del constituyente. Y es que el derecho a la negociación colectiva forma parte del *núcleo* del derecho constitucional de libertad sindical, delimitando aquella "zona resistente" no disponible por el legislador dentro de la necesaria colaboración internomativa entre Constitución y legislación (López Pina y otros). En este sentido debe considerarse implícitamente superada el criterio restrictivo -y muy disfuncional- que adoptara inicialmente el TC, en STCo. 57/1982, fj. 9º, según la cual "Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias, al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de funciones en defensa de sus intereses, derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias, ya que el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo".

En este orden de ideas la base constitucional del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos se encuentra en el mismo art. 28.1 CE al cual ha de entenderse que remite directamente el art. 37.1 CE. En este sentido se trata de preceptos constitucionales que mantienen una relación de colaboración internormativa. El derecho de libertad sindical es irrecognoscible sin el derecho a la negociación colectiva. Ello supone que, si no quiere hacerse una lectura sesgada del texto constitucional, los sujetos sindicales ex art. 7 están comprendidos entre los sujetos representativos genéricamente mencionados en el art. 37.1 CE, por más que tenga que convenirse que los derechos colectivos laborales (y sus titulares) se apartan del modelo de monopolio sindical (STCo. 95/1996, de 29 de mayo). Si los sindicatos de "trabajadores" a los que pueden pertenecer los funcionarios son titulares por derecho propio del derecho a la negociación colectiva (arts.7, 28.1 y 37.1 CE), no podrá negarse que el mismo artículo 37.1 CE comprende su derecho a negociar colectivamente, al menos en cuanto "trabajadores" públicos inscritos a los sindicatos o instancias sindicales. Pero las organizaciones sindicales de pertenencia de los funcionarios no son sujetos "externos" a la lógica interna del art. 37.1 CE, sino que destinatarios propiamente dichos (ya que entran dentro la expresión "representantes de los trabajadores y empresarios"). De este modo la base constitucional de una negociación colectiva funcionarial viene constituida por el *grupos normativo* formado por los arts.7,

28.1 (que vienen a considerar a los funcionarios como "trabajadores" a efectos sindicales) y 37.1 CE. Teniendo en cuenta esta remisión internormativa y la amplitud del término "trabajadores" en la Constitución no parece que existan inconvenientes jurídicamente relevantes para la negociación colectiva de los funcionarios encuentre acogida en el art.37.1 CE. De éste último precepto no se deduce (ni parecería pertinente) una restricción de un ámbito de acción sindical como es la negociación colectiva. Con todo, la base del reconocimiento constitucional de la negociación colectiva de los funcionarios se encuentra en el grupo normativo formado por los artículos 28.1 y 37.2 CE, tanto en su lógica específica como en su obligada colaboración internomativa (tales preceptos en el programa constitucional no pueden ser objeto de una interpretación "sesgada" e "incomunicable" que permita ignorarse mutuamente en el momento de su aplicación efectiva; los preceptos constitucionales han de ser aplicados e interpretados atendiendo al principio de unidad del texto constitucional) y sin que, en ningún caso, el establecimiento de posibles "peculiaridades" del *ejercicio* del derecho pueda suponer una suerte de neutralización del mismo a base de introducir medidas de recorte que lo convierte en irrecognoscible como tal.

Aunque establecida respecto de otro derecho constitucional, cabe traer a colación la doctrina del TC según la cual "las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales, estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él, y, por tanto, dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales" (STC 234/1991). Esta doctrina significa que la privación de algún derecho fundamental en cualquier sector del funcionariado es únicamente lícita si proviene inequívocamente de la propia Constitución. Si ese bloque de constitucionalidad de "lo colectivo" se integra por un sistema o haz de derechos que continuamente se va reinterpretando conforme al sistema de valores que cristaliza en una comunidad política, ya parecería llegado el momento de superar las reticencias interpretativas condicionadas por el contexto histórico de fragmentación de "lo colectivo" en el mundo del trabajo por cuenta ajena. Existe una "cultura del derecho fundamental" (Häberle)[25] de negociación colectiva que puede facilitar una hermenéutica del precepto en un sentido subjetivamente más extensivo en coherencia con la regulación general del principio de autonomía colectiva en nuestro texto constitucional. Se alcanzaría así a reconocer con todas sus consecuencias lógicas la conformación de un estatuto constitucional mínimamente homogéneo de los derechos colectivos de los trabajadores por cuenta ajena, no necesariamente uniforme. Pero la cláusula de contenido esencial anudada al derecho a la negociación colectiva está llamada a imponer acciones positivas a los poderes públicos y privados, pero también no blinda completamente al derecho para introducir ciertos límites con otros derechos constitucionales a través del reclamo de las técnicas de ponderación, proporcionalidad y racionalidad. Ahora bien, no tendría sentido jurídico-constitucional se no exigir de legislador y el jurista de los de los derechos fundamentales un actividad de concreción de un núcleo esencial intangible. El art. 53.1 CE establece un mandato al legislador para garantizar efectivamente el contenido esencial de los derechos fundamentales. En este sentido el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios goza de fundamentalidad tanto en sentido material como en la vertiente jurídico-formal, pues se ubica sistemáticamente en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Es manifiesto, pues, que entre la Constitución y el legislador del derecho fundamental se ha de establecer una colaboración internormativa, de manera que la Constitución prefigura y conforma el derecho, y el legislador infraconstitucional lo garantiza y contribuye a reafirmar su configuración y régimen jurídico. El legislador da desarrollo y cumplimiento de los mandatos realizando esa tarea de colaboración internomativa con las limitaciones que cabe inferior de la propia Constitución.

[25] Häberle, P.: "El legislador de los derechos fundamentales" y "Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional", en López Pina, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia,* Madrid, Ed. Civitas, 1991, págs. 99 y sigs., y págs. 260 y sigs., respectivamente.

Por lo demás, en el plano de la legislación estatal no cabe duda actualmente del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. Bien es cierto, sin embargo, que su reconocimiento en la legislación estatal, no debería tener un valor propiamente constitutivo sino de garantía instrumental necesaria y relevante de la negociación colectiva funcionarial realizada a través de las estructuras o instancias organizativas correspondientes[26].

Por tanto, la titularidad del derecho a la negociación en la Constitución es atribuida a la representación de los trabajadores del sector privado como a la representación de los trabajadores del sector público, incluido el ámbito de la función pública. Pero debe acudirse a una interpretación integradora de bloque normativo constitucional formado por los artículos 7, 28.2, 37.1 y 103 de la Constitución. Admitiendo la conexión finalista entre estas disposiciones y los derechos de libertad colectiva/sindical que garantizan, de manera que el derecho a la negociación colectiva directamente de la Constitución. La doctrina que estableciera la STC 57/1982, "reflejaba el momento legal y cultural de aquel momento" histórico "y abría que admitir que reconocimiento y la titularidad del derecho a la negociación colectiva ya no es meramente legal, sino que deriva de la Constitución en cuanto que del contenido esencial de la libertad sindical no puede excluirse el derecho a la negociación colectiva. A ello no ha llegado, pero se había acercado algo, la sentencia 224/2000". Por tanto es necesario replantear y superar la doctrina establecida por la STC 52/1982[27].

Se consagra un sistema de doble canal de representación legal en la delimitación de los sujetos colectivos legitimados para negociar los convenios colectivos estatutarios. Este modelo dualista encuentra amparo en la textura relativamente abierta del art. 37.1 CE. Ahora bien: nada impediría que se reservara legalmente al sindicato y a las representaciones sindicales el derecho legal a la negociación colectiva estatutaria, entre otras razones porque la Constitución (como las normas internacionales) apuesta por el sindicato como eje de la identidad colectiva de los trabajadores (art. 7 CE), en tanto que las representaciones unitarias electivas solo encuentra una amparo "difuso" y genérico en el art. 129.2 CE. Y esa reserva de un canal sindical único de negociación colectiva ya se ha llevado a cabo en el marco de la negociación colectiva en la Función Pública.

El modelo "dual" de legitimación para negociación convenios estatutarios constituye un modelo legal de representatividad negocial que resulta anómalo en relación con los modelos normativos de los países europeos comparables. Ahora bien, hay que tener en cuenta que a pesar del sistema de doble

[26] Se recoge la posición doctrinal mantenida en Monereo Pérez, J.L.; "El derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. (Dirs): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 625-683, espec., págs. 627-633 ("2. Ámbito subjetivo del derecho: titularidad y sujetos titulares").

[27] En este sentido Fernández López, M.F., y Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M.: "Libertad sindical y negociación colectiva", en VV.AA.: *Jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas,* Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J., y Valdés Dal-Ré (Coords.), Madrid, La Ley, 2015, págs. 495 y sigs. Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, había señalado en otra ocasión -anterior- que "la negociación colectiva funcionarial no tiene el alcance ni la naturaleza del convenio colectivo, pero, afirmado esto, el Tribunal Constitucional no niega la existencia de un margen de autonomía negocial colectiva en el empleo público, que además en todo caso resultaría del propio art. 28.1 CE, como parte integrante del contenido básico de la libertad sindical (ST 73/1984, entre otras muchas). La total contractualización de la relación de empleo público no sería compatible con su régimen estatutario, pero sí un margen de contractualización colectiva de su regulación jurídica". Cfr. Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M.: "Ley y negociación colectiva en la función pública", en *Relaciones Laborales,* núm. 14 (1997), pág. 4, y observa que "la Constitución admite e incluso exige un espacio negocial colectivo en la relación de empleo público. El marco legal sólo en parte se ha adaptado a esta exigencia constitucional…" (*Ibid.,* pág. 10).
Con la misma lógica el art.2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce el derecho de las organizaciones sindicales a la negociación colectiva, sin establecer distinciones o modulaciones en relación a los funcionarios públicos, aunque es obvio que les afectarán las "peculiaridades" a las que aluden los artículos 28.2 y 103.3 de nuestra Norma Fundamental.

canal, nuestro modelo normativo de representación y negociación colectiva parte de la "sindicalidad" del modelo que pivota, en su conjunto, sobre la figura de la mayor representatividad sindical. Basta reparar en el hecho de que el criterio legal seguido para determinar la mayor representatividad sindical es la audiencia sindical en las elecciones a representantes unitarios y en hecho generalizado el éxito de las candidaturas sindicales (artículos 6 y 7 de la LOLS).

El protagonismo de las representaciones sindicales está presente tanto en los convenios de empresa o ámbito inferior (secciones sindicales con legitimidad preferencial; sindicalización de los miembros que integran las representaciones unitarias electivas)[28] y se convierte en protagonismo absoluto y exclusivo en la negociación de los convenios colectivos sectores o supraempresariales.

Mostrando su capacidad renovadora y de innovación, la negociación colectiva está expandiendo su campo de aplicación más allá del espacio propio del Derecho del Trabajo subordinado, abarcando la regulación de los trabajadores autónomos, considerados como legalmente independientes y no asalariados. Y lo es ya en los convenios colectivos más avanzados negociados con arreglo al cauce previsto en el Título III del ET, aparte de la existencia de otras formas más débiles de negociación colectiva específica -y en no poco desnaturalizada- como son los Acuerdos de Interés Profesional para la regulación colectiva de condiciones de trabajo de los autónomos económicamente dependientes (TRADE), regulados en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, artículos 3.2 y 13. Desde el punto de vista técnico-jurídico, de la categorización jurídica, tales Acuerdos de Interés Profesionales no son verdaderos supuestos de negociación colectiva en el sentido del art. 37.1 CE, porque no existe un verdadero poder de negociación y su régimen jurídico establecido en la LETA se aparta del paradigma propio de los convenios colectivos de trabajo y su fuerza jurídicamente vinculante.

5º. Ámbito objetivo del derecho a la negociación colectiva. Es un modelo normativo que sitúa a la negociación colectiva como fuente de producción de normas de Derecho objetivo y al convenio colectivo como fuente traslativa (expresión del acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios "en virtud de su autonomía colectiva", dice el art. 82.1 ET) del Derecho del Trabajo capaz de asumir un lugar central en la gobernabilidad del sistema de relaciones laborales (reténgase, por ejemplo, el tenor de los artículos 82 y 85 del ET). La negociación colectiva a través del convenio dotado de fuerza normativa erga omnes, puede entrar en la regulación sustantiva de las instituciones más importantes del ordenamiento laboral (el alcance de regulación material que posibilita el art. 85 ET es extraordinariamente amplio). El enriquecimiento de los contenidos ha sido constante, entre las últimas atribuciones se hallan los planes de igualdad y más atribuciones respecto a la digitalización de las relaciones laborales y el respeto a los derechos fundamentales o la flexibilidad laboral interna como alternativa a los despidos colectivos. Eso sí observando el principio de jerarquía normativa, y una coordinación internormativa que se construye sobre sus funciones de complementariedad y suplementariedad. La función promocional del derecho a la negociación colectiva.

6º. Dada la fisonomía jurídica del modelo de negociación colectiva y de garantía de la fuerza normativa vinculante del convenio colectivo estatutario, la regulación legal opera con particular intensidad en los aspectos fundamentales del derecho la negociación colectiva. La ley del ET es ciertamente promocional, pero lo es respecto de un tipo normativo de convenio colectivo cuya eficacia extraordinaria conduce a un intervencionismo fuerte, que desde las reformas de 1994 y 2012 no siempre puede considerarse como estrictamente "promocional", ya que preside, de manera

[28] Artículos 87 y 88 ET; artículos 6.3.b), 7.1, párrafo Segundo, y 8 de la LOLS. Respecto a la "sindicalización" relativa de la representación unitaria (aparte del criterio de la audiencia electoral para ostentar la condición de sindicatos mayormente representativos ex artículo 6 y 7 LOLS), véase 67 a 76 ET.

predominante, el criterio del control legal sobre la dinámica del ejercicio de este derecho fundamental a la negociación colectiva y a la garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. En otras palabras, la intervención de apoyo y fomento de la negociación colectiva y a la efectividad de la garantía constitucional de los convenios colectivos no debe invadir los espacios que la autonomía colectiva (de la cual es expresión formal el convenio colectivo estatutario) debe reservar para sí (conforme a su "contenido esencial" ex art. 53.1 CE, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Carta Magna) en un sistema democrático y pluralista de relaciones laborales. Es obvio que la garantía constitucional ex artículos 37.1 y 53 de la Constitución impide que el convenio colectivo puede ser *un instrumento de intervención en al servicio de las políticas estatales dirigistas,* incluso distorsionando su función al configurarlo unidireccionalmente como mecanismo al servicio exclusivo o preferente de la organización empresarial y de las políticas de competitividad de las empresas. Y realizado esa redefinición finalista en contra de los procesos de autonomía y autorreflexividad de los interlocutores sociales.

7º. El modelo legal permite una estructura potencial de autogobierno de la estructura negocial y de los conflictos de concurrencia de convenios, a través de los Acuerdos Marcos Interconfederales, a la par que la ordenación monográfica de determinadas materias al máximo nivel estatal (convenios o acuerdos sobres materias concretas) (art. 83 ET).

Sin embargo, la funcionalidad de los Acuerdos Marcos Interconfederales ha quedado mermada o "debilitada" por las reformas que ha "expropiado" a los propios interlocutores sociales de su capacidad de gobierno de la estructura y articulación autónoma de la negociación colectiva. Ello deriva de la introducción legal de mecanismos que permiten la desestructuración de la negociación colectiva a través de las cláusulas de descuelgue e inaplicación de los convenios colectivos (artículo 82.3 ET) y la preferencia legal a-causal de los convenios colectivos de empresa para proceder a descolgase e inaplicar regulaciones del contenido material de los convenios sectoriales en cualquier momento de la vigencia de éstos (art. 84.2 ET). Esta última vía de fomento de la descentralización interna hacia la empresa y empresas de estructura compleja (y con esto la empresarización de las relaciones laborales y la pérdida de poder de los sindicatos y correlativamente el incremento de poder de los empleadores). Se verá después que la reforma laboral de 2021 ha atenuado visiblemente su eficacia disfuncional (negativa) al impedir que esa disponibilidad convencional opere sobre las materiales salariales. Es una descentralización que se vence hacia un modelo de flexibilidad interna impuesta y no negociada entre los interlocutores sociales. Lo cual supone, entre otras cosas, neutralizar la actuación abusiva de las Empresas Multiservicios que les había permitido una práctica de subcontratación de bajo coste, lo que tenía la consecuencia manifiesta de contribuir a una explotación sistemática de los trabajadores[29]. En cualquier caso, persisten las demás materias sobre las que puede operar el privilegio dispositivo del convenio de empresa sobre los convenios sectoriales.

La tendencia de las reformas de la década de los noventa (con su larga prolongación inalterada hasta la reforma parcial de 2021) ha sido la de favorecer la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos estatutarios por otros ámbitos inferiores de negociación colectivo (cláusulas de descuelgue o inaplicación a través de acuerdos colectivos de empresa y principio de preferencia aplicativa del convenio de empresa; artículos 82.3 y 84.2 ET, respectivamente). Afectando a materias de enorme trascendencia en la ordenación de las relaciones laborales.

Por lo demás, a la disponibilidad de la eficacia del convenio colectivo "extraestatutario" contribuye también la técnica de la modificación unilateral por el empleador del contenido convencional

[29] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Subcontratación empresarial y reforma laboral", en Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico,* Murcia, Ed. Laborum, 2022, págs. 259-372, y bibliografía allí citada.

durante su vigencia, especialmente a través del art. 41 ET (en la formulación originaria el art. 41.2 ET contemplaba la posibilidad de que a través de acuerdo colectivo se pudiera producir la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios regulados en el Título III del ET; la reforma de la Ley 3/2012, correctamente, situó sistemáticamente este tipo de inaplicaciones en el art. 82.3 del ET. Reténgase la vigente regulación ex art. 41.6 ET, a cuyo tenor: "La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título II deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3"). El art. 82.3 ET introdujo un arbitraje obligatorio *ex lege,* sea a través del sometimiento a la CCNNCC u a un órgano autonómico competente, o sea un árbitro o colegio arbitral externo. Su implantación legal -de controvertido encaje constitucional como arbitraje obligatorio impuesta "*ope legis*"[30]- obedecería a instaurar un modelo economicista de empresa flexible en la misma dirección que otras medidas que afectaron las reformas del sistema de negociación colectiva en nuestro país; y tras ello el reforzamiento empresarial de los poderes de gobierno de las relaciones laborales. Ahora bien, el arbitraje obligatorio puede ser limitado de "*lege data*" por la autonomía colectiva (toda vez que no hay una prohibición legal similar a la prevista en el art. 84.2 ET sobre la preferencia legal aplicativa del convenio de empresa, que no deja espacio de disponibilidad para la autonomía colectiva al máximo nivel del art. 83 ET), aunque de "*lege ferenda*" sería preferible -y más generalizable- establecer una reforma legislativa encaminada a la sustitución legal del arbitraje obligatorio por la mediación obligaría como mecanismo para contribuir a cerrar el bloqueo de negociación[31].

Al atentado al principio de autogobierno colectivo de la estructura negocial, se sumó el deficiente modelo de ultraactividad del convenio colectivo (vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada; art. 86.3 ET), donde se recurría igualmente a una norma de derecho necesario absoluto, impidiendo que los Acuerdos Marcos ex art. 83.1 ET pudieran incidir en la regla legal introducida por la reforma de la Ley 3/2012, consistente en que los convenio colectivos denunciados después de un año perderían su vigencia sin ultraactividad de su contenido normativo o dimensión normativa, aplicándose si lo hubiera el convenio de ámbito superior (art. 86. 4 ET). Lo cual posibilitó la creación de posibles vacíos de regulación convencional que planteó serios problemas que se tratarán aquí concisamente más adelante.

El art 1.10 del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre (de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo) modifica la redacción originaria del art. 86. 4 ET, a cuyo tenor: "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 art. 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". Con ello vuelve a posibilitarse el autogobierno colectivo a través de los Acuerdos Marco ex art. 83.1 ET.

[30] Si bien, como ya se ha señalado, la STC 119/2014, de 16 de julio, declaró la constitucionalidad del arbitraje obligatorio de sometimiento legal FJ. 5.A).

[31] Vivero Serrano, J.B.: *El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos (incluye la STC 119/2014, de 16 de julio)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 15 y sigs., 173 y sigs., y 177 y sigs.

8º. Junto a los convenios colectivos han ido proliferando, cada vez con mayor intensidad, los Acuerdos de empresa, que a pesar de que su existencia en el propio sistema normativo del ET no quedan reflejados en el art. 3 del ET, el cual enumera las fuentes reguladoras de la relación laboral. Esos acuerdos de empresa -heterogéneos en sus fines y contenidos, de carácter monográfico y de naturaleza y eficacia jurídica compleja y diversificada- se contemplan en los artículos 40.1, 41.2, 44. 4 y 9, 51,2, etcétera. Estos acuerdos de reorganización productiva han constituido un instrumento de *flexibilidad interna negociada*. A través de estos Acuerdos de empresa se ha venido produciendo un giro hacia la empresarización, señaladamente en las operaciones de reestructuración permanente de las organizaciones productivas, pues la proliferación de estos acuerdos refleja una normalización de los mismos resolviendo dinámicamente los problemas planteados en la empresa y las búsqueda de puntos de encuentro y de equilibrio entre los intereses de la empresa/empleador y los intereses de los trabajadores. Estos mecanismos de flexibilidad interna negociada han podido (en el marco de una negociación colectiva gestional)[32] utilizar los acuerdos para evitar o reducir los despidos, y buscar soluciones alternativas (como recolocación, formación profesional de adaptación a otros empleos de la empresa, o grupos de empresas, etcétera). En otras ocasiones, sin embargo, la situación es más problemática, bien porque se imponga unilateralmente por el empleador (tras de un periodo de consulta-negociación sin se trata de modificaciones colectivas), o porque a iniciativa de una de las partes -de ordinario por el empleador- se someta a un arbitraje que para la otra parte del conflicto o controversia es de sometimiento obligatorio en el origen mismo del procedimiento arbitral.

Otro aspecto relevante es que aunque incluso se normalicen legalmente estos procedimientos modificativos -como gestión ordinaria y medida de flexibilidad laboral interna-, se pone de manifiesto que esta institución escapa de la lógica inmanente a la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida, por sus causalidad (que no siempre supone mayor sacrificio, sino inutilidad de la prestación, como es el caso, de la atención la competitividad de la empresa, al uso en la organización productiva de las nuevas tecnologías, al simple mayor rendimiento, porque puede afectar a condiciones colectivas de trabajo, incluso establecidas en convenios colectivos extraestatutarios, etc.) y porque la excesiva onerosidad sobrevenida como modalidad de alteración sobrevenida de las circunstancias es un recurso de carácter excepcional o extraordinario en el Derecho común de la contratación privada. En éste se reconoce tan sólo la facultad de la parte perjudicada por el hecho sobrevenido de pedir la modificación sustancial al órgano judicial competente (lo cual tampoco es el caso "ad initio" del art. 41 ET y normas citadas, donde el control judicial es "a posteriori" después de ser adoptadas con la fuerza del principio judicial del "*solve et repete*"), precisamente porque es una modificación sustancial o principal del nexo contractual. Esto es importante para atender a la realidad de las bases subyacentes al conflicto al necesario reequilibrio de intereses que ha de ser afrontado en el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

9º. Es un modelo normativo que presupone la existencia de los convenios colectivos *sindicales* extraestatutarios, pero nos los somete a la regulación en una ordenación normativa dentro del Sistema normativo *interno* del ET (su existencia presupuesta se confirma, por ejemplo, en los artículos 82.3, 90.1 y 91.2 del ET) . Con ello *se incumple parcialmente la garantía constitucional de garantizar integral y fácticamente el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de todos los convenios colectivos* (artículos 37.1, pero también los artículos 7 y 28.1 de la Constitución). Es una de las aporías más sorprendentes de nuestro Modelo normativo de negociación colectiva y de garantía de la eficacia de los convenios colectivos extraestatales, los cuales, por decirlo en términos de conjunto, son por definición "convenios sindicales" negociados entre sindicatos y asociaciones empresariales. Estos convenios colectivos sindicales extraestatutarios están protegidos no sólo por el

[32] Para la construcción de esta noción, véase "derecho de información", 1992; Monereo Pérez, J.L.: "Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000,* Madrid, MTAS, 1999.

art. 37.1 CE (y la garantía de su "contenido esencial" ex art. 53.1 CE), sino también por el derecho de libertad sindical garantizado en el art. 28.1 de la Norma Fundamental, pues la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (de nuevo art. 53 CE; art. 2.2.d) LOLS y SSTC 177/1988, 2010/1990, 107/2000, 238/2005, 151/1994, 119/2002) y, a mayor abundancia, se insiste, este tipo de convenios extraestatutarios suelen ser negociados típica y significativamente por sindicatos y empresarios o asociaciones empresariales.

10º. Es un modelo que ha alcanzado una madurez y una cierta combinación entre "estabilización" y "flexibilidad" operativa. Pero ello se consigue con la adaptación del modelo de respuesta legal y ante todo de la praxis autorreflexiva real de los propios interlocutores sociales, pues la negociación colectiva continua siendo un poder bilateral de autodeterminación social colectiva, con los límites que marcan la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento laboral. La legislación estatal (o más ampliamente "pública") de cobertura y apoyo nunca es suficiente para la construcción de modelo "real" de negociación colectiva que pueda prescindir la autorreflexividad de los propios interlocutores sociales que son los verdaderos protagonistas en un sistema democrático de relaciones laborales.

11º. Con todo, no se puede considerar que el modelo legal de negociación colectiva diseñado en el Título III del ET tenga ninguna continuidad sustancial con el modelo de negociación colectiva del régimen laboral autoritario de la dictadura franquista enmarcado en la lógica del "sindicalismo vertical" corporativo de Derecho público. La opción por la normatividad de convenio colectivo y su eficacia general hoy por hoy se inserta con plena coherencia -a pesar de ciertos desajustes e imperfecciones- en el sistema democrático y conflictual de relaciones laborales diseñado en nuestra Constitución, como norma fundamental que construye las bases de nuestro sistema político y jurídico. Es un modelo dotado de cierta estabilidad en sus pilares básicos, pero que ha sido objeto de reformas de envergadura por exigencias, ciertamente controvertidas por obedeciendo a exigencias de las políticas y estrategias de conformación del sistema de relaciones laborales. Nuestro sistema de negociación colectiva (Constitución más legislación estatal de desarrollo de las previsiones constitucionales) atiende como nuestro referente histórico de constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho a las bases constitucionales de la libertad sindical (art. 39; Constitución que estuvo bajo la influencia de la Constitución de Weimar de 1919) y la a regulación de los convenios colectivos en la Ley de Contrato de Trabajo de la IIª República Española (art. 12; Ley española de Contrato de Trabajo Inspirada, a su vez, en la Ley de contrato de trabajo alemana de 1923, en relación con la Ley de Asociaciones Profesionales del 8 de abril de 1932, donde se les reconoce la capacidad para celebrar pactos y contratos colectivos).

2. EL IMPACTO DE LAS REFORMAS LABORALES EN EL MODELO LEGAL. CONTRARREFORMA DE CORRECCIÓN NO DE CAMBIO RADICAL DE MODELO NORMATIVO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En la conformación de estos rasgos del modelo legal de negociación colectiva y de garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (que son la expresión jurídico-formal de los poderes sociales con facultad normativa creadora) hay elementos de continuidad y elementos de renovación. Un hilo conductor desde la reformas de 1994, 1997, 2010, 2011 y 2012 ha sido la dirección flexibilizadora de la negociación colectiva y del modelo estatutario que pivota sobre el convenio colectivo como norma jurídica de eficacia personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. Se trataba de facilitar la desvinculación de las empresas singulares de los convenios colectivos sectoriales, debilitando la fuerza vinculante del convenio a través de vías de inaplicación parcial sistemáticamente utilizables. La reforma de 2012, lejos de conllevar -como se afirmaba en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012- una "modernización" de la negociación colectiva (autocalificación técnica pretendidamente aséptica y neutral) que supuso un giro autoritario (no

necesariamente inconstitucional en todo lo que fue objeto de la reforma legislativa), y que generó más problemas y conflictos de los que supuestamente pretendía resolver. Comenzando porque se hizo a contracorriente y rectificado a los propios interlocutores sociales que habían llegado a un acuerdo, lo cual hacía suponer los bloqueos, el aumento de la conflictividad y la judicialización de los conflictos laborales que se iban a producir. Por otra parte, se generó una gran inseguridad sobre el significado y alcance de aspectos nucleares de la reforma. En este extremo quizás el ejemplo más llamativo es del modelo de regulación de la ultraactividad que en último momento suponía hacer desaparecer la regulación colectiva dejando un vacío gravísimo en la ordenación de las relaciones laborales. Pero, por otra parte, también propició una "devaluación salarial" a través del amplio conjunto de medidas de "intervención dirigista" que fueron adoptadas. A lo que cabe añadir, la normalización de los arbitrajes forzosos, es decir, de sometimiento obligatorio, contradiciendo el criterio anterior de su establecimiento para supuestos realmente excepcionales (por ejemplo, art. 10, párrafo 1º del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo interpretado teleológicamente por el Tribunal Constitucional, STC 11/1981, de 8 de abril, apartado 2.D) del Fallo).

El otro gran paradigma de desestructuración del modelo sindical de negociación colectiva fue el establecimiento del principio de prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo, cuya ordenación se impuso con carácter de norma de derecho necesario absoluto respecto de la autonomía colectiva negocial. Esta medida permitió deliberadamente una devaluación salarial y asimismo una competencia desleal entre las empresas del mismo sector basada en una modelo atomizado de competitividad obtenido por la reducción de costes laborales, disciplinamiento de los trabajadores (este aspecto persuasivo y disuasorio debe ser subrayado) y, por supuesto, la desindicalización, porque en muchos casos esos convenios de empresa no eran negociados por representaciones sindicales (y cuando así lo hacían descubrían que se encontraban en posiciones de desventaja en las relaciones de poder negociador).

Por lo demás, las reformas había guardaban silencio en relación con muchas medidas necesarias para promocional la negociación colectiva. Y lo que es más grave las nuevas medidas flexibilizadoras se sumaban a los mecanismos ya establecidos por la reforma de 1994 de debilitamiento de la fuerza conformadora de los convenios colectivos de carácter normativo y eficacia jurídica personal generalizada en todo su ámbito de aplicación (señaladamente acuerdos de empresa de descuelgue e inaplicación de convenios colectivos), bajo el prisma de que estaríamos ante una flexibilidad interna negociada[33]. Aparte de que esto no siempre fue así, muchos de estos acuerdos fueron "concesivos" dada la situación de debilidad de la representación colectiva/sindical de los trabajadores partes de este tipo de negociación colectiva gestional o participativa. Ahora bien, al menos eran Acuerdos ex art. 82.3 ET de reorganización empresarial que tenían -y siguen teniendo- una obligada fundamentación causal (causas económicas, técnicas, organizativa y de producción), cuya carga de la prueba incumbe al empleador. A ello se añade que persiste la posibilidad de modificar unilateralmente por el empresario las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios por la vía ya "normalizada" jurídicamente del art. 41 ET (posibilidad permitida originariamente desde la reforma legislativa de 1994).

Es lo cierto que las reformas en el ciclo que se inició en el año 1994 y que se reforzó con la emprendida en 2012 (precedida por las reformas "intermedias" de 2010 y 2011) se vencieron

[33] El debilitamiento de la fuerza "erga omnes" (eficacia personal generalizada del convenio estatutario) se ha venido produciendo en una cascada o miríada de reformas laborales situadas en esa dirección que ha limitado también las políticas de centralización y de negociación articula previstas en el art. 83 ET: la reforma de 1994, con su reforma del art. 84 ET, 82 ET, 41 ET y 82 ET, la vuelta de tuerca de la reforma de 2011, con la primacía del convenio de empresa sobre los convenios sectoriales (art. 84.2 ET), y la rectificación parcial o contrarreforma llevada cabo por el RD-ley 32/2021 y otras normas situadas en ese sentido más garantista y de potenciación del protagonismo de la autonomía colectiva negocial.

hacia una flexibilidad legalmente impuesta y asimétrica, porque en todas ellas se reforzó el poder de decisión de los empresarios respecto a los sindicatos (y en no poco incluso frente a las organizaciones profesionales más representativas de los empresarios). Se ha pretendido que la negociación colectiva sea un instrumento al servicio de las necesidades de funcionamiento de la empresa, desconociendo su mismo carácter bilateral de solución de conflictos, equilibrio de poderes y regulación de las condiciones de trabajo atendiendo a la pluralidad de los intereses divergentes en juego, pues sólo así la negociación colectiva y los acuerdos que puedan alcanzarse en el proceso de negociador podrán considerarse propiamente como *síntesis de opuestas aspiraciones* y en lo gestional como verificación de las necesidades objetivadas de las empresas y atención a la pluralidad de los grupos de intereses confluyentes en la valoración y en los convenios y acuerdos celebrados como expresión formal de la autonomía colectiva. Se pretendía en cierto sentido desnaturalizarla como instrumento de autorregulación del poder social y como cauce para establecer un distribución de la rentas y de instauración de condiciones de trabajo equitativas. La negociación colectiva no puede limitarse a ser un instrumento al servicio de la producción y de las "necesidades" empresariales, por más que esta función es importante y está presente el instrumento negocial de codecisión negociar de cuestiones relativas la dinámica gestional de funcionamiento de las organizaciones productivas.

Se convendrá, como la experiencia lo ha demostrado nítidamente, que la reforma de 2012 supuso un cambio en las relaciones de poder entre los actores sociales, dando una vuelta de tuerca sobre el camino de fortalecimiento de los poderes del empleador; y con ello un *debilitamiento del constitucionalismo de derecho social* en el sistema de relaciones laborales. En otras palabras, se operó lo que realmente se buscaba, a saber: una ruptura de los equilibrios de poder en el mundo del trabajo. Pero también a costa de inseguridades jurídicas y del fomento legal de un modelo de competitividad y de flexibilidad laboral regresiva en cuanto encaminada a la precarización del trabajo y al aumento de la competencia desleal, en detrimento de una competencia y flexibilidad laboral garantista orientada hacia la innovación, la calidad del producto o de los servicios, y a la calidad del empleo (trabajo decente, en la terminología ya instalada de la OIT).

Dando por el hecho que era necesario realizar cambios en ese modelo, el Gobierno de coalición antes de la reforma de 2021 proponía un *proyecto avanzado de reforma global* de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Un proyecto no sólo encaminado a revertir la reforma de 2012, sino también rectificar algunos aspectos negativos del modelo de regulación impuesto por la anterior reforma de 1994. Y no sólo eso, pues no sólo miraba, por así decirlo, al "pasado", sino hacia el "futuro", porque desde el año 2012 (y tanto más distante desde el mismo año de la gran reforma flexibilizadora de 1994) se habían producido procesos de cambio especialmente relevantes que afectaban al modelo de regulación laboral y muy señaladamente al papel de la negociación colectiva y a su expresión jurídico-positiva: el convenio colectivo en cuanto norma social pactada sobre condiciones de trabajo y ordenación del sistema de relaciones laborales. Lo cual implicaba que la solución adecuada no residía en la petrificación del modelo legal vigente sin necesidad de reformarlo. La reforma tendría que ser inevitablemente reconstructiva e innovadora en las reconfiguración de las instituciones clásicas.

No sólo se había culminado la tercera revolución industrial, con los procesos de automatización y la crisis del fordismo como modelo de regulación del sistema de relaciones laborales y de interacción entre los tres grandes actores de dicho sistema jurídico e institucional, sino que también se iba abriendo camino a la cuarta revolución 4.0, presidida por la digitalización [inteligencia artificial y robótica] de las relaciones económicas y las mismas relaciones laborales, sin que el ordenamiento jurídico ofreciera una respuesta completa, sino parcial y dispersa, sobre la incidencia de esa nueva revolución tecnológica-digital operada en las fuerzas productivas, y sobre todo en la esfera del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales genéricos o inespecíficos de las personas que trabajan, fácilmente eludibles y cuestionados ante una "sociedad de la vigilancia" (intensificación de la sociedad del

riesgo) y de incremento de los poderes de los empleadores que disponían a placer de las nuevas tecnología digitales sin frenos significativos por parte del ordenamiento jurídico-laboral, siempre con respuestas defensivas y tardías y no ofensivas y de carácter preventivo a través del juego de los principios de responsabilidad y sus manifestaciones en los principios de prevención de riesgos y de precaución (situaciones de incertidumbre).

No cabe ocultar la realidad de que las nuevas tecnología (ahora las tecnología digitales) ejercen una cierta fascinación sobre los expertos en Derecho Social; y esto no es necesariamente negativo a condición de que no paralice el modo de pensar y se incurra en los determinismo tecnológicos. En el pasado -todavía reciente- se han tenido que afrontar la incidencia de una "tercer revolución industrial" (presidida por la etapa de la automatización y de la decadencia de los modos de producción del fordismo) y se ha tenido que dar respuesta a esa incidencia adaptando no sólo el marco proporcionado por la legislación pública, sino también la (auto)ordenación y la dinámica de funcionamiento práctico de los interlocutores sociales en la negociación colectiva y el intercambio sociopolítico que comporta los proceso de concertación social en sus diversas manifestaciones de política del Derecho y de técnica legislativa. Paradigmáticamente, en la lógica de la flexibilidad, se plantea la transición del Estado Social de Derecho a las formas de Estado competitivo o Estado de mercado; mientras tanto, la negociación colectiva se diversifica y tiende a la descentralización hacia la empresa (que tiene que dar respuestas competitivas, pero en la cual preside aún la obsesión de la reducción de los costes sociales). Tanto la legislación pública del Estado Social como los convenios colectivos inciden y corrigen el desarrollo de los mercados. Y a los cambios que se operan en los mercados y en las fuerzas productivas (entre las que se encuentran las tecnologías y el capital) exigen esas respuestas autorreflexivas de los tres grandes actores que son protagonistas del sistema de relaciones laborales. El desenvolvimiento de los mercados no están sujetos a variables fijas, sobre ellos pueden incidir los modelos de regulación diseñados por la legislación pública y la autonomía colectiva (y ambas fuentes en coordinación, como acontece con los procesos de intercambio político a través de la concertación social). Estos modelos de regulación no son una variable dependiente de la economía como si esta fuera un factor determinista irresistible y el Derecho sólo sea un pretendido reflejo de esa realidad económica (y las fuerzas que operan en el mercado como espacio de poder económico), es decir, una simple variable dependiente del orden "espontáneo" del mercado[34]. En el desarrollo histórico inciden todos los protagonistas que detentan los factores base de poder para influir en el sentido de las transformaciones en curso (poderes con fuerza constituyente), mientras tanto se operan cambios en la "cultura jurídica" y la realidad de la distribución de los poderes de gobierno del sistema de relaciones laborales y la elaboración e interiorización de las nuevas de institucionalización de los conflictos y las formas de colaboración, cuyos términos se reformulan con la evolución de los hechos del acontecer histórico. En la dinámica de la negociación colectiva se materializan los poderes de gobierno del sistema de relaciones laborales. Y en ello operan los diversos canales de producción jurídica, legislación pública y convenios colectivos. Esto es palpable en la dirección de política del Derecho de ambas fuentes de gobierno del sistema de relaciones laborales hacia la potenciación de la descentralización de la negociación colectiva de sector hacia la empresa. Los instrumentos que

[34] Esa concepción del orden espontáneo es la mantenida por Hayek, F.: *Los fundamentos de la libertad,* Madrid, Unión Editorial, 4ª ed., 1982; *Ibid.*, *Derecho, Legislación y Libertad,* 3 volúmenes, Madrid, Unión Editorial, 1982-1988; *Ibid.*, *Camino de Servidumbre,* Madrid, Alianza Editorial, 1978. Al respecto, Wapshott, N.: *Keynes vs Hayek. El choque que definió la economía moderna,* trad. A. García, Barcelona, Deusto, 2013. Una crítica a esa concepción y a su rechazo a la noción de "justica social" y sus presupuestos, en Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., págs. 66 y sigs., destacando que en la filosofía neoliberal de Hayek la misma idea de "justicia social" supone una destrucción del carácter supuestamente espontáneo del mercado, de manera que la "justicia social" entraría en contradicción con la libertad y con la "Constitución del Estado Liberal" (*Ibid.*, pág. 67); *Ibid.,* "Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo. *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (20-21), (2011). https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.2165.

se utilizan en esta descentralización de los niveles de negociación son el convenio de empresa y, muy especialmente, los acuerdos colectivos de empresa, los cuales permiten vincular las materias objeto de negociación a los problemas que más inciden en la organización del personal, la gestión y la actividad específica empresarial. Uno de los grandes problemas que se están planteando es el de la negociación de Acuerdos colectivos de Empresa en la pequeña empresa (y en la "microempresa"; no puede equipararse a estas empresas de muy reducidas dimensiones con la "mediana" empresa, donde las posibilidades de una negociación colectiva eficaz son muchos mayores), donde no sólo suele estar ausente el poder sindical, sino también las estructuras de representación unitaria electiva. Al respecto caben dos grandes alternativas: a establecer las "representaciones" *ad hoc* (de ordinario no sindicalizadas) con trabajadores elegidos por el personal de la empresa; o bien, alternativamente, legitimar a representaciones sindicales "externas" a la pequeña empresa, siendo lo más adecuado el reclamo de los sindicatos más representativos (artículos 6 y 7 de la LOLS, y 87 y 88 del ET) como representaciones "externas", porque garantizan una auténtico poder de negociación colectiva/ sindical frente al empresario. Una tercera opción -que no parece apropiada dada la poca entidad del personal en las pequeñas empresas- es que se otorgue un poder de negociación directa a los propios trabajadores de la pequeña empresa. La apuesta en nuestro país por las "comisiones ad hoc" -con base al modelo arquetípico del art. 41 del ET- está siendo extraordinariamente problemática, porque no están garantizando una representatividad real de los trabajadores ni un verdadero poder de negociación frente al empresario. En la práctica, se trata más bien de una negociación "adhesiva" o "concesiva" en relación al poder unilateral detentado por los empresarios. En este contexto se agudizan las tensiones latentes entre los convenios de sector y los acuerdos colectivos de empresa en sus distintas expresiones; tensiones en las que subyace el debilitamiento -que puede alcanzar al declive- de los sindicatos sino negociación o controlan los procesos de negociación en las pequeñas empresas en las que -no se olvide- están atomizadas la mayor parte de las clases trabajadoras en nuestro tejido empresarial.

Entre las opciones de política del Derecho la reforma de 2021 optó, sin embargo, por una reforma parcial, eludiendo una derogación total -o más amplia- de la ordenación legal que instituyó la Ley 3/2012. Esta prudente decisión -cuando se tenía la posibilidad de política del Derecho de llevar a cabo una reforma más incisiva unilateralmente[35]-, se comprende y explica por la opción de política legislativa de primar el dialogo y la concertación social en un momento de crisis generalizada. Pero, además, esa reforma negociada había sido comprometida con la Unión Europea a través del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia. Hunde sus raíces en este Plan que fue aceptado por la Unión Europea. Efectivamente, *el "componente 23" recoge como una de las prioridades la modernización de la negociación colectiva*[36]: Este Componente 23 propone la modernización de marco legal de la negociación colectiva. Como se percibe, visiblemente, en la reforma operada por el RDL 32/2021 se incide en la materialización de algunos de estos objetivos propuestos y aceptados por la Unión Europea. La idea de modernización de la negociación colectiva en el marco de esta última reforma tiene un significado más transaccional entre la justicia social y la racionalización instrumental finalista que subyace a las empresas bajo condiciones capitalistas de organización de la sociedad de

[35] Destacar que ciertamente, en fecha reciente, este objetivo más ambicioso se está retomando con la propuesta gubernamental de construir un Nuevo Estatuto de los Trabajadores. Puede consultarse la propuesta de reforma global del Estatuto de los Trabajadores en Monereo Pérez, J.L.: "Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI" Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102

[36] Componente 23 (reforma 8) del Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia, adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021, y presentado a la Comisión Europea el 30 de abril y aprobado en el Consejo ECOFIN del 13 de julio. Véase Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. DO L 57 de 18.2.2021, págs. 17-75.

mercado[37], por un lado, y por otro, entre un garantismo legal de heterorregulación de la negociación colectiva (que informó los parámetros del Título III del ET, a la vez que potenció a la institución del sindicato más representativo eje sobre el que pivota el sistema de negociación colectiva estatutaria[38]) y un garantismo legal flexible de encauzamiento, cobertura y apoyo a los procesos de autorregulación colectiva.

En el *Componente C23.R8* ("Modernización de la negociación colectiva", que expresa en la rúbrica el objetivo global perseguido) se destaca que los convenios colectivos son piezas clave en los sistemas democráticos y también son elementos fundamentales en la configuración de dinámicas empresariales y productivas eficientes. Ello es así porque permiten la adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, ya que aportan seguridad, al disminuir la conflictividad y también porque posibilitan una competencia entre las empresas que gravita fundamentalmente en la calidad y no en los costes laborales. La eficiencia de la negociación colectiva en el cumplimiento de sus fines requiere que su configuración respete el equilibrio necesario y que se articule de modo proporcionado. Las sucesivas reformas han llevado a una arquitectura de negociación colectiva que no responde a las necesidades actuales, desde el punto de vista de la adaptación a las necesidades de los diferentes sectores y empresas y la vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado a nivel nacional, en un contexto de intenso cambio como consecuencia de la transición ecológica y la digitalización. Por ello, la modernización de la arquitectura de negociación colectiva constituye una pieza clave del paquete de reformas que serán elevadas al Diálogo Social, abordando aspectos tales como la ultraactividad de convenios, la relación entre convenios sectoriales y de empresa, y los mecanismos de consulta y negociación en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Además, la modernización de la negociación colectiva deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, *enriqueciendo sus contenidos* y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos. Así mismo es necesario efectuar reformas para eliminar todos los obstáculos que desde la negociación colectiva impidan la extensión voluntaria de la vida laboral de los trabajadores, aumentando de esta forma la edad efectiva de jubilación[39]. La reforma tiene como objetivo al conjunto de las personas asalariadas y de forma específica a las que tienen sus condiciones laborales reguladas

[37] Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo II. "La racionalización del Derecho y su vinculación con la economía y la teoría del Estado".

[38] No se olvide que el modelo estatutario deriva del Acuerdo Básico Interconfederal celebrado entre UGT y CEOE, Madrid 10 de julio de 1979, y que fue perfilado en el Proyecto negociado del ET en su primera versión de 1980 (manifestación de legislación negociada); y también en sucesivos Acuerdos: así el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva, celebrado entre UGT y CEOE (AMI, 1980). Los textos se recogen en Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Ed. Lex Nova-Thomson-Aranzadi, 1999, págs.165-171, 173-192, respectivamente. Los siguientes acuerdos "fundacionales" se recogen también en la misma obra. La trayectoria seguida por los proceso de diálogo y concertación social en España en el contexto de la Unión Europea, es estudiada en Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015, 406 páginas. En particular, respecto a los Pactos Sociales como forma específica de concertación social, véase Moreno Vida, M.N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo,* Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1998.

[39] Según la última estadística de convenios colectivos, en España existen en la actualidad 4359 convenios colectivos en vigor que se distribuyen en 3347 convenios colectivos de empresa y otros 1012 convenios de ámbito superior, bien de grupos de empresa y, sobre todo, convenios sectoriales. A su vez los convenios de sector se distribuyen en convenios de ámbito estatal, autonómico, inter autonómico y provincial. La negociación colectiva establece las condiciones laborales de cientos de miles de empresas y de casi diez millones de personas asalariadas. Es, por lo tanto, una pieza central no solo en nuestro modelo de relaciones laborales sino en la estructura económica y social del país, porque la fijación de los salarios y sus incrementos anuales, o los cambios en la jornada laboral por citar dos ejemplos, tienen una influencia relevante sobre la economía, el empleo y el bienestar del país. En el modelo coexisten muchos ámbitos de negociación y por lo tanto se hace necesario una nueva regulación.

por un convenio colectivo en sus diferentes ámbitos de aplicación. La Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo del último año con datos cerrados, que es 2019, registra 4.359 convenios con efectos económicos en ese ejercicio que dan cobertura a 9,6 millones de personas.

La reforma implica cambios en las normas legales que regulan la negociación colectiva, lo que implica modificar el Real Decreto Legislativo 2/2015, el Estatuto de los Trabajadores, en especial, diversos artículos y disposiciones de su Título III, en el que se hace referencia a la negociación colectiva y los convenios colectivos. Como paso inicial el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, abordará la negociación de su contenido con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el marco del Dialogo Social, buscando el mayor nivel de consenso sobre estos cambios normativos que van a mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo en España. El procedimiento de aprobación de la reforma tiene como elemento central la involucración de los grupos con interés en la misma, que en este caso son las empresas y las personas asalariadas. La implicación de las organizaciones que las representan, las organizaciones empresariales y los sindicatos, está en la propia definición de los cambios normativos, porque estos van a ser abordados en la mesa del Diálogo social tripartito.

En realidad, el marco de la Pandemia Covid-19 se había caracterizado por establecer una legislación sociolaboral prenegociada entre el gobierno y los interlocutores sociales (reformas para mantener el empleo y la conservar la empresa, entre ellas los ERTES, el contador a cero en la protección por desempleo, las ayudas a todo clase de empresas y al trabajo autónomo, la legislación sobre el teletrabajo, la protección de la salud, etcétera). Ello permitió proteger a las personas y las empresas y evitó despidos masivos y cierres también masivos. La contribución de los agentes sociales junto con el Gobierno ha sido inmensa[40].

Ese diálogo -que sólo se vio roto puntualmente con el aumento del salario mínimo interprofesional- se mantuvo con una reforma laboral limitada en su alcance, pero que incidió en algunos aspectos básicos para la negociación colectiva y que permitían recuperar sus espacios de autonomía perdidos por un intervencionismo estatal "dirigista" y excesivamente limitador más que "promocional". Debe subrayarse la relevancia del diálogo social que supuso que la reforma de 2021 se hiciera a través de una *típica legislación negociada,* lo cual no resulta nada fácil de alcanzar (aunque la Pandemia fue un banco de pruebas para poner en valor la utilidad de reformas laborales previamente consensuadas con los interlocutores sociales). Se convendrá que estas reformas han sido insuficientes pero son de gran envergadura, porque permiten derogar medidas introducidas por la reforma operada por la Ley 3/2012 especialmente lesivas y, por cierto, medidas que se habían mostrado disfuncionales para el buen gobierno de las relaciones laborales y de la gestión de las empresas. La STC 119/2014, de 16 de julio, admitió la constitucionalidad de la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre la premisa de que no hay un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva (artículos 37.1 y 28.1 CE) y que ello se traducirá en que el derecho a la negociación colectiva es de estricta configuración legal, en cuyo marco el legislador ordinario tiene un amplísimo margen de discrecionalidad.

Por ello el RDL 32/2021 pretende que el convenio colectivo no sea el cauce para la introducción de regulaciones "in peius", sino es a través de procedimientos que atienda a un justificado motivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Se apuesta por recurrir a los instrumentos típicos de flexibilidad interna para hacer frente a los problemas coyunturales que se

[40] Monereo Pérez, J.L. y Rivas Vallejo, P., Moreno Vida, M.N., Vila Tierno, F., Álvarez Cortés, J.C. (Dirs.): *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19,* 2 Tomos, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2021. Monereo Pérez, J.L.: "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 1, 2020, págs. 16-83.

plantean en la dinámica de funcionamiento de la empresa. Es el lugar de los acuerdos de empresa (con la posibilidad de decisiones unilaterales, por ejemplo art. 41 ET, o con una decisión arbitral de obligado cumplimiento). El convenio colectivo típico genérico no es el instrumento considerado como más adecuado para resolver estas situaciones coyunturales. Por lo demás, conviene destacar que la apuesta por la flexibilidad interna negociado como alternativa otras formas de flexibilidad laboral, sí permite hablar de verdaderos instrumentos donde los poderes empresariales se sitúan en el espacio de la negociación colectiva gestional comunicativa o participativa.

Medidas introducidas por la reforma del RDL 32/2021 que cabe estimar como positivas: ultraactividad (materia disponible para la autonomía colectiva negocial), preferencia legal acausal en materia de salarios (evitando la devaluación salarial, pero también el dumping empresarial), determinación del convenio aplicable en las redes empresariales de subcontratación, etcétera. El diálogo y la concertación es obvio que imponía, de suyo, una transacción, unos sacrificios mutuos, que se tenía que traducir en una reforma parcial y más moderada. En este contexto no era aconsejable -aparte del compromiso contraído con las instituciones políticas de la Unión Europea- imponer unilateralmente una reforma más ambiciosa. Era preferible alcanzar una reforma negociada (legislación negociada) en una coyuntura difícil y pensando en que imponerla iba a suponer una mayor crispación y atendiendo a la experiencia tampoco se tendría una efectividad en la práctica por los bloqueos que generarían las organizaciones empresariales y las propias empresas que no se sentirían vinculadas "políticamente" por la falta de consenso sobre la oportunidad de las mismas. En la reforma realizada por el RDL 32/2021 se perciben los equilibrios internos propios de un proceso de negociación colectiva; y a menudo con resultados que no han sido ciertamente satisfactorios como es el caso de la redacción del apartado 6 del art. 42 del ET, generador de enormes problemas interpretativos por su incorrecta técnica de redacción.

Pese a todo, la reforma en sí tiene aspectos muy positivos, y en lo que respecta a la negociación colectiva se recuperan espacios de regulación y equilibrios de poderes entre los agentes sociales que se habían roto con la reforma laboral unilateral de 2012. Pero es, además, una redefinición de institutos jurídicos que garantiza una mayor seguridad jurídica y una menor conflictividad y judicialización (los casos más significativos son los efectos perversos de ultraactividad a término final indisponible; y la utilización por las empresas multiservicios de los convenios de empresa para reducir los salarios con típicas prácticas de *low cost*. De ahí la oportunidad de hacer prevalecer el convenio de sector en materia salarial sobre los convenios de empresa [reforma del art. 84.2 ET]. Es en este marco donde se puede plantear mejor una equilibrada flexibilidad salarial interna que garantice un equilibrio entre retribución justa y productividad).

Por último, señalar que la reforma de 2012 había supuesto un giro legislativo hacia un modelo de intervención selectiva y más "autoritaria" en la negociación colectiva[41].

Esta reforma de 2012 (en gran medida la de 2011, ya se situada en un largo camino hacia la flexibilidad laboral y la intervención dirigista de la negociación colectiva ya iniciada a fondo por la reforma de 1994) es la que se quería revertir o, en el eslogan programático del Gobierno de coalición,

[41] Ese dirigismo político se reflejó también en la política de protección social y en particular en la política de pensiones, es decir, una reforma de 2013 situada al margen del Pacto de Toledo y contraria al mismo. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?, en Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica, núm. 5 (2014) (Ejemplar dedicado a: La profunda reforma de las pensiones de 2013), págs. 73-107; pero con la reforma de 2012 se produjo una vuelta de tuerca autoritaria profundizando radicalmente en la normativa flexibilizadora llevada a cabo en la reforma de 1994. En este sentido, *Ibid., Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996; *Ibid.,* "La constitución social del trabajo y su crisis". https://mobiroderic.uv.es/bitstream/handle/10550/46097/27-45.pdf?sequence=1&isAllowed=y

"derogar la reforma laboral" de la Ley 3/2012. Ya se indicó que los compromisos adquiridos por el Gobierno de coalición con la Unión Europea, eran más selectivos y necesariamente contando con el consenso de los interlocutores. Era, así, evidente que la reforma sólo podía ser parcial y que no podría revertirse íntegramente como inicialmente se proponía en el originario programa gubernamental (tributario de los programas electorales de los partidos políticos que formaron el gobierno de coalición).

Ya se ha señalado que la reforma llevada a cabo en virtud del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, no ha sido una reforma que realizara las previsiones de reforma global del Estatuto de los Trabajadores -en algunos aspectos envejecido y otros falto de medidas más innovadoras- planteadas originariamente por el Gobierno de coalición. Recuérdese dos factores de índole sustancialmente política: por un lado, los compromisos asumidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, con el compromiso adquirido y condicionante para recibir los fondos "Next Generation", y por otro, la exigencia de estabilidad política "interna" en la gobernabilidad de país y su inevitable incidencia en el sistema de relaciones laborales. Ambos factores encadenados desaconsejaban la imposición unilateral de una reforma laboral integral que revertiera las medidas más regresivas de la reforma de 2012 y algunas de las que estableciera la gran reforma legislativa de 1994. Por lo demás, la experiencia había demostrado la conflictividad que generaban esas reformas impuestas a los sujetos protagonistas del gobierno inmediato de las relaciones laborales. Todo ello conducía a la necesidad de alcanzar un acuerdo de concertación con los interlocutores sociales. Ese acuerdo no tardó mucho en lograrse: Acuerdo de 23 de diciembre de 2021 para la Reforma Laboral, pactado entre el Gobierno y los interlocutores sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT; y que, significativamente es subrayada como base de la reforma en la Exposición de Motivos del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Se afirma literalmente que: "Los cambios están avalados por el diálogo social. Las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno de la Nación las medidas contenidas en este real decreto-ley, dando así lugar a la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social" (apartado I de la Exposición de Motivos).

Pese a todo, el RDL 32/2021, y normas concordantes, promueven la negociación colectiva de manera transversal: desde los reenvíos en material de contratación laboral hasta las cruciales reformas introducidas en el Título III del ET: modificación parcial de la regulación de la prevalencia legal de los convenios de empresa sobre los convenios de sector (art. 84.2 ET); el cambio del modelo impuesto de ultraactividad indefinida del convenio (art. 86.4 ET) y, por último, la incorporación de una normativa delimitadora del convenio aplicable en los procesos de subcontratación empresarial (art. 42.6 ET), que es seguramente la medida técnicamente más defectuosa -por imprecisa- en relación al problema que se pretende resolver[42].

En todo caso, salvo esa regulación innovadora del art. 42.6 ET (y aun así había una influencia refleja o indirecta en la subcontratación, que se revierte por el RDL 32/2021, derivada de la potenciación del contrato para obra o servicio determinado y por el uso de las Empresas Multiservicios del "descuelgue" o inaplicación a-causal en materia de salarios que permitía la reforma laboral de 2012, como norma de derecho necesario absoluto y como tal indisponible por la autonomía colectiva), las medidas de reforma del RDL 32/2021 tratan de corregir la gran reforma de la Ley 3/2012, una reforma regresiva respecto de la negociación colectiva. De ahí que opera como una contrarreforma

[42] Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico,* Murcia, Ed. Laborum, 2022; Vila Tierno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2022; Ballester Pastor, A.: *La reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica,* Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

que afronta el problema no sólo de una orientación no garantista (que limita la autonomía colectiva más que fomentarla), sino también de una reforma en gran medida fracasada en términos de eficacia social: sencillamente porque, en su conjunto, ha generado más controversias que resuelto el problema práctico para cuya solución estaba pensada.

El que se haya producido una reforma parcial cualitativa, no sólo no afecta al horizonte de una flexibilidad interna garantista y colectivamente negociada, sino que más bien lo refuerza, por los fines que persigue y por un procedimiento legitimador de las decisiones que se adopten en cada momento de la dinámica de la organización productiva dentro de la cual las personas que trabajan en ella no son "recursos" ni "medios" sino partes activas de la misma que están representadas colectiva/sindicalmente. Los conflictos inherentes al mundo del trabajo son institucionalizados y procedimentalizados de manera que se busca alcanzar un acuerdo en todas las materiales vinculadas a la flexibilidad interna como alternativa a las formas de flexibilidad externa (señaladamente, el reclamo de los despidos por necesidades de funcionamiento del complejo empresarial o unidad productiva). Por tanto, sí existe una cambio de lógica en la política del Derecho que inspira las reformas operadas en el RD-ley 32/2021, respecto a las reformas más regresivas del RDL 3/2012 (después, convertida en Ley 3/2012), entre otras cosas porque ellas en muchos casos no potencia ni garantiza un modelo de flexibilidad interna *negociada.* En este sentido, en las pocas materias objeto de (re)regulación, se ha transformado, se insiste, la orientación de base en el plano de la política del Derecho del Trabajo.

No obstante, dado el objetivo más limitado del inicialmente previsto en el Programa de Gobierno de coalición de 30 de septiembre de 2019[43], esta reforma laboral parcial no ha supuesto la "derogación" (vale decir, la supresión) de gran parte de las reformas inicialmente previstas. Y ello es debido, no a la falta de voluntad política de llevarlas a cabo, sino a la dualidad de los subyacentes factores determinantes de esta reforma realizada en una coyuntura de gobernabilidad ciertamente difícil. Pero tampoco cabría hablar de una renuncia a realizarlas en otro momento, y menos aún sería apropiado afirmar que con esta reforma parcial se ha legitimado todo lo que no ha sido reformado. Esto sería desconocer no sólo la realidad política, sino también la misma legitimidad de cualquier gobierno democrático de proceder a realizar todo un programa de reformas que abocaría -recuérdese- a la construcción jurídica e institucional de un Nuevo Estatuto de los Trabajadores para hacer frente a los desafíos del presente siglo marcado por transformaciones disruptivas en el plano de las fuerzas productivas (las nuevas tecnología digitales; la inteligencia artificial, etcétera) y asimismo en las nuevas estructuras de las empresas y formas de organización del trabajo en el marco de una economía mundializada y en permanente cambio y abocada a crear situaciones de riesgo y de incertidumbre.

De ahí que tanto el legislador como la autonomía colectiva negocial deben atender tanto al principio de prevención (situaciones calculables de riesgo) como al principio de precaución (respecto a las situaciones de incertidumbre, donde es necesario atender a la "probabilidad" de ocurrencia de hechos o acontecimientos). Un instrumento en sí mismo tan flexible como la autonomía colectiva puede contribuir dinámicamente a la exigencia de medidas que hagan frente a las respuestas necesarias y creativas que requieren de continuo la nueva "sociedad del riesgo", cuyo desenvolvimiento tendrá siempre ámbitos imprevisibles por ser desconocidos o sencillamente incalculables (y no solo hay que vislumbrar, paradigmáticamente, a la prevención de riesgos y calidad ambiental; sino también a esos "riesgos" fabricados por los seres humanos -la sociedad "civilizada"- y que pueden conducir a situaciones que incidan en todo el universo conocido y que influirán, sin la menor duda, en las relaciones laborales y su gobierno a través de la negociación colectiva. Piénsese, en la dificultad de vislumbrar los límites de la inteligencia artificial -y su capacidad de influir en el trabajo- o en las técnicas que pueden transformar la biología del ser humano, etcétera). Ambos principios deben de estar orientados por el principio matriz de la responsabilidad (el "principio de responsabilidad") en los

[43] https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf

procesos de regulación de las relaciones laborales y de las decisiones empresariales (la negociación colectiva es una codeterminación negocial sobre el tratamiento dado a determinadas materias, y se convierte en un instrumento de gestión negociada en la que he denominado "negociación colectivas gestional" o participativa, muy presente en los proceso de reestructuración de las empresas y del sistema de empresas)[44].

No es baladí hacer notar que también en este proceso de reformas jurídico-laborales (como ya aconteció con las medidas más regresivas introducidas por las reformas de 1994 y 2012): El proceso legal reformista no sólo formaliza, sino que también construye y conforma la diversificación de los estatutos reguladores de la constitución flexible del trabajo. No se ha limitado ingenuamente a "reflejar" situaciones "naturalistas" realmente existentes. El legislador ha sido un verdadero actor de los cambios producidos en la conformación de los mercados de trabajo y en la transformación de las culturas del trabajo profesional". Se trata de evitar una mayor centralidad y primacía del principio axial de la eficiencia o el rendimiento definido en términos de mercado moderno en lógicas de necesidad y de racionalidad instrumental y de contención del gasto, sobre el principio de protección social, buscando un equilibrio en la racionalidad jurídica entre el principio de eficiencia/rendimiento y el principio de protección y, en relación a ello, un equilibrio de poderes que operan en el sistema de relaciones laborales[45].

En relación al impacto de la reforma laboral de 2021 se pueden mantener, aparte de lo indicado, varias Tesis:

Tesis 1ª. La reforma laboral de 2021 no ha supuesto un cambio del Modelo Legal preexistente, sino, una "corrección" significativa de su carácter autoritario (y excesivamente heterónomo) y de su lógica de racionalización pro empresarial. Y lo ha hecho a través de la regulación de la ultraactividad; la limitación de la preferencia legal del convenio colectivo como norma de derecho necesario absoluto y medida de flexibilidad interna discrecional y sin alegación de justificado motivo; la cobertura del vacío de determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación; la introducción de nuevos mecanismos de flexibilidad interna (mecanismo red y de estabilización), y limitaciones de las cláusulas convenciones de jubilación forzosa, etcétera.

Tesis 2ª. Las sucesivas reformas laborales anteriores a la de 2021 han ido -en términos de conjunto- en la línea de una flexibilización negativa de la negociación colectiva y de "limitación" de la fuerza vinculante de los convenios sectoriales (v.gr. descuelgues a través, ciertamente, de los Acuerdos colectivos de empresa en sus distintas tipologías; inaplicaciones preferentes por convenio de empresa sin necesidad de alegación de causas justificativa; modificación unilateral de convenios colectivos "extraestatutarios"; reclamo sistemático de los arbitrajes obligatorios en última instancia; etcétera)[46]. La última reforma -en aquellas materias de las que se ocupó- supone un giro encaminado a devolver a la autonomía colectiva las facultades de autogobierno colectivo.

[44] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: "Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, MTAS, 1999; y, antes, en Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores,* Madrid, Ed. Civitas, 1992.

[45] Monereo Pérez, J.L.: "Las Constitución del trabajo y su crisis", en *Pasajes: revista de pensamiento contemporáneo,* núm. 13 (2004), págs. 27-45, espec., págs. 36-38. Disponible en abierto en internet.

[46] En lo relativo a la intervención impuesta heterónomamente a las partes sociales en conflictos (sea o no en el marco de un proceso de negociación colectiva) de un tercero con carácter dirimente (arbitraje obligatorio), cabe señalar que el art. 10.1 RDLRT en su redacción literal originaria establecía dos tipos de intervención de la autoridad pública para la terminación de la huelga: una primera, que fue declarada inconstitucional por la STC 11/1981 en cuanto facultaba al Gobierno para «acordar mediante laudo de obligado cumplimiento la reanudación de la actividad laboral» lo que sin duda suponía una grave limitación al derecho de huelga. Nótese la diferencia nítida respecto al «nuevo modelo *normalizado* de arbitraje» de carácter obligatorio introducido por las sucesivas reformas laborales

Tesis 3ª. Persisten en lo principal las medidas introducidas por las reformas del ciclo 1994, 2010, 2011 y 2012 (arbitrajes sin acuerdo de sometimiento de ambas partes en supuesto de bloque de las negociaciones; ha quedado intacto el art. 41 ET respecto a la posibilidad de modificar el contenido de los convenios colectivos extraestatutarios, etc.). Sería necesario revertir estas reformas que suponen una ruptura de los equilibrios de poder en las relaciones colectivas/sindicales de trabajo, toda vez que existe un nexo de unión entre todos los instrumentos de acción colectiva: la acción sindical, la negociación colectiva, la huelga y la solución autónoma extrajudicial de los conflictos colectivos laborales.

Tesis 4ª. No es pertinente cambiar la centralidad del modelo de negociación colectiva estatutaria, el cual pivota sobre el eje del convenio estatutario de fuerza normativa y eficacia general o erga omnes, que a su vez enlaza y es una proyección cualificada de la institución de la mayor representatividad sindical. Es un modelo que ha venido funcionando con las necesarias adaptaciones a los cambios de las relaciones laborales y del entorno en el que se mueven las empresas. Ha garantizado la homogeneidad de condiciones y ha evitado la competencia desleal a través de una modelo de competitividad y de flexibilidad basado en la reducción de costes del trabajo y en el incremento de los poderes directivos del empleador; cuando no hacia formas de individualización laboral impuesta como resulta paradigmático en el art. 41 ET, con la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos extraestatutarios.

Desde el punto de vista técnico-jurídico el incremento de las medidas flexibilizadoras de disponibilidad colectiva por convenios de empresa, o, en su caso, acuerdos de descuelgue, incide en el alcance o ámbito de aplicación del convenio de sector o de empresa afectado, pero no en su naturaleza jurídica, que continúa siendo de carácter estrictamente normativo. No se produce una verdadera "contractualización" en sentido técnico-jurídico del convenio colectivo estatutario (Título III del ET) dotado de fuerza normativa y eficacia personal generalizada (art. 82.3 ET, y art. 3.3 ET, que hace referencia a "normas laborales pactadas", 82.4, 86.5, 90, 91, etcétera). *Debe evitarse la confusión entre fuerza normativa y eficacia material (u objetiva) generalizada* del convenio colectivo estatutario: sólo respecto de esta última incide -minorándola o reduciéndola- los acuerdos de descuelgue o inaplicación (art. 82.3 ET) y la materialización del principio de preferencia legal del convenio de empresa ex art. 84.2 ET).

Tesis 5ª. Resulta inoperante -se dirigía que de muy difícil viabilidad en el plano de la política del derecho sindical- hacer pivotar el modelo sobre los convenios de eficacia ordinaria (los existentes en la experiencia jurídica se encuentran en la posición jurídica debilitada de convenios extraestatutarios, paradójicamente sin ser dotados de un estatuto legal regulador, ni convencional cabe añadir, que garantice y proporcione seguridad jurídica a su existencia jurídica en nuestro modelo normativo pluralista de convenios colectivos. Y menos aún pretender que ese cambio de modelo normativo se realice por decisión unilateral del legislador. De operarse ese cambio de modelo normativo debería ser una decisión adoptada por los interlocutores sociales en el diálogo tripartito (concertación social) con el Gobierno, que desembocaría en una nueva legislación negociada sobre la garantía del derecho a la negociación colectiva y la eficacia vinculante de los convenios colectivos.

Ese pretendido cambio de modelo más desregulado y "contractualizado" (teniendo en cuenta la vigente interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre

ex RD.-Ley 7/2011, RD.-Ley 3/2012, Ley 3/2012 o Ley 1/2014, de 28 de febrero, entre otros, en los artículos 82.3 o 86. 3 del ET. Sin embargo, resulta criticable la convalidación constitucional de este último tipo de arbitrajes, de sometimiento obligatorio "normalizado" (superando cualquier exigencia causal de la concurrencia de circunstancias extraordinarias), en la STC 119/2014, Fj 4 y 5. Sobre las condiciones de validez del laudo arbitral ex art. 10. 1 RDLRT, véase —dos sentencias— SSTS de 4.4.2014, RCO 184/2013 y RCO 132/2013).

la naturaliza de contrato colectivo de trabajo de los convenios de eficacia limita extraestatutarios) supondría una reestructuración de nuestro sistema de negociación colectiva y por extensión del modelo de representatividad sindical (artículos 6 y 7 LOLS; artículos 87 y 88 del ET)[47].

Tesis 6ª. Al amparo del art. 37 CE encuentran acogida los distintos instrumentos colectivos emanados de la autonomía colectiva negocial, desde el modelo tipo ideal, que es el convenio colectivo, hasta las distintas formas de pactos y acuerdos colectivos. Ahora bien, el Modelo legal se ha visto desbordado por dos aspectos fundamentales: 1º. Uno originario, la ausencia de una regulación legal deliberada de los convenios extraestatutarios no regulados en el Título III del ET, sin que haya una regulación legal específica dentro o fuera del sistema normativo del ET. 2º. El desbordamiento de las fuentes de regulación se hace visible en la proliferación de pactos o acuerdos colectivos, dispersos por el mismo ET y otros fuera del mismo (como es el caso de los pactos de fin de huelga)-, sin que quede claro su régimen jurídico. E incluso el art. 3 ET que enuncia las fuentes reguladores de las relaciones de trabajo ni siquiera hace referencia a ellos. De este modo, una reforma del marco legal de la negociación colectiva debería incluir y dotar de un régimen jurídico general a los pactos o acuerdos colectivos (al menos los previstos en el mismo ET; aunque, en realidad, esa exigencia es predicable también para otorgar seguridad jurídica a otros acuerdos o pactos colectivos como, por ejemplo, los pactos de fin de huelga). Lo exige el principio de seguridad jurídica y el principio de efectividad de los instrumentos colectivos concernidos.

Tesis 7. En cuanto a la legitimación para la negociación colectiva estatutaria se echa en falta una regulación legal más precisa sobre la legitimación en los grupos de empresas y en las redes de subcontratación. Aparte de una delimitación más intensa del deber de negociar en tales supuestos.

Tesis 8ª. Respecto a la estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios, cabe señalar el principio de preferencia legal de los convenios colectivos de empresa, sólo se ha resuelto en parte con la reforma laboral de 2021 (eliminando la materia del salario). Pero la solución más coherente y respetuosa con el principio de autonomía colectiva real es que esta sea una norma legal dispositiva y no imperativa para la autonomía colectiva negocial. Sería regresar, en este aspecto, al modelo del RD-ley 7/2011, de 11 de junio, que formuló la primera redacción del principio de preferencia legal, pero como opción normativa de naturaleza dispositiva. En lo que queda después de la reforma laboral de 2021 es imprescindible, suprimir el carácter imperativo legal (que no admite la dispositividad colectiva del convenio colectivo como prescripción de derecho necesario absoluto). El que persista esa preferencia legal indisponible colectivamente, vulnera el principio de autogobierno colectivo, y peor aún, facilita la precariedad laboral, el dumping social y la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector de actividad que se aparta sin alegación de causa justificada de la regulación del convenio sectorial en importantes materias laborales. Resulta así, porque normalmente estaremos ante inaplicaciones "*in peius*".

Se insiste: el diseño de la estructura de la negociación colectiva -que enlaza también con las reglas de concurrencia de los convenios colectivos- es una materia que, en términos de conjunto y más allá de una norma legal básica de fomento y reglas de juego mínimas, debe estar atribuida a la

[47] Convendría no olvida que "A pesar de la gran extensión del uso de los términos "contrat colectivo", hemos de rechazar su empleo por las siguientes razones: 1.º, porque siendo el carácter predominante en estas convenciones, el normativo, no puede aceptarse una denominación que no alude al mismo; 2.º, porque el nombre de contrato no es adecuado a la naturaleza jurídica de la convención colectiva; 3.º, porque la adopción de tal nomenclatura introduciría confusión entre figuras jurídicas tan netamente diferenciadas, como la regulación de las condiciones de trabajo y el arrendamiento colectivo de servicios". Cfr. Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho" (pp. XI-CLXIII.)*",* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pág. 9.

autonomía colectiva a través de los Acuerdos Marcos previstos en el art. 83 ET, o, en su caso, a través de los convenios sectoriales estatales respecto a todos los niveles inferiores de negociación colectiva. La reforma de 2012 -una legislación impuesta, no negociada con los protagonistas de la negociación colectiva- supuso un intromisión legal en el principio de autonomía colectiva negocial. Así se pudo percibir nítidamente respecto al II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para los años 2012, 2013 y 2014, pactado por los interlocutores sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, el 25 de enero de 2012, y, por tanto, anterior a la reforma legislativa de 2012, que no respetó en absoluto lo pactado al amparo del art. 83 ET por los agentes sociales más representativos.

Tesis 9ª. Dentro del principio de autogobierno de la autonomía colectiva ocupa un lugar central la gestión colectica (preferible a la expresión "administración colectiva", que tiene una connotación más reglamentista, y en nuestro país, de origen netamente estatalista vinculada a época de los convenios colectivos sindicales de régimen franquista) de la institución del convenio y de la propia negociación colectiva dinámica -que implica una reinterpretación adaptativa de los convenio colectivo durante toda su vigencia- que es su fuente de producción. Un modelo dinámico de negociación colectiva exige, entre otras cosas, un fortalecimiento de las Comisiones paritarias del Convenio Colectivo (artículos 82.3, 85, 3.e) y 91del ET). Pero hay que dejar claro que las Comisiones paritarias sólo pueden asumir formalmente funciones de interpretación y aplicación del convenio vigente y no funciones de renegociación del mismo. Aunque, en una perspectiva realista, debe hacerse constar que las fronteras son difusas, y, por tanto, no son fáciles de establecer.

Tesis 10ª. En los casos de inaplicación de convenios (art. 82.3 ET), no parece asumible que el bloqueo de la negociación pueda finalizar con un arbitraje obligatorio, pese al criterio en contrario de la STC de 16 de julio de 2014, que declaró la legitimidad constitucional de esta medida dirigista.

Tesis 11ª. Un recorrido histórico sobre las vicisitudes legislativas de la habilitación legal a la negociación colectiva muestra bien nítidamente la progresiva desnaturalización de los equilibrios establecidos en las cláusulas convencionales de jubilación forzosa (temática reformulada ahora con la rúbrica: "Cláusulas de los convenios colectivos referentes al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación"; disposición adicional décima del ET). La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[48] otorga una nueva redacción a la Disposición adicional 10ª del ET y todo ello, en aras de favorecer la prolongación de la vida activa, tal y como se propugna a nivel comunitario. Esta reforma se enmarca en un contexto pandémico y de déficit económico y, todo ello, a causa del incremento en el gasto de pensiones, al tiempo que se minoran las cotizaciones sociales y las presiones demográficas. Ello determina que las orientaciones de la nueva reforma laboral 2021 recuperen aquella prohibición de negociar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa por debajo de los 68 años o más. Por otro lado, la reforma evidencia una tendencia política hacia el fomento de la jubilación activa[49] al establecer mayores penalizaciones para las jubilaciones anticipadas y promover el llamado envejecimiento activo a través de la jubilación demorada.

La nueva Disposición Adicional 10ª del ET establece una prohibición indirecta que opera a modo de moneda de cambio, pues se configura un despido unilateral por el cumplimiento de una determinada edad, aunque sujeta a una promesa más estricta de contratación. Nuevamente, el equilibrio o juego de intereses entre el derecho del trabajo y el sistema de políticas de empleo hacen su escena en este ámbito. Pero debe destacarse que, en el fondo, *ha cambiado la finalidad* principalmente

[48] BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

[49] "Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación".

legalmente perseguida con esta medida habilitadora en favor de la negociación colectiva, *pues ahora lo que se persigue ante todo es la prolongación de la vida activa de los trabajadores maduros o de edad avanzada*. Y es que, a fin de "… preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom*, se hace necesario recuperar el planteamiento consensuado en la reforma de 2011"[50]. La fijación de una edad de jubilación se sitúa en esa tendencia hacia al alargamiento de la edad legal de jubilación pensionable que, ya con el RD de 11 de marzo de 1919, fijaba ese techo en los 65 y que, progresivamente, se ha ido alargando por mor de la Ley 27/2011[51]. Curiosamente, la edad de 68 años se aproxima a aquella otra edad que se fijaba como máxima en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que se situaba a los 69 años[52].

Tesis 12ª. La negociación colectiva (y su cristalización en convenios y acuerdos colectivos) es un instrumento flexible de regulación y ordenación de las relaciones laborales. Por tanto, la negociación colectiva no es extraña en sí misma a la tipología del llamado "derecho flexible" y "reflexivo". Así, presenta una lógica flexibilizadora inherente a su posición jurídica en el ordenamiento jurídico que ha de ser valorada y potenciada. Es así que la negociación colectiva es en sí misma un instrumento flexible y la pregunta a la que hay que dar respuesta estará relacionada con el dilema subyacente a ¿Cuál es el modelo de flexibilidad que ha de orientar a la negociación colectiva? O por la flexibilidad neoliberal basada en la imposición de medidas unilaterales adoptadas por el empleador, por la reducción de costes y la precarización de los trabajadores; o bien, flexibilidad garantista que apuesta por una flexibilidad realmente negociada, por la calidad del empleo, la productividad y la innovación permanente. Pues bien, desde el punto de vista del "trabajo decente" o digno de la persona que trabaja y del modelo de competitividad en una economía *"social"* de mercado (que es el modelo diseñado en el bloque constitucional ex artículos 1, 40, 33, 38, 128, 129, 131, etcétera, de nuestra Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico), se ha de postular este segundo modelo normativo.

Ahora bien, para que sus contenidos reguladores sean realmente flexibles y beneficiosos para los empresarios y los trabajadores se han de introducir elementos que permitan hablar de una flexibilidad bilateral, cuya manifestación más elocuente son las formas de flexibilidad negociada (la cual, por definición, es un tipo de flexibilidad bilateral y horizontal). Por ello se han potenciado

[50] Preámbulo de la Ley 21/2021.

[51] Esteve Segarra, A., "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos, Número extraordinario "La reforma Laboral de 2021"*, Vol. 3 (2022), pp. 156-166.

[52] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia,* núm. 27 (2022), págs. 45-71. https://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/8202/7098; Tomás Jimenez, N., "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en Monereo Pérez, J.L., y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), *La Edad de Jubilación,* Granada, Ed. Comares, 2011; Tortuero Plaza, J.L., "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº33 (2001); Monereo Pérez, J.L., "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en Monereo Pérez, J.L (Dir): *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Ed. Comares, 2010; *Ibid., La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social,* Barcelona, Ed. Atelier, 2022; Álvarez Cortés, J.C., "El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A 10ª ET dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* nº53, 2019; Maldonado Molina, J.A., "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30 (2022); López Insua, B.M., "El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A (Dirs): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Ed. Comares, 2019.

propuestas en orden a lo que se ha denominado la *flexibilidad laboral ofensiva y bilateral*[53], entendiendo que ciertamente habría que potenciar la flexibilidad laboral colectivamente negociada y establecer una mejora de las medidas de protección social en las transiciones laborales, especialmente ante las rotaciones laborales y en la pérdida del empleo, potenciando sus capacidades y posibilidades de recolocación en empleos de calidad. Este modelo de flexibilidad garantista permitiría alcanzar un equilibrio real y necesario entre las distintas formas de flexibilidad negociada (sin minoración de derechos sociales que deben ser garantizados por la ley y la negociación colectiva) y la garantía de la estabilidad en el empleo (o, más ampliamente, el "trabajo decente"), la calidad del producto, la productividad y la innovación permanente (una de cuyas vertientes es la innovación tecnológica).

Tesis 13ª. La autonomía colectiva ostenta (tanto desde el punto de vista constitucional como de la legalidad vigente) una amplísima libertad de negociar *contenidos sociolaborales* (paradigmáticamente, el art. 85 ET) y a través de su posible materialización en diversos instrumentos jurídicos emanados de la negociación colectiva. Aparte de que existen numerosos reenvíos legales a la negociación colectiva recogidos en el ET; tendencia, ésta, que no ha dejado de crecer, no sólo por la colaboración internormativa que viene exigida, sino también por un criterio de "inmediación" y "flexibilidad" que sólo es capaz de proporcionar la negociación colectiva ("principio de proximidad"), pues resulta manifiesto que la negociación colectiva es el procedimiento colectivo más dinámico y apropiado para la asimilación, la respuesta autorreflexiva y adaptación permanente a las transformaciones en curso vinculadas a las siempre cambiantes formas de organización del trabajo y las mutaciones de estructuras y formas de colaboración de las empresas.

Uno de los ámbitos de *gobierno autónomo* ha sido la materia relativa a los procedimientos autónomos de solución de los conflictos de trabajo. En esta materia -tampoco desarrollada desde el punto de vista legal (en el ámbito internacional tampoco abundan; como excepción la Recomendación OIT, núm. 92 de 1951, sobre conciliación y arbitraje y su posible legitimidad con los derechos de huelga y libertad sindical; y referencias puntuales en otros convenios: Convenio OIT, núm. 154, de 1981 (sobre el fomento de la negociación colectiva), art.5, y Convenio OIT, núm. 151, de 1978, art. 8), han abundado las cláusulas obligacionales de procedimentalización de los conflictos colectivos, y se cuenta al máximo nivel con el Acuerdo Interconfederal para la solución autónoma de conflictos (ASAC)[54] al amparo del art. 83 ET y éste a su vez en el art. 37.2, en relación con el 37.1 y 24.1, de nuestra Constitución jurídica fundamental. No es baladí hacer notar que el art. 37, apartados 1 y 2, CE, se inserta en el Capítulo II del Título I de la Norma Fundamental y goza de la garantía del contenido esencial prevista ex art. 53.1 CE, en relación con el bloque normativo formado por los artículos 10.2, 7, 28, 103 y 93 a 96 de la Constitución, que consagra la garantía multinivel de los derechos fundamentales. Este bloque normativo deja constancia de que estamos ante un derecho de autonomía/autotutela colectiva, que es refractario a los arbitrajes de imposición obligatoria e imperativa. Es así respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (STC 136/2010) y en relación al derecho fundamental a la negociación colectiva (vinculada también con el derecho de huelga), salvo

[53] Para esta propuesta originaria de modelo de flexibilidad laboral ofensiva y bilateral (negociada) y la distinción técnica entre modelos de flexibilidad laboral ofensiva y flexibilidad laboral defensiva, en Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, espec., págs. 132-135; *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., Capítulo IV ("Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una "Europa Social" basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales", págs. 213-249.

[54] VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (VI ASAC) (Sistema Extrajudicial), suscrito con fecha 26 de noviembre de 2020 de una parte por CCOO y por UGT)y de otra por CEOE y CEPYME y de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.3 en relación con el art.90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI ASAC. BOE, núm. 334, 23 de diciembre de 2020.

con carácter excepcional (STC 11/1981); señaladamente cuando se genere una dinámica conflictual que determine que se halle en grave peligro el interés general y los derechos constitucionales de los ciudadanos al mantenimiento de los servicios esenciales (in fine, art. 28.2 y art. 10.1 RD-ley de 4 de marzo de 1977). Lo que queda claro es que el simple bloqueo de una negociación colectiva no debería determinar, aunque sea en una fase final, la imposición de un arbitraje de sometimiento y eficacia obligatoria para las partes del conflicto laboral.

Ello no obstante, no se han producido innovaciones radicales respecto a las funciones y su proyección en relación a los contenidos de la negociación colectiva, aunque lentamente esos cambios se van introduciendo, por ejemplo en la negociación de gestión empresarial (se a través de convenio colectivo, o sea mediante acuerdos de empresa, en muchos casos en el cuadro de una consulta-negociación colectiva gestional o comunicativa) o en la atención a las regulación convencional del ejercicio de los derechos fundamentales en la negociación colectiva (SSTC 85/1985, 30 de abril, 95/1985, 29 de julio, 217/1991, 14 de noviembre). Se ha avanzado en la expansión de las dimensiones obligacionales y normativas o de regulación de los convenios colectivos (cláusulas de paz; cláusulas de procedimentalización de los poderes empresariales; de sometimiento de los conflictos de intereses y de las controversias jurídicas colectivas a procedimiento autónomos de solución extrajudicial, etcétera). Se echa en falta un enriquecimiento de los contenidos. Es importante hacer notar que en la negociación de gestión empresarial se lleva al espacio de la negociación colectiva materias que tradicionalmente han sido atribuidas a la competencia exclusiva de la dirección de la empresa.

Sobresalen algunas carencias:

1º. Se carece de una regulación más completa y detallada del impacto de la digitalización de las relaciones laborales y los derechos digitales[55]. Aunque, por supuesto, la negociación colectiva puede entrar en la regulación del ejercicio de los derechos digitales y establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. Así lo prevé explícitamente el art. 91 ("Derechos digitales en la negociación colectiva") de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[56]. También se ha establecido "códigos de conducta" en la negociación colectiva (aunque la experiencia conoce de estos "códigos de conducta" cuya fuente es el poder unilateral del empresario), situados en el racionalidad del "Sofl Law" colectivo[57]. Con todo, sirven como palancas de apoyo para el contenido de esta materia en la negociación colectiva algunos derechos atribuidos a los representantes de los trabajadores previstas en el apartado d) del art. 64.4 ET ("Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles") y en el apartado 9 del art. 64 ET ("Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos"). Pero

[55] Consejo Económico y Social España (2021): La digitalización de la economía. actualización del informe 3|2017. Informe 01/2021, consultable en: http://www.ces.es/documents/10180/5250220/ Inf0121.pdf

[56] Véase el art. 20 ("Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión") del ET, y letra j bis) en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

[57] Ello no obstante, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, le atribuye un carácter vinculante, pero una vez que "se adhieran a los mismos": Capítulo IV. Códigos de conducta y certificación, art. 38 ("Códigos de conducta"). 1. Los códigos de conducta regulados por la sección 5.ª del Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679 *serán vinculantes para quienes se adhieran a los mismos*. Dichos códigos podrán dotarse de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos (…)".

teniendo en cuenta también la extensión estrictamente sindical de derechos a los delegados sindicales que no formen parte del Comité de Empresa, conforme a lo previsto en el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical ("Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: 1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda […]"). La negociación colectiva tiene un importante papel de adaptación del ámbito de los delegados sindicales a nivel de empresa[58]. En todo caso la negociación colectiva tiene un papel central en lo relativo a las medidas de regulación, vigilancia y control de los algoritmos, para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y la eficiencia[59]. Resulta paradigmática la llamada a la negociación colectiva que se realiza en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), cuyos artículos 9 ("Tratamiento de categorías especiales de datos personales"), apartado 2.h), y 88 ("Tratamiento en el ámbito laboral") remiten expresamente a los convenios colectivos para establecer "normas más específicas" (o "normas específicas") para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral[60].

2º. Una regulación más modernizada de los sistemas salariales, que los vincule a la dinámica de la empresa. Ello es así tanto en lo que se refiere a los complementos en razón del trabajo realizado como a los complementos variables en atención al funcionamiento de la empresa.

Ahora bien resultan muy significativas las previsiones del V Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante V AENC), suscrito por las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional CCOO y UGT y las organizaciones más representativas a ese nivel de los empresarios CEOE y CEPYME y con vigencia de tres años (2023-2025)[61]. El Acuerdo tiene

[58] Solà Monells, X., y Esteban Lejarreta, R.: *La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemática, disfunciones y propuestas correctoras,* Granada, Ed. Comares, 2021, págs. 154 y sigs., con referencia a las cláusulas convencionales.

[59] Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2019; Baz Rodríguez, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital,* Madrid, Ed. Wolters Kluwer, 2019; Moreno Díaz, J.M.: *La negociación colectiva en el marco de la digitalización,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2021; Fernández Ramírez, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informática en el marco de la actual empresa "neopanóptica",* Cizur Menor (Navarra), 2021.

[60] Con un carácter más general y en el pórtico mismo del RGPD se indica que "El Derecho de los Estados miembros o los convenios colectivos, incluidos los convenios de empresa, pueden establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador, los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral , incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, así como los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral". Cfr. Considerando 155 del Preámbulo. Por lo demás el derecho de informa de los representantes de los trabajadores ex art. 64.1.4 ET (añadido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre) es ya en sí útil para la el soporte informativo de la negociación colectivo, dada la íntima vinculación entre las estructuras representativas y la dinámica de la negociación colectiva.

[61] En los convenios colectivos sectoriales en los supuestos en que el contrato fijo-discontinuo se justifique por la celebración de una contrata o subcontrata, el plazo máximo de inactividad entre contratas y subcontratas (artículo 16.4 del ET) debería ser fijado por el convenio colectivo. Cfr. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870.

una *naturaleza y configuración jurídica de carácter obligacional*, creando obligaciones entre las partes firmantes respecto a los compromisos adquiridos en el mismo y estableciendo pautas a seguir y compromisos entre las partes sociales. En este V AENC no sólo se han regulado materiales salariales (sin perjuicio de que éstas adquieran una especial centralidad en este V AENC) y contractuales, sino que se ha pretendido una dinamización de la negociación colectiva y un enriquecimiento del contenido de los convenios colectivos: incluye la temática de la transición digital y ecológica, y el trabajo a distancia (con la centralidad del teletrabajo) y el redimensionamiento de los programas de formación y derechos digitales como el derecho a la desconexión digital (Capítulo X del V AENC). Pero también cuestiones relativas al *gobierno de la negociación colectiva y las relaciones colectivo/sindicales* entre las partes sociales, poniendo de relieve que los sindicatos (y las organizaciones empresariales) no se limitan a articularse con la ley para completarla o mejorarla, sino que pretende mantener un espacio de autonomía y autogobierno colectivo no dependiente de la regulación legislativa y por tanto yendo más allá de la regulación legal y de su función de garantía del principio de normativa mínima y tutela de los derechos sociales de desmercantilización. De esta manera dominan las relaciones de poder entre los interlocutores sociales pero también la institucionalización de reglas de juego que no sólo derivan del sistema legal, sino también de reglas de las cuales se dotan los propios antagonistas sociales, protagonistas de la negociación colectiva. Y por supuesto a partir de su autonomía colectiva tiene la potestad de establecer convenios como fuentes positivas en sentido traslativo e instrumento de codecisión negocial (artículos 37.1, en relación con los artículos 7 y 28.1 de la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico).

En el Preámbulo del V AENC se indica que el *hilo conductor* del diálogo social bipartito (negociación colectiva) y tripartito (concertación social) y de todos los Acuerdos sociales alcanzados desde la Pandemia -aunque también, gran medida, los que le han precedido- es buscar desde la negociación colectiva la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como a abordar contenidos que contribuyan a atajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Su orientación finalista no es una mera adaptación aséptica a los cambios del entorno de incertidumbre, sino una *respuesta que trata de modelar la realidad cambiante* a través de distintos mecanismos y sirviendo a los objetivos modernizar los convenios colectivos para para enriquecer sus contenidos de tal manera que contribuya, al propio tiempo, a la mejora de la competitividad y productividad y a mejorar la creación de empleo de calidad. En este sentido interesa tomar en consideración la toma de conciencia de los interlocutores sociales de que una parte muy significativa de las reformas de la negociación colectica corresponde realizarla a sus propios protagonistas. Paradigmáticamente, la función *autorreguladora* atribuida a los interlocutores sociales en el art. 83 ET resulta muy expresiva de ese cometido que la autonomía colectiva en puridad debe llevar a cabo evitando intromisiones excesivas por parte de la legislación estatal por la misma lógica de la fuente de autogobierno colectivo.

Pero, como es obvio, no toda reforma puede realizarse a través de un pretendido e ineficiente "laissez faire colectivo" absoluto. La legislación pública tiene que garantizar por mandato constitucional una normativa básica de derechos fundamentales de libertad y de derechos sociales de "desmercantilización" del trabajo profesional; y debe establecer una necesaria legislación de garantía y fomento a la negociación colectiva (como se impone deducir el art. 37.1 CE). A partir de ahí, la autonomía colectiva debe detentar el espacio vital de autorregulación y autotutela que le es propio (art. 37.1º y 2º, en relación con el art. 7 CE). Hay que señalar, asimismo, que estos objetivos pretendidos

Para las perspectiva sindical "desde dentro", véase Vicente Peralta, M.C. y Olmos Mata, R.: "Una lectura sindical del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva", en *Revista de Derecho Social,* núm.102 (2023), págs.187-2021.

se han conseguido de manera más eficiencia gracias la *combinación funcional* entre concertación social (proceso de intercambio político jurídico entre el Gobierno y las organizaciones profesionales más representativas) y la negociación colectiva (por definición reflejo de una diálogo social bilateral entre los interlocutores sociales)[62]. Y ese método de diálogo a tres y dos bandas es especialmente adecuado para afrontar ámbitos objetivos macroeconómicos y regulativos que sólo se pueden alcanzar plenamente con la interlocución con el Gobierno del país. Estas sinergias entre negociación colectiva y concertación social, son imprescindibles si se desea mantener y enriquecer continuamente el "contrato social" que subyace a la democracia constitucional con Estado Social y democrático de Derecho (reténganse, paradigmáticamente, los artículos 1, 9.2, 10, 35, 37, 38, 40, 53, 103, 128, 129.2 y 131, y, en términos de conjunto, todo el bloque o grupo de normas constitucionales que configuran nuestro modelo de "constitución socio-económica", puesto que en el constitucionalismo democrático garantista con Estado Social la "constitución social" y la "constitución económica" deben conjugarse de manera interdependiente y garantizando un equilibrio satisfactorio entre la racionalidad social y la racionalidad económica en el marco de una "economía social de mercado" dentro de un capitalismo sometido a las reglas que impone un sistema democrático).

-Se impulsa la procedimentalización de los conflictos de trabajo a través de los sistemas de solución autónoma, en la dirección marcada por el VI ASAC[63]. Se busca, así, un desplazamiento vertical del conflicto desde su exteriorización inmediata hacia un modelo más preventivo y de intervención de los procedimientos de mediación y, llegado el caso, el sometimiento voluntario de ambas partes a un trámite dirimente como es el arbitraje (institucionalización jurídica de los conflictos laborales)[64]. Aquí el conflicto es la prosecución del proceso de negociación colectiva por otros medios que buscan (en la dialéctica conflicto-pacto como elementos básicos e inherentes del sistema democrático de relaciones laborales) una composición a través de la codeterminación

[62] Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L., Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015.

[63] Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). BOE, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

[64] La procedimentalización y el encauzamiento casi sin solución de continuidad es fomentado por vía legislativa. Paradigmáticamente, el bloque normativo formado por los artículos 85.3.c) y e), 82. 2º y 3º, 86.4, 89.4, 91, Disposición Adicional Novena 1.c), Disposición adicional decimotercera ("Solución no judicial de conflictos"), entre otros, del ET. Resulta particularmente significativa por su lógica interna la Disposición adicional decimotercera ("Solución no judicial de conflictos") del ET, según la cual "En el supuesto de que, aun no habiéndose pactado en el convenio colectivo aplicable un procedimiento para resolver las discrepancias en los periodos de consultas, se hubieran establecido, conforme al art. 83, órganos o procedimientos no judiciales de solución de conflictos en el ámbito territorial correspondiente, quienes sean parte en dichos periodos de consultas podrán someter de común acuerdo su controversia a dichos órganos".
Véase el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). «BOE» núm. 334, de 23 de diciembre de 2020. https://www.boe.es/eli/es/res/2020/12/10/(6). Las sinergias en la línea del art. 37.1º y 2º CE entre los procedimientos de solución autónoma (aparte del origen ex art. 83.3 ET) se refleja en el art. 1, conforme al cual : "El presente Acuerdo tiene por objeto el mantenimiento y desarrollo de un sistema autónomo de prevención y solución de los conflictos colectivos laborales surgidos entre las empresas y las trabajadoras y trabajadores, o sus respectivas organizaciones representativas, así como el *impulso de la negociación colectiva* con pleno respeto de la autonomía de las partes y la realización de cuantas acciones se estimen oportunas para mejorar la calidad y el conocimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos". Se impulsa la expansión de los procedimientos de solución autónoma a otros niveles: Por convenio colectivo o acuerdo colectivo sectorial estatal o convenio de empresa, grupo de empresa o empresas vinculadas que cuenten con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, se podrán establecer sistemas propios de solución de conflictos no integrados en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje previsto en el art. 5 de este Acuerdo. Si dicho sistema propio no contemplara todo el ámbito funcional del art. 4, operará el VI ASAC para lo no recogido por aquél" (art. 3.3).

negocial, de manera que la negociación colectiva aparece como la otra cara del conflicto y supone un intercambio comunicativo y de pretensiones de los actores implicados; se fijan reglas de juego entre los interlocutores sociales, reglas racionalizadoras de los dos distintos niveles de negociación y se establecen "normas de trabajo"[65]. No se indica que la huelga sea la última medida a adaptar, pero sí que antes de adoptar esta legítima medida de acción directa se intente alcanzar acuerdos previos en casos de conflictos colectivos en general y de bloqueos de negociación (incluidos los periodos de negociación gestional normalizada como son los periodos de consulta-negociación colectiva gestional o participativa, previstos en artículos como el 41, 40.1, 44, 47, 51, etcétera, del ET) y re-negociación de los convenios colectivos.

Significativamente en le CSEr se establece que con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, las Partes se comprometen a promover el establecimiento y uso de procedimientos apropiados de conciliación y arbitraje *voluntario* para la solución de conflictos laborales (art. 6.3 CSEr). De acuerdo con el art. 6.3 CSEr, se deben establecer procedimientos de conciliación, mediación y/o arbitraje para facilitar la solución de conflictos colectivos. Pueden establecerse por ley, por convenio colectivo o por el uso. El art. 6.3 también se aplica al sector público[66].

Importa hacer notar que no es la primera vez que los interlocutores sociales realzan su "voluntad, como organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal, de afianzar un sistema de relaciones laborales construido y administrado desde la propia autonomía colectiva de los interlocutores sociales"[67]. En definitiva: los interlocutores sociales defienden su espacio propio de autonomía colectiva.

-Se apuesta por los derechos del empleo y por el principio de igualdad y no discriminación. Pero también por el modelo normativo de una flexibilidad interna negociada, operante en los distintos niveles organizados de la estructura del sistema de negociación colectiva.

-En la negociación colectiva (y desde el mismo V AENC) se promueve, en efecto, por los mecanismos de flexibilidad interna, como herramientas que faciliten la adaptación competitiva de las empresas y la actividad productiva y preserven la estabilidad y calidad del empleo y las condiciones laborales, en un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras. Entre esos instrumentos cabe destacar, por ser una de las novedades centrales de la reciente Reforma Laboral en el ciclo 2020-2023, los criterios compartidos de utilización de los ERTE

[65] Idea de la acción colectiva negociadora que está implícita en el art. 4 del Convenio OIT, núm. 98, de 1949.

[66] El *Digesto de la Carta Social Europea* 2018, art. 6.3. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado en sus conclusiones que la conciliación-mediación es un proceso para la solución amistosa de un conflicto laboral, mientras que el arbitraje permite que la disputa se resuelva sobre la base de una decisión tomada por una o más personas elegidas por las partes. El resultado del procedimiento de conciliación-mediación no es obligatorio para las partes. Por el contrario, el resultado del procedimiento de arbitraje es vinculante para las partes. Cualquier sistema de arbitraje debe ser independiente, y la cuestión de fondo del arbitraje no puede predeterminarse por criterios preestablecidos. Ahora bien: *Cualquier forma de arbitraje obligatorio es contraria a esta disposición*, ya sea que la ley nacional permita que solo una de las partes en un conflicto someta el conflicto al arbitraje sin el acuerdo de la otra parte o que permita Gobierno u otra autoridad para llevar la disputa a arbitraje sin el acuerdo de las partes o una de ellas. Sin embargo, dicha restricción es posible si se encuentra dentro de los límites establecidos por el art. G. Con la pertinente "jurisprudencia" del Comité Europeo de Derechos Sociales. https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf. Traducido por Carlos Hugo Preciado Domènech. Doctor en Derecho. Magistrado especialista del TSJ Catalunya.

[67] Esto lo subrayan literalmente en el Preámbulo del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo. BOE, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

y del nuevo Mecanismo Red como herramienta de flexibilidad interna que mantenga empleos y empresas frente a medidas más traumáticas.

-En relación al impacto de las *nuevas tecnologías* se pretende desarrollar en la negociación colectiva todos los elementos que el acuerdo sobre nueva normativa de trabajo a distancia -o teletrabajo-, alcanzado en el diálogo social tripartito en el año 2020, remite a dicha negociación. Y se hace una novedosa apuesta por establecer pautas compartidas en el desarrollo efectivo del derecho a la desconexión digital desde la autonomía colectiva.

Se potencia el funcionamiento ágil de los mecanismos participativos y gestionales para afrontar los importantes desafíos que suponen las grandes transformaciones tecnológica, digital y ecológica y las consecuencias disruptivas que tienen en el seno de las empresas y su actividad y, con ello, en el empleo y sus condiciones. Ello debe permitir la transición justa a una realidad que aún no está escrita, a través de la anticipación, la formación continua y la recualificación, y abordar las diferentes brechas para que nadie quede descolgado.

No se olvide, al respecto, que todo ello se enmarca dentro diálogo social bipartito como *eje del autogobierno de las relaciones laborales*, siendo el ámbito de la negociación colectiva donde encuentra su máxima expresión. De este modo se reivindica el protagonismo de los interlocutores sociales para diseñar el modelo de negociación colectiva, su estructura, objetivos y contenidos correspondientes. Se indica al respecto que la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social. Con esa visión, las Confederaciones profesionales firmantes del V AENC plantean el objetivo fundamental de impulsar la negociación colectiva, fomentando la apertura de nuevas unidades de negociación y la ampliación de las existentes (Capítulo II "De la negociación colectiva"). Respecto a la negociación colectiva se destacan los siguientes aspectos:

A). En materia de ordenación de la negociación colectiva domina el criterio indicado de autogobierno y racionalización interna del sistema negocial: 1. La preservación de la vigencia del convenio colectivo y la ordenación del proceso negociador. 2. la necesidad de potenciar las comisiones paritarias y sus funciones, dotándolas de un régimen ágil y flexible de funcionamiento que permita mejorar su eficacia para reforzar la autonomía colectiva. En tal sentido, se recuerda la conveniencia de tener en cuenta el anexo de recomendaciones sobre el funcionamiento de las comisiones paritarias recogido en el VI ASAC. Junto a la definición de las funciones que se le atribuyan a la comisión paritaria, se debe establecer un procedimiento de funcionamiento regular para poder resolver con prontitud y efectividad las consultas y/o conflictos que le lleguen desde los centros de trabajo. 3. La potenciación del papel de los organismos de solución autónoma existentes a nivel estatal y en cada comunidad autónoma, por lo que se llama a las partes negociadoras a impulsar su utilización, teniendo en cuenta además las nuevas funciones incluidas en el VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC) de impulso y promoción de la negociación colectiva, de mediación preventiva de conflictos y de intervención en casos de bloqueo de la negociación colectiva, incluidas las medidas y planes de igualdad. Para ello debieran establecerse en los convenios colectivos compromisos y referencias expresas de utilización de los procedimientos de mediación y/o arbitraje en los conflictos colectivos, incluido el pacto sobre arbitraje especialmente en el supuesto de inaplicación del convenio colectivo y, en su caso, individuales, que puedan suscitarse a nivel sectorial o en el ámbito de las empresas.

B). El criterio racionalizador y de articulación flexible del sistema de negociación colectiva domina también en la materia relativa a la regulación de la política y del derecho del empleo en el Capítulo III ("Empleo y contratación"). Recordando que el Real Decreto-ley 32/2021, recogió el fruto del intenso proceso de diálogo social tripartito (concertación social a través de la técnica de la legislación negociada con carácter previo al proceso de producción legislativa). Este nuevo marco regulatorio incorpora importantes menciones a la negociación colectiva y un nuevo modelo de contratación laboral en España que invita a los interlocutores sociales a introducir de forma ordenada los significativos cambios que van a afectar a las empresas y a las personas trabajadoras. Se valora que hasta la fecha la Reforma laboral arroja buenos resultados. Para seguir avanzando en esa dirección es necesario contribuir desde los convenios colectivos a fomentar la estabilidad en el empleo y el uso adecuado de las modalidades contractuales, desarrollando las llamadas que la norma hace a la negociación colectiva, especialmente tras dicha Reforma.

C). Contemplado desde la política de empleo (aunque la cuestión incide directamente sobre la materia de Seguridad Social coextensa) se plantea en el V AENC el fomento de la jubilación parcial y flexible, indicando que la jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de las plantillas (Capítulo IV Jubilación parcial y flexible).

D). La materia sociolaboral de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes es tratada, asimismo, estableciendo que las Organizaciones manifiestan su preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes[68].

E). En materia de previsión social complementaria (vinculada las prestaciones sociales a las que complementa, mejorándolas)[69], se pretende fomentarla partiendo de una valoración positiva sobre los Sistemas de Previsión Social Complementaria, entendiendo que es conveniente abordar el desarrollo de los mismos en el marco de la negociación colectiva. Por ello, plantean fomentar en los convenios colectivos los Planes de Pensiones de Empleo, en su caso, a través de Entidades de Previsión Social Empresarial (EPSE), como medida de ahorro a largo plazo de carácter finalista y de complemento de las pensiones públicas. La relevancia de esta materia en la negociación colectiva es ya extraordinaria, donde la autonomía colectiva tiene un papel constitutivo de los sistemas de previsión privada colectiva, que se despliega en toda su dinámica de funcionamiento.

[68] En ese sentido, las organizaciones firmantes expresan su deseo de establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras. Ante esta situación, se exhorta a la negociación colectiva a: Establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones. Igualmente, las Organizaciones firmantes de este Acuerdo consideramos que el aprovechamiento de los recursos de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social contribuye al objetivo de mejorar los tiempos de espera, la atención sanitaria de las personas trabajadoras y la recuperación de su salud, así como a reducir la lista de espera en el Sistema público. Al objeto de cumplir esta finalidad, las Organizaciones signatarias instamos a las administraciones con competencias en la materia a desarrollar convenios con dichas Mutuas, encaminados a realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en procesos de IT por contingencias comunes de origen traumatológico. Todo ello se llevará a cabo con respeto de las garantías de intimidad, sigilo, confidencialidad, consentimiento informado y coordinación con el profesional sanitario del Sistema público de salud. Asimismo, instamos a que se activen ámbitos tripartitos nacionales y autonómicos para: Analizar la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el seguimiento de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Estudiar el impacto que la respuesta del Sistema Nacional de Salud, en cada uno de los ámbitos, tiene en los procesos de IT. Establecer líneas de actuación dirigidas a proteger la salud de las personas trabajadoras y así reducir el número de procesos y su duración, incluido el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones (Capítulo VII Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes) (Capítulo VII Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes).

[69] Aunque contempladas de la lógica de la masa salarial (o retribución en sentido amplio). Capítulo VI ("Retribución), apartado 4.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la habilitación general -intrínsecamente limitada como excepción- a la negociación colectiva en el art. 43.3 LGSS ("Mejoras voluntarias"), conforme al cual se establece, en primer lugar, que "la modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el art. 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales". En segundo lugar, subrayando su carácter excepcional para el acotamiento del espacio vital de regulación en la materia de acción complementaria por la negociación colectiva: "sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva"[70]. Es la estricta función complementaria de la acción protectora de la Seguridad Social el terreno propio donde puede entrar el espacio regulador de la autonomía privada colectiva (ello es coherente con el art. 41 CE). En el caso de la previsión privada complementaria instrumentada a través de los planes y fondos de pensiones, véase el RD-Legislativo 2/2002, de 29 de noviembre, y RD 304/2004, 20 de febrero, Reglamento de Planes y Fondo de Pensiones. Los convenios colectivos son el instrumento más importante de implantación de los planes de pensiones. Papel que es tanto más realzado, si cabe, en Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre[71]. Hay que tener en cuenta que esta es una legislación típica de promoción pública, con la atribución de un papel muy destacado a la negociación colectiva como fuente *dinámica y flexible* de implantación fundamental de estos instrumentos de previsión colectiva. Por esta vía se asumen funciones o tareas en interconexión con las políticas de inversiones.

F). En lo relativo a la formación y cualificación profesional, las Organizaciones firmantes consideran que es fundamental la adaptación permanente de las plantillas a las nuevas realidades a las que se enfrenta el mundo del trabajo, tanto en los procesos productivos como organizativos. Para ello son imprescindibles los planes de formación permanente que, con las necesarias actualizaciones, capaciten a las trabajadoras y trabajadores para responder a esas nuevas realidades, marcadas, entre otras, por la transición digital y ecológica y el envejecimiento de la población trabajadora (Capítulo V Formación y cualificación profesional).

G). La materia retributiva continúa siendo, por razones obvias, un elemento central de los contenidos de la negociación colectiva. Al respecto, se pretende racionalizar la estructura de la negociación colectiva en el tratamiento de esta importante materia; y establecer unos criterios precisos sobre la determinación de los incrementos salariales[72].

[70] Véase los artículos 238 y siguientes de la LGSS.

[71] Véase Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones,* Madrid, Ed. Tecnos, 1996; *Ibid.*, *Los planes de pensiones del sistema de empleo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997; Monereo Pérez, J.L. y Martín Serrano Jiménez, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo,* Murcia, Ed. Laborum, 2022; Monereo Pérez, J.L., y Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones en el Sector Público,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson-Aranzadi, 2008; *Ibid., Los planes y fondos de pensiones: balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2021; Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

[72] "En el actual contexto económico, las Organizaciones firmantes del presente AENC declaramos la intención de llevar a cabo, durante su vigencia, una política salarial que contribuya de manera simultánea a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas españolas. Para lograrlo, coincidimos en que un avance en el crecimiento de los salarios, donde la realidad económica de los sectores y/o empresas lo permita, contribuirá a aumentar el poder adquisitivo de las personas trabajadoras y a seguir mejorando nuestra competitividad y con ello a preservar y crear empleo. 1. Estructura salarial Los convenios colectivos deberán promover la racionalización de las estructuras salariales, integrando los principios de transparencia retributiva y

H). La materia de la Seguridad y Salud en el Trabajo es unas de las más relevantes en la negociación colectiva, donde hay continuos llamamientos a la negociación colectiva en la normativa comunitaria (Directiva-Marco) y en su trasposición en nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Las Organizaciones firmantes han recogido en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, los nuevos retos y objetivos de la seguridad y salud en el trabajo[73].

I). La apuesta por los mecanismos de adaptación internos es nítida al indicarse que son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla, por ello los convenios deberían disponer de la *flexibilidad laboral interna* como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras (Capítulo IX Instrumentos de flexibilidad interna). (Capítulo IX Instrumentos de flexibilidad interna).

Esta problemática es definitoria de un *modelo de negociación colectiva que apuesta por un modelo de competitividad por la innovación, la calidad del producto y la calidad del empleo. En definitiva, por el "trabajo decente" o digno*, que comporta el rechazo del modelo de competitividad basado en la reducción de costes del trabajo (directos e indirectos), en la flexibilidad externa y en la

de igual retribución por trabajos de igual valor. Con tal fin, sería deseable ordenar y simplificar los complementos salariales teniendo en cuenta la perspectiva de género. Las tablas salariales deberán ser coherentes con la clasificación profesional establecida en el convenio. Asimismo, los sistemas de retribución variable deberán estar fijados con claridad, contar con criterios objetivos y ser neutros desde una perspectiva de género. Además, deberá establecerse su peso en el conjunto de la retribución. Igualmente, se podrán tener en cuenta fórmulas de retribución flexible. 2. Criterios para la determinación de los incrementos salariales Los salarios negociados en los próximos años deberían incrementarse de acuerdo con las siguientes directrices: [...]". Tratando también de las materias de actualización de precios durante la vigencia de los contratos públicos y el impulso a las previsión social complementaria antes aquí aludida (Capítulo VI Retribución).

[73] En desarrollo de la misma, consideran que la negociación colectiva es la vía idónea para adaptar las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo a las características de cada sector o de la organización empresarial y de sus plantillas. Por ello, los convenios colectivos debieran: Promover protocolos y guías de acogida en la empresa para la mejora de la sensibilización y generación de cultura preventiva. Establecer medidas concretas para que las empresas, con la participación de la representación legal de los trabajadores o, en su caso, con las personas trabajadoras, desarrollen un plan integral enfocado al fomento de la cultura preventiva y a la reducción de la siniestralidad laboral. Incluir la perspectiva de género en la gestión de la prevención en la empresa. Contemplar la discapacidad en la gestión de la prevención. Impulsar el desarrollo de medios y procedimientos para la adaptación de puestos de trabajo. Promover la atención al envejecimiento y sus implicaciones en el desarrollo de la actividad laboral, implementando los contenidos del Acuerdo Marco Autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional, adoptado por los interlocutores sociales europeos, Business Europe, UEAPME, CEEP y CES, el 8 de marzo de 2017. Avanzar en la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo a distancia. Avanzar en la gestión preventiva de los riesgos psicosociales, impulsando programas de prevención del estrés laboral. Elaborar y hacer seguimiento de protocolos de gestión de los conflictos psicosociales asociados a la violencia y/o el acoso en el trabajo, incluyendo el ciberacoso, mobbing y la violencia a través de los medios digitales. Desarrollar la formación en prevención de riesgos laborales, incluyendo la de las personas trabajadoras designadas y la representación de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales, adaptando sus contenidos y duración a la realidad de las personas trabajadoras y empresas, y, en el caso de los trabajadores y trabajadoras, fijando medios para su acreditación. Incluir programas de formación e información sobre los riesgos del uso de las nuevas tecnologías del trabajo y las medidas preventivas a adoptar frente a los mismos, además de criterios de buenas prácticas respecto a la digitalización. Incluir medios y medidas de coordinación de actividades empresariales, simples, eficaces y eficientes, acordes con el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su desarrollo a través del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en los que participen la representación de las personas trabajadoras. Potenciar el desarrollo de la vigilancia de la salud colectiva. Desarrollar protocolos y guías para la mejora de la gestión de la reincorporación de las personas trabajadoras después de bajas de larga duración. Abordar las adicciones y desarrollar planes de prevención e intervención en las mismas. Establecer instrumentos para, en el marco de la prevención de riesgos laborales, identificarlas y afrontarlas. Priorizar la acción preventiva sobre los factores que generan determinados riesgos frente al mero establecimiento de pluses de toxicidad, penosidad, peligrosidad e insalubridad. (Capítulo VIII Seguridad y salud en el trabajo).

precarización laboral. De ahí que se reivindique a la negociación colectiva y sus expresiones formales -el convenio y el acuerdo colectivo- como instrumentos fundamentales de gestión de la flexibilidad interna. No obstante, sería necesario reforzar los sistemas de garantías laborales respecto el ejercicio de los poderes empresariales en relación al establecimiento de medidas de flexibilidad interna negociada, evitando los mecanismos de imposición directa o los sistemas de sometimiento arbitrajes obligatorios.

J). Se profundiza en los principios de igualdad y no discriminación (Capítulo XII Igualdad entre mujeres y hombres), en los derechos de las personas con discapacidad (Capítulo XIII Discapacidad), reconocimiento de la diversidad y de los derechos de las personas LGTBI (Capítulo XIV Diversidad. LGTBI) y en la lucha contra la violencia sexual y de género (Capítulo XV Violencia sexual y de género).

K). La materia relativa a los derechos digitales, nuevas formas de trabajo y transformación digital y ecológica tiene un papel especialmente relativa e innovador en el V AENC. Así:

- El teletrabajo como forma de organización del trabajo se encuentra regulado en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), implementando el acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social tripartito. (Capítulo X Teletrabajo).

- El derecho a la desconexión digital es la limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica para garantizar el tiempo de descanso, festivos y vacaciones de las personas trabajadoras. Este derecho contribuye a la salud, especialmente en lo que concierne al estrés tecnológico, mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo, y a la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando otras medidas reguladas en esta materia. (Capítulo XI Desconexión digital). Está en proceso de elaboración una Propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión digital, que abre espacios a la negociación colectiva[74].

-Pero el marco de referencia estratégico es el proceso estructural transición tecnológica, digital y ecológica (Capítulo XVI Transición tecnológica, digital y ecológica, que incide tanto en un enfoque de los derechos como en el tratamiento de las diversas formas de flexibilidad interna). La introducción de nuevas tecnologías en la organización del trabajo es una inversión estratégica básica para el futuro de las empresas y para el incremento de su productividad y competitividad. La implantación de las tecnologías digitales aporta claros beneficios tanto para las empresas como para las personas trabajadoras en la medida que supone nuevas oportunidades de trabajo, aumento de la productividad, nuevas formas de organizar el trabajo, así como en la mejora de la calidad de los servicios y productos si bien, al mismo tiempo, comporta retos como consecuencia de su impacto en las condiciones de trabajo. Con el objetivo de favorecer una transición justa, inclusiva y beneficiosa para todas las partes, es fundamental que los convenios colectivos sectoriales y de empresa incorporen medidas para hacer frente a estos retos, en línea con lo recogido en el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización[75] y en este AENC, adaptándose estas medidas a las realidades de cada sector, actividad y empresa y anticipándose a sus impactos en los centros de trabajo.

[74] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho a la desconexión. Texto recogido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.html#title1 Conforme al art. 4 "Los Estados miembros podrán, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, confiar a los interlocutores sociales la celebración de convenios colectivos a nivel nacional, regional, sectorial o patronal que establezcan o complementen las condiciones de trabajo a que se refiere el apartado 1" (apartado 2). Por otra parte, se establece que "Los Estados miembros velarán por que los trabajadores que no estén amparados por un convenio colectivo de conformidad con el apartado 2 gocen de protección de conformidad con la presente Directiva" (apartado 3).

[75] https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=5665

En desarrollo de dicho Acuerdo Marco, firmado por los interlocutores sociales europeos, las partes firmantes del V AENC se considera que los convenios colectivos de sector y de empresa *deben promover e impulsar la transformación digital* en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos y se estima oportuno que establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa. Asimismo, se impulsará desde la negociación colectiva una política de igualdad de oportunidades para asegurar que la tecnología digital resulte beneficiosa para todas las personas trabajadoras, superando la brecha por edad. Igualmente, se fomentarán medidas de acción positiva para *evitar la brecha digital entre mujeres y hombres*, particularmente en competencias avanzadas, garantizando los procesos de formación necesarios para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo como consecuencia de las transformaciones digitales de la empresa, con los criterios que las normas laborales establecen.

Entre las materias prioritarias en relación a la digitalización que se deben desarrollar a través de la negociación colectiva se encuentra la asunción práctica del *Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización*. Las organizaciones firmantes de este Acuerdo consideran prioritario adecuar a cada ámbito negocial el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, asumiendo el compromiso compartido entre los interlocutores sociales intersectoriales europeos para hacer frente al desafío común de la transformación digital en el mundo laboral. En esa adecuación a su marco negocial, los convenios colectivos deberían: Fomentar la colaboración entre empresas, personas trabajadoras y sus representantes para abordar temas como las competencias, la organización del trabajo y las condiciones laborales. Impulsar la inversión en competencias digitales y en su actualización. Promover un enfoque orientado a las personas, en particular, sobre su formación y capacitación, las modalidades de conexión y desconexión, el uso de sistemas de inteligencia artificial seguros y transparentes, así como la protección de la privacidad y la dignidad de las personas trabajadoras.

Inteligencia Artificial (IA) y garantía del principio de control humano y derecho a la información sobre los algoritmos La IA de manera progresiva tendrá un impacto significativo en el mundo laboral y, si no se hace un uso correcto y transparente, podría llevar a adoptar decisiones sesgadas o discriminatorias relativas a las relaciones laborales. En línea con lo previsto en el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, el despliegue de sistemas de IA en las empresas deberá seguir el principio de control humano respecto a la IA y ser seguro y transparente. Las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras información transparente y entendible sobre los procesos que se basen en ella en los procedimientos de recursos humanos (contratación, evaluación, promoción y despido) y garantizarán que no existen prejuicios ni discriminaciones. En el ámbito del diálogo social tripartito español se acordó, en el Real Decreto-Ley 9/2021 de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incorporar una letra d) en el artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores relativa al derecho a la información sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. La negociación colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores. El despliegue de sistemas de IA en las administraciones públicas debe seguir igualmente el principio de control humano y ser seguro y transparente. En base a lo anterior, las Confederaciones firmantes del Acuerdo instamos al Gobierno

para que facilite a los interlocutores sociales, a través de los órganos de participación institucional, la información suficiente que garantice la transparencia digital y algorítmica, en especial de aquellas fórmulas que configuran los aplicativos vinculados a las relaciones laborales y a la protección social.

La transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, junto con la digitalización, pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. De hecho, puede suceder que surjan nuevas ocupaciones al tiempo que otras desaparecen o se transforman. Estas transiciones, que están interrelacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente, deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales. En este marco, es imprescindible identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para la consecución de dicho objetivo, resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático. Asimismo, para garantizar la reducción de emisiones y la eficiencia de las medidas que en su caso de apliquen, tanto en beneficio de las empresas como de las personas trabajadoras, se impulsarán planes de movilidad sostenible, fomentando el transporte colectivo por áreas geográficas, polígonos industriales o espacios de gran concentración de personas trabajadoras.

No es baladí subrayar la relevancia que en la perspectiva de política del derecho de la autonomía colectiva tiene ese "marco" europeo en que se inserta este Acuerdo y en particular el Acuerdo marco europeo sobre digitalización (suscrito al amparo del art. 155 TFUE, sobre dialógico social bilateral y acuerdos colectivos celebrados a nivel europeo)[76].

Quizás se echa en falta una mayor atención al proceso de integración europea, dada la comunitarización de la mayoría de las cuestiones centrales de los sistemas de relaciones laborales en los países europeos. No sólo en la exigencia de la más legislación social europea, sino también de más y mejor autodeterminación colectiva de los agentes sociales. Al respecto hay que tener en cuenta que por causa de la internacionalización de la economía y el creciente aumento de las presiones competitivas, la negociación colectiva se está desarrollando en nuevas direcciones y ámbitos. En este contexto, el creciente número de empresas transnacionales (que tienden a establecer formas de autorregulación jurídica que inciden su la incorporación de las nuevas tecnologías y su afectación a trabajo a en las organizaciones productivas en una dialéctica entre concentración-descentralización, especialmente a través de la vía de la subcontratación empresarial) ha incorporado nuevos actores y diversas estrategias para la acción colectiva, tanto para los trabajadores como para los empresarios.

Ante este proceso de internacionalización la negociación colectiva transnacional puede ser una respuesta a estos nuevos desafíos. Debe avanzarse por los propios interlocutores -con políticas de fomento de las instancias políticas de la Unión Europea, pero también de la Organización Internacional del Trabajo- en esa dimensión transnacional adquirida a través de la negociación colectiva organizada a escala europea. Ello implica un fortalecimiento del sindicalismo (pero también de las organizaciones profesionales de los empresarios) para la acción transnacional e impulsar

[76] Para una valoración de conjunto, Baz Rodríguez, J.: "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización", VV.AA.: *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Baz Rodríguez (Dir.) Wolters Kluwer, 2021; Sepúlveda Gómez, M.: "El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización. el necesario protagonismo de la norma pactada", en *Temas Laborales*, núm.158/2021, págs. 213-244. Rocha Sánchez, F.: "El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización", Cuadernos de relaciones laborales, Vol. 40, Núm. 2, 2022, págs.367-385; Almendros González, M. A.: "Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva", *Trabajo y derecho*, núm. 83, 2021.

acuerdos colectivos en las relaciones laborales en espacio que van más allá de las fronteras estatales. Si no se adopta esta perspectiva de más largo alcance -sin necesidad de esperar a las políticas de fomento de las instituciones internacionales, por otra parte deseables por las insuficiencias intrínsecas de un pretendido *laissez-faire colectivo* autosuficiente- podemos encontrarnos ante un escenario de debilitamiento progresivo de la negociación colectiva y del ámbito de cobertura de los convenios colectivos. Y tras ello el declive del poder sindical sin la heteronomía estatal garantista y de fomento; intervencionismo público que *impone* el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (paradigmáticamente, artículos 1, 9.2, 10, 28, 37, 53, entre otras disposiciones de nuestra Constitución).

Probablemente la autonomía colectiva -como poder bilateral de regulación y de gobernabilidad- ha de formular sus propios códigos de conducta y establecer mecanismos adecuados llevarlos a la práctica sincronizando la acción internacional y a las acciones a escala estatal y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Hay que buscar una realización del principio de correspondencia nivel de negociación-estructuras de los poderes decisionales de las grandes empresas transnacionales. Ya se sabe que las relaciones colectivas/sindicales son relaciones de poder operantes en el mundo de las relaciones económicas y de las políticas de gobierno de la economía. Clásicamente se advirtió, tras una larga experiencia, que el conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad moderna y, por ello, a las relaciones laborales. Pero también que "existe, sin embargo, un interés compartido entre empresarios y trabajadores: el de que sus necesarios e inevitable conflictos sean regulados periódicamente mediante procedimientos razonablemente preestablecidos; procedimientos que no excluyen el recurso extremos a cualquiera de los resortes por medio de los que cada una de las partes contendientes tiene que afirmar su poder en caso necesario…Por lo demás, postular una comunidad de intereses como substrato de las relaciones laborales es pura utopía"[77].

En cualquier caso, estas regulaciones son de la máxima relevancia. Bien es cierto que todavía son insuficientes para hacer frente al fenómeno de la transformación digital sobre todo si se atiende a su magnitud e impacto a todos los niveles. El impacto real que los vertiginosos avances en el ámbito de la Inteligencia Artificial y Bigdata incorporados a los sistemas productivos, están teniendo ya en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a la protección de sus datos personales y a su intimidad. Por ello mismo, es necesario elaborar una lectura integradora de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, que sea necesariamente respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda incontrolada y sin atención a principios y valores del incremento de la competitividad y beneficio empresarial[78].

Y es que el "capitalismo de la vigilancia" incrementa la penetración de los poderes del mercado sobre las personas: los poderes de los empresarios que utilizan las tecnología como instrumentos de dominio y no sólo como posibles -necesarios- instrumentos al servicios de la innovación, la productividad y la calidad del empleo. Se ha podido señalar, al respecto, que el capitalismo de la vigilancia supone una ruptura respecto de la anterior trayectoria histórica del capitalismo de mercado en tres sentidos fundamentales: a) enfatiza en su derecho a la libertad absoluta y al conocimiento sin trabas de los datos y vida de las personas; b) abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con

[77] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs.45-65, en particular pág. 64.

[78] Molina Hermosilla, O.: "Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (6), (2023) pp. 89-117. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi6.16225; Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI,* Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2021; Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2023.

las personas. c) el fantasma de la vida en la colmena delata un proyecto social colectivista de mercado sustentado por una inferencia radical y por su expresión material en el "Gran Otro". Ello supone que no se está ante una fase más del capitalismo, sino ante un cambio de paradigma de organización de la sociedad del mercado y de la organización de las empresas y de los sistemas de relaciones laborales[79]. El riesgo es que se anteponga las nuevas tecnologías digitales invasivas en la lógica del mercado (que es la lógica también de los algoritmos tal y como son utilizados) anteponiendo la racionalidad del mercado a las bases de la democracia dentro y fuera de las organizaciones productivas. La lucha competitiva entre "capitalistas de la vigilancia" puede conducir a una búsqueda compulsiva de la totalidad (en la información y en el conocimiento de las personas al servicio de modelos predictivos y conductuales) al margen de los derechos y valores fundamentales que deben presidir un sistema democrático de relaciones laborales. En una lógica dominio y acumulación del poder en continuo aumento. Es poder de vigilancia y control instrumental puede facilitar la expropiación práctica de los derechos fundamentales a través de una nueva arquitectura global de modificación conductual prefigurada predictivamente a través de la utilización de los datos y las fórmulas algorítmicas. Este uso perverso de la inteligencia artificial expresa el potencial *lado oscuro* de la presente "4º-5ª Revolución industrial" basada en utilización de las tecnología digitales como palancas de poder en las relaciones laborales.

Con todo, en la tensión dialéctica centralización-descentralización del sistema de negociación colectiva (cuestión condicionada por la autorregulación colectiva y la heterorregulación pública) es innegable una *tendencia hacia la "empresarización"* de las relaciones industriales, con el mayor peso de los convenios y acuerdos colectivos de empresa, con una pluralización de los instrumentos colectivos y ciertas dificultades de control sindical de los mismos para llevar a cabo una *descentralización controlada por la propia autonomía colectiva al máximo nivel* (Acuerdos Marco y Convenios Colectivos Sectoriales). Un marco institucional que a menudo ha sido condicionado por un intervencionismo dirigista del legislador. De ahí la centralidad de la negociación colectiva de empresa en el Derecho del Trabajo contemporáneo. En el sistema del ET se ha pasado de la relativa marginalidad de los convenios de empresa a la prioridad aplicativa (art. 84.2 ET). También hay que subrayar un aspecto positivo consistente en que en los convenios de empresa se ha optado por la preferencia del canal sindical de representación. Por su parte, los acuerdos de empresa encuentran su fortuna y su expansión a través del "descuelgue" (art. 82.2 ET), pero entre los instrumentos de "empresarización" destacan también los acuerdos normalizados de reestructuración y ajuste empresarial (artículos 40, 41, 44, 51, etcétera, del ET), con una tendencia hacia el acrecentamiento de su papel en el sistema de negociación colectiva. Esta orientación descentralizado por la vía de los convenios y acuerdos de empresa ha sido no sólo promocionada por la heteronomía estatal, sino incluso impuesta (el caso más expresivo es el del art. 84.2 ET[80], con una regla de preferencia legal indisponible por la autonomía colectiva, conduciendo hacia una forma de descentralizada forzada desde este punto de vista). En reclamo de cobertura de vacíos de representación a través de "comisiones ad hoc" es problemático y se ha prestado a una desindicalización operativa en la práctica.

Ello supone un cambio de paradigma en el modelo de estructura negociadora que es impulsado bajo el prisma de una nueva "gobernanza" sobre el sistema de negociación colectiva. La nueva "gobernanza" económica europea ha servido de catalizador respecto de las tendencias comunes apreciadas hacia la descentralización negocial, bajo la égida del Derecho de la competencia y de la

[79] Puede consultarse, Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., pp. 657 y sigs.

[80] Véase Gorelli Hernández, J.: "La inaplicación del convenio colectivo. Principales elementos conflictivos de su régimen jurídico", Segunda Ponencia del segundo panel de las *40 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo* (celebradas en Granada, los 8, 9 y 10 de noviembre de 2023), Monereo Pérez, J. L. (Coord.), Granada, CARL, 2024. Ponencia en la que se contiene un análisis detenido de las cuestiones más problemáticas que se plantean en los supuestos de inaplicación del convenio colectivo.

presión que ejerce la potenciación de la competitividad de la empresa flexible y la opción liberalizador defendida e impulsada por las autoridades políticas de la Unión Europea. Esta realidad inducida -no espontáneamente surgida- produce una mutación en las fuentes del Derecho del Trabajo que plantea el riesgo de una ruptura de los equilibrios de poder que antes venían siendo garantizados por una intervención legislativa garantista y por los grandes Acuerdos Marco Interconfederales y Convenios colectivos sector. Con este enfoque no solo se pierde en homogeneidad de condiciones de trabajo en el sector, sino también se pierde en poder sindical (en sus factores base de poder negociador en posición de "potencia" y (des)equilibrio con la contraparte empresarial). En los convenios de empresa y en los acuerdos de empresa las partes sociales priorizan el contexto productivo organizacional de la empresa con el efecto de atomización de la negociación colectiva y la difuminación y distanciamiento de intereses colectivos más generales de sector o de carácter más general. Domina en la negociación colectiva también el sesgo de ser parte del derecho de la producción, en cuyo marco el interés colectivo es confinado en atención a las particularidades económicas, técnicas y organizativas de cada empresa singularmente considerada. La lógica de "empresarización" puede acabar en una incremento de los poderes reales del empleador favorecido por una negociación colectiva "concesiva"[81] de proximidad (hacia las necesidades e intereses de la organización productiva), a la par que un detrimento de la negociación sectorial, con el consiguiente alejamiento de los fines transformadores más amplios perseguibles por las grandes organizaciones sindicales y su papel como sujetos sociopolíticos. El efecto expulsivo del fenómeno sindical puede ser consumado en beneficio de una liberalización mayor de los mercados de trabajo. Hay que subrayar, en este contexto, que el sindicato, en su condición de sujeto sociopolítico, constituye uno de los instrumentos para que los trabajadores puedan defenderse de los poderes privados y públicos en una democracia constitucional pluralista y, llegado el caso, ser una instancia de poder de resistencia -junto a otras- ante posibles involuciones llevadas a cabo a través de políticas "deconstituyentes" de las instituciones del sistema democrático establecido en las Constituciones normativas con Estado Social de Derecho. La misma negociación colectiva, con sus sistemas de equilibrios, puede ser un cauce de diálogo bilateral que contribuya a crear las condiciones para evitar las tentaciones totalitarias de los poderes públicos y privados cada vez están más entrelazados.

3. LAS MEDIDAS CONCRETAS ADOPTADAS POR EL RD-LEY 32/2021: ANÁLISIS DE SÍNTESIS TÉCNICO-JURÍDICO Y DE POLÍTICA DEL DERECHO

3.1. El principio de prevalencia legal del convenio de empresa sobre el convenio de sector o supraempresarial: incidencia de la reforma RD-ley 32/2021, en la concurrencia de convenios colectivos

La reforma de 2012 había establecido unilateralmente -sin consenso con los interlocutores sociales- un principio de prevalencia del convenio colectivo de empresa sobre los convenios de ámbito superior, configurada como norma de Derecho necesario absoluto, y, por tanto, indisponible por la autonomía colectiva negocial. Esta reforma supuso una revisión de la ya en sí problemática regulación al respecto operada en virtud del RD-Ley 7/2011, de 20 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. La reforma operada en el RD-ley 2012 (convertida después en Ley 3/2012) transformó *ope legis* el carácter supletorio de la regla de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, que había sido introducida originariamente por la reforma de 2011, en una norma de Derecho necesario absoluto (orden público laboral absoluto), intangible para la acción de la autonomía colectiva y explícitamente considera como indisponible respecto de los convenios y acuerdos colectivos. Instaura la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa con carácter indisponible por los Acuerdos Marco Interconfederales y acuerdos y convenios colectivos sectoriales

[81] Porque suele imperar la lógica de la necesidad propia de la organización productiva y su posición competitiva en el mercado.

(norma derecho necesario absoluto). De este modo, y en cualquier momento, un convenio de empresa podría afectar a lo establecido en un convenio de ámbito superior que le es aplicable en materias de enorme relevancia en el contenido y equilibrio interno del convenio colectivo. Su efecto, no ha sido sólo la pérdida de una mínima homogeneidad, sino una devaluación salarial y una excesiva atomización en cascada de la negociación colectiva hacia el horizonte de la empresa y con pérdida de control colectivo/sindical de los sujetos que negociaron el convenio sectorial. Un cambio de esta trascendencia, debe recordarse, se hizo sin un periodo previo de consulta, ni tampoco, por supuesto, de intento de negociación (pre)legislativa con los interlocutores sociales.

La STC 119/2014, de 16 de julio, avaló la legitimidad constitucional de esta innovación legal, entendiendo que la misma "ni imposibilita la negociación colectiva del ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad ni resta eficacia normativa a la regulación sectorial ya existente, que seguirá siendo de aplicación en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio colectivo". Por otra parte, la jurisprudencia entendió, correctamente, que la regla de prioridad aplicativa solo es predicable para los convenios de empresa, pero no para los convenios de ámbito inferior a esta (centro de trabajo o una unidad productiva autónoma dotada de organización específica ex art. 1.5 ET) (STS 8 de febrero de 2018, rec. 56/2017). Para ello el Tribunal Constitucional parte de que el art. 37.1 CE habilita al legislador ordinario para seleccionar e imponer unidades de negociación colectiva a través de reglas legales de concurrencia que atribuyan preferencia aplicativa los correspondientes convenios colectivos, y hacerlo con carácter indisponible para los Acuerdos-Marcos y convenios de sector. Más allá de esto, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la regulación legal se limita, en lo sustancial, respecto a la distribución de las competencias de la autonomía colectiva entre los diversos niveles o unidad negociadora. El derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE es un derecho de estricta configuración legal Sentado esto, el Alto Tribunal legitima la opción de política legislativa por la preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio superior de sector impuesta como orden público laboral por la reforma laboral de 2012, siendo así que en la configuración legal del derecho constitucional a la negociación colectiva el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición de la ley en la jerarquía normativa. De ahí que, entendiendo el Tribunal Constitucional, el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de su ejercicio, regulación legal que puede adquirir, si así se ha establecido, el carácter señalado de *ius cogens* reforzado como derecho necesario absolutamente inmodificable (SSTC 119/2014, 8/2015, en relación con la STC 85/2001, entre otras).

Así conforme al art. 84.2 ET la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos estatutarios de ámbito superior (Título III ET)[82], tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en un conjunto importante de materiales (que en la primera redacción de la Ley 2/2012, incluía las cuantías salariales). Esta intromisión en la diseño de la estructura y reglas de concurrencia de la negociación colectiva y a través de normas de derecho necesario absoluto no parece coherente con la configuración del derecho que se infiere del art. 37.1 CE (pese la superación del test de constitucionalidad según declaró el Alto Tribunal), pues pertenece

[82] No obstante, "ello no impide que las partes puedan pactar que para la modificación del convenio extraestatutario se acuda a trámites y procedimiento más exigentes que los previstos por el art. 41 ET; al fin y al cabo se trataría de establecer una mayor protección frente a la MSCT". Cfr. Gorelli Hernández, J.: "La inaplicación del convenio colectivo. Principales elementos conflictivos de su régimen jurídico", Segunda Ponencia de las *40 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo* (Celebradas en Granada, los día 8, 9 y 10 de Noviembre de 2023), Monereo Pérez, J.L. (Coord.), Granada, CARL, 2023. Ponencia en la que se contiene un análisis detenido de las cuestiones más problemáticas que se plantean en los supuestos de inaplicación del convenio colectivo.

a su contenido esencial (art. 53.1, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 CE). Lo que vincula tanto al Tribunal Constitucional (control concentrado de constitucionalidad) como a los órganos de la jurisdicción ordinaria (control de difuso de convencionalidad)[83]

-El principio o regla de primacía legal *ope legis* (art. 84.2 ET) se plateaba como una excepción a las reglas generales de concurrencia de los convenios colectivos establecidas en el art. 84.1 ET (el art. 84.1 ET lo deja muy claro cuando indica que "salvo lo previsto en el apartado siguiente"). Con una finalidad de flexibilidad interna "negociada" de adaptación sobrevenida a las circunstancias de la empresa y, de ordinario, con la facultad de introducir modificaciones "in peius" de las condiciones de trabajo y empleo listadas en el apartado 2 del art. 84.2 ET, sin la carga de la prueba de la concurrencia de una causa objetiva justificante o legitimadora (a diferencia de la medida del descuelgue prevista ex art. 82. 2 ET). En cualquier caso, no estamos en la inaplicación ex art. 84.2 ET no estamos ante un instrumento de flexibilidad interna unilateralmente adapta por el empresario, sino a un flexibilidad interna negociada materializada en un convenio de empresa. Esto le aproxima, por ejemplo, al descuelgue de modificaciones sustanciales o no sustanciales previsto para los convenios colectivos estatutarios ex art. 82.3 ET[84], y le diferencia, por ejemplo, del supuesto de modificaciones sustanciales de convenios colectivos extraestraestaturarios, puesto que después de agotado el periodo de consulta-negociación colectiva gestional, el empleador puede proceder a imponer la modificación sustancial,

[83] La admisibilidad del control de convencionalidad y sus distinción respecto al control de constitucionalidad, en FJ 6 de la STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre de 2018. Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré. Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso frente a la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales, derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): constitucionalidad de la ley orgánica que da nueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos. Voto particular.

[84] La "modificaciones de las condiciones de trabajo" (deja claro que no se limita sólo a las modificaciones sustanciales, sino también a las modificaciones no sustanciales o no esenciales establecidas en los convenios colectivos estatutarios regulados en el Título III del ET deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 83.3 (Art. 41.6); es decir, a través del instrumento del descuelgue del convenio colectivo estatutario, el cual exige, en principio, el acuerdo colectivo de empresa (art. 83.3 ET, que confirma que no exige el carácter "sustancial" de la modificación, por más que remita tan sólo al procedimiento ex art. 41 ET). Significativamente, el art. 82.3 ET, incluye en la lista de materias un apartado "g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social", que no figura en la lista ex art. 41.2 ET. Además, la lista de materias ex art. 82.3 ET es cerrada, a diferencia de la matizada que sí realiza el art. 41.1, párrafo 2º, del ET, a cuyo tenor "Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, *entre otras,* las que afecten a las siguientes materias…". Aquí podría plantearse la existencia de una contradicción porque si la lista ex art. 82.3 ET es cerrada -según el tenor literal que no hace ninguna referencia a una posible cláusula de apertura a otras modificaciones- *no* podrían incluirse otras modificaciones. Pero se puede salvar indicando que si se puede realmente lo más (descuelgue de "modificaciones sustanciales") contenidas en un convenio colectivo estatutario, también se puede lo menos (descuelgue de "las modificaciones no sustanciales"). Lo que está claro, en cualquier caso, es el empleador *no* puede modificar unilateralmente una condición de trabajo o de empleo establecida por convenio colectivo estatutario. Pero, por supuesto, tampoco quedaría impedida la vía de revisión, en todo momento, del convenio colectivo estatutario prevista ex art. 86.1, párrafo 2ª, del ET. Pero este problema interpretativo se ha resuelto ya por la jurisprudencia y la doctrina científicas.
Efectivamente, como se ha advertido, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, "la diferencia esencial entre uno y otro instrumento reside en el tipo de condición que pretende modificarse, de manera que las fijadas por convenio colectivo estatutario (y que estén en el listado del art. 82.3 ET) han de tramitarse por el procedimiento de descuelgue (En este sentido las SSTS de 30 de junio de 2016, RJ\2016\3939; de 15 de julio de 2015, RJ\2015\6381; la SAN de 3 de abril de 2017, AS\2017\560; o las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2022, JUR\2022\363586; Andalucía de 21 de marzo de 2019, AS\2019\113; Galicia de 6 de octubre de 2015, AS\2015\1926; Cataluña de 22 de julio de 2015, AS\2015\1798; Madrid de 15 de septiembre de 2014, AS\2014\2902; Madrid de 8 de julio de 2014, AS\2014\2770)". Cfr. Gorelli Hernández, J.: *La inaplicación del convenio colectivo. Principales elementos conflictivos de su régimen jurídico*, Segunda Ponencia en 40 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo (CARL), Granada, CARL, 2023, pág. 3, nota 18.

sin perjuicio de la posibilidad ex posterior de acudir a la impugnación judicial de la medida (art. 41.5 ET).

Pero, en realidad, y con ser eso ya importante, va más lejos porque impide que la autonomía colectiva ex art. 83 ET pueda ordenar la estructura de la negociación colectiva y los criterios para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos. Afecta también al art. 3.3 ET, que establece un principio de norma más favorable en la concurrencia entre convenios colectivos, como normativa estatal supletoria respecto de la autonomía colectiva negocial al máximo nivel (art. 83.2 ET[85]). El legislador opta como criterio normalizado por la preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio de sector (teniendo en cuenta que ni siquiera la reforma de la Ley 3/2012 fue una reforma negociada sino impuesta a los interlocutores sociales al máximo nivel). Es una intromisión en la delimitación de modelo normativo de estructura y concurrencia entre convenios colectivos.

-Este principio de primacía legal tenía la característica inusual de su ser "acausal", toda vez, que no se exige que el convenio colectivo de empresa tenga que alegar y probar la existencia de un justificado motivo para inaplicar, nada menos, el convenio de ámbito superior (a diferencia de los descuelgues y cláusulas de inaplicación previstos ex art. 82.3 ET que requiere la prueba de la existencia de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

-Pero no quedaba ahí la singularidad, porque se introduce una prohibición en una norma procedimental dirigida a la autonomía colectiva, a saber: "Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado". Se trata de una norma de Derecho necesario absoluto, que limitaba el espacio decisorio que le es propio a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para establecer los principios y criterios que han de regir la estructura y reglas de concurrencia en el sistema de negociación colectiva (art. 84.2, último párrafo, del ET).

-Por otra parte, la misma prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas (que incluye a las redes de subcontratación) por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1 ET (art. 84.2, penúltimo párrafo, del ET)[86]. No debe pasar desapercibida la relevancia de esta preferencia extensiva porque el mundo empresarial actual está presidido por procesos de colaboración e integración empresarial a través de la "forma del grupo de empresa", como modalidad de empresas de estructura jurídico-económica complejamente organizada y articulada.

-El supuesto contemplado venía a establecer una normativa -*no previamente negociada con los interlocutores sociales*- de flexibilidad interna negocial, que resulta indisponible para la autonomía colectiva ex art. 83.2 ET[87], invadiendo, así, espacios propios de autorregulación que deben ser

[85] A cuyo tenor: "Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbitos" (art. 83.2 ET).

[86] La Disposición Adicional del RDL 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 mercancía, amplia el ámbito de aplicación del principio o regla de preferencial legal aplicativa del convenio de empresa al establecer que "los convenios colectivos que se negocien de conformidad con lo dispuesto en el art. 87.1 ET por una pluralidad de empresas que estén vinculadas en razón de su adscripción a un mismo puerto y nominativamente identificadas tendrán igual prioridad aplicativa que los convenios a que se refiere el art. 84.2 de ET".

[87] "Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de

preservados a los actores sociales. Impide el autogobierno del espacio vital propio en la delimitación y control de la estructura y régimen de concurrencia de los productos derivados de la negociación colectiva. El principio de preferencia legal no es, así, una regla más de excepción al principio de no afectación ex art. 84.1 ET, sino que incide sobre el (auto)gobierno de la estructura y la concurrencia de convenios en virtud de intervencionismo legal cuando menos dirigista y autoritario. Y es dirigista porque se impone *"ope legis"* a la autonomía colectiva un determinado ámbito de negociación como es el del convenio de empresa con la supresión del carácter dispositivo para la autonomía colectiva de esta excepción al principio del "prior in tempore" formulado en el art. 84.1 ET.

El legislador no impone la negociación colectiva de empresa (de ser así se agravaría el problema con una más manifiesta inconstitucionalidad de la medida), pero sí la favorece de manera *normalizada* a expensas de la decisión de la autonomía colectiva de los sujetos legitimados para negociar el convenio de sector objeto de inaplicación, afectando a la fuerza vinculante del convenio de sector vigente, el cual se convierte en disponible en un conjunto de materiales muy importantes (aunque con lista cerrada) a través del convenio de empresa. El protagonista es el legislador estatal que es la que se autoconfiere el poder de decisión como ordenación de la estructura y reglas de concurrencia de los convenios colectivos. Aunque no se imponga literalmente una estructura negocial -lo cual implicaría

distintos ámbitos" (art. 83.2 ET). Ámbito de autogobierno que confirma la regla supletoria ex art. 84.1 ET, sino fuera por la salvedad introducida "y salvo lo previsto en el apartado siguiente". Pero antes de las reformas del ciclo corto de los años 2010, 2011, 2012, lo que se preveía es que los sindicatos y las asociaciones empresariales podrían en un ámbito determinado que sea superior al de empresa negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Véase también "in fine" el vigente art. 84.3 ET, conforme al cual "Salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación". De ahí podría emerger, de manera incipiente, un *marco autonómico de negociación colectiva de ámbito de Comunidad Autónoma,* que acabaría incidiendo en la conformación de singularidades autónomas en el estatuto profesional convencional de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En esa dirección camina explícitamente el pacto de investidura entre PSOE y PNV, Madrid, 10 de noviembre de 2023.

Incidiendo en la problemática de la "prelación de convenios", se acuerda modificar en el plazo de seis meses el art. 84.3 y 84.4 del ET en los siguientes términos: "Artículo 84. Concurrencia. 3. No obstante lo establecido en el artículo anterior, en el ámbito de la una comunidad autónoma, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88, podrán negociar convenios colectivos y acuerdos interprofesionales en la comunidad autónoma que tendrán prioridad aplicativa sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siempre que dichos convenios y acuerdos obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación y su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales. 4. En el supuesto previsto en el apartado anterior, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica". Debe subrayarse que se impone el principio legal de mayor favorabilidad respecto de los convenios o acuerdos estatales (prevalecen los convenios a nivel de comunidad autónoma cuando mejoran la situación de los trabajadores), lo que no viene exigido en absoluto en la redacción vigente del art. 84 ET para la inaplicación del convenio de ámbito superior, por un lado, y por otro, que se restringe el ámbito de materias que pueden ser objeto de inaplicación en virtud de la preferencia legal de los convenios o acuerdos de empresa de ámbito autonómico. Ahora bien, debe subrayarse, en este contexto flexibilizador, que continuaría rigiendo el criterio legal de no exigencia de causalidad específica para llevar a cabo la inaplicación del convenio o acuerdo de ámbito estatal.

Aproximaciones de urgencia sobre esta propuesta de preferencia limitada de los convenios y acuerdos autonómicos sobre los de ámbito estatal pueden apreciarse en Correa Carrasco, M.: "La propuesta de regla de concurrencia de convenios recogida en el pacto de investidura entre PSOE y PNV", *Briefs AEDTSS*, 63, 2023; Martínez Gayoso, M. N.: "Estado de las autonomías y negociación colectiva", Briefs AEDTSS, número, *Briefs AEDTSS*, 62, 2023; Moll Noguera, R.: "La reforma del art. 84 por PSOE Y PNV: el resurgimiento del principio de mayor favorabilidad", *Briefs AEDTSS,* 64, 2023.

una obligación de negocial convenios de empresa por la vía del art. 84.2 ET-, sí hay un intromisión en el diseño de la estructura de la negociación colectiva toda vez que se abre la posibilidad de que cualquier convenio de empresa pueda disponer sin exigencia de alegación de motivo justificado de importantes materias litadas en ese precepto, privando a la autonomía negociadora expresada en el convenio superior preexiste de hacer valer la regulación que se ha establecido para todo el sector. La dispositividad del convenio superior vigente por el convenio de empresa se impone a través de un principio de especialidad prevalente "*ex lege*" sobre la autonomía colectiva expresada normativamente en el convenio de sector afectado. Dispositividad "*ope legis*" del convenio superior preexistente por el convenio colectivo de empresa en el importante conjunto de materias establecido en el art.84.2 ET, sin contar con un mínimo control por parte de los sujetos negociadores del convenio superior y tampoco con lo que pueda ser establecido por un Acuerdo Marco pactado conforma a lo previsto ex art. 83.2 ET. No solo se trata de una simple *flexibilidad habilitante* para el convenio colectivo de empresa, sino también -y más incisivamente- de una *flexibilidad legalmente impuesta* a la negociación colectiva (a nivel Acuerdos Marcos y de Convenios Colectivos Sectoriales). Con este criterio flexibilizante impuesto por la propia ley se altera la mecánica garantista de *colaboración* internormativa y aplicativa entre la legislación pública y la negociación colectiva, donde predomina la prohibición y el establecimiento de límites y restricciones a su poder social y jurídico de autorregulación específica. Pero también en detrimento de su función típica de complemento y mejora.

La dispositividad no implica derogación alguna del convenio superior, pero si afecta a su eficacia jurídica personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. Si hay inaplicación *in peius* ex art. 84.2 ET (el convenio de empresa no deroga en *ius strictum* el convenio de ámbito superior, pues este continua vigente; es decir, no es un "convenio derogatorio" si se utiliza una terminología estrictamente técnico-jurídica; cuestión distinta es si se hace referencia a que se produce una "derogación singular" respecto al ámbito empresarial afectado) la regulación de las materiales afectadas la regulación convencional sectorial de las mismas seguirá estando vigente para el resto de las empresas que no han hecho uso de su facultad de inaplicación atribuida por el legislador. Y el convenio colectivo no pierde su fuerza normativa, pero ve minorada su ámbito material de aplicación en todo el sector de actividad en las materias objeto de incumplimiento específico. Es manifiesto que, como regla, los convenios de ámbito inferior pueden establecer sin hacer reclamo del art. 84.2 ET una regulación *in melius*, porque de ordinario los convenios colectivos establecer garantías de mínimo mejorables a través de los convenios de ámbito inferior, afectando a la homogeneidad y al equilibrio interno buscados. Pero sería ingenuo pensar que el art. 84.2 ET espera regulaciones "in melius" y no "in peius". De ser así, ¿Qué razón tendría prohibición a la autonomía colectiva al máximo nivel que impidiera la disponibilidad de esos convenios de sector por los convenios de empresa a través del cauce a-causal del art. 84.2 ET? Esta medida -supuestamente de flexibilidad interna negocial- es más una desarticulación o desestructuración de la negociación colectiva que la potenciación de una descentralización ordenada y garantista hacia la empresa, con el efecto inducido general de favorecer un *dumping social empresarial* dentro del sector de actividad de que se trate.

No se puede hablar simplemente de una intervención reforzada del legislador, sino más exactamente de un dirigismo autoritario que invade espacios antes reservados a la esfera de funciones de la autonomía colectiva[88]. Corresponde ciertamente a la ley estatal establecer un marco regulador de la estructura y de los principios de concurrencia de los convenios colectivos, pero no se olvide que le corresponde llevar a cabo una política de fomento de la negociación colectiva, de tal manera que a ésta no se prive de los espacios vitales de regulación que le son propios. Aunque parezca

[88] En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "Los nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba", en *Temas Laborales,* núm. 120 (2013), págs. 439-482, espec., págs. 455 y sigs. ("3. Las opciones de política del Derecho estatal: el giro hacia un modelo de intervención selectiva y más autoritaria en la negociación colectiva").

innecesario decir, el legislador debe entender que la negociación colectiva no es un instrumento de regulación suyo (no se olvide lo que expresamente indica el art. 37.1 ET respecto al papel del legislador: "garantizar" el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos resultado del ejercicio del derecho a la negociación colectiva), sino de los interlocutores sociales; como tampoco es un instrumento al servicio de los intereses de la empresa (que más allá de su objetivación, incorpora los beneficios y riesgos propios de la empresario). Es un instrumento de organización de las relaciones colectivas de trabajo, de solución de los conflictos laborales y gestión participativa en las decisiones empresariales. Por tanto, no es un simple instrumento al servicio de las necesidades de funcionamiento de la empresa. El art. 84.2 ET sobrepasa inequívocamente los límites de la intervención estatal en la ordenación de la negociación colectiva para tratar de imponer su propio modelo de estructura y reglas de concurrencia entre convenios, ignorando sus límites y los espacios vitales de autonomía que le corresponden a la negociación colectiva como proceso de autorregulación social: a este le debe corresponder el gobierno de las decisiones fundamentales sobre la estructura y reglas de concurrencia de los convenios colectivos, como se puede inferir incluso del propio art. 83.2 ET, en relación con el art. 37.1 CE (cuyo contenido esencial comprende el derecho de las partes negociadoras a diseñar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de los convenios colectivos que son la expresión formal (jurídico-positiva) del poder sustancialmente normativo que ostentan.

La experiencia jurídica en la aplicación del principio de preferencia ex art. 84.2 ET muestra la utilización problemática del convenio de empresa para desestabilizar la estructura de la negociación colectiva, porque los convenios sectoriales no han podido controlar previamente las inaplicaciones realizadas -en las materiales legalmente previstas, que antes de la reforma de 2021 comprendían la materia salarial. Es más se ha tratado más de una flexibilidad de adaptación de una flexibilidad negativa de imposición por el convenio de empresas de condiciones de trabajo *in peius* respecto a las garantizadas en el convenio de sector. Y ya se sabes cómo determinadas expresas (las empresas multiservicios) utilizaron esa facultad preferencial sobre los convenios de sector. Este cauce de inaplicación a-causal supone un vaciamiento de la fuerza reguladora de las condiciones de trabajo del convenio sectorial afectado. Y recordemos que conforme se desciende al ámbito de la empresa el poder del empleador se hace más fuerte -más preeminente por la misma lógica de la necesidad- respecto de la representación sindical y unitaria de los trabajadores. La pretendida descentralización hacia la empresa a través del principio de preferencia aplicativa o preferencia legal del convenio de empresa lejos de utilizarse como un instrumento de flexibilidad laboral negociada, se está utilizando como mecanismo de precarización de las realizaciones laborales y de excesiva atomización de la negociación colectiva en los sectores de actividad. El debilitamiento de la función homogeneizadora de los convenios colectivos sectoriales ha quedado debilitada, por una descontrolada técnica de fomento legal de la descentralización flexibilizadora hacia la empresa, sino que existan verdaderos instrumentos de garantía y control de que esa flexibilidad sea equilibrada y no una simple "flexibilidad nociva", que acaba estableciendo una competencia desleal entre las empresas del sector y un reducción y fragmentación injustificada de las garantías colectivas atribuidas a los trabajadores. Es necesario, por ello, que la autonomía recupera el control de los equilibrios necesarios entre centralización y descentralización satisfactoria por ser adecuada para dar respuesta a los desafíos de las transformaciones en curso y por alcanzar un necesario equilibrio entre los intereses contrapuestas en juego en un modelo económico, como el actual del capitalismo tardío, donde las empresas no se estructural precisamente como organizaciones productivas basadas en pretendidas "comunidades de intereses".

El carácter negociado de la reforma laboral establecida por el RDL 32/2021 impidió una neutralización completa de esta medida neutralizadora del poder de autogobierno legítimo de la autonomía colectiva sobre la estructura de la negociación. Sin embargo, su virtualidad ha sido la de

suprimir el primer apartado a) del art. 84.2 ET, conforme al cual "La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias […] a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa". La modificación es importa en sí misma, pero insuficiente para que el convenio colectivo de sector sea el eje principal del sistema de negociación colectiva en el respectivo ámbito de negociación y como garantía de una cierta homogeneidad de condiciones de trabajo en el mismo y evitar prácticas de competencia desleal y especulativa a través de la reducción de los costes y garantías laborales. En otras palabras: evitar una forma de flexibilidad laboral interna nociva, tanto desde el punto de vista laboral como de las buenas prácticas entre las empresas de un mismo sector de actividad económica.

Se trata, así, de introducir una reforma parcial pero relevante, dados los datos de la experiencia (por otra parte previsibles) en el uso abusivo y las disfuncionalidades a que dio lugar la disponibilidad del convenio sectorial en materia salarial por parte del convenio de empresa. Y es importante porque ha devuelto a la negociación colectiva de nivel sectorial el papel central de ordenación de la materia y la posibilidad de garantizar de un modo más homogéneo en el sector la fijación de salarios dignos que contribuyan a la redistribución de las rentas vinculados al trabajo y a los rendimientos/beneficios empresariales (artículos 35.1 y 40 CE).

Pero en todo lo demás, tanto el principio de primacía legal absoluta e incondicionada causalmente como en el resto de las importantísimas materias esta disposición queda intacta. Así, el convenio colectivo de empresa en cualquier momento de la vigencia del convenio sectorial o supraempresarial puede hacerse prevalecer sobre él en cualquiera de las siguientes materias: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras. d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos. e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. En efecto, esta lista puede ser ampliada por los acuerdos y convenios colectivos de ámbito superior (El art. 84.2. f) ET dispone que la prioridad aplicativa se podrá extender a: "Aquellas otras [materias] que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2"). Pero ahí acaba la función del convenio superior al de empresa, porque no puede reducir estas materiales, ni tampoco suprimir o condicionar causalmente la utilización de este principio de preferencia *ex lege* dado que estamos ante una prohibición legal recogida en una norma de derecho necesario absoluto. Si existe esta ampliación, se ha de entender que respecto de las materias ampliadas sí se puede establecer condiciones y procedimientos establecidos por Acuerdo Marco ex art 85 ET.

Ciertamente, el *alcance la reforma* es limitado, pero hay que reflexionar seriamente sobre el hecho de que muchos de los convenios de empresas que utilizan la facultad de actuar el mecanismo de flexibilidad interna negociada ex art. 84.2 ET, lo hacen mirando, ante todo, a la posibilidad de devaluar los salarios previstos en el convenio de ámbito superior o convenio sectorial[89]. Basta recordar el lugar que aquí ocuparon las Empresas multiservicios para precarizar a sus trabajadores y para conseguir

[89] La Exposición de Motivos del RDL 32/2021 era nítida al respecto cuando subrayaba que "las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumento negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue".

contratos de subcontratación a bajo coste (se entiende bajo coste facilitado por la explotación de los trabajadores). Esto además generó una nociva competencia desleal entre las empresas a la que sí trató de hacer frente la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, imponiendo a las empresas que licitan en el sector público apliquen a sus trabajadores el convenio colectivo sectorial (art. 130 LCSP)[90].

Atendiendo a lo indicado esta supresión consensada por los interlocutores sociales tiene una doble virtualidad: evitar la precariedad salarial (que no se debe confundir con la flexibilidad salarial negociada que puede ser positiva al ser orientada a la dinámica la productividad e innovación de la empresa y la distribución de rentas) y al mismo tiempo impedir el fomento legal de la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, que es la práctica abusiva a la que aboca la regulación precedente establecida de manera indiferenciada por la reforma imprimida por la Ley 3/2012. Será el convenio de ámbito superior (convenio sectorial) el que recupere la competencia para la fijación de la cuantía de los salarios profesionales de sector, que es una de las cuestiones centrales de la negociación colectiva. De manera que los convenios de empresa, que, recuérdese, no operan con la exigencia de justificado motivo, pierden la posibilidad de modificar "in peius" lo establecido en el convenio de sector en materia salarial. Lo cual apunta muy directamente a la experiencia precedente de la utilización abusiva y disfuncional de este cauce de inaplicación "a-causal" por parte de las empresas multiservicios.

Con la reforma minimalista -aunque importante- del art. 84.2 ET, se alcanza un objetivo relevante cómo es el predominio de la negociación colectiva sectorial para establecer la gestión de la política retributiva en el sector. Las demás materiales enunciadas en la lista cerrada ex art. 84.2 ET (y para convenios de empresa, no de ámbitos inferiores como el de centro de trabajo o unidad productiva autónoma) continúan siendo plenamente disponibles y sin alegación de causa por el convenio colectivo de empresa. Y si no hay convenio colectiva de empresa que haya optado por utilizar esta facultad preferencial, entonces el convenio colectivo de sector se aplicará también a las empresas a las que no hayan utilizado dicha facultad de descuelgue o inaplicación.

No debe confundirse, en ningún caso, este supuesto con la posibilidad de *modificación causal* (es decir, por justificado motivo debidamente probado, esto es, por la existencia de causas económicas, técnica organizativas o producción) a través del cauce específico regulado en el art. 82.3

[90] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Conforme a su art. 122.1 ("Pliegos de cláusulas administrativas particulares"):"Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones. 2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; *la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación*; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Ahora bien: Téngase en cuenta que se declara que el párrafo primero del apartado 2 no es conforme con el orden constitucional de competencias, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» y «En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos», en los términos del fundamento jurídico 7 A) d), por la STC 68/2021, de 18 de marzo. Ref. BOE-A-2021-6614.

ET: el descuelgue salarial por justificado motivo acreditado por la empresa[91]. Ni tampoco por la vía causal del art. 41 ET para los convenios extraestatutarios, que contempla una criticable posibilidad de modificación unilateral del empresario de las condiciones de trabajo establecidas en este tipo de convenios legales, regulados al margen del ET. Pero esta facultad unilateral no puede afectar a los convenios estatutarios, para los cuales cualquier modificación exige del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, salvo el sometimiento a una decisión arbitral (art. 82.3 ET)[92].

Y, por supuesto se ha de recordar que "durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión" en todo momento (art. 86.2 ET). Por otra parte, con arreglo al art. 84.3 ET, "salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, *en el ámbito de una comunidad autónoma*, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación". Esta última es una norma estatal dispositiva para la autonomía colectiva negocial al máximo nivel ex art. 83.2 ET.

Señalar, finalmente, que el RD-ley 32/2021, modifica también la redacción del apartado e) [en la anterior redacción apartado f)[93]] indicando ahora que el principio de preferencia del convenio de empresa sobre los convenios de sector opera sobre: "e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre vida laboral, familiar y personal". El cambio añade el principio de "corresponsabilidad", que, en sentido estricto, no queda comprendido necesariamente en el "derecho de conciliación" sin más.

En una futura reforma la estructura de la negociación colectiva, con el diseño de las relaciones existentes entre los concurrentes convenios de sector y los convenios de empresa, debería ser competencia propia y exclusiva de los Acuerdos Marcos Interconfederales y de los mismos convenios de empresa, que deberían establecer una distribución de funciones entre el convenio superior o de sector y los convenios de empresa, pero partiendo de que las reglas del convenio sectorial no puedan ser inaplicadas unilateralmente y sin causa por los convenios de empresa. Esto permite una cierta homogeneidad de condiciones de trabajo, pero también evitaría que la competitividad nociva a través de la inaplicación con la finalidad exclusiva de reducción costes o de aumento de los poderes empresariales. Dicho de otro modo, debe imperar una racionalidad finalista, que permita adaptar causalmente las condiciones de trabajo a las características singulares de la organización productiva. Pero, de ser así, el convenio colectivo de empresa actuaría como un instrumento de flexibilidad interna negociada. Todo ello debería operar sobre las reglas de juego establecidas por el Acuerdo-Marco o en el convenio colectivo de sector que despliega su fuerza normativamente vinculante sobre la empresa objeto de la negociación colectiva empresarial. Con todo, la desaplicación de condiciones debería cumplir dos requisitos: en primer lugar, el establecimiento de unas reglas de jugo en el Acuerdo-Marco o en el convenio colectivo de sector (solución ésta quizás más adecuada), y, en segundo lugar, que la desaplicación haciendo prevalecer la prioridad del convenio de empresa obedezca a un justificado motivo objetivable (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). El art. 85 ET dentro

[91] Reténgase que conforme al art. 85.3.c) del ET, sin perjuicio de la libertad de negociación colectiva, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: […] c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo".

[92] En efecto, con arreglo al art. 41.6 "la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3" del ET.

[93] Conforme a esa anterior ahora modificada, se decía; "f)Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal".

del contenido mínimo legal o estructural del convenio sectorial podría imponer el establecimiento de criterios causales para fijar un principio convencional de prioridad aplicativa de los convenios colectivos de aquellas empresas sometidas a su ámbito de aplicación[94]. Es rechazable la pretensión de operar una descentralización *forzada* de la negociación colectiva (por impuesta al convenio sectorial o a un Acuerdo-Marco Interconfederal). Pero es que, además, el objetivo perseguido ha sido disfuncional porque únicamente se ha utilizador para la devaluación salarial y la regulación in peius de las condiciones de trabajo, sin que ello haya venido acompañado de alcanzar el objetivo de mayor atención a la empresa a efectos de mayor dinamismo e innovación. Por otra parte, en lo poco que ha habido de auténtica descentralización, lo que se ha producido es una *desorganización* de la regulación de las condiciones de trabajo en el sector y ese uso abusivo que utilizaron -según se indicó más arriba- las Empresas Multiservicios (algunas de ellas controladas por grandes complejos empresariales) y sin que ello supusiera nada parecido a una prudente y controlada regulación de adaptación de las condiciones de trabajo a las pequeñas empresas.

La supresión de la preferencia legal aplicativa del convenio de empresa para desaplicar las cuestiones relativas a los salarios no resuelve el problema pero atenúa buena parte de los problemas suscitados en relación exclusiva a la devaluación de las cuantía de los salarios, lo que se vincula con el régimen de la subcontratación, ya que las empresas contratistas o subcontratistas (y no sólo las Empresas Multiservicios dedicadas a la subcontratación) no podría poner en práctica la adjudicación de contratas sobre la base de la oferta de menores costes salariales. En suma: se ha garantizado un cierto saneamiento del mercado de la subcontratación expulsando a aquellas empresas contratistas o subcontratistas que no son capaces de ofrecer una calidad de los servicios con la disponibilidad de personal más adecuado para llevar a cabo las tareas propias del objeto de contrata o concesión.

Un supuesto particular de inaplicación del convenio colectivo se establece en el art. 32 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en virtud del cual «Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación».

A los efectos de lo previsto en el artículo 32 EBEP «se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público». Medida ésta que se aplica, además, a los pactos o acuerdos negociados para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (a los efectos de lo previsto, en este caso, en el art. 38.10 EBEP).

La constitucionalidad de estas medidas es realmente cuestionable en ambos casos, pero es particularmente grave en el caso del personal laboral por la vulneración que supone del derecho constitucional a la negociación colectiva consagrada en el art. 37.1 CE.

[94] Resulta harto significativo que se haya establecido ex art. 85.3 ET una previsión limitada (y referida genéricamente a los convenios colectivos) respecto a las inaplicaciones causales previstas en el art. 82.3 ET: "Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refieren los apartados anteriores, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: […] c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo" (art. 82.3.c) ET).

Dejar constancia, por último, del hecho de que, paradójicamente, existe una normativa que puede desalentar la inaplicación prevista en el art. 84.2 ET. El art. 122 ("Pliegos de cláusulas administrativas particulares") Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), establece la obligación de la empresa concursante de regirse por el convenio sectorial como condición para ser adjudicatario de contratos públicos[95].

3.2. Reforma del régimen jurídico de la ultraactividad del convenio colectivo denunciado. El cambio de modelo en la regulación legal

Respecto a la regulación de la ultraactividad (situación jurídica del convenio que ha finalizado su vigencia -inicial o prorrogada- después de haber sido denunciado) hay un cambio de modelo de regulación en contraposición al establecido por la Ley 3/2012, que, como se sabe, no fue objeto de negociación con los interlocutores sociales. Categoría jurídico-laboral ya clásica que sufrió un giro cualitativo con dicha reforma unilateral, y que en su origen pretende evitar vacíos de regulación convencional (coherente con la vigencia de las normas paccionadas que no sean expresamente derogadas por los sujetos legitimados para ello), sin perjuicio de que las partes negociadoras, en equilibrio de fuerzas (al cual contribuye la ampliación de la eficacia temporal del convenio), puedan alcanzar un acuerdo de renovación o revisión que permita renegociar la norma colectiva en ultraactividad y, de este modo, responder a las exigencias cambiantes en el que se mueven las empresas y los mercados de trabajo y la composición de la pluralidad de intereses colectivos/sindicales contrapuestos. La ultraactividad hace posible una renegociación en equilibrio de fuerza entre los interlocutores sociales, que no tiene porqué conducir necesariamente a un bloqueo de la negociación irreparable o indefinido. Hay que hacer reclamo de los procedimientos autónomos establecidos por los Acuerdos Marco Interconfederales (art. 83 ET) y no a soluciones legalmente imperativas, que se han mostrado inoperantes.

Tómese como punto de partida que el ordenamiento jurídico confiere a las partes negociadores un poder de regulación del tiempo de vigencia del convenio colectivo: desde su fijación iniciar hasta su prórroga, su ultraactividad y posible revisión durante todo el periodo de vigencia[96]. La conclusión

[95] El art. 122.2 de la Ley 9/2017 establece que: "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del art. 214.1; *la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo*. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos". La materia salarial fue suprimida por la reforma de 2021 de la lista de materias ex art.84.2 ET, pero quedaron las restantes materias laborales objeto de disponibilidad por el convenio colectivo de empresa. Reténgase lo establecido en los artículos 201 ("Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral") y 202 ("Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden").

[96] En efecto, el art. 86 ("Vigencia") establece que "corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios colectivos, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio" (véase art. 90.4 ET). Y añade, seguidamente, que "durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión" (apartado 1º). También se regula la prórroga y la denuncia: "Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes" (Apartado 2º); y la situación jurídica del convenio una vez denunciado y concluida la duración pactada: "La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo,

es manifiesto: este es un campo abonado para la regulación de la autonomía colectiva, a la cual el legislador remite continuamente. Con la reforma de la ultraactividad en 2021, ese protagonismo se refuerza. Se potencia, así, el principio de autonomía colectiva.

La reforma acometida por la Ley 3/2012, en la fase final de la vigencia de un convenio colectiva, una vez denunciado y concluida la duración pactada que "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación" (art. 86.3, último párrafo, del ET, en versión *anterior* a la reforma laboral de 2021). Esta normativa era sorprendente primero por su imprecisión y en segundo lugar por sus consecuencias lesivas no sólo para los sujetos originariamente negociadores sino sobre todo para los sujetos destinatarios porque presenta el riesgo evidente de generar un vacío normativo de regulación convencional. Ambos elementos reflejaban en el origen que este precepto sería uno de los que darían lugar a una mayor conflictividad social y controversias jurídicas de envergadura.

El apartado 3 del art. 86 ET mantiene el modelo precedente, incluida la vigencia de la regulación normativa del convenio, salvo las cláusulas obligacionales por las que su hubiese renunciado a las facultades sindicales en relación a la huelga que decaerán a partir de la denuncia del convenio colectiva (deber de paz convencionalmente pactado en la dirección del art.82.2 ET limitan las facultades sindicales de acción directa consiste en la huelga, pero también pueden limitar otros medios de presión colectiva/sindical)[97]. Se trata de un deber de paz negociado, al modo de una "cláusula de tregua". En tal sentido el art. 8.1 -en relación con el art. 11.c)- de RD-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, dispone que "los convenios colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia (sic.), durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho". Por su parte, el art. 82.2 ET admite expresamente la legalidad los pactos de renuncia a las facultades que los sindicatos ostentan en materia de huelga ("Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la *paz laboral a través de las obligaciones que se pacten*".

La regulación del ET introduce el que sería ya el apartado 4 del art. 86 ET, devuelve a la autonomía colectiva lo que le es propio. Pero, además y de no menor importancia, introduce una regulación razonable y objeto de negociación legislativa previa con los interlocutores sociales ("legislación negociada"). Constituye un cambio de paradigma de regulación de los problemas inherentes a la vigencia de los convenios colectivos, tanto en lo que atiende a los conflictos jurídicos como, ante todo, a los conflictos de intereses colectivos. Ese apartado 4 del art. 86, finaliza indicando que "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".

La idea-fuerza del modelo de regulación ex art. 86 ET, es el apoyo y racionalización legal al autogobierno de la autonomía colectiva. Está presente en todas las vicisitudes y las decisiones fundamentales: le corresponden a ella. A partir de ahí, los rasgos del modelo normativo tras la reforma de 2021 son los siguientes:

---

en defecto de pacto…" (apartado 3º). También las consecuencias del transcurso de un desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio…" (apartado 4º). Problemática, ésta última, que centró la reforma laboral de 2021 y que aquí se hará referencia.

[97] Sobre la eficacia de las cláusulas de paz laboral, véase STC 189/1993, de 14 de junio.

1º. Ya el mismo art. 86.1, párrafo 2º, del ET confiere amplios poderes a la autonomía colectiva para revisar, en todo momento, los contenidos de un convenio colectivo estatutario vigente sin esperar a que sea negociado[98]. El principio de autogobierno de la vigencia del convenio se refuerza respecto a su posible prórroga, situación jurídica del convenio colectiva una vez denunciado y concluida la duración pactada (art. 86, apartados 2 y 3 del ET), sometimiento a procedimientos de solución autónoma o arbitraje regulados por los acuerdos interprofesionales (art. 86, apartado 4 del ET).

2º. En particular: en caso de dificultad o bloqueo del proceso de negociación, se establece que transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio colectivo, las partes deberán someterse necesariamente a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el art. 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes. Aquí existe una prefiguración negociadora en los Acuerdos-Marco del recurso en tal situación de bloqueo a un procedimiento de mediación en el conflicto de colectivo de intereses o de regulación planteado. Quien impone estos procedimientos no es la norma legal, sino la norma social contenida en Acuerdos-Marcos adoptados, con libertad de negociación, previamente por la autonomía colectiva al máximo nivel. Se apuesta por la vía negociadora para evitar la situación de provisionalidad y promover el cierre de un acuerdo.

No era aceptable que en la regulación precedente de la Ley 6/2012, en defecto de acuerdo, se impusiera un arbitraje *ope legis*. Esta regulación tiene carácter dispositivo para la autonomía colectiva, en coherente con la lógica de fomento y racionalización que preside e informa el art. 86 ET en su conjunto (paradigmáticamente, art. 86. 3º y 4º ET).

Por lo demás, en la redacción dada por la reforma de la Ley 3/2012, se indicaba que "en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio" (art. 86.3, último párrafo ET).

3º. Se podrá someter el conflicto a un procedimiento arbitral de sometimiento voluntario, es decir, acordado en el marco de la negociación colectiva (previo o coetáneo). Se indica, efectivamente, que 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 art. 91 ET.

4º. La tercera regla prevé el supuesto de que sin perjuicio del desarrollo y solución final de los referidos 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 en su conjunto, es decir, incluyendo tanto el contenido normativo como el contenido obligacional. Esto supone, en principio, que el conflicto queda abierto, y queda sin solución final. La solución final estriba en que la ultraactividad *indefinida* (que no debe confundirse con vigencia vitalicia o eterna) establecida en la norma legal se establece como *solución legal supletoria*, es decir, que sólo opera jurídicamente (tiene efectos jurídicos) en defecto de cualquier otra solución convencional o que se pueda alcanzar a través de reclamo de los procedimientos previos de mediación o de arbitraje voluntariamente asumido por la autonomía colectiva (con carácter previo o coetáneamente ante la situación sobrevenida).

El sometimiento a una mediación o arbitraje, solo se aplica si hay pacto expreso, previo o coetáneo (art. 86.4 ET); no se impone "ex lege", ni tampoco de manera sobrevenida por una autoridad

[98] "Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión" (art. 86.1, párrafo 2ª, del ET).

ajena a la propia autonomía colectiva negocial. El respecto a la autonomía colectiva negocial es máximo, toda vez que se indica que "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" (art. 86.4, último párrafo, ET). Esta regla legal, como se constata, es de carácter dispositivo, y admite explícitamente la posibilidad de pacto en contrario.

Y esto es importante porque el mantenimiento de la vigencia indefinida del convenio colectivo sino hay lugar a estos procedimientos consensuados de mediación o arbitraje, supone establecer, aparte de *evitar un vacío* de regulación colectiva, un equilibrio de poder entre los interlocutores sociales, porque la solución de la reforma de 2012 -reflejada en la redacción precedente- conllevaba una presión para representación colectiva/sindical de los trabajadores sino querían perder lo que ya se había conseguido en el regulación del convenio que perdía su vigencia; lo que podía ser utilizado por el empleador para forzar a una negociación más concesiva o a la baja; o todavía peor: aprovechar la pérdida de vigencia llegado el caso para tratar de imponer unilateralmente las condiciones de trabajo no impuestas por el orden normativo legal, incluida la pérdida salarios profesionales ex convenio colectivo. Y no es esta una hipótesis, sino una realidad fáctica que condujo a controversias jurídicas que tuvieron que sustanciarse en los órganos del orden de la jurisdicción social. Conflictividad judicial que culminaría con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/14) que apostó -sólo en estos casos excepcionales- por la contractualización de las condiciones de trabajo reguladas en el convenio derogado por pérdida de vigencia. Sin embargo, esta opción interpretativa "creadora" planteó nuevos problemas, como, por ejemplo, la incoherencia de asumir una visión contractualista del convenio colectivo que tiene fuerza normativa y efectos directos y automáticos sobre los contratos de trabajo y la regulación de las relaciones colectivo/sindicales; o el debate sobre si las condiciones contractualizadas podrían en hipótesis ser objeto de modificación a través de la vía del art. 41 ET, dado que más allá de su origen se interiorizan en el contrato de trabajo como condiciones de naturaleza jurídica obligacional. Por lo demás, por su propia naturaleza jurídica las materias relativas a las relaciones colectivas/sindicales no son contractualizables, con lo cual no se resuelve el problema de la vigencia de los contenidos convencionales en su integridad, y queda afectado el principio de unidad del convenio colectivo como un orden normativo internamente equilibrado y coherente.

Hay un elemento importante que debe subrayarse: el art. 86.4 ET dice lo que dice y no admite interpretaciones restrictivas, que además entraría en contradicción con *el nuevo modelo legal de regulación de la ultraactividad convencional,* a saber: "Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de parte, cuando hubiera transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, *se mantendrá la vigencia del convenio colectivo".* A partir de ahí *la aplicación de la norma no exige que exista un procedimiento vivo de negociación colectiva, porque no hay ninguna obligación legal de "no levantarse de la mesa de negociación"*. Eso sería imponer a las partes sociales (sujetos negociadores) una obligación de negociar inexistente en el modelo actual de regulación de la ultraactividad convencional. Se trata de una *vigencia indefinida (no vitalicia, ni intocable*). No pierde vigencia el convenio el ultraactividad porque el hecho de que no se continúe negociando. Pero no "ad aeternis", porque, como es obvio, siempre será posible una negociación dinámica. Entra en juego el principio de autodeterminación colectiva, sin ninguna obligación o carga adicional de continuar el proceso de negociación o de mantenimiento en vivo de la negociación colectiva; y mucho menos que se entienda erróneamente que si no se mantiene en vivo el procedimiento de negociación desaparecería la previsión legal explícita de mantener vigente el convenio colectivo en situación jurídica de ultraactividad. Nuestro modelo de negociación colectiva es ya *explícitamente* (y en la experiencia negociadora) un modelo dinámico y no estático. Por ejemplo,

el convenio colectivo en ultraactividad podría ser sustituido o revisado, en cualquier momento, por los partes sociales que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del ET[99].

Por otra parte, conforme a la Disposición transitoria séptima del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre (de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo): "Régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley. Los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el art. 86.3 del ET en la redacción dada por el presente real decreto-ley". Se estaría ante una ultraactividad potencialmente indefinida. Pero puede producirse un abandono definitivo de la negociación por ambas partes (por ejemplo, STS 4/2020, de 8 de enero, rec. 129/2018).

Por otra parte, los interlocutores sociales pactaron en los diversos convenios colectivos con harta frecuencia la continuidad de la ultraactividad indefinida, porque ello era disponible en el art. 86.3, último párrafo, ET en la redacción dada por la Ley 3/2012. Este era un cauce autónomo para neutralizar los efectos perniciosos de las reglas de la ultraactividad, que podrían conducir en última instancia, en hipótesis, a la desaparición del convenio colectivo como tal instrumento producto de la autonomía colectiva.

Con el objeto de reforzar la vigencia y ordenación del proceso negociador, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023-2025 plantea a las partes negociadoras de convenios colectivos que se impulse la renovación y actualización de los convenios, articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador que estimulen la intensificación de las negociaciones hasta el cierre de las mismas, y promover el recurso a los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales, teniendo en cuenta además las nuevas funciones incluidas en el VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC).

Es posible la denuncia anticipada del convenio, con la finalidad de poner fin o renegociar el convenio antes de la fecha prevista para su pérdida de vigencia. Ello puede producirse por mutuo acuerdo (v.gr., para renegociar en un supuesto de fusión de empresas con distintos convenios; art. 44 ET) o, incluso, unilateralmente en los casos excepcionales en que concurran una alteración sobrevenida de circunstancias cualificantes, especialmente en los casos de utilización de la cláusula «rebus sic stantibus» (STC 210/1990), o de afectación grave a la base del acuerdo negocial o una ruptura del equilibrio interno del convenio (STS 4.7.1994).

En relación al importante supuesto de transmisión de empresas, hay que tener en cuenta el importante supuesto específico previsto en el art. 44.4 ET (que es una transposición fiel del art.3.3 de la Directiva 2001/23/CE[100]). Conforme al art. 44.4 ET, "Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida". La normativa

[99] Paradigmáticamente el art. 86.1, párrafo 2º del ET dispone que "Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión".

[100] Art. 3.3 de la Directiva 2001/23/CE: "Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año".

tiene un carácter supletorio respecto de la autonomía colectiva después de consumada la transmisión de empresa[101].

4º. Cierto que de alcanzarse un acuerdo colectivo o solución asimilada legalmente el convenio colectivo mantendrá su vigencia jurídica como norma desplegando toda su eficacia. Pero, obsérvese ya de entrada, que estamos ante una solución establecida en la normativa estatal de carácter supletorio para la autonomía colectiva: "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" (art. 86.4, último párrafo, del ET). Se trata, por tanto, de una regla supletoria legal de mantenimiento del convenio colectivo como un todo unitario, de manera que un Acuerdo o Convenio podrá establecer otra regla distinta; y, por otra parte, señalar que esa vigencia (admitida ya su situación jurídica de vigente, a pesar de que en su momento fuese denunciado) podrá ser afectada por otro convenio (reténgase el segundo párrafo del art. 86.1 ET, esto es, la revisión anticipada de un convenio colectivo *durante su vigencia.* El cual actuaría con toda la fuerza que confiere el principio de regresividad establecido en los artículos 82.4 y 86.5 del ET[102], puesto que actúa el principio de modernidad del convenio, de manera que al amparo del convenio colectivo no se generan "derechos adquiridos" o "consolidados" individualmente en los contratos de trabajo; lo que hace valer, dicho sea de pasado, la tesis normativista por contraposición a la tesis contractualista del convenio colectivo).

Ahora bien, el nuevo modelo no conduce necesariamente a una petrificación de la negociación colectiva y de sus contenidos, pues de lo que se trata es de evitar vacíos de negociación, a la par que posibilitar que en cualquier momento pueda abrirse una renegociación del convenio colectivo en ultraactividad indefinida (que no puede identificarse con un pretendido carácter inamovible y menos aún vitalicio). En efecto, esa situación no clausurada del conflicto no necesariamente se producirá "ad eternis", porque siempre podrá producirse una negociación dinámica como ya prevé el art. 86.1, párrafo 2ª, ("Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión"). Y en relación también con el art. 84.2 ET. Al tiempo la dinámica de la negociación acabará por entrar en esta materia evitando una posible petrificación de la regulación de las condiciones de trabajo. Por lo demás, por esta vía no puede darse lugar a una suerte de convenio colectivo de vigencia absolutamente indefinida, precisamente porque siempre existirá esa posibilidad de revisarlo (art. 86.1 ET) y por esa situación jurídica sería contraría la lógica interna de un modelo de negociación colectiva que ya se ha vencido hacia su carácter dinámico y no estático. Un convenio colectivo ultraactivo o prorrogado carece de la preferencia aplicativa concurrencial (con la consiguiente prohibición de concurrencia) y puede ser modificado por un convenio posterior en el tiempo, lo cual evitaría en potencia su petrificación, dejando abierta la posibilidad de actuación del ejercicio de una negociación colectiva que afecte a las relaciones laborales comprendidas en el ámbito de aplicación del preexistente convenio en situación jurídica de vigencia ultraactiva (véase STS 958/2021, de 5 de octubre, rec. 4815/2018).

La corrección respecto al modelo regulativo de la anterior redacción introducida por la Ley 3/2012, resulta obvia, pues se indicaba que: "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior

[101] Véase STJUE de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-328/13, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de 28 de abril de 2021, rec.169/2019. Sobre el alcance del efecto sucesorio comprensivo de la continuidad los convenios colectivos (como norma dispositiva respecto de la autonomía colectiva en fase posterior a la transmisión), véase Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa,* Madrid, MTSS, 1987; Monereo Pérez, J.L.: "La sucesión de empresa (artículo 44 ET)", en Monereo Pérez, J.L.(Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores,* Granada, Ed. Comares, 2012.

[102] Paradigmáticamente, SSTS de 16 y 30 de abril de 2007, Rec. 47/05 y Rec. 764/05, respectivamente.

que fuera de aplicación". Ello supone que la autonomía colectiva ha recuperado su poder jurídico autónomo de ordenación respecto a los convenios colectivos que han perdido su vigencia.

Es bien sabida la problemática jurídica que esta solución autoritaria supuso en la práctica: en numerosos casos no existía convenio colectivo de ámbito superior aplicable, y entonces se podía entender que se producía un vacío de regulación colectiva, de manera que los empleadores sólo quedaría limitados por la normativa legal, lo que condujo a situaciones abusivas que se dirimieron por cauces judiciales. Al tiempo -y se dice bien, después de largo tiempo-, persistió la situación de inseguridad jurídica sobre el sentido de esta solución normativa. La cuestión fue resuelta finalmente por el Tribunal Supremo (STS de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/14) entendiendo que en estos casos de pérdida de vigencia *ex lege* los contenidos del convenio colectivo que perdía su vigencia se contractualizaban, es decir, se incorporaban al contenido de los contratos individuales de trabajo que habían estado sometidos originariamente a su ámbito de aplicación[103]. Esta tesis de la "interiorización" o contractualización de los convenios colectivos estatutarios -que son normas sociales paccionadas-, no estaba exenta de problema de coherencia técnico-jurídica, toda vez que los convenios estatutarios actúan como una ordenamiento normativo externa a dichos contratos, y a su amparo no se generan condiciones más beneficios como se establece explícitamente en los artículos 82.4 y 86.3 ("El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan") del ET; aunque, ciertamente, en tal caso, no existe otro convenio colectivo posterior que resultase aplicable, lo innegable es que una normativa convencional no opera por incorporación de sus contenidos, sino externamente una normativa que se impone y se somete al principio de modernidad normativa; y en la técnica jurídica si pierde su vigencia no generará condiciones adquiridas a su amparo, salvo lo que pueda establecer el propio convenio colectivo de que se trate. Sin embargo, la solución del Tribunal Supremo acabo resolviendo este problema complejo. Esta posición del Tribunal Supremo -que tuvo el gran mérito de evitar una devaluación salarial masiva-, presenta el riesgo evidente de devaluar, a su vez, la eficacia jurídica autónoma y directa del convenio colectivo, tanto en la lógica interna del art. 37.1 CE, como la del modelo legal diseñado en el Título III del ET, que determina que el convenio se aplique directa e inmediatamente como un instrumento colectivo de ordenación de las condiciones de trabajo y de las reglas que han de imperar en el gobierno de las relaciones laborales en su ámbito de aplicación (y haciéndose acompañar con coactividad específica y justiciabilidad como orden de normatividad colectiva) (los primero pronunciamientos del Alto Tribunal, fueron bien elocuentes. Así STC 58/1985, FJ. 3º, que rechaza explícitamente la tesis de la contractualización o incorporación en los contratos individuales de trabajo del contenido normativo o regulador del convenio colectivo).

Aun así esta solución planteó nuevos problemas interpretativos. Así, paradigmáticamente, el problema de si esas condiciones originariamente colectivas ahora contractualizadas e interiorizadas en los contratos individuales de trabajo, podían ser modificadas unilateralmente por el empleador a través del procedimiento de modificación de condiciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulado en el art. 41 ET; si la contractualización se extendía o no a los trabajadores de nuevo ingreso[104]. No es cuestión de entrar aquí en más detalles de toda esta problemática que, afortunadamente, la reforma operada por el RDL 32/2021, sobre la situación jurídica del convenio colectivo denunciado, ha situado de manera más coherentes los términos de la solución tanto en el plano de la política del Derecho (de fomento de la autonomía colectiva, y no tanto la obsesión legislativa por su limitación),

[103] En esta STS de 22 de diciembre de 2014, se declaraba que: "Dicho lo cual, es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente".

[104] Cuestión resuelta negativamente en la STS de 13 de mayo de 2019, Rec. 55/18.

como técnico-jurídica (no desconociendo la lógica de las normas colectivas, que como tales normas no se interiorizan en los contratos de trabajo).

3º. En el RDL 32/2001, se establece un régimen transitorio en la aplicación de la modificación del art. 84 ET. Así, se dispone en la Disposición transitoria sexta ("Aplicación transitoria de la modificación del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma"): 1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.2. Las modificaciones operadas en el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras. 3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el art. 84 del ET por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición.

Por su parte, la Disposición transitoria séptima del RD-ley 32/2021 ("Régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley"), establece que: Los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 del ET en la redacción dada por el referido Real Decreto-Ley.

La reivindicación del principio de autogobierno colectivo en materia de vigencia y ultraactividad de los convenios se refirma en el V AENC, indicando que para preservar la vigencia de los convenios y reducir al máximo los bloqueos en la negociación, plantean a las partes negociadoras de convenios colectivos: Impulsar la renovación y actualización de los convenios, articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador que estimulen la intensificación de las negociaciones hasta el cierre de las mismas. Promover el recurso a los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales, teniendo en cuenta además las nuevas funciones incluidas en el VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC), de impulso de la negociación colectiva y prevención de conflictos (apartado 1 del Capítulo II. "Negociación colectiva". Vigencia y ordenación del proceso negociador)[105].

Entretanto se suceden con normalidad jurídica diversos Acuerdos de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo[106].

[105] Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870.

[106] Por ejemplo: Unidad Editorial Información Económica, SL.- Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial Información Económica, SL. (BOE 11-08-2023). -Unidad Editorial Información Deportiva, SL.- Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial Información Deportiva, SL. (BOE 11-08-2023). Ultraactividad del convenio Unidad Editorial.- Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial, SA. (BOE 11-08-2023). Ultraactividad del convenio Unidad Editorial Información General, S.LU Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial Información General, SLU. (BOE 11-08-2023). Ultraactividad del Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL-Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL. (BOE 11-08-2023).

3.3. La determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación empresarial (contratas y subcontratas)

Sirva como punto de partida que el art. 42 del ET necesitaría de una reforma en profundidad y de carácter global. Es una disposición que contiene una regulación técnicamente deficiente y desde la perspectiva de fondo resulta inadecuada por falta de adaptación a las nuevas formas de empresas "desmaterializadas". No se puede entrar aquí en esta materia remitiendo a la bibliografía indicada al final de este estudio.

Pero en cualquier caso, debe dejarse constancia aquí que la subcontratación como instrumento de descentralización productiva (o más ampliamente, la externalización) ha adquirido en nuestra época unas magnitudes impensables hace algunas décadas, porque el fenómeno no es nuevo, sin embargo se ha producido una expansión extraordinaria y con siempre renovadas formas de manifestación, que hacen que la ordenación jurídica de la subcontratación quede obsoleta, comenzando por la delimitación del supuesto de hecho de la regulación legal. El desfase del modelo normativo de regulación del fenómeno ha facilitado subcontrataciones precarizadoras (bajo coste laboral) con menosprecio de los derechos de los trabajadores, por un lado, y por otro, ha propiciado la competencia desleal entre empresas y una dinámica empresarial -que propiciada por la misma regulación legal- hacia un modelo de competencia basada en la reducción de costes del trabajo, la falta de calidad en el empleo, por contraposición frontal, disfuncional, con un deseable modelo de competitividad laboral y empresarial basado en la competitividad por la innovación, la calidad del producto y la calidad del empleo (el "trabajo decente").

-Una manifestación de las insuficiencias de esta regulación estriba en el hecho de que el art. 42 ET carecía hasta la reforma del RDL 32/2001 de una regulación que determinara el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. Con la reforma de 2021 se añade un nuevo apartado 6 al art. 42 ET.

-El art. 42.6 ET, presenta ya una exclusión en los casos de contratas y subcontratas suscritas con centro especiales de empleo. La Disposición adicional vigesimoséptima del ET ("Régimen jurídico aplicable en los casos de contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo), establece que "en los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

- La reforma de 2021 se concretó en añadir un apartado 6 en el art. 42 ET, con la finalidad de establecer una regulación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación empresarial: determinar, en suma, el convenio aplicable en cada momento a las contratas y subcontratas. Conviene dejar constancia, ya inicialmente que la reforma de 2021 *no* obliga a aplicar el convenio de la empresa principal, incluso en el caso de se esté ante obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal o comitente. Esta sería, seguramente, la mejor opción de política legislativa para garantizar el trabajo decente en la subcontratación empresarial y le asimilaría a la solución aplicable *ope legis* al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal[107].

[107] Art. 11 ("Derechos de los trabajadores") de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. 1. Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La "ratio iuris" que impera aquí es, en primer lugar, garantizar la seguridad jurídica mediante la determinación del convenio aplicable. Pero, en segundo lugar y de no menor relevancia, hay que ir más allá, porque además se trata de poner freno a las prácticas empresariales abusivas que, amparadas en la falta de una regulación legal específica y explícita (las reglas generales se mostraron siempre insuficiente, a pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia), para aplicar los convenios colectivos que ofrecían una regulación "in peius" (el caso de los convenios de empresa aplicables a las Empresas Multiservicios, que además se beneficiaban el "descuelgue" a-causal previsto en el art. 84.2 ET, significativamente en materia salarial, con la consiguiente devaluación de salarios). La reforma parcial pretendía sanear el mercado de contratas (en perjuicio de todos los intereses en juego en las operaciones de subcontratación) y garantizar, al mismo tiempo, la observancia de los derechos de los trabajadores de las empresas implicadas en la red de subcontratación y el principio de no discriminación (teniendo en cuenta que son muchos los sectores de servicios inequívocamente feminizados; el caso emblemático es el de las "kelys"[108]).

-Ahora bien, el apartado 6 del art. 42 del ET, es un precepto técnicamente impreciso que no garantiza en todos los casos la aplicación del convenio colectivo de sector, como inicialmente se pretendía y se podría deducir de la Exposición de motivos del RDL 32/2001. De ahí los problemas interpretativos que se plantearon de inmediato. Hay que hacer una lectura interpretativa que sitúe el orden de preferencia aplicable en estos casos de subcontratación: 1º. En supuesto de que la empresa contratista o subcontratista disponga de un convenio propio vigente, se aplicará sin más (parece), ya sin preferencia legal salarial, puesto que ha sido suprimida del art. 84.2 ET. 2º. En el caso de que no exista convenio colectivo de empresa, pero que, sin embargo, esté vigente un convenio colectivo sectorial aplicable para la actividad en que se encuadra la empresa contratista, con arreglo al procedimiento previsto en el Título III del ET, será, entonces, éste el que deberá ser aplicado. 3º. En defecto de las dos reglas prevalentes, resultará aplicable el convenio colectivo sectorial que se corresponda con la actividad desarrollada por las empresas contratista o subcontratista (mantenimiento, limpieza, seguridad-vigilancia, servicios auxiliares, etcétera). Es decir, es el correspondiente a las específicas actividades laborales encargadas (STS de 11 de noviembre de 2021, Rec. 3330).

Con todo ello se ha rehusado la opción de política del Derecho más garantista, que no sería otra que aplicar el convenio de la actividad principal (es decir, la aplicación del convenio de la empresa principal a las empresas contratistas y subcontratistas), en la estela del modelo normativo aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal[109].

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en *el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas* a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador. Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad, la orientación e identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales.

[108] En el Preámbulo o Exposición de Motivos de la legislación reguladora se indicativa que es "difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajo de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan".

[109] Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, art. 11 ("Derechos de los trabajadores): "1. Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la

Sin embargo, conviene realizar una interpretación sistemática del conjunto de las reformas y así se verá que estamos en una reforma de más calado. La finalidad de esta reforma es dar cobertura convencional adecuada a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratista, por un lado, y por otro, evitar las situaciones de abuso de derecho y de precarización que permitía el sistema legal. El grupo normativo regulador pone límites a la precariedad del empleado y a un modelo de competitividad basado en la reducción de costes salariales de los trabadores que prestan servicios en empresas contratistas y subcontratistas. La reforma de 2021 en esta materia pretende a contribuir -sin alcanzarlo de por completo, por el alcance parcial limitado de la reforma negociada- transitar desde el modelo de Derecho Flexible y neoliberal del Trabajo a un modelo de Derecho Flexible garantista del Trabajo.

-Por ello es necesario poner en relación este art. 42.6 ET con la supresión del contrato para obra o servicio determinado, que constituía un factor de precariedad en sí (reconduciendo la plantilla adscrita hacia el empleo temporal y eludiendo las obligaciones convencionales de subrogación convencional de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas cesantes)[110].

duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos. La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador. Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad, la orientación e identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales".
Este modelo normativo aplicable al trabajo en régimen de gestión indirecta de personal a través de las ETT sí garantiza efectivamente el principio de igualdad de todos trabajadores que realizan la misma actividad laboral y el ocupan o desempeñan el mismo puesto de trabajo. Este modelo normativo ha sido defendido por Monereo Pérez, J.L.: "Subcontratación empresarial y reforma laboral", en Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta: La reforma laboral de 2021: Estudio técnico-jurídico de su régimen jurídico, Murcia, Laborum, 2022, pp. 259-372, y la bibliografía allí citada.; Véase, asimismo e incidiendo en otras muchas propuestas no recogidas aquí en mor de brevedad, Monereo Pérez, J.L.: "Identidad de las empresas multiservicios: Régimen jurídico y responsabilidades", en Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2018, págs. 235-274, en particular págs.271-274. Para una perspectiva más ampliamente e incidiendo en otras muchas propuestas no recogidas aquí también en aras de la brevedad, Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial", en Derecho de las relaciones laborales, núm. 2 (2016), págs. 110-143; VV.AA.: La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial, Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2018; Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010, págs. 55-61; Observatorio de la Negociación Colectiva: La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico, Fundación 1º de Mayo, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2018, espec., págs. 509 y sigs.; Vicente Palacio, A.: "Empresas multiservicios: Negociación colectiva y subcontratación", en Monereo Pérez, J.L., y Perán Quesada, S. (Dirs.): Externalización productiva a través de la subcontratación empresarial, Granada, Comares, 2018; Esteve-Segarra, A.: Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios, Albacete, Bomarzo, 2019, Cap. VII, págs. 63 y sigs.

[110] Hay que tener en cuenta que la reforma laboral de 2021 ha abierto la posibilidad de que las empresa contratistas o subcontratistas puedan utilizar el contrato fijo-discontinúo como instrumento flexible, pero dotado de mayores garantías que los contratos para obra o servicio determinado. Al respecto conveniente tener en cuenta las previsiones del V AENC, el cual establece para los convenios colectivos sectoriales: que en los supuestos en que el contrato fijo-discontinuo se justifique por la celebración de una contrata o subcontrata, el plazo máximo de inactividad entre contratas y subcontratas (artículo 16.4 del ET) se regule en la negociación colectiva.

-Por otra parte, es relevante a efectos del art. 42.6 ET la supresión de la preferencial legal de los convenios de empresa que regulan la materia salarial (art. 84.2 ET), precisamente porque esta facultad de inaplicación sin necesidad de aducir causa había sido aprovechada por las empresas (señaladamente las Empresas Multiservicios para realizar una devaluación de los salarios y realizar una competencia desleal entre en el mercado de contratas y subcontratas).

-Asimismo hay que tener en cuenta en el ámbito del sector público la norma más poderosa y disuasoria contemplada en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017: art. 130 ("Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo") de la LCSP[111], y art. 122 ("Pliegos de cláusulas administrativas particulares")[112].

Con el juego de este grupo normativo se puede hacer frente a la utilización abusiva de la descentralización productiva a través de la técnica de la subcontratación. Práctica abusiva que había sido propiciada -y en parte lo sigue siendo- por las reformas de la Ley 3/2012, y, hay que subrayarlo, por problema insuficiencias estructurales del modelo de regulación iuslaboral de la incidencia de la subcontratación -como fenómeno poliédrico- en las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

Cfr. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870

[111] Conforme al art. 130.1 LCSP: "Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 […].3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general".

[112] Conforme al art. 122.2 LCSP, 2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Téngase en cuenta que se declara que el párrafo primero del apartado 2 no es conforme con el orden constitucional de competencias, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» y «En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos», en los términos del fundamento jurídico 7 A) d), por la Sentencia del TC 68/2021, de 18 de marzo. Ref. BOE-A-2021-6614

3.4. Cambio de modelo de regulación de las cláusulas convencionales sobre "jubilación forzosa" y su conexión con otras medidas de retiro forzoso o no voluntario de los trabajadores mayores en el marco de los procesos de restructuración/reorganización empresarial

Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa del trabajador por cumplimiento de la edad de jubilación siempre ha sido una materia objeto de controversia y no sólo para la doctrina científica, sino también para el propio legislador que ha oscilado en su regulación e incluso oscilado en mantener o suprimir esta habilitación legal a la negociación colectiva.

El nuevo modelo normativo de regulación de las cláusulas convencionales sobre "jubilación forzosa" se establece, de manera harto significativa, en el marco de una legislación de Seguridad Social ciertamente conexa y coextensa con la legislación laboral.

-La jubilación forzosa al amparo de convenio colectivo es la historia de un fracaso desde la perspectiva de la "racionalidad social" que informa el sistema público de pensiones y la justicia social en el trabajo.

En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, así como el equilibrio entre unas cotizaciones suficientes y una pensión digna de jubilación se modifica, nuevamente y a través de la reforma de Seguridad Social operada a finales del año 2021, el contenido de la Disposición Adicional 10ª del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). La disposición adicional décima de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[113] retoma la prohibición de recoger, en los convenios colectivos, cláusulas que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años. Ahora bien, en los convenios colectivos suscritos con anterioridad al 1 de enero de 2022 (siguiendo lo establecido por la Disposición Transitoria 9ª del Estatuto de los Trabajadores) podrán mantenerse, hasta un periodo de tres años desde la finalización de la vigencia inicial pactada para el convenio colectivo, las cláusulas de jubilación forzosa. Aclara la Ley 21/2021 las razones de esta medida, al afirmar que: "[…] en materia de medidas para preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom*, se hace necesario recuperar el planteamiento consensuado en la reforma de 2011. Ello implica incorporar indicadores que ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población y que liberen a las generaciones más jóvenes de un ajuste provocado por la llegada a la jubilación de grupos de trabajadores más numerosos" (Preámbulo de la Ley 21/2021).

No obstante y antes de realizar un estudio a la evolución normativa y la nueva regulación, conviene hacer un recorrido histórico de los cambios que ha sufrido esta materia pues, en sus distintas vertientes, la jubilación forzosa afecta no sólo ámbito laboral -esto es, a los derechos fundamentales de los mayores y, por ende, al derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 de la Carta Magna), así como al derecho a retirarse voluntariamente después de una largo ciclo de vida activa laboral-, sino también al sistema público de pensiones, en tanto que la prolongación de la vida activa se mantiene como medida para la sostenibilidad de las pensiones actuales y venideras. Ahora bien, tampoco cabe olvidar aquí la dimensión colectiva o de negociación para la regulación de relaciones colectivas de trabajo que tiene esta materia[114], puesto que las partes -en virtud de su potestad para negociar

[113] BOE de 29 de diciembre de 2021, núm. 312.

[114] Se ha señalado, con acierto, que se entrecruzan cuatro intereses a tutela, todos ellos legítimos, dos de carácter individual y dos de índole colectiva: 1) el derecho al trabajo, lo que implica que los trabajadores puedan disfrutar

convenios colectivos[115]- podrán preverse, como medida de fomento de empleo (*rectius,* "favorecer la prolongación de la vida laboral", Disposición adicional décima, apartado 1, ET) la extinción de los contratos de los trabajadores de 68 años o más a fin de que estos sean relevados por otros trabajadores contratados de manera indefinida. De forma excepcional, se podrá reducir la edad de jubilación de 68 años cuando se traten de actividades en donde la mujer esté infrarrepresentada. Y, todo ello, para así alcanzar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, aunque sin olvidar el derecho a mantener una pensión contributiva del 100%. En definitiva, la finalidad del legislador español es ahora aquilatar ese equilibrio entre partes, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad por razón de género. Es éste uno de los elementos más innovadores de la reforma, que en la línea de reducir la brecha de género tanto en el ámbito laboral como en el ámbito de las pensiones[116].

Conforme a la disposición adicional 10ª, apartado 2, "Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas. Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio"[117].

-los que así lo deseen libremente- a una vejez laboralmente activa de los trabajadores y, por supuesto, cuando se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de la Seguridad Social, el derecho a una pensión digna del sistema público de pensiones; 2) el interés del empleador en gestionar su plantilla de trabajadores con la finalidad de alcanzar una mayor productividad empresarial, 3) el interés colectivo de combatir el desempleo, utilizando las jubilaciones forzosas como medidas de políticas activas de empleo si se cumplen efectivamente con los requisitos legales, y, por último, 4) el ahorro en prestaciones y el mantenimiento en cotizaciones que conlleva la prolongación de la vida laboral de los trabajadores mayores, necesario para equilibrar la financiación del sistema de Seguridad Social. Véase Sala Franco, T., "Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada", *Información Laboral* nº. 8, 2018, p. 14.

[115] Álvarez Cortés, J.C., "Capítulo 3. Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación (DF.1ª)", VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G (Dirs), Ortiz Castillo, F (Coord), *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*., Murcia, Laborum, 2019, p. 100.

[116] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos", en *Revista de derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 27 (2º Trimestre), 2021, pp. 11 y ss., en particular pp. 12-20. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la "jubilación forzosa", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. 18 (1º Trimestre), 2019, pp. 13 y ss., en particular pp.22-25 ("Jubilación forzosa. Referencia jurídico-crítica al "nuevo" modelo legal" de recuperación de las jubilaciones forzosas negociadas en convenio colectivo en virtud de la Ley 27/2011).

[117] Por lo demás, la aplicación de esta medida de género en la garantía efectiva del derecho al trabajo de las mujeres "La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión

En la sustitución del trabajador jubilado forzosamente se persigue formalmente alcanzar un equilibrio entre derecho al trabajo y fomento del empleo juvenil -alegando el relevo generacional efectivo-, por un lado, y por otro, se introduce el objetivo de fomento del retraso del cese de la actividad laboral para evitar un trato discriminatorio y favorecer el envejecimiento activo; pero, por último, se añade adicionalmente la perspectiva de género en virtud de la nueva redacción dada por la Ley 21/2021. En esta medida de género preferencial la finalidad perseguida no reside en el fomento de la prolongación de la vida activa -Disp. Adic. 10ª, apartado 1 del ET-, sino ante todo realizar el principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres contribuyen a contrarrestar la segregación o brecha ocupacional por razón de género -Disp. Adic. 10ª, apartado 2)[118].

Adviértase, en cualquier caso, que esta medida de genero preferencial se configura con un carácter *excepcional* ("excepcionalmente" dice la norma de referencia ex Disp. Adic. 10ª, apartado 2), respecto de la *regla general* de prolongación de la vida activa y ante todo el relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de al menos una persona trabajadora (Disp. Adic. 10ª, apartado 1 del ET).

-Un recorrido histórico sobre las vicisitudes legislativas de la habilitación legal a la negociación colectiva muestra bien nítidamente la progresiva desnaturalización de los equilibrios establecidos en la jubilación forzosa. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones[119] otorga una nueva redacción a la Disposición adicional 10ª del ET y todo ello, en aras de favorecer la prolongación de la vida activa, tal y como se propugna a nivel comunitario. Esta reforma se enmarca en un contexto pandémico y de déficit económico y, todo ello, a causa del incremento en el gasto de pensiones, al tiempo que se minoran las cotizaciones sociales y las presiones demográficas. Ello determina que las orientaciones de la nueva reforma laboral 2021 recuperen aquella prohibición de negociar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa por debajo de los 68 años o más. Por otro lado, la reforma evidencia una tendencia política hacia la jubilación activa[120] al establecer mayores penalizaciones para las jubilaciones anticipadas y promover el llamado envejecimiento activo a través de la jubilación demorada.

La nueva Disposición Adicional 10ª del ET establece una prohibición indirecta que opera a modo de moneda de cambio, pues se configura un despido unilateral por el cumplimiento de una determinada edad, aunque sujeta a una promesa más estricta de contratación. Nuevamente, el equilibrio o juego de intereses entre el derecho del trabajo y el sistema de políticas de empleo hacen su escena en este ámbito. Y es que, a fin de "… preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom*, se hace necesario recuperar el planteamiento consensuado en la reforma de 2011"[121]. La fijación de una edad de jubilación se sitúa en esa tendencia hacia al alargamiento de la edad legal de jubilación pensionable que, ya con el RD de

extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. c) Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad. La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada.».

[118] Maldonado Molina, J.A., "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", en *Temas Laborales,* núm. 161, 2022, pp. 407 y ss., en particular pp. 420-422.

[119] BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

[120] "Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación".

[121] Preámbulo de la Ley 21/2021.

11 de marzo de 1919, fijaba ese techo en los 65 y que, progresivamente, se ha ido alargando por mor de la Ley 27/2011[122]. Curiosamente, la edad de 68 años se aproxima a aquella otra edad que se fijaba como máxima en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que se situaba a los 69 años.

La idea de fijar una edad de jubilación queda condicionada a la obtención de una cotización suficiente para el acceso a una pensión contributiva[123], para lo cual esta extinción por razón de la edad podrá operar cuando la misma se vincule a la contratación indefinida y a tiempo completo de un nuevo trabajador. La nueva cláusula fija, de manera más estricta, los nuevos términos y suprime la enumeración de objetivos de política de empleo que se recogían con la anterior redacción despejando así parte de los problemas que anteriormente se relacionaban con el cese en el trabajo y la amortización de puestos de trabajo. Este sustancial cambio en la redacción de la letra de la ley va a determinar, irremediablemente, un cambio en la praxis ordinaria de las cláusulas convencionales que se suscriban a partir del año 2022, en línea con los objetivos de establecimiento de un trabajo decente. Se retorna al inicio de esta tortuosa historia, permitiéndose las jubilaciones forzosas sólo cuando no se amortice el puesto del trabajador jubilado y se contribuya a la estabilidad, así como al reparto de empleo generacional[124].

En línea con lo establecido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[125] la reforma de 2021 suprime el género gramatical masculino para, en su lugar, emplear los términos neutros de "persona trabajadora" o "persona afectada". Ahora bien, de manera excepcional, permite reducir esa edad de jubilación por razones de género y a fin de establecer medidas de acción femenina en aquellos rectores en donde la mujer esté infrarrepresentada. En efecto, esta edad mínima de jubilación podrá rebajarse a los 67 años en caso de que en la actividad de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE)[126] a la que esté adscrita la persona afectada exista una ocupación femenina inferior al veinte por ciento y el trabajador jubilado alcance el 100% de la pensión contributiva. Para alcanzar el principio de igualdad efectiva, la contratación indefinida y por tiempo completo operará -en estos casos- a favor de una mujer. Sin embargo, la reforma no responde al problema de si podrá o no aplicarse esta misma medida cuando la que se jubile sea una mujer. Interpretando teleológicamente la letra de la ley, hay que entender que, en estos casos, habrá de operar la regla general, en lugar de la excepcional. Empero, serán los tribunales lo que deban resolver finalmente esta cuestión.

Como mecanismo de control del cumplimiento de los requisitos que exige la ley, la reforma establece que la decisión extintiva de la relación laboral deberá comunicarse por la empresa a los representantes de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada, con carácter previo, pero sin fijar un concreto plazo.

[122] Esteve Segarra, A., "La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", *Labos, Número extraordinario "La reforma Laboral de 2021"*, Vol. 3, 2022, pp. 156-166.

[123] Maldonado Molina, J.A., "La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Nº30 de 2022.

[124] A este respecto, destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de marzo de 2021, en donde ya declaraba la nulidad de una extinción comunicada en aplicación de una cláusula de jubilación forzosa prevista en convenio, al apreciar el TSJ que la sustitución del trabajador jubilado no cumplía con los requisitos de calidad en el empleo y relevo generacional que exige la exposición de motivo del RD-ley 28/2018. Ya, en esta sentencia, el tribunal interpreta que el relevo debe ser a favor de colectivos tan vulnerables como los jóvenes.

[125] BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

[126] Se tomará como referencia el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Para ello, la Administración de la Seguridad Social habrá de facilitar la tasa de ocupación de los trabajadores respecto de la totalidad de los trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

Finalmente, la Disposición Adicional 10ª prevé un régimen transitorio que trata de eliminar la enorme litigiosidad que con este cambio va a operar para, finalmente, aterrizar de manera suave en la nueva regulación. De ahí que, en relación con la Disposición Adicional 9ª de la Ley 21/2021, se establezca la aplicación de las reglas antedichas sólo a los convenios colectivos que se suscriban a partir del 1 de enero de 2022. Por su parte, los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esa fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada por convenios. La fijación de un plazo tan amplio (quizás excesivo) aquilata y dificulta, enormemente, el equilibrio entre las partes para la obtención de una efectiva igualdad.

La reforma de la operatividad de las cláusulas de los convenios colectivos sobre "jubilación forzosa" viene a instaurar un nuevo modelo más equilibrado entre los intereses y bienes jurídicos en juego. Ahora el bien jurídico que prevalece es el fomento de la prolongación de la vida activa de los trabajadores mayores (en interés del propio trabajador y de la sostenibilidad del sistema público de pensiones), sin desconocer la relevancia del fomento del empleo estable y los ajustes de plantillas.

4. NUEVOS DESAFÍOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA" DE CARÁCTER PROMOCIONAL Y RACIONALIZADOR: LA PAULATINA REDEFINICIÓN DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA

Ya se ha destacado que la negociación colectiva tiene un papel central en el sistema de relaciones laborales: es fuente de regulación autónoma de los conflictos laborales y la organización del trabajo en las empresas; es un instrumento que refleja el pluralismo social y jurídico y la ordenación de los poderes de las organizaciones sindicales y empresariales, en la búsqueda de un siempre equilibrio inestable. La Constitución y la normativa internacional reguladora de este derecho social fundamental de libertad colectiva/sindical consagran esa centralidad, a la par que adscripción del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en el contenido esencial de la libertad sindical (bloque constitucional sindical formado por los artículos 7, 28, 37.1, 103 de la Norma Fundamental, etcétera). En este sentido nuestra Norma Fundamental asume una cultura del derecho a la negociación colectiva que inserta la tradición nacional (básicamente de la Segunda República Española) en la tradición común del constitucionalismo democrático social de las normas internacionales generales y europeas relativas al significado y alcance de este derecho fundamental de libertad colectiva/sindical; es decir, asume el *estándar* internacional multinivel establecido en los Tratados y acuerdos internacionales, puesto que han sido ratificados por nuestro país (artículos 93 a 96 CE) y constituyen un cano hermenéutico de interpretación obligatorio para los órganos judiciales ordinarios (control de convencionalidad) y para el propio Tribunal Constitucional (control de constitucionalidad)[127]. Ciertamente aparte del "modelo estándar", siempre se harán visibles las peculiaridades de los "modelos reales" de negociación colectiva, esto es, la realidad existencial en la praxis de la negociación colectiva, pues su desenvolvimiento dinámica no depende sólo del marco constitucional y legal, sino también del gobierno autónomo de los interlocutores sociales y de las

[127] Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre), en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019; Valdés Dal-Ré, F.: "Control de convencionalidad y Carta Social Europea", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) et altri: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Barcelona, Ed. Tirant lo Blanch, 2021; Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017; Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia", en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm.4, 2022, pp. 215-326. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622

reglas de juego que se autoimponen y que establecen los espacios de apertura negocial y las medidas de autolimitación como ámbito de ordenación autoconstituido (técnicas autónomas de regulación).

Lejos de aquellos que auguraban un declive sindical[128] y de la negociación colectiva como instrumento de gobernabilidad del sistema de relaciones laborales y de regulación de las condiciones de trabajo, se puede constatar que los espacios de la autodeterminación colectiva se han enriquecido en su contenidos, aunque también se han producido orientaciones de política del Derecho presididas por un intervencionismo selectivo y más autoritario[129]. Ciertamente, estamos en un proceso de reconfiguración institucional de todo el Derecho del Trabajo, bajo la influencia de las transformaciones en las fuerzas productivas (señaladamente las nuevas tecnologías), las formas de organización de las empresas y las nuevas forma de trabajo (que a menudo crean situaciones difusas de demarcación entre trabajo subordinado y trabajo autónomo), pero ello no significa que las instituciones clásicas del ordenamiento laboral desaparezcan, pues lo que se produce es un proceso de adaptación a la par que la creación de nuevas instituciones, de manera que estaríamos ante una metamorfosis del Derecho del Trabajo en todos su pilares y categorías fundamentales[130]. Se crean nuevos "derecho" y se redefine y enriquece el "contenido esencial" de los derechos ya consagrados en el orden jurídico (derechos de carácter individual y colectivo/sindical) en la continua "lucha por del derecho". Y ello atiende a los cambios disruptivos de todo orden en los que está inmerso en el Derecho del Trabajo (teniendo en cuenta que la disrupción es inherente a todo revolución tecnológica, la cual ha acompañado siempre a la intrahistoria del desarrollo del ordenamiento laboral como sector diferenciado del ordenamiento jurídico general). Se trata de cómo fomentar el trabajo decente -con derechos individuales y colectivos- en un mundo en continuo cambio. Ahora presidido por una "sociedad del riesgo" caracterizada por la digitalización (transición digital) y por el impacto de la expansión del "sistema-mundo" (globalización inestable) y la crisis ecológica (que incide tanto en la calidad ambiental cómo en el medio ambiente de trabajo).

- El ordenamiento jurídico internacional configura al derecho de negociación colectiva como un derecho social fundamental de libertad colectiva que debe ser siempre interpretado y aplicado atendiendo al bloque "sindical" ("lo colectivo" en la Constitución democrático-social del trabajo y su subjetividad jurídica), que conforma con el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga, si bien se observan diversos intentos provenientes del lado empresarial que tratan de expulsar de ese bloque al derecho de huelga, manteniéndose no obstante, en este marco de la constitución social del trabajo, que se trata de un corolario indisociable del derecho de sindicación.

[128] Todo ello sin desconocer el dato fáctico de que la conformación de las nuevas formas de organización de la empresa y del empleo en las sociedades globalizadas y de transición tecnológica y ecológica, puede entrañar el serio peligro de una pérdida de poder sindical vincula a la fragmentación y dilución de las identidades colectivas del trabajo. Puede consultarse por su perspectiva internacional, OIT: *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global, en* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf

[129] Monereo Pérez, J.L.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba", en *Temas Laborales,* núm. 120, 2013, págs. 439-482. El enriquecimiento expansivo de los contenidos de la negociación colectiva y su plasmación en las dimensiones obligacionales y normativas de los convenios colectivos se venía apreciándose desde los inicios del siglo veintiuno. Puede consultarse,
Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", en Temas Laborales, núm. 76, 2004, págs. 255-285; Moreno Vida, Mª. N.: "Los contenidos de la negociación colectiva", Ponencia en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Soto Rioja, S. (Coord.), Sevilla, CARL, 2009. Amaadachou Kaddur, F.: *El contenido del convenio colectivo. Configuración y régimen jurídico,* Granada, Ed. Comares, 2017.

[130] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, págs. 9 sigs., 29 y sigs., y 213 y sigs.

Ni la Organización Internacional del Trabajo ni los instrumentos jurídicos generados en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de su consagración como fuente de Derecho Social comunitario[131], han articulado un verdadero marco garantista del derecho a la negociación colectiva ni tampoco de la correspondiente eficacia jurídica normativa y general del convenio colectivo. En este sentido, la Constitución Española sí ha sido más garantista respecto al derecho de negociación colectiva al desplegarse sobre él un marco protector mediante técnicas de garantía específicas y en atención a su vinculación normativa a los principios y a los valores superiores consagrados en la Constitución. En cualquier caso, la negociación colectiva nacional (como acontece, por lo demás, con todos los ámbitos del sistema de relaciones laborales) está fuertemente condicionada por la nueva fase de mundialización de la economía-mundo que hoy se conoce como "globalización", la cual tiene distintas manifestaciones entre las cuales se encuentra precisamente las autorregulación de los actores (poderes) económicos y también proceso de negociación colectiva transnacional de nuevo tipo, no siempre bien coordinada con los sistemas nacionales[132].

-La negociación colectiva como derecho social fundamental de libertad debe ver respetado su contenido esencial dentro del sistema de límites que se impone deducir de su coexistencia con otros derechos y libertades que la Constitución garantiza (la garantía del contenido esencial de la negociación se encuentra explicitada en el art. 53.1 CE, en conexión necesaria con la norma de apertura constitucional deducible del bloque normativo constitucional conformado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución, y nos conduce en vía interpretativa). Pero estas relaciones y sistemas de límites no deben suponer una relación jerárquica con la libertad de empresa, que no es un derecho superior al derecho a la negociación colectiva y significativamente se encuentra en el capítulo II del Título I de nuestra Norma Fundamental. Es más: el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical (lo recordaba la STC 225/2001, de 26 de noviembre, FJ. 6) conlleva la máxima protección jurídica que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales dentro del sistema de garantías establecidas en el art. 53 CE, al ubicarse la libertad sindical en la Sección Primera del Capítulo I del Título I de nuestra Carta Magna. Por ello parece harto discutible la última jurisprudencia constitucional sobre la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, la cual introdujo normas que suponían una nítida *intrusión* en los espacio de autonomía del derecho inherentes al contenido esencial de la libertad sindical como zona reservada y, por tanto, infranqueable por el legislador infraconstitucional (SSTC 119/2014, 8/2015). Entre los precedentes en sentido contrario, puede retenerse la jurisprudencia establecida en la STC 208/1993, de 28 de junio, FJ. 3.

---

[131] Art. 155 TFUE y concordantes. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (Artículo 28 CDFUE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 628-629.

[132] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía,* Estudio preliminar a Ripert,G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CL; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 382 y sigs.; Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P.: J.: *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales,* Barcelona, Icaria Editorial, 2015, espec., págs. 15 y sigs.; Teitelbaum, A.: *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo,* Barcelona, Icaria Editorial, 2010; y Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., Capítulo II.2 ("La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía"), págs. 54-109; Guamán, A. y González, G.: *Empresas transnacionales y derechos humanos,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2018; Ojeda Avilés, A.: *Derecho transnacional del trabajo,* Valencia Ed. Tirant lo Blanch, 2013, capítulo 9, analizando la negociación colectiva transnacional; Sanguineti Raymond, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, Capítulo III ("El Derecho del Trabajo de las cadenas globales de valor"), págs. 93 y sigs., con referencia al pluralismo jurídico, más o menos ordenado.

-Corresponde al legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales (artículos 37.1, 53.1 -la ley reguladora "deberá respetar su contenido esencial"-, en relación con el bloque normativo de apertura al sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales ex artículos 10.2 y 93 a 96 de la CE), garantiza el derecho respetando el contenido esencial y establecer una regulación de carácter promocional del mismo como espacio de autorregulación colectiva, sin perjuicio de introducir los límites que del marco de contenido posible legal se infiere de la misma incorporación o inserción de este derecho fundamental de libertad en el sistema de derechos constitucionales que se insertan dentro de la constitución social y de la constitución económica dentro del principio de unidad de la Norma Fundamental. De este modo, ha de prevalecer la dimensión garantista, ordenadora y promocional de la negociación colectiva frente a la tentación de hacer prevalecer una dimensión limitadora y restrictiva de las funciones constitucionalmente atribuidas a este derecho fundamental. Esa función promocional está presente en la mejor doctrina del Alto Tribunal, cuando destaca la función de la negociación colectiva para la regulación de los conflictos laborales y su condición de instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo (por ejemplo, SSTC 208/1993, FJ. 4; 105/1992, FJ. 6).

-Corresponde al legislador infraconstitucional garantizar la eficacia jurídica de los convenios colectivos de manera que puedan materializar el respecto a las decisiones de autodeterminación colectiva frente a la interferencia de otras libertades y poderes públicos y privados -sean individuales o sean colectivos- que traten de desnaturalizar esa fuerza vinculante: su fuerza normativa inherente a su eficacia directa e inmediata (sin necesidad de interiorización en los contratos de trabajo), la indisponibilidad singular por parte de sus destinatarios, y la coactividad específica que comporta dotarlo de un sistema de garantías para hacerlo valer efectivamente, incluida la justiciabilidad de sus disposiciones (a través del orden social de la Jurisdicción). El convenio colectivo es un Derecho objetivo creado y sancionado jurídicamente que asume una determinada función dentro del sistema jurídico. Es difícil pensar que esos rasgos del convenio colectivo no supongan en la teoría general de las normas y de las fuentes del Derecho objetivo el reconocimiento de su eficacia jurídica normativa.

-El modelo legal de negociación colectiva tiene su eje vertebrador en el Título III del ET, que centra el derecho social fundamental de libertad de negociación colectiva en posición de preeminencia de la figura de la mayor representatividad sindical y en los convenios colectivos de eficacia normativa y personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. Ahora bien este modelo legal no ha permanecido inalterado en el tiempo, pues ha sufrido numerosas reformas, de entre las que caben destacar las de 1994 y 2012, aunque han sido también relevantes la de 2010 y la de 2011. La reforma de 2021, supuso un giro importante respecto de la creciente intervención pública calificable como dirigismo autoritario en la autonomía colectiva. Pero no pudo alterar completamente el modelo normativo vigente ni neutralizar las consecuencias más negativas ("perversas") de las reforma de 1994 y 2012. Pero ha tenido la virtualidad de ser una reforma negociada que ha introducido en material de negociación colectiva reformas estructurales significativas.

-La decisión legislativa de apostar por el convenio colectivo estatutario configurándolo como un convenio normativo de eficacia personal general como el convenio estatutario es una diferencia importante de España respecto a los demás países de Europa donde el convenio colectivo ordinario es el normativo de eficacia personal limitada. Las razones que explican esta apuesta del ordenamiento jurídico español por el convenio de eficacia general se sustentan en el logro que se consigue de proporcionar una amplia cobertura de trabajadores a través de la negociación colectiva, lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica y una amplia homogeneización de las condiciones de trabajo, reduciéndose así los costes entre las empresas y disminuyendo la competencia en esa cuestión, por lo que sin duda constituye uno de los pilares y valores positivos del modelo legal de negociación colectiva.

El modelo legal de negociación colectiva claramente se ha decantado hasta ahora por un convenio colectivo estatutario fuerte, normativo y de eficacia general, llamado a desempeñar un papel esencial en la ordenación de las relaciones laborales y en la determinación de las condiciones de trabajo, con el obvio respecto a la ley y al principio de jerarquía. No obstante, el legislador ha mutado tal rol para atribuirle uno de carácter más secundario en beneficio de la autonomía empresarial; debiéndose tener en cuenta que el convenio colectivo ocupa un lugar destacado en el sistema de fuentes en el ámbito laboral, configurándose la autonomía colectiva como una fuente de producción originaria que se inserta en el pluralismo jurídico, tendente hacia la "democracia pluralista". El anterior legislador de la Ley 3/2021ignoraba el papel y las materias propias en las que se desenvuelve la autonomía colectiva por imperativo constitucional, con las peligrosas quiebras a la fuerza normativa y eficacia general que esto puede suponer en la aplicación práctica del convenio colectivo estatutario, y también con la preocupante situación en la que puede desembocar al destruir los cimientos que mantienen en equilibrio la paz sociolaboral.

Puede mantenerse que el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, conservó los elementos esenciales del sistema español de negociación colectiva así como la de autonomía colectiva, aunque dotándolo de importantes, y también peligrosas, notas intervencionistas, en la línea claramente de la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre; pero que la Ley 3/2012 ha ido mucho más allá. Se tratan de tres leyes reformadoras, que sin duda han modificado instituciones esenciales redefiniendo el modelo de relaciones laborales, siendo la Ley 3/2012 la más incisiva en el modelo de negociación colectiva, aunque también afecta a otras instituciones laborales, observándose que no promocionan a la negociación colectiva sino que tratan de reducirla lo máximo posible restándole capacidad negocial a las partes negociadoras.

Nótese que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, adujo como justificación para llevar a cabo tal reforma que con la crisis económica que atraviesa España desde 2008 se ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español. Según este legislador, la gravedad de la crisis actual no tiene precedentes ya que en España se ha destruido más empleo y más rápidamente, que en las principales economías europeas. Para ellos, el culpable resulta evidente: el modelo laboral, y por tanto, para solventar esos graves problemas estructurales, es preciso acometer una flexibilización tal del modelo que finalmente acabe con tan notable desviación del mismo que lo convierta en irreconocible. Sin embargo, esta tesis que responsabiliza al modelo legal de las altas tasas de desempleo no es compartida, sin dejar de reconocer que ciertamente era preciso llevar a cabo algunas reformas ya que tiene ciertos problemas estructurales graves; y que desde luego tal reforma debería acompañarse de una reflexión autocrítica por parte de estos mismos legisladores…

La Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 es muy clara al respecto, reconociendo que las modificaciones operadas en materia de negociación colectiva, en el Capítulo III del ET, responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

Es importante advertir que se formuló una queja por CCOO y UGT contra el Gobierno de España ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT el 10 de mayo de 2012 frente al Real Decreto-ley 3/2012 162, entendiendo que esta norma vulnera los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva reconocidos y garantizados por los Convenios núms. 87, 98 y 154 de la OIT 163, habiéndose ampliado esta queja tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, la realidad actual es que las relaciones laborales vienen regidas por las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012 afectando negativamente a los trabajadores desde hace ya más de un año. De igual modo, también es preciso observar la existencia del recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012 promovido ante esta Ley, admitido a trámite,

y que fue resuelta en el sentido de convalidar la constitucionalidad de la reforma de la Ley 3/2012 (Sentencias de 2014 y 2015, ya citadas).

No se desconoce que la inserción de un modelo de democracia social en una economía de mercado enmarcada en el sistema del capitalismo intervenido implica ceder, pero deben hacerlo ambas partes. Sin duda, la convivencia de estos esquemas organizativos obliga a articular un difícil equilibrio de fuentes reguladoras de los derechos sociolaborales (heteronomía, autonomía colectiva, autonomía individual), en cuyo marco la negociación colectiva ocupa un espacio vital predominante, sin que el legislador de turno pueda, ni deba, obviar la intangibilidad de esa configuración constitucional: ni el predominio absoluto de la autonomía colectiva frente a la norma heterónoma y la autonomía individual, ni la postergación de la autonomía colectiva hasta un espacio ridículo de actuación, resulta acorde con el texto constitucional. En la actualidad nos encontramos más cerca del último extremo no deseado.

En este sentido, el art. 37.1 CE obliga a que efectivamente se disfrute de una libertad de negociación para la autodelimitación de la estructura y contenidos de la negociación colectiva dentro de los límites legales, pero precisamente la estructura de la negociación colectiva es un campo específico y genuino que debe corresponder en lo principal a aquélla esfera de libertad colectiva. Por tanto, en virtud del art. 37. 1 CE se prohíbe un intervencionismo excesivo del Estado (y tanto más "autoritario") en el espacio propio de autorregulación colectiva ya que corresponde al poder estatal garantizar y promover que existan instancias adecuadas para que se desarrolle satisfactoriamente el ejercicio de este derecho de libertad y autonomía. La pregunta inmediata, ¿En las reformas normativas anteriores a la reforma realizada en virtud del RD-ley 32/2021 subyace este intervencionismo promocional o se trata más bien de un intervencionismo excesivo y de orientación autoritaria del Estado? La respuesta es nítida. La finalidad de esta normativa no es otra que limitar y reducir significativamente el poder y el ámbito de actuación de la negociación colectiva hasta lograr que se desdibuje de tal forma que decaiga ante la autonomía individual empresarial.

-Las vías articuladas por la Ley 3/2012 para quebrar la eficacia del convenio colectivo estatutario son diversas, pudiendo considerarse que son varios los instrumentos des-constructores que se han insertado en el interior de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Desde una perspectiva más amplia, por ejemplo, la flexiseguridad reinante en todas las reformas acometidas en el ámbito de las relaciones laborales, bajo el escudo de imperativos europeos. Más concretamente, en el terreno propio de la negociación colectiva, incluso la UE ha colaborado en esa degradación de los derechos sindicales a favor de los intereses económicos, como puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que opta por sacrificar derechos sociales y «constitucionalizar» el dumping social (STJCE 11 diciembre 2007, asunto C-438/2005, Viking; la STJCE 18 diciembre 2007, asunto C-341/2005, Laval un Parthneri; y la STJCE 3 abril 2008, asunto C-346/2006, Rüffert). En estos pronunciamientos se hace visible un conflicto entre el Derecho europeo de la competencia (asentando en una constitución económica fuerte dentro del Sistema de los Tratados de la Unión Europea) y el Derecho colectivo/sindical (hoy por hoy, bajo el soporte de una constitución débil en el sistema de los Tratados de la Unión Europea; y "nacionalizado" en lo que se refiere a las bases fundamentales de la libertad sindical, el derecho de huelga y la misma negociación colectiva).

En el plano interno, la devaluación del convenio colectivo como instrumento regulador de condiciones de trabajo resulta evidente, poniéndose de manifiesto que la contractualización de las condiciones de trabajo es la finalidad que se esconde tras tal política reformista, de corte marcadamente neoliberal.

Se desvaloriza igualmente lo establecido en convenio colectivo al permitirse que se lleven a cabo modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo aun cuando no se haya llegado a un acuerdo (acuerdo de reestructuración productiva) en el período de consultas-negociación colectiva gestional. Idéntica permisibilidad en el caso de los despidos colectivos tras la realización del preceptivo período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, pero que no es vinculante.

Finalmente, se cuestiona la intangibilidad del convenio de una forma ya ciertamente peligrosa y directamente también el propio modelo de negociación colectiva. Se ha destruido uno de los caracteres esencial del convenio colectivo estatutario como es su intangibilidad. El resultado no puede ser distinto si se facilita hasta el extremo la revisión y la inaplicación del convenio y se articulan una reglas de concurrencia que precisamente llevan a considerar como excepción la aplicación de la regla general de no afectación de convenios establecida en el art. 84. 1 del ET, otorgando preferencia al convenio de empresa en materias esenciales de las condiciones de trabajo.

-Entre esas importantes quiebras al modelo legal de negociación colectiva se encuentra la posibilidad recogida en el art. 82. 3 del ET, precepto que precisamente establece la eficacia normativa y personal generalizada dentro de su ámbito de aplicación del convenio colectivo estatutario, sustentando su aplicación de manera inmediata y directa; pero a continuación prevé la inaplicación del convenio colectivo estatutario que resulte de aplicación, tanto si es de empresa como sectorial, en un elenco importante de materias, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que también concreta en el precepto aunque forma nada exigente, posibilitando incluso un descuelgue "preventivo" frente a pérdidas previstas. Es importante tener en cuenta que la reforma acometida por la Ley 3/2012 permite desligarse de la aplicación de un convenio colectivo de empresa por esta vía, algo novedoso ya que hasta entonces sólo se permitía el descuelgue de convenios sectoriales entendiendo que efectivamente en la empresa podían concurrir una serie de circunstancias que lo justificaran. Desde entonces se permite la inaplicación del propio convenio de empresa, algo bastante relevante y difícil de justificar. Como aspectos relevantes, señalar que la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo regulada en el art. 41 del ET, que también es un instrumento importante de flexibilidad interna, no puede utilizarse para "rebajar" condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario, debiéndose acudir en estos casos al procedimiento del art. 82. 3 ET, tal y como establece el art. 41. 6 del ET tras las últimas reformas (se modifica por el art. 12.1 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero).

Asimismo, con esta flexibilización en el procedimiento y la ampliación de materias susceptibles de inaplicación prevista en el art. 82. 3 del ET se relativiza, por no decir que casi prácticamente desaparece, la predicada fuerza inderogable "in peius" del convenio colectivo (o principio de inderogabilidad singular del convenio colectivo), consistente en impedir que se aplicaran unas condiciones de trabajo inferiores a las establecidas en el convenio colectivo. En cualquier caso el descuelgue está previsto como una medida de flexibilidad interna causal (art. 82.3, párrafo 1º, del ET) y de carácter coyuntural que supone la inejecución temporal ("suspensión") del convenio colectivo afectado por la inaplicación parcial (conforme al art.82.3, párrafo 6º, del ET, "el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa").

Con esa reforma se consiguió el objetivo reconocido en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 de hacer más viable la posibilidad del descuelgue, ya que si bien el Real Decreto-Ley 7/2011 actuó en este sentido, no lo hizo con el ímpetu flexibilizador suficiente al no haberse avanzado significativamente en este terreno según los datos; por lo que la Ley 3/2012 se ha propuesto posibilitar

aún más tal inaplicación del convenio colectivo estatutario. En este sentido, ha "corregido" que el Real Decreto-Ley 7/2011 no garantizase el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo, incorporando que ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas.

Se impone un *arbitraje de carácter obligatorio de carácter público* en caso de que no haya acuerdo sobre la inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en el convenio de ámbito superior (art. 82.3 ET). Lo cual es merecedor de crítica, ya que invade espacios propios reservados a la autonomía colectiva y supone una clausura de las discrepancias que han bloqueado la posibilidad de un acuerdo colectivo, puesto que la resolución administrativa o el laudo arbitral tiene carácter jurídicamente vinculante y de inmediata efectividad. Este tipo de decisiones heterónomas no encajan con la doctrina establecida por la STC 11/1981, FJ. 24. Lo normal será que sea el empleador el que acuda a este procedimiento arbitral de carácter público, que afecta al contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE (en relación con el art. 53.1 CE), y a la fuerza vinculante de un convenio colectivo vigente sobre el que no ha habido acuerdo colectivo sobre su modificación. De ahí las dudas razonables sobre su constitucionalidad. Por lo demás, la decisión heterónoma adoptada en este procedimiento arbitral (donde no hay un compromiso arbitral por ambas partes afectadas por el conflicto y el bloqueo de la negociación) "tendrá la misma eficacia de los acuerdos en período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91" del ET. Queda nítido que este procedimiento *sustituye a la decisión de autonomía colectiva* en supuestos de normalización jurídica y no precisamente de carácter excepcional. Las disfuncionales son tales que el propio empleador puede utilizarlo como vía para revisar de manera obligada el convenio colectiva vigente y respecto del cual desea su revisión o descuelgue de condiciones de trabajo, a pesar del descuerdo con la parte social.

Por otra parte, y dentro de este bloque de quiebras a la eficacia del convenio colectivo estatutario, también debe aludirse a las modificaciones operadas en las reglas de concurrencia. Si bien recientemente se habían calificado a las mismas como reglas legales que actúan de algún modo como refuerzo o parapeto de la vigencia del convenio colectivo y de su eficacia, cabe resaltar cómo han sido modificadas hasta el extremo de que en la actualidad deban incluirse en el bloque de las que quiebran esta eficacia. El art. 84 del ET establece una regla general de prohibición de concurrencia entre convenios ("un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto"), pero a continuación ha articulado el legislador un amplio elenco de posibilidades que excepcionan esta regla general priorizando el convenio de empresa y una orientación claramente descentralizadora que impide a los sujetos colectivos que articulen la estructura de la negociación colectiva y sus correspondientes reglas de concurrencia. Como puede observarse, la prioridad aplicativa del convenio de empresa establecida en el art. 84. 2 del ET y la inaplicación del convenio del art. 82. 3 del ET son preceptos que comparten finalidad, si bien éste último requiere un justificado motivo para legitimar jurídicamente el descuelgue o inaplicación

Es así que se ha pasado tras la Ley 3/2012 de un modelo donde la ley asumía un rol garantista del derecho a la negociación colectiva a un modelo en que se concibe a la ley como interventora, y prácticamente única reguladora de este derecho, lo que supone un grave y peligroso ataque a este derecho fundamental y una alteración sustancial del sistema de fuentes instaurado en la Constitución Española en 1978.

Señala el propio legislador (Exposición de Motivos de la Ley 3/2012), que otorgar prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que

se entienden primordiales es necesario para una gestión flexible de las condiciones de trabajo, reconociéndose que se ha avanzado en esa tendencia del Real Decreto-Ley 7/2011, garantizando la descentralización convencional por este comenzada si bien ya impuesta de forma heterónoma, en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores. Esto supone condenar al mercado de trabajo a una fragmentación tal de las condiciones de trabajo que supone ir en contra del modelo legal de negociación y atomización colectiva hasta ahora instaurado y que incluso presenta serias dudas de constitucionalidad. En este sentido, el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, presentado el 5 de octubre, frente a la Ley 3/2012, al que ya se ha hecho referencia, recoge entre los motivos de impugnación, entre otros, la lesión del derecho a la negociación colectiva ligado al de libertad sindical en relación con la preferencia aplicativa absoluta del convenio de empresa legalmente consagrado en el art. 84. 2 del ET. Como se sabe, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2014 y 2015 confirmaron sin fisuras a la constitucionalidad de la reforma en su integridad.

En este sentido, algunos sectores doctrinales han apreciado un carácter disfuncional de los convenios provinciales por lo que reclamaban su desaparición o restricción, pudiéndose en la actualidad hablar de un modelo bipolar en el que predominan un convenio colectivo sectorial, estatal o autonómico que ordenaría el conjunto de la estructura negocial en el marco del art. 83.2 del ET y proporcionaría una regulación completa para pequeñas y micro-empresas, que normalmente no tienen convenio; y el convenio de empresa, que ostenta un relevante papel de adaptación y ajuste a la realidad empresarial con la finalidad explícita de conseguir la mejora de la competitividad y un aumento de la tasa, y que también es más fácilmente moldeable a los intereses empresariales. Sin duda, el legislador apuesta por un nuevo sistema de negociación colectiva que persigue una regulación convencional más cercana a la empresa y su adaptación a las circunstancias económicas concurrentes, con una tendencia a la absoluta atomización de las condiciones de trabajo.

-La Ley 3/2012 se enmarcaba en una profunda y peligrosa tendencia flexibilizadora, que evidentemente está cuestionando el papel que juega el convenio colectivo estatutario en la actual coyuntura histórica como instrumento normativo y cauce de gestión autónoma del sistema de relaciones laborales. Previó esta Ley un elenco amplio de posibilidades que posibilitan desligarse de la aplicación del convenio colectivo estatutario que resulta preceptivo según el juego de reglas establecidas por el propio Estatuto de los Trabajadores. Se aprecia la generalización de importantes quiebras al modelo constitucional respecto a la eficacia jurídica del convenio colectivo, soslayándose asimismo también el modelo legal estatutario en cuanto a la eficacia normativa y la eficacia personal erga omnes otorgada a los convenios colectivos estatutarios al permitirse un sistema tan amplio, prácticamente acausal, flexible y de fácil tramitación de la inaplicación del convenio colectivo, bien sea a través del art. 82. 3 del ET o bien a través de las nuevas normas de concurrencia del art. 84 del ET que apuestan por la descentralización total de negociación colectiva, con los importantes efectos de fragmentación que esto conlleva entre los trabajadores. Por tanto, las recientes reformas normativas, ignoran el importante rol del convenio colectivo estatutario como homogeneizador de las condiciones de trabajos, instrumento de equilibrio de poderes sociales y garante de paz social laboral. La Ley 3/2012 ha desposeído al convenio estatutario de su esencia misma, derivándose en una desvalorización profunda del convenio colectivo como instrumento normativo y en una individualización de las condiciones de trabajo, demoliéndose núcleos esenciales del modelo de negociación colectiva español, y muy especialmente los relativos a la eficacia del convenio. El resultado es que en la actualidad el convenio colectivo estatutario tiene una eficacia jurídica contractual colectiva y una eficacia personal general disponible.

-Y asimismo, la acuciante problemática servida en bandeja de plata por el legislador respecto a la ultraactividad de convenios, potenciando aún más el poder negociador del que goza el banco

empresarial. Materia en la que, como se indicó, ha incidido de manera significativa la reforma laboral de 2021. Pero ahora conviene recordar las bases regresivas y disfuncionales del modelo de ultraactividad instaurado por la Ley 3/2012.

Una vez denunciado el convenio colectivo conforme a lo establecido en el mismo, el convenio entra en la fase de ultraactividad, y a partir de ese momento se entiende que decae la vigencia del convenio en su totalidad, tanto el contenido normativo como el obligacional, téngase en cuenta que las reformas acontecidas en los últimos tiempos están debilitando los contornos del contenido normativo y del obligacional. No obstante, excepto las cláusulas de paz, este convenio puede seguir aplicándose en aras de la ultraactividad, lo que hasta ahora había garantizado seguridad jurídica y paz social, si bien es cierto que una excesiva prolongación de la misma también puede generar otros conflictos. Tras la Ley 3/2012, incluso con el Real Decreto-Ley 3/2012, el art. 86. 3 del ET ha sido reformulado en el sentido de limitar temporalmente esta figura a un año desde que el convenio ha sido denunciado, salvo pacto en contrario. La reforma de 2021 establecería otra solución más idónea en el reformado art. 86.4 ET ("Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya cordado 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 art. 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes […]. 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 alcanzar un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo". Se trata de una regla supletoria respecto de la autonomía colectiva. Por lo demás, aunque no exista ese pacto previsto, siempre existirá una posible negociación dinámica ex art. 86.1, párrafo 22º, y 84.2 del ET).

La solución establecida por la Ley 3/2012 (sin consenso con los interlocutores sociales) entrañaba el riesgos de favorecer la autonomía individual y la consiguiente potenciación de los poderes del empleador o a las asociaciones empresariales, pues finalmente se podía producir una vacíos negociales difícilmente compatibles con las garantías establecidas en los artículos 37.1 y 28.1 CE. Esa *amenaza cambiaba en sí la correlación de fuerzas* entre las partes negociadoras, pues se ejercía una fuerte presión sobre la representación de los trabajadores en el proceso de negociación que no desconocía las consecuencias últimas que supondría no alcanzar un acuerdo negocial al aplicarse la "solución final" prevista por el legislador dirigista.

Para algunos es fácil olvidar ahora que en otras etapas de bonanza económica, la ultraactividad también ha operado a favor de los intereses empresariales; pudiendo concluir que la ultraactividad ha resuelto más problemas de los que ha ocasionado. Además, ese plazo de un año para que se negocie un nuevo convenio, y mientras tanto se extienda la ultraactividad, no se ajusta a la práctica negocial española, considerándose excesivamente reducido.

Es importante advertir que la reforma de 2012 ya tendía hacia la mutación de la negociación colectiva en un instrumento de gestión de los intereses empresariales (apartándose de su configuración constitucional como instrumento de composición del conflicto colectivo de intereses), inscribiéndose la modificación experimentada por el art. 86.3 del ET en esta dinámica (en la redacción de la Ley 3/2012, porque la vigente es distinta y ha establecida por el RD-ley 32/2021)[133].

[133] Resulta algo sorprendente el pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos Sociales de la CSEr pudo considerar razonable y no opuesta al art. 6 CSEr esta preferencia aplicativa, como se había planteado en la reclamación contra el Gobierno Español. Conclusiones XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre, párrafos 14º y 20º. Criterio interpretativo de autoridad, pero discutible desde el punto de vista de la interpretación doctrinal. Y es tanto más discutible porque el mismo CEDS se había mostrado contrario a los arbitrajes obligatorios en el marco de los bloqueos de negociación colectiva. En relación al mismo art. 6.3 CSEr: Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, las Partes se comprometen a promover el establecimiento y uso de procedimientos apropiados de conciliación y arbitraje *voluntario* para la solución de conflictos laborales. Cualquier

Una de las cuestiones más litigiosas derivadas de la regulación que incorporara la Ley 3/2012, de esa versión del art. 86.3 del ET en relación con la vigencia del convenio fue la solución a la que se vio abocado el Tribunal Supremo, en el sentido de "contractualizar" plenamente (en la lógica del derecho común de la contratación civil) las condiciones de trabajo que establecía el convenio colectivo que perdía su vigencia jurídica y, sin embargo, no existía un convenio colectiva de ámbito superior aplicable […]. Con todo la solución final impuesta por la reforma de 2012 había creado muchos más problemas de los que supuestamente pretendía resolver.

Y es que, al tiempo, resulta más adecuado y eficiente que la negociación colectiva contribuya dinámicamente al proceso de racionalización jurídica de los conflictos existentes que se pueda plantear en cada momento del desenvolvimiento vital de los productos emanados de la autonomía colectiva.

-Por lo demás, y en una perspectiva más amplia, la negociación colectiva contribuye a resolver de manera autónoma a través de esa institucionalización jurídica los conflictos existentes entre los derechos sociales integrados en la ciudadanía democrática y el valor del mercado. Su resultado jurídico-formal, el convenio colectivo (formalización del acuerdo de la autonomía colectiva), cristaliza ese planteamiento básico del conflicto regulado en la democracia social contemporánea[134]. Estamos ante una manifestación cualificada del proceso de «juridificación» del conflicto sociolaboral; y en parte, también por ello mismo, a la integración de los conflictos de trabajo en la dinámica político institucional del sistema establecido.

-Por otro lado, y aun en ese contexto expuesto de debilitamiento de la negociación colectiva como instrumento de reequilibrio entre las fuerzas productivas, se puede destacar no obstante, cómo precisamente estas mismas reformas han profundizado en el "derecho sindical" a la negociación colectiva, desde la perspectiva de que si bien el art. 37. 1 CE permite extraer una titularidad abierta a otros sujetos colectivos que no tienen por qué ser los sindicales; ahora bien, una interpretación de conjunto del bloque sindical, con los arts. 7 y 28. 1 CE como ejes vertebradores, permite afirmar que los sujetos llamados a negociar preferentemente deben ser los sindicatos. Una de las escasas virtudes de estas reformas, es la reafirmación legal del sindicato como sujeto colectivo negociador por antonomasia, en coherencia con esa interpretación sistemática de la Constitución Española, entendiéndose que la configuración del derecho a la libertad sindical consta de un contenido complejo en el que se localiza

sistema de arbitraje debe ser independiente, y la cuestión de fondo del arbitraje no puede predeterminarse por criterios preestablecidos. *Cualquier forma de arbitraje obligatorio es contraria a esta disposición*, ya sea que la ley nacional permita que solo una de las partes en un conflicto someta el conflicto al arbitraje sin el acuerdo de la otra parte o que permita Gobierno u otra autoridad para llevar la disputa a arbitraje sin el acuerdo de las partes o una de ellas. Sin embargo, dicha restricción es posible si se encuentra dentro de los límites establecidos por el artículo G. Cfr. Conclusiones 2006, Moldavia, art.6.3 CSEr. Véase Digesto de la Carta Social Europea (2018). https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf

[134] El convenio colectivo ha supuesto la institucionalización jurídica del conflicto colectivo de trabajo; no sólo porque lo resuelve dinámicamente cuando éste se produce, sino también porque se tiende a producir una separación entre conflicto actual y convenio, en la medida en que se estandariza el proceso de negociación formal: a menudo el convenio es sustituido por otro nuevo sin que se haya producido un conflicto intermedio o cuando éste se ha producido ya se ha predispuesto inmediatamente el cauce jurídico-procedimental apto para su solución pacífica. La «secuencia» tradicional venía siendo: «conflicto-convenio-conflicto-convenio…». Actualmente, en un sistema evolucionado de negociación colectiva propio del constitucionalismo social, se produce una progresiva independización entre conflicto y convenio, de manera que la secuencia cambia radicalmente en los términos siguientes: «convenio-conflicto-convenio… convenio-convenio-convenio…». Estamos ante una manifestación cualificada del proceso de «juridificación» del conflicto sociolaboral; y en parte, también por ello mismo, a la integración de los conflictos de trabajo en la dinámica político institucional del sistema establecido. Para esto último, véase Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N., Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Granada, Ed.Comares, 2023, pág. 206; ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: "Comentario al art. 37.1 de la Constitución", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.ª N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, espec., págs. 625-683.

un contenido esencial de construcción eminentemente constitucional, y un contenido adicional de formulación legal y convencional, lo que sustenta la interpretación que defiende que dentro de ese contenido esencial se encuentra el derecho a la negociación colectiva como una herramienta imprescindible de acción sindical sin la cual el derecho a la libertad sindical quedaría totalmente desvirtuado e irreconocible como tal. Las últimas reformas laborales han reforzado esta doctrina del "derecho sindical" a la negociación colectiva al otorgar al sindicato y a sus instancias representativas, las secciones sindicales, una preferencia para negociar convenios colectivos estatutarios y los acuerdos de inaplicación, en perjuicio de otros sujetos colectivos como los representantes unitarios que no tienen tal protección constitucional sino que sólo se encuentran implícitamente referenciados en el art. 129. 2 CE. Tras el Real Decreto-Ley 7/2011, en la articulación de las reglas de legitimación de los correspondientes niveles negociales se aprecia de forma patente cómo se apuesta claramente por el sindicato como interlocutor en todos los niveles negociales, aunque no en todos de forma excluyente. Las razones de esta tendencia "sindicalizadora" de las reglas de legitimación estatutarias son frenar el continuo avance de fuerzas sociales no sindicalizadas, lo que provoca cierto temor en los poderes públicos y también empresariales desde la perspectiva de que su espontaneidad e informalidad las hacen estar fuera de control (y menos susceptibles de "calculabilidad" de sus decisiones). Este avance tampoco es visto con buenos ojos por los propios sindicatos que reclaman a los poderes públicos que promocionen la concepción orgánica-institucional del derecho a la libertad sindical.

Esta apuesta por los poderes sindicales no se trata de una opción normativa desconocida en el ordenamiento jurídico española (ni podría estarlo atendiendo a la preferencia constitucional por el sindicato como asociación que persona la identidad colectiva de los trabajadores; artículos 7 y 28.2 CE), estando ya instalada (y plenamente asumida y normalizada) en las reglas de legitimación negocial en el caso de los funcionarios públicos, si bien con carácter exclusivo por lo que aún es más radical.

En este sentido, y atendiendo a las duras condiciones laborales que se están aplicando a los trabajadores en la actualidad es preciso reivindicar más que nunca el papel otorgado al sindicato por la propia Constitución Española, debiendo ser ésta la base para el alegato más enérgico para la reafirmación del sindicato como sujeto idóneo para negociar y compensar la situación de desequilibrio total que está precisamente impulsando el poder legislativo y ejecutivo tras las últimas reformas en general. Es decir, estas reformas si bien reafirman al sindicato como interlocutor preferente, le obligan simultáneamente a desplegar su actuación en un contexto normativo adverso que le desposee de ámbitos propios de la autonomía colectiva como es precisamente la ordenación y estructura de la negociación colectiva, o la posibilidad de quebrar unilateralmente el empresario la eficacia jurídica normativa y personal general del convenio a través de la descausalización y flexibilización de los acuerdos de inaplicación. Pues bien, en ese contexto, el poder sindical es cada vez más necesario; no hay una alternativa -viable y mínimamente efectiva- a la organización sindical para garantizar la autodefensa de los intereses colectivos y sociopolíticos de los trabajadores implicados en el mundo del trabajo. Se ha advertido que los sindicatos son detentadores de poder; necesitan poder para desempeñar su papel en la sociedad. Los sindicatos representan el poder colectivo de los trabajadores y precisamente esta es la razón de su existencia[135].

No obstante, y en el ámbito aún de las reglas de legitimación negocial, el legislador, si bien ha aportado seguridad jurídica al respecto, por ejemplo en materia de grupos de empresas y empresa red, aunque no con la flexibilidad suficiente requerida para este tipo de formas empresariales; ha obviado la regulación de algunos supuestos problemáticos como las unidades transversales de empresas

[135] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, pág. 360.

contratistas y subcontratistas cohesionadas por la empresa principal, que surgen como consecuencia de diluir el modelo tradicional de organización de la empresa centralizada. En este sentido, es necesario superar el modelo de niveles de negociación autónomos que operan como compartimentos estancos con el fin de conseguir espacios transversales capaces de atender a las nuevas realidades derivadas del fenómeno de la descentralización productiva, singularmente por lo que hace a las contratas y a las empresas de trabajo temporal.

-Entre los modelos estáticos y los modelos dinámicos de negociación colectiva, actualmente no se puede afirmar que nuestro modelo puede ser calificado sin más como modelo estático, puesto que la propia regulación legal ha venido propiciando mecanismos para una negociación dinámica del convenio colectivo en la dirección de flexibilizar el modelo normativo de convenio estatutario configurado en el Título III del ET. No sólo habría que señalar las cláusulas de descuelgue e inaplicación de convenios colectivos, sino también la posibilidad de negociar un convenio colectivo en cualquier momento de la vigencia de un convenio colectivo.

Paradigmáticamente, al amparo del art. 86.1 ET, "Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión". Este precepto se inserta dentro de un modelo de negociación colectiva dinámica y flexible e impide, de suyo, calificar nuestro modelo normativo de negociación colectiva como un modelo de negociación estática. Pero a mayor abundancia cabe tomar en consideración, adicionalmente, los elementos normativos siguientes.

Cabe hacer referencia a la potenciación del convenio de empresa, a pesar de la crítica -aquí compartida- al principio de preferencia legal es indisponible por la negociación colectiva en virtud del art. 84.2 ET[136], conforme al cual: "La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior" en un conjunto importante de materias (que la reforma de 2021 ha recortado suprimiendo la materia salarial). Hay que tener en cuenta que esta preferencia legal estaba ya vigente desde la reforma de 2011, pero se configuraba en esa reforma como una norma dispositiva para la autonomía colectiva al máximo nivel. Ya se estaba produciendo una tendencia, al menos moderada, hacia una mayor atención a las exigencias de adaptación de las empresas a un entorno cambiante, sin poder hablarse de "empresarización" de la negociación colectivo, entre otras cosas porque en un nuestra negociación colectiva sigue teniendo una importancia crucial los convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, la mayor centralidad de la negociación colectiva empresarial (en sus distintas manifestaciones: convenios colectivos y acuerdos colectivos), no tiene que suponer un detrimento de los Acuerdos Marco y de los convenios de sector, a riesgo de una excesiva y perniciosa

[136] La crítica ineludible viene de la configuración de una norma de derecho necesario absoluta en una materia propia de la negociación colectiva. Se indica que "Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado" (art. 84.2, último párrafo). Véase la D.T. 6ª RD-ley 32/2021. En cualquier caso, el Comité Europeo de Derechos Sociales de la CSEr pudo considerar razonable y no opuesta al art. 6 CSEr esta preferencia aplicativa, como se había planteado en la reclamación contra el Gobierno Español. Conclusiones XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre, párrafos 12º y 14º. Criterio interpretativo de autoridad, pero discutible desde el punto de vista de la interpretación doctrinal.
Más allá de estos supuestos, resultan de interés también las pronunciamientos sobre aspectos de la negociación colectiva -entre otras materias- recogidos en Salcedo Beltrán, C.: "Conclusiones 2022/XXII-3 del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre los derechos laborales: los incumplimientos progresan (in)adecuadamente (*Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*)". https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=142698&_part=2&_action=get&_extwin=1. Un minucioso análisis con 8 interesantes conclusiones de no conformidad dirigidas a España.

atomización de la negociación colectiva[137]. Ello perjudicaría no sólo a los trabajadores, sino también al tiempo a las propias empresas pues "sin reglas" en el sector se favorece la competencia desleal a través de la reducción de los costes directos e indirectos del trabajo. La idea de establecer una entre articulación negociación y "reglas de juego" (legales y negociales) en el sector de actividad es un bien que -al ser consensuadas- puede crear un interés compartido en procedimientos y ciertos contenidos homogeneizadores para todas las empresas del sector de actividad de que se trate. Por ello, debe apostarse por una negociación articulada y de carácter flexible que no favorezca una negociación colectiva "salvaje" completamente descentralizada y centrada exclusivamente en la lógica de los intereses de cada empresa en sí. Y por supuesto por no hablar de las consecuencias de la pérdida de poder de las organizaciones profesionales sobre el gobierno del Sistema de Relaciones Laborales en su conjunto.

Por último, en el marco de la concurrencia de convenios colectivo, se establece que "Salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, *en el ámbito de una Comunidad Autónoma,* negociar acuerdos o convenios que afecten a los dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación" (art. 84.3 ET).

-Existe, pues, una visible tendencia (en el modelo legal y convencional) a favorecer un modelo de negociación dinámica y flexible atenta a las transformación de las empresas y a las formas de organización del trabajo. Y, por tanto, a resolver también las posibles tendencias conflictivas que esas mutaciones puedan crear, porque el conflicto en las relaciones laboras -recuérdese- es consustancial a las relaciones de trabajo, que en sí son siempre relaciones de poder de conformación de un orden. Lo que se tiende también a es buscar formas de institucionalizar los conflictos y de llevar a cabo políticas de negociación, donde cada vez adquiere más importancia en los procesos de reestructuración la flexibilidad interna negociada (descuelgues, de condiciones de convenios de ámbito superior; modificación sustancial de las condiciones de trabajo; los nuevos mecanismos suspensivos, el mecanismos RED de flexibilidad y Estabilización del empleo, las negociaciones sobre la incorporación de las nuevas tecnología en la empresa y su incidencia en la organización del trabajo, etcétera)[138], pero también llegado el caso la flexibilidad externa negociada, cuando se aprecie que las decisiones más traumáticas son ineludibles y puede atenuarse su incidencia o buscar alternativas como puede ser la recolocación entre los trabajadores en empresas del mismo grupo (prevista genéricamente en el art. 51.2 ET).

En esa negociación dinámica, interviene la negociación colectiva de empresa en sus manifestaciones como convenio de empresa y como acuerdos colectivos de empresa, cuya relevancia en el sistema de negociación colectiva ha ido creciendo exponencialmente, pudiéndose habla de "normalización" jurídica y de utilización ordinaria en la experiencia jurídica negociadora. Hace

[137] No está de más recordar que el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva, de 28 de abril de 1997, reguló la estructura de la negociación colectiva para evitar la dispersión en gran medida propiciada por la reforma de 1994, diseñando un modelo de estructura cuyo eje pivota sobre el convenio colectivo sectorial estatal (y que, por tanto, es objeto de promoción), y abriendo espacios a los niveles inferiores a través de formas flexibles de negociación colectiva articulada. La idea era impedir la descentralización "salvaje" o simplemente descontrolada por llevarse a cabo desde abajo sin control desde arriba.

[138] Puede consultarse el análisis completo y exhaustivo en Monereo Pérez, J.L, Gorelli Hernández, J. y Almendros González, M.À. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales,* Ortega Lozano, P.G, y Marín Alonso, I. (Coords), Granada, Ed. Comares, 2022, 937 páginas; Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F, Marco Espósito y Perán Quesada, S. (Dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI,* Ortega Lozano, P.G. y Ruíz Santamaría, J. L. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2021, 1152 páginas.

tiempo que dejaron de ser instrumentos excepcionales (si alguna vez realmente lo fueron), como puede apreciarse en las negociaciones en el marco de los procesos de reestructuración empresarial (despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa y los planes sociales; modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la posibilidad de acuerdos; el aludido Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización del empleo, etcétera). El que el principio de preferencia del convenio colectivo pueda hacerse valer sin alegación de causa alguna y sin configurarse como una norma que se someta a una racionalización en un ámbito superior, *parece no encajar adecuadamente* en un modelo de negociación colectiva que apueste verdaderamente por el convenio colectivo de empresa como instrumento de flexibilidad interna verdaderamente articulada y negociada *con garantía de poder de negociación entre las partes negociadoras del convenio colectivo* y puede derivar en esa desnaturalización de un modelo excesivamente descentralizado y atomizado de empresas en un misma sector. Afortunadamente la reforma laboral de 2021 ha impedido que el salario forme parte de las materiales que podrían ser inaplicables por un convenio colectiva de empresa sin acreditar ningún justificado motivo. Tan sólo subyacen las razones de pura conveniencia empresarial. Esto es una suerte de formas de estructuración y concurrencia convencional *sin sometimiento a reglas causales y sin garantía de un auténtico control sindical.* Y se ha de insistir en el hecho y dato normativo de que el nivel de empresa puede tener un lugar central sin necesidad de desestructurar los mecanismos de gestión colectiva de la estructura y de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos.

Lo que es preciso evitar es que se produzca -por los distintos cauces hoy legalmente disponibles- una desaplicación y pérdida de eficacia jurídica (más o menos intensa; más o menos generalizada) de los convenios colectivos sectoriales en virtud del juego de los convenios y acuerdos colectivos de empresa. De ser así más que de flexibilidad laboral interna negociada tendríamos el resultado de una precarización de las relaciones laborales y una apertura a la praxis del *dumping social y empresarial* (traducible también en términos jurídicos como "competencia desleal" entre las empresas de un mismo sector; dando lugar a un modelo de competitividad nociva basado en las reducción de los costes del trabajo directos e indirectos). Este proceso de diferenciación y fragmentación conduciría a una ruptura de las solidaridades y de las tutelas colectivas/sindicales y a una disgregación y disciplina de los trabajadores mediante una diferenciación de estatutos reguladores y protectores del trabajo; es decir, a un vaciamiento de las solidaridades del trabajo en los equilibrios inestables entre igualdad y diferencias justificadas. El riesgo estriba en la ruptura del modelo constitucional garantista de Derecho Social del Trabajo, que sería paralela a la tendencia a devaluar los derechos constitucionales a través de procesos legislativos y prácticas interpretativas "*deconstituyentes*", que puedan suponer una mutación constitucional y sin necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional a través de los procedimientos establecidos expresamente en la propia Constitución como norma fundamental y base del ordenamiento jurídico general. Con ello se produce no una mera transformación del Derecho del Trabajo (de mera "adaptación" y respuesta coyuntural a los cambios del entorno), sino un cambio de paradigma, es decir, una metamorfosis del Derecho del Trabajo que entra en contraposición con el Derecho Social del Trabajo Garantista construido por el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho; un nuevo modelo de Derecho del Trabajo que tiende a someter los derechos y libertades fundamentales de la persona que trabaja a la pura lógica del mercado (que constituye un espacio de actuación de los grandes poderes económicos autorregulados más allá de las reglas de juego establecidas en los ordenamientos estatales y en las propias del Derecho Internacional), remercantilizando los derechos sociales y debilitando la efectividad de los derechos genéricos o inespecíficos del trabajador como ciudadano en el sistema de relaciones laborales. Si este cambio de paradigma se consolida, ello representaría la ruptura del compromiso del constitucionalismo democrático social entre capital y trabajo[139].

[139] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 1917, espec., págs.29 y sigs.,137 y sigs., y 2013 y sigs.

-En nuestra tradición histórica (cuando ha existido un sistema democrático, y esto acontece en el periodo de entreguerras y especialmente con la Sistema normativo laboral de la IIª República Española) la legislación estatal ha desempeñado un importante papel en la regulación de la negociación colectiva como un elemento considerado necesario para la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico. Después de más de cuarenta años de dictadura esa ordenación democrática y la cultura sindical de negoción colectiva prácticamente era historia y esto planteó problemas en la configuración constitucional y sobre todo en la definición del modelo legal de negociación colectiva a través del Título III del Estatuto de los Trabajadores. Pero el Título III del ET (versión originaria, Ley 8/1980, de marzo) no es tributario del modelo de "negociación colectiva" (sic) del sindicalismo vertical corporativo-autoritario del régimen franquista. El propio Título III deriva directamente del ABI (Acuerdo Básico de Interconfederal celebrado entre UGT y CEOE, Madrid, 10 de julio de 1979; y del Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva entre UGT y CEOE, AMI, Madrid, 5 de enero de 1980) que prefiguró su orientación, modelo y contenidos esenciales[140].

-Ahora bien, no debe esperarse todo del legislador como una "maná" que llegará del cielo (al modelo de un criticable "Estado providencia"), sino que la propia autonomía colectiva, es decir, la capacidad de autogobierno ostentada por los interlocutores sociales, debe ponerse a prueba a fin de demostrar sus facultades creadoras innovando los contenidos de la negociación colectiva para adaptarlos dinámicamente a las transformaciones de la sociedad del trabajo y del mundo de las empresas del capitalismo avanzado (nuevas formas de trabajo y de organización de las empresas, la digitalización de las relaciones laborales (trabajo en plataformas, incremento de la automatización y, sobre todo, la robotización, la inteligencia digital, etc.), la garantía de efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores, la generalización de la práctica de subcontratación empresas como forma específica de externalización productiva, afrontando la financiarización de las relaciones labores y el peligro emergente de socavar e incluso destruir las bases sociales del trabajo asalariado, tomarse en serio la regulación convencional de la introducción de medidas de flexibilidad interna como alternativa a las distintas formas de flexibilidad externa, etcétera.).

-Aunque se ha avanzado, nuestro sistema de negociación colectiva no ha logrado plasmar la potencialidad de sus funciones en los contenidos, enriqueciendo sus contenidos. Actualmente se tiene que avanzar más en materias como las relativas a las nuevas tecnologías y en los derechos sindicales. También en lo que concierne a los distintos aspectos de la "negociación colectiva gestional" o participativa. En cualquier caso, actualmente no se puede hablar de "pobreza" de contenidos de la

[140] Estos Acuerdos Sociales pueden consultarse en Monereo Pérez, J.L.; *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Ed. Lex Nova/Thompson-Aranzadi, 1999, págs. 165-195. El Acuerdo Interconfederal celebrado entre UGT, CC.OO, CEOE y CEPYME, Madrid, 15 de febrero de 1983 (Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 17 de febrero de 1983, BOE de 1 de marzo), orden el registro y publicación oficial del texto del Acuerdo Interconfederal. Este Acuerdo Interconfederal ya se hace, pues, al amparo del Título III del ET y posee la eficacia que se deduce de los dispuesto en la Disposición Final del citado Acuerdo (expresamente, art.1 del Acuerdo). La Exposición de Motivos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET, señala que "El Título II, "De la negociación y de los convenios colectivos de trabajo", sustituye un régimen de intervencionismo y correlativo bloqueo en las relaciones laborales por un sistema de libertad y consiguiente responsabilidad de los interlocutores sociales naturales de esas mismas relaciones (…. De acuerdo con este objetivo general se pretende que el protagonismo de la Administración Pública en esta materia, propio de una concepción política hoy superada, da paso a la libre determinación de las condiciones de trabajo, de la productividad y de la paz social. Por otra parte, la ratificación por España de los Convenios 87 y 98 de la OIT, ya incorporados a nuestro Derecho interno, aparte de los planteamientos generales derivados del nuevo modelo de relaciones de trabajo, determinan y justifican la necesidad del cambio normativo indicado". Se ha advertido que el modelo de negociación colectiva del Título III del ET se diseñó a la medida de los interlocutores sociales que lo habían inicialmente propiciado y firmaron el ABI. Cfr. Vida Soria, J.: "Génesis, significado y evolución del Estatuto de los Trabajadores (1980-2005)", en VV.AA: *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, Ruesga Benito, S.M., Valdés Dal-Ré, F., y Zufiaur Narvaiza, J.M. (Coords.), Madrid, MTAS, 2005, págs. 170 y sigs., en particular pág. 185.

negociación colectiva atendiendo a la pluralización de los contenidos que se han venido produciendo señaladamente en las dos últimas décadas[141].

Es más: en la interrelación entre heteronomía pública y autonomía colectiva, se asiste a una tendencia a que la legislación pública abra deliberadamente nuevos espacios de poder ordenador y regulador a la negociación colectiva como fuente autónoma bilateral y flexible de ordenación de las relaciones entre las organizaciones de los trabajadores y de los empresarios, de determinación de las condiciones de trabajo y de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que trabaja en el ámbito del mercado de trabajo, incluido el ámbito sectorial y de empresarial. Esta expansión de espacios propios de autonomía es coherente con el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva y la eficacia jurídica de los convenios colectivos; reconocimiento que confiere un protagonismo de los interlocutores sociales en el sistema de relaciones laborales en su conjunto. A la par de este enriquecimiento de contenidos por remisión legislativa, se ha de realzar que el convenio colectivo se articula con la legislación pública en el sentido de que no sólo la complementa o mejora, sino que también contribuye a adaptar la regulación legal básica general a las singularidades que presentan los distintos sectores y empresas. En el reparto de roles entre la norma estatal y el convenio colectivo, no hay tanto desregulación como uso de las técnicas normativas de la supletoriedad convencional y de la disponibilidad colectiva "in melius" de ciertas reglas establecidas en la regulación estatal (a la par que se prohíbe la derogabilidad "in peius" por parte de la autonomía contractual individual). De manera que se establece una *relación internormativa entre ley-convenio colectivo,* que pone de relieve la propia normatividad de este instrumento negocial como norma paccionada (reafirma su normatividad) y no tanto una supuesta re-contratación privada colectiva al modo de un "laissez-faire colectivo" iusprivista de nuevo cuño. El convenio colectivo expresa formalmente el poder sustancialmente normativo que le es atribuido a la autonomía colectiva (o si se quiere ver, en otras palabras, la negociación colectiva como *proceso* de dialógico y de intercambio transaccional entre los interlocutores sociales dotados factores base de poder) en dicha relación internormativa que impregna dinámicamente la ordenación y reglas de juego del sistema de relaciones laborales y la regulación imperativa de las relaciones de trabajo. Esa relación de *colaboración* internormativa se refuerza a medida que la ley estatal realiza una más intensa remisión de apertura al espacio propio de la negociación colectiva. En este tipo de colaboración inter-fuente -entre poderes públicos y privados colectivos- no hay propiamente una desregulación legislativas.

Los cambios estructurales plantean a la negociación colectiva el reto de mostrar su capacidad para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más idóneo para afrontar las mutaciones en curso. Los factores determinantes de los cambios son de índole diversa, y entre ellos destaca actualmente un replanteamiento del intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales. Las reformas del "ciclo largo"

[141] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI" Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, espec., págs. 95-96; Monereo Pérez, J.L.: "Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000,* Madrid, MTAS, 1999; Monereo Pérez, J.L.: "Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva", en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España*, Monereo Peréz, J.L. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 77 a 131; Sala Franco, T.: "La revisión del modelo legal de negociación colectiva" en Monereo Peréz, J.L. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.), y Tomás Jiménez, N. (Coord.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, págs. 133 a 160; *Ibid.,* "La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales", en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 385-445.

1994-2012 materializan opciones de política del Derecho estatal que reflejan un giro hacia un modelo de intervención selectiva y más "autoritaria" en la negociación colectiva. La reforma de 2021 ha supuesto una revisión parcial en la línea contraria de operar un "giro social" y el reforzamiento de los "espacios" de la autodeterminación colectiva.

Las exigencias de renovación de la negociación colectiva se imponen ante la desestandarización de las formas de trabajar en los modos de producción postfordistas (generalización de la externalización productiva y funcional, redes y grupos de empresas, aplicación al proceso productivo de las tecnología digitales y de la inteligencia artificial), con la necesidad de flexibilizar la noción de trabajo por cuenta ajena y dependiente (trabajo subordinado) y de abarcar, de manera creciente, formas de trabajo autónomo, teniendo en cuenta, además, las fronteras difusas ("zonas grises") existentes entre el trabajador dependiente y el trabajador independiente o autónomo y la realidad jurídica del "falso autónomo". En este sentido la negociación colectiva tiende a incorporar estatutos reguladores de trabajadores autónomos, señaladamente los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) o "parasubordinados". Aparte de ello, los TRADE en nuestro país disponen de una específica negociación colectiva "debilitada" (los Acuerdos de Interés Profesional).

Existe una dirección de política del Derecho de extender los derechos colectivos/sindicales de los trabajadores autónomos. Es relevante en este sentido la Decisión del Comité Europeo de Derechos Social del Consejo de Europa de 12 de septiembre de 2018, entendiendo que el art. 6.2 de la Carta Social Europea atribuye el derecho de negociación colectiva a los trabajadores autónomos, tomando en consideración la realidad de que la mayoría de los trabajadores autónomos se encuentran en una posición jurídica de debilitad respecto de los poderes de las empresarios clientes, existiendo un desequilibrio de poder negociador, siendo el derecho a la negociación colectiva un instrumento para alcanzar un equilibrio de poderes entre las empresas clientes y proveedores de trabajo autónomo o independientes (apartados 35 a 40). Hasta tal punto es así que muchos de estos trabajadores formalizan contratos de servicios que adquieren la fisonomía propia de típicos contratos de adhesión a las condiciones prefijadas por la empresa cliente (decisión, del Comité, que sería respaldada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa). Este criterio no se impondría con carácter general para todos los trabajadores autónomos, sino tan sólo para los aquellos colectivos de trabajadores autónomos que presentan esa posición de debilidad que les hace vulnerables frente a los poderes de las empresas clientes que los utilizan como proveedores de servicios a cambio de una compensación económico o precio por el servicio prestado. Este criterio no tendría que limitarse a la figura de la parasubordinación o el trabajo autónomo económicamente dependiente (TRAUDE), que en realidad son más una huida del Derecho Social del Trabajo que una expansión del sistema de garantías del empleo originariamente atribuido al trabajador dependiente o subordinado. Podría aplicar a la trabajadores autónomos "puros" sin asalariados donde se verifica esa posición de debilidad contractual con el siguiente desequilibrio de poderes que lleva a configurar su relación jurídica de trabajo autónomo como contrato de adhesión hacia las condiciones generales de la contratación prefiguradas por la empresa cliente que los utiliza como proveedores externos de servicios retribuidos[142].

[142] Resulta harto significativa la Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (2022/C 374/02). https://www.boe.es/doue/2022/374/Z00002-00013.pdf El art. 2 hace referencia a una *definición estipulativa de convenio colectivo*, conforme a la cual: "c) «convenio colectivo»: un acuerdo negociado y celebrado colectivamente entre personas que trabajan por cuenta propia *sin asalariados* o sus representantes, y sus contrapartes, en la medida en que, por su naturaleza y finalidad, se refiera a las condiciones de trabajo de dichas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados". La aparición de la economía de plataformas en línea y la oferta de mano de obra a través de plataformas digitales de trabajo han creado una nueva realidad para determinadas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, que se encuentran en una situación equiparable a la de quienes trabajan por cuenta ajena frente a las plataformas digitales de trabajo a las que prestan su actividad o a través de las cuales prestan su actividad. Las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados pueden depender de las plataformas digitales, especialmente para llegar a los clientes, y a menudo se

En cierto sentido moderado parece caminarse lentamente en el horizonte de la dirección de los cambios en curso en las relaciones de trabajo profesional hacia una clásica propuesta de un derecho de la actividad profesional, cuyo núcleo duro, sin embargo, continúa -y continuará- siendo el trabajo asalariado y su estatuto protector.

Precisamente la tendencia actual se residencia en agotar sus potencialidades regulativas dentro de los márgenes disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, donde el convenio colectivo regula las relaciones entre los interlocutores sociales ("partes sociales") y las normas colectivas de trabajo persiguiendo objetivos de defensa de intereses colectivos no sólo particulares, sino también de carácter más general (tanto más si el modelo dinámico de negociación colectiva se vincula a los objetivos diseñados en los procesos de intercambio político propios de la concertación social). Y es así tanto en materias clásicas (paradigmáticamente, la posibilidad de tratamientos colectivos de la huelga en su sentido sincrónico a lo que se ha hecho respecto a la regulación de los procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos) como más novedosas en la época actual (es el caso de las referencias en el mismo V AENC, a la necesidad de regular convencionalmente los derechos digitales fundamentales, que viene propiciado por la misma regulación estatutaria ex art. 20 bis ET, y las remisiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales. El art. 91 hace referencia al tratamiento de los derechos digitales en la negociación colectiva, indicando que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral (la regulación sustantiva básica se encuentra en los artículos 87, 89, 90 y 91, y en el referida art. 20 bis ET).

-La necesidad de fortalecer los Acuerdos Marco Interconfederales ex art. 83 del ET y el reforzamiento de los convenios colectivos de sector en una lógica de mínima homogenización de la organización del trabajo y de las condiciones de trabajo, justas y equitativas. Pero también para evitar las distorsiones que están generando el doble e interrelacionado *dumping social* y empresarial sobre todo por la reforma laboral llevada a cabo por la Ley 3/2012, aunque también por problemas que se vienen arrastrando por una cierta petrificación y acomodación y estancamiento de la regulación tradicional de ciertas materias.

-En cuanto la estructura de la negociación colectiva, se puede decir que de los modelos centralizadas y modelos descentralizados, nuestro país ha mantenido una evolución hacia una mayor descentralización negocial hacia la empresa. Resultando cuestionados los convenios colectivos sectoriales de carácter provincial -que actúa como un nivel intermedio-, que tienen un peso importante en nuestro sistema de negociación colectiva. Aunque los Acuerdos Marco ha sido relevantes para marcar las líneas de negociación colectiva los distintos niveles inferiores descentralizados. En muchos aspectos se ha carecido de una auténtica negociación colectiva articulada siguiendo el diseño "fuerte" posible al amparo del art. 83 ET. El diseño de la estructura refleja también las estructuras de poder dentro de las propias organizaciones mayormente representativas y no resulta fácil una unificar del poder (ni seguramente sea deseable). Paradigma de estos problemas es la presencia estelar de los

enfrentan a ofertas de trabajo definitivas, con poco o ningún margen para negociar sus condiciones laborales, incluida su remuneración. Por lo general, las plataformas digitales de trabajo pueden imponer unilateralmente las condiciones de la relación, sin informar o consultar previamente a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados. La jurisprudencia reciente y la evolución legislativa a nivel nacional dan nuevas pistas sobre la *equiparabilidad de estas personas que trabajan por cuenta propia con las que trabajan por cuenta ajena*. En el contexto de los casos relativos a la clasificación de la situación laboral, los órganos jurisdiccionales o autoridades nacionales están reconociendo cada vez más la dependencia de los proveedores de servicios con respecto a determinados tipos de plataformas, o *incluso la existencia de una relación laboral*. En la misma línea, algunos Estados miembros han adoptado legislación que establece la presunción de una relación laboral, o el derecho a la negociación colectiva, para los proveedores que prestan sus servicios a plataformas digitales o a través de ellas.

convenios de ámbito provincial, porque los interlocutores sociales mantienen su apuesta por este nivel intermedio de negociación colectiva.

-La recuperación del espacio vital propio de la autonomía colectiva negocial en la determinación de la estructura de la negociación, suprimiendo el principio legal de preferencia del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial o supraempresarial. Y ha de respetarse que sean los Acuerdos Marcos Interconfederales o los propios convenios sectoriales -llegado al caso- los que determinen la vigencia de ámbitos intermedios de negociación -señaladamente los convenios sectoriales de ámbito provincial-. La descentralización de la negociación colectiva es una opción de los agentes sociales y no debe ser una imposición de la normativa estatal dirigista en este espacio vital.

- La reforma de 2021 ha permitido la recuperación del espacio vital de autorregulación negocial de la ultraactividad de los convenios colectivos. El modelo precedente (tributario de la Ley 3/2012) de regulación de la ultraactividad no sólo suponía una ruptura de los equilibrios de poder, sino también una posible deriva hacia la precariedad laboral (la jurisprudencia ha tratado de resolver el problema -como ha podido, pero en gran medida "en falso", porque nuestro sistema no admite la adquisición de condiciones más beneficiosas al amparo del convenio colectivo; art. 82 del ET- a través de la interiorización contractual de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos que hayan perdido su vigencia formal por la aplicación del plazo máximo de ultraactividad). La recuperación del modelo de regulación de la ultraactividad anterior a la reforma de la Ley 3/2012 no tiene que suponer la petrificación u obsolescencia de las condiciones de trabajo. Se podrán reconducir fácilmente los bloqueos de negociación colectiva a los procedimientos de solución autónoma extrajudicial previstos.

- La reforma de *lege ferenda* del art. 3 del ET en la ordenación del sistema pluralista de fuentes[143]. En realidad la premisa es atender al sistema de fuentes reguladoras en el Derecho del Trabajo y su plasmación en el art. 3 del ET y normas concordantes de articulación de la estructura e interconexión entre los productos normativos en colaboración internormativa. Lo primero que se observa es el llamativo silencio respecto al Derecho Social de la Unión Europea, y al principio de primacía jerárquica respecto del Derecho nacional (Derecho "interno", en denominación equívoca porque las normas sociales europeas se integran en nuestra legislación nacional con esa fuerza imperativa) y sistema de Tratados Europeos que tienen plena fuerza normativa (TUE; TFUE; la misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo rango normativo que los dos anteriores Tratados fundacionales ex art. 6.1 TUE); y lo que está detrás de todo ello, esto es, el juego de un garantismo institucional y judicial multinivel de los derechos fundamentales de los trabajadores, con la intervención continuada del TJUE y el TEDH, en diálogo -convergente o divergente- con los órganos jurisdiccionales nacionales. De este modo, teniendo en cuenta la relevancia del Derecho Social de la *Unión Europea* en materia laboral, sería preciso que se hiciera alusión expresa en la ordenación jurídica del sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral. El art. 3 del ET debería hacer una mención expresa al Derecho de la UE y por extensión a la normativa internacional reguladora de los derechos y libertades de los sujetos implicados en las relaciones laborales (basta reparar, paradigmáticamente, en los artículos 10.2 y 96 de Texto Constitucional).

También en relación al actual *Título I del ET,* habría que situar en un primer plano la ordenación de las fuentes reguladoras de las relaciones laborales, dando cuenta las nuevas relaciones entre normativa estatal y normativa pactada colectiva. Estas relaciones han ido mutando como consecuencia de las

[143] Monereo Pérez, J.L.: "Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI" Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, en particular págs. 82-84.

sucesivas reformas laborales en una dialéctica que ha roto con el modelo del Derecho del Trabajo Clásico; y lo preocupante es la tendencia a una heteronomía estatal de tipo dirigista y autoritaria que invade los espacios vitales propios de la negociación colectiva conforme al sistema garantista multinivel del derecho fundamental a la negociación colectiva (resulta paradigmático la intervención sobre la estructura de la negociación colectiva, la regulación de la ultraactividad, la posibilidad de modificación unilateral de convenios colectivos extraestatutarios y la utilización sistemática de formas de arbitraje de sometimiento obligatorio en supuestos de bloqueos de negociación colectiva y de negociación colectiva gestional vinculada -en este caso- al tipo legal de consulta-negociación colectiva).

En el modelo constitucional de Estado Social de Derecho, que es un modelo pluralista (bloque o grupo normativo formado por los artículos 1, 7, 9.2, 28, 37, 10.2, entre otros preceptos constitucionales), no encuentra acogida este tipo de intervencionismo autoritario, sino que hay que respetar los espacios legítimos propios tanto del Estado como el que corresponde a la autonomía colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo y en la ordenación del sistema de relaciones laborales. En esta forma de constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, nuestro modelo de Estado constitucional parte del pluralismo y del conflicto como realidad fenomenológica inherente a las relaciones laborales, y fomenta el principio de igualdad formal y material entre las partes o agentes sociales.

En la regulación de las condiciones de trabajo y de las reglas de juego del sistema de relaciones laborales la relación es de colaboración internormativa sobre la base de la correspondiente función atribuida a las fuentes públicas y las fuentes profesionales, de manera que el Estado -a través de la normativa estatal- fija las condiciones mínimas y las reglas básicas de juego del sistema de relaciones laborales, asumiendo una función complementaria o suplementaria -llegado el caso- la autonomía colectiva -a través de los diversos instrumentos de expresión jurídico-formal de su poder de autorregulación, respetando el principio de norma mínima estatal inderogable (salvo que ésta indique lo contrario, es decir su disponibilidad, siendo en tal caso supletoria de la autonomía colectiva)-. De este modo, las normas de orden público laboral (materializadas en el principio de norma mínima), han de ser respetadas por marcar el índice de "desmercantilización" relativa del trabajo y la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores, y la autonomía colectiva puede mejorar ese estándar mínimo y actuar con una gran capacidad de autodeterminación social en las reglas de juego que rigen en el sistema de relaciones laborales entre los agentes o actores sociales. Esta función ha sido llevada a cabo por la autonomía colectiva en sentido dinámico, pues el ejercicio del derecho a negociar colectivamente se ha traducido en una gran variedad de instrumentos -productos- jurídico-positivos entre los que destaca el convenio colectivo típico ex art. 37.1 CE como norma pactada jurídicamente vinculante. El desarrollo de las previsiones constitucionales se ha expresado -parcialmente- en el Título III del ET (al que luego se aludirá), y que, como se sabe, apuesta por el convenio colectivo de eficacia normativa personal generalizada en todo su ámbito de aplicación -que se ha hecho acompañar de técnicas de flexibilización de ese alcance unificador u homogeneizador: cláusulas de descuelgue, cláusulas de inaplicación, principio legal de preferencia aplicativa de los convenios de empresa, etcétera-.

Pues bien: la regulación actual ex art. 3 del ET[144] está obsoleta en determinados aspectos respecto a ese modelo legal consagrado en el mismo ET y en la experiencia jurídica, porque las relaciones internormativas han evolucionado y se han alterado parcialmente, por un lado, y por otro, han ido

[144] Puede consultarse Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: "Fuentes de la relación laboral. Comentario al artículo 3 del ET", en VV.AA.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 1998; *Ibid.*, "Fuentes de la relación laboral. Estudio del artículo 3 del ET", en la 2ª edición de 2012, que ya llevaba el significativo título de *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 75-105.

proliferando distintos productos normativos derivados de la autonomía colectiva que no encuentran una consagración explícita y adecuada: los llamados convenios de eficacia limitada (respecto de los cuales constitucionalmente debería predicarse su inderogabilidad singular unilateral por parte de los sujetos negociadores y de los sujetos destinatarios ex artículos 37.1 y 10.2 del Texto Constitucional y que además deberían tener una regulación legal que confiera seguridad jurídica y determine su naturaleza jurídica, como norma jurídica estricta o como contratos colectivos normativos sujetos a un régimen jurídico-laboral específico), los numerosos supuestos, ya plenamente normalizados, de acuerdos y pactos colectivos de empresa, en sus diversas expresiones tipificadas de manera dispersa y, a menudo, sin aclarar su naturaleza y eficacia jurídica como fuentes reguladoras sobre materias concretas en el sistema de relaciones laborales.

Tampoco resultaría baladí hacer referencia al *Soft Law* en el ámbito jurídico-laboral como fuente reguladora de "derecho débil" o "blando", sin eficacia normativa en sentido estricto (reglas de conducta que en principio no ostentan fuerza jurídica vinculante, aunque producen efectos jurídico prácticos relevantes de diversas maneras, con gran ductilidad jurídica), y su conexión con las fuentes del Derecho típicas (instrumentos normativos dotados de coactividad específica como fuentes de Derecho objetivo). El *Soft Law* desempeña diversas funciones que coexisten con el sistema de *Hard Law,* ambas formas jurídicas están interconectadas en el desarrollo del "derecho" de los ordenamientos contemporáneos. Y, por cierto, esta nueva técnica de regulación suele ser un instrumento jurídico muy utilizado en la Unión Europea (Comunicaciones, recomendaciones, libros blancos y libros blancos, declaraciones, directrices, etcétera)[145].

Pero también sería necesario aclarar expresamente la operatividad jurídica real del principio de norma favorable.

-Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título IV sobre la negociación colectiva y los convenios colectivos/sindicales de eficacia limitada.

-Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título V del ET sobre solución autónoma extrajudicial de los conflictos colectivos, aunque habría que tener sumo cuidado con la conexión ineludible de esta materia con el Derecho fundamental de Huelga que encuentra una regulación absolutamente insatisfactoria en el obsoleto RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo (en realidad, dada la íntima vinculación existente entre la dinámica del derecho a la negociación colectiva y el derecho fundamental de huelga lo más coherente sería promulgar una Ley Orgánica reguladora de este último derecho fundamental, donde se pondrían de manifiesto esas sinergias entre ambos derechos constitucionales de libertad; cfr. artículos 28.2 y 81 de Constitución). Pero, al menos tendría la virtualidad de establecer una regulación coherente y una revisión en profundidad de intromisiones legales de dudosa constitucionalidad (con todo el respeto que merece la posición mayoritaria de nuestro Tribunal Constitucional), como los arbitrajes obligatorios impuestos a lo largo del sistema del Estatuto de los Trabajadores (en sus tres Títulos actuales)[146]. Lo ideal desde luego, es que se aprobase una Ley Orgánica garantizadora del

[145] Puede consultarse Caruso, B.: "Il diritto del lavoro tra hard e soft law: nuove fuzioni e nuove tecniche normative", en Barbera, M. (ed.): *Nuove forme di regolazione. Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali,* Milano, Ed. Giuffrè, 2006; Somma, A. (ed.): *Soft Law e hard Law nelle società postmoderne,* Torino, Ed. Giappichelli, 2009.

[146] Frente a ellos está la lógica contraria del arbitraje de sometimiento voluntario prevista en VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). El art. 1.3 puede considerarse ya como toda una declaración de principios sobre el modelo de arbitraje voluntario que se ofrece y postula: "Las organizaciones firmantes estiman que la mediación y el arbitraje previstos en este Acuerdo son suficientes para considerar cumplido el deber de establecer procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de convenios colectivos, recogido en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores. Especialmente declaran que el procedimiento de arbitraje requerirá el *sometimiento voluntario* de cada parte, salvo lo dispuesto en el artículo 9.1 b), párrafo segundo".

derecho de huelga como derechos fundamental ex art. 28.2 CE, atendiendo a la doctrina constitucional sobre la materia y al estándar multinivel que garantiza este derecho social fundamental. Aunque, ciertamente, los tiempos no están para abordar esta cuestión esencial (el "tiempo de los derechos" depende también de estado de la cultura y de la ideología jurídica imperante en una determina coyuntura), porque la huelga autentifica el sistema de relaciones laborales como sistema de equilibrios de poder entre los actores sociales que ostentan los factores base de poder. La regulación por Ley Orgánica (art. 81 CE) es tanto más imperiosa respecto de la huelga en servicios esenciales. No deja de resultar un tanto paradójico que se regulen al detalle los convenios colectivos de eficacia jurídica "erga omnes" y, por tanto, de carácter extraordinario; y se deje sin una regulación legal específica los convenios colectivos sindicales ordinarios inherentes a la libertad y la pluralismo sindical (artículos 7, 28 y 37.1 CE).

Una potenciación más incisiva de la negociación colectiva *gestional* en los procesos de reestructuración permanente de las empresas[147]. La negociación colectiva tiene como presupuesto el conflicto entre intereses colectivos, pero no excluye funciones de colaboración (y de veto) en los procesos de adaptación permanente de la empresa a los cambios económicos, técnicos y organizativos. Que no se trata de un simple instrumento aséptico de colaboración entre protagonistas de las relaciones laborales en la empresa se percibe cuando se traduce en una dialéctica de limitación y legitimación del ejercicio del poder directivo del empleador. Ello implicaría dar más amplitud al deber de negociar sobre materias relativas a la gestión de la organización del trabajo. Una descentralización de la negociación colectiva no impuesta legalmente puede constituir una técnica útil para este tipo de negociación colectiva gestional y comunicativa. También la negociación colectiva en nuevas unidades de negociación como los grupos y redes de empresas (incluida la negociación colectiva de empresas de dimensión europea).

-Lo más pertinente es elaborar un Nuevo Estatuto de los Trabajadores en el a medio/largo plazo de un "Código-Recopilación" en aras de la seguridad jurídica y de la visibilidad de la lógica interna del sistema de relaciones laborales. Se trataría de estructurarlo, extensivamente, con base a la Disposición Adicional 8ª del vigente ET[148].

- Como se indicó, la empresa postfordista y digitalizada se construye sobre un soporte organizativo distinto a la empresa fordista basada en la producción en masa. Internamente, se intensifica el trabajo en grupos de trabajadores semiautónomos en la realización de objetivos. Por otra parte, se ha extendido la práctica de las formas de grupos de empresas y la formación de pluralidad de empresas vinculadas[149]. Asimismo, se ha expandido la descentralización productiva a

[147] Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores,* Madrid, Ed. Civitas, 1992; *Ibid.,* "Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000,* Madrid, MTAS, 1999; *Ibid., Empresas en reestructuración y ordenamiento laboral,* Granada, Ed. Comares, 2006.

[148] Véase la propuesta fundada y desarrollada en Monereo Pérez, J.L.: "Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI" Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después* (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, espec., págs. 96-102.

[149] Por ejemplo, Resolución de 12 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de bolsas y mercados españoles. «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2022. Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles (Código de convenio n.º 90100153012013), que afecta a una pluralidad de empresas: BME Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, S.A.; BME Clearing, S.A.U.; MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U.; Bolsas y Mercados Españoles Renta Fija, S.A.U.; Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro de Compensación y Liquidación de Valores, S.A.U.; BME Post Trade Services, S.A.; Regis-TR, S.A. Sucursal en España; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Madrid, S.A.U.; BME Inntech, S.A.U.; BME Regulatory Services; Sociedad de Bolsas, S.A.; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Valencia, S.A.U.; BME Services Corporativos, S.A.; BME Sistemas de Negociación, S.A.; Instituto BME, S.L.U.; BME Market Data, S.A.;

través de la técnica de subcontratación y muchos de los contratistas y subcontratistas son trabajadores autónomos, que ni siquiera con trabajadores por cuenta ajena a su servicio. Estas nuevas realidades de la organización del trabajo en la empresa postfordista debe ser tomada en consideración por la negociación colectiva en la etapa histórica actual. Es necesario repensar seriamente la posibilidad de extender el ámbito subjetivo de la negociación colectiva a través de la propia autonomía colectiva a los trabajadores autónomos. Por supuesto ello pasaría en primer lugar por incluir a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y a los trabajadores autónomos puros o típicos sin trabajador por cuenta ajena a su servicio, en ambos casos respetando los límites derivados del marco legales de sus respectivos estatutos jurídicos reguladores del trabajo profesional. La experiencia para los TRADE de los Acuerdos de Interés Profesional ha sido la constatación de un cierto fracaso[150]. De ahí que debería caminarse (con independencia de una laboralización completa, que sería lo más pertinente, ya que en ellos se aprecia más elemento de subordinación que de auténtica autonomía) hacia la utilización instrumental del convenio colectivo abarcando a los TRADE. En cualquier caso el encaje de esta "negociación colectiva" de los TRADE, como la de otras posibles expresiones de "negociación colectiva" informal entre representaciones de los trabajadores autónomos y la empresa cliente o sus organizaciones representativas empresariales tienen un encaje muy problemático en un art. 37.1, que está inserto en el bloque constitucional de derechos colectivos/sindicales (artículos 7, 28.1 CE), y que hace referencia a una negociación colectiva calificada de "laboral", tanto más

MEFF Sociedad Rectora del Mercado de Productos Derivados, S.A.U.; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Bilbao, S.A.U.; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Barcelona, S.A.U. y BME Group Services, S.A., y que fue suscrito con fecha 14 de julio de 2022, de una parte por los designados por la Dirección de las distintas empresas en representación de las mismas, y de otra por los sindicatos CC.OO. Servicios y FES-UGT en representación de los trabajadores, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90, apartado 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad.

-Resolución de 5 de junio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta de acuerdo de modificación parcial del Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles. «BOE» núm. 141, de 14 de junio de 2023. Acuerdo de modificación parcial del Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles (Código de convenio número 90100153012013), que afecta a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas: BME Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, SA; BME Clearing, SAU; MEFF Tecnología y Servicios, SAU; Bolsas y Mercados Españoles Renta Fija, SAU; Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro de Compensación y Liquidación de Valores, SAU; BME Post Trade Services, SA; Regis-TR, SA, Sucursal en España; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Madrid, SAU; BME Inntech, SAU; BME Regulatory Services; Sociedad de Bolsas, SA; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Valencia, SAU; BME Services Corporativos, SA; BME Sistemas de Negociación, SA; Instituto BME, SLU; BME Market Data, SA; MEFF Sociedad Rectora del Mercado de Productos Derivados, SAU; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Bilbao, SAU; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Barcelona, SAU, y BME Group Services, SA, publicado en el BOE de 23 de septiembre de 2022, que ha sido suscrita con fecha 15 de febrero de 2023, de una parte por los designados por la Dirección de las distintas empresas, en representación de las mismas, y de otra por los sindicatos CC. OO. Servicios, FeSMC Financiero-UGT, y ELA, en representación de los trabajadores, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad.

Una perspectiva interesante Trillo, F.: "Derechos colectivos del trabajador autónomo dependiente económicamente", en http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Trillo.pdf

[150] El primer Acuerdo de Interés Profesional adaptado a la Ley que se suscribió fue el Acuerdo de Interés Profesional (AIP) de 14 de abril de 2009 aplicable al colectivo de transportistas autónomos que presten servicios para la Empresa PANRICO, firmado entre la entidad PANRICO, S.L.U., y las asociaciones y sindicatos representativos en el colectivo de transportistas autónomos de PANRICO (FS TRADE-CCOO, CCOO, UGT, UPTA, ATA, ASRA y ATAD), con una vigencia de 4 años, desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012. Entre otros más recientes, se pueden citar: AIP suscrito por la empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) de 2011; AIP de Bimbo y Bakery Donuts Iberia sobre condiciones de prestación de servicios de transportistas autónomos, de 12 de abril de 2018, con vigencia hasta 31 de enero de 2020 (suscrito por la empresa, UGT, CCOO, Atapan, Atad y Asra).

atendiendo al régimen jurídico que le dispensa la LETA, que no encaja con la fisonomía y fuerza jurídica típica de los convenios colectivos propiamente dichos. Lo que sí efectúa la regulación de la LETA es una negociación colectiva propia y singular de los TRADE como derecho colectivo/sindical de este colectivo de trabajadores legalmente considerados como "autónomos" (los Acuerdos de Interés Profesional) que se aparta tanto de los convenios colectivos estatutarios del Título III del ET como de los convenios colectivos extraestatutarios de eficacia jurídica limitada. En este sentido es suficiente analizar los artículos 3.2 y 13 de la LETA. De manera harto significativa el art. 13.4 LET establece que "Los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil. La eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes *que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello"*. De este modo los Acuerdos de Interés Profesional están subordinados en su eficacia aplicativa a los autónomos afiliados a su consentimiento individual expreso. Tampoco se reconoce el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores autónomos (Capítulo II del Título I, artículos 4 y sigs.), aunque sí se recoge la posibilidad de pactar "Acuerdos de Interés Profesional" concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los TRADE y las empresas para las que ejecuten su actividad, así como otras condiciones generales de la contratación (art. 13 LETA).

También es muy importante la extensión de la tutela colectiva a todos los trabajadores de plataformas digitales[151]. Respecto a las cuales domina un cierto lenguaje ideológico -aunque presentado como neutral- que categoriza difusamente la economía de plataformas como "economía colaborativa", lo que puede enmascarar que lo que predomina no es tanto la "colaboración" o "coordinación" como las relaciones de "subordinación" bajo nuevas formas en sujetos con posiciones de poder asimétricas. En estas relaciones lo que cabe predicar el trabajo decente, es decir, el trabajo digno con derechos (o en la terminología de la OIT, trabajo decente como el acceso a un empleo productivo que proporcione una remuneración justa, garantías de seguridad en el entorno laboral y protección social para todas las personas que trabajan)[152]. Precisamente la política jurídica que utiliza los indicios de laborales (art. 1 ET) y la presunción de laboralidad (la general del art. 8.1 y la específica Disposición adicional vigesimotercera, sobre la "presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de

[151] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia STSJ de Madrid-SOC núm. 40/2020, de 17 de enero", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4 (2020). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000000952. Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: "¿Construyendo la Europa de los Derechos laborales", en *La Ley Unión Europea,* núm. 82, 2020; Martín Muñoz, M.R.: "Los nuevos modelos de negocio basados en el uso de plataformas digitales: un nuevo reto para el derecho del trabajo", en Estudios Latinoamericano de Relaciones Laborales y Protección Social, núm. 9, 2020, págs.129-149; Fernández Sánchez, S.: "El Convenio Colectivo Nacional Rider de 15 de septiembre de 2020", en Temas Laborales, núm. 157 (2021), págs. 41-58. El supuesto es interesante respecto al ordenamiento italiano: El Convenio Colectivo firmado por Assodelivery (principal asociación de plataformas de reparto de comida) y el sindicato Ugl (sindicato minoritario de extrema derecha) regula la relación de trabajo de los riders (esto es, quien colabora con plataformas online en la entrega de bienes y comida), manteniendo la actual autonomía y flexibilidad organizativa de los riders, pero estableciendo una serie de tutelas mínimas. Estos trabajadores, calificados como autónomos, se colocan en el centro del transcendente debate institucional y doctrinal, en el que participan incluso el Ministerio de Trabajo y los principales sindicales nacionales. De interés, Varva, S., y López Insua, B.M.: "Plataformas digitales: una perspectiva comparada entre los ordenamientos italiano y español", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 19, 2019, págs. 1008-1025; Cavas Martínez, F.: "Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales", en *Revista de Derecho Social,* núm. 87, págs. 65-89 y la bibliografía allí citada.

[152] Asamblea General de la Naciones Unidas: *Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.* Disponible en: https://www.ilo.org/topics/sdg-2030goal-8/lang--es/index.htm. Objetivo 8: Trabajo decente y crecimiento económico, cuya meta prioritaria es la de "Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos". En cuyo marco se postula la necesidad de colocar la creación de empleos en el corazón de la elaboración de las políticas económicas y de los planes de desarrollo, no sólo permitirá crear oportunidades de trabajo decente, sino también un crecimiento más sólido e inclusivo que permitirá reducir las desigualdades. Es un círculo virtuoso que beneficia tanto a la economía como a la población y es un motor del crecimiento sostenible.

reparto") atiende al principio de realidad en la apreciación de trabajo subordinado o dependiente objeto del ordenamiento laboral; y con ello se puede apreciar que la "laboralización" desenmascara esta ideología jurídica que ocultaba la realidad de una típica relación laboral que cuenta con todos los indicios principales de reconducción categorial tipológica en ese sector del orden jurídico de las relación de trabajo en plataformas digitales, bien sea limitada legalmente, por el momento, a las plataformas de reparto[153]. Respecto a las demás plataformas es de esperar que todo llegará a su tiempo a través de la "vis atractiva" de todo trabajo subordinado existente hacia la absorción-asimilación por el Derecho Social del Trabajo y su correspondiente estatuto jurídico protector.

La "Ley Rider" tiene un alcance limitado y existe, como sabe, muchas trabajadores de plataformas que quedan fuera de la laboralización y tiene el estatus jurídico de trabajadores autónomos. Después de la Ley Rider, que se aprobó tras una serie de sentencias que condenaban el modelo de plataformas de reparto basado en el empleo autónomo (en realidad falso autónomo), Uber Eats creó un modelo híbrido: una parte de los trabajadores pasaron a integrarse en flotas que prestan servicios a Uber Eats y continuaron con un contrato por cuenta ajena con estas compañías externas, y otros siguieron siendo repartidores autónomos, a los que, entiende la empresa, se les garantiza completa independencia para realizar su actividad, y no se les fija ninguna condición iuslaboral de jornada, horarios, ni tarifas. Ello determina la carencia en estos trabajadores de los derechos laborales establecidos por ley y por convenio colectivo[154].

Aparte de las tecnologías digitales aplicadas a las plataformas hay otros aspectos que tendrán que desarrollarse en la negociación colectiva. Entre ellos es el relativo al teletrabajo[155], desarrollando las previsiones de la propia regulación legal que contiene numerosas remisiones a la negociación colectiva (Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia)[156], lo muestra la capacidad e idoneidad de

[153] SSTC 144/2023, de 25 de octubre, y 145/2023, de 25 de octubre, declaran la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 4977-2021, interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados en relación con el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales.
Límites de los decretos leyes: concurrencia del presupuesto habilitante de la situación de extraordinaria y urgente necesidad y de la conexión de sentido de las medidas dispuestas para hacerle frente. Voto particular.

[154] De gran trascendencia al respecto es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Bruselas, 9.12.2021 COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD).
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762;
En su art. 1 se establece que el objetivo de la presente Directiva es mejorar las condiciones laborales de las personas que realizan trabajo en plataformas garantizando la correcta determinación de su situación laboral, promoviendo la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica en el contexto del trabajo en plataformas y mejorando la transparencia en el trabajo en plataformas, incluso en situaciones. transfronterizas, con miras también a fomentar las condiciones para el crecimiento sostenible de las plataformas digitales de trabajo en la Unión. La Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen (o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, se puede considerar que tienen) un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

[155] Monereo Pérez, J.L., y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2022, y la bibliografía allí citada.

[156] Paradigma ejemplificativa de esas remisiones a la negociación colectiva:
-Art.8. Modificación del acuerdo de trabajo a distancia y ordenación de prioridades ("Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente Ley. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el

la negociación colectiva para regular el ejercicio de los derechos vinculados a las nuevas tecnologías digitales y a los instrumentos de control de cumplimiento de la normativa laboral. La de nuestra época es la de una nueva gran transformación, consistente en la emergencia de una sociedad globalizada y digitalizada, que incide en todas las instituciones fundamentales de la sociedad. Los espacios de poder y los dilemas regulativos de la negociación colectiva no han nada más que empezar. Pero la negociación colectiva tiene a su favor la inmediación con los problemas prácticos, su carácter flexible y dinámica, la virtualidad de ser un instrumento que articula las relaciones entre las partes sociales, la regulación de las condiciones de trabajo y empleo y que resulta decisivo en la negociación de gestión normalizada. Al tiempo es un cauce de codeterminación negocial entre los interlocutores sociales, que está resultando funcional para la dinámica de funcionamiento de las organizaciones empresariales (y no sólo para la paz social que procura, sino también como se está convirtiendo en un instrumento permanente para la negociación de las adaptaciones y reestructuraciones consensuadas de las empresas). Las dificultades para todos los derechos de acción sindical (negoción colectiva, huelga, procedimientos de solución autónoma extrajudicial de conflictos…) se hace más difícil cuando se desenvuelven en empresas de estructura compleja (grupos de empresas, empresas en red) y en empresas digitalizadas (en muchos casos desmaterializadas). Esto obliga a que las organizaciones

fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa").

-Art.12. El derecho al abono y compensación de gastos ("Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos").

-Art.13. Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo ("De conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido").

-Art.14. Derecho al registro horario adecuado ("El sistema de registro horario que se regula en el art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada").

-Art.17. Derecho a la intimidad y a la protección de datos ("Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia")

-Art.18. Derecho a la desconexión digital ("Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso")

-Art.19. Derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia ("A estos efectos, la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa").

-Disposición adicional primera. El trabajo a distancia en la negociación colectiva ("1. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular.

2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión").

-Disposición transitoria tercera. Trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19 ("En su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados").

sindicales tengan que realizar una estrategia de respuesta autorreflexiva y creadora y no de simple adaptación a las nuevas formas de interconexión entre las empresas. La negociación colectiva es en sí misma un instrumento flexible especialmente dotado para superar la rigidez de las formas jurídicas (señaladamente de la personalidad jurídica como categoría mágica de la ciencia jurídica) y abarcar la necesaria articulación autónoma colectiva que sirva de contrapeso a los poderes deliberadamente fragmentados en constelaciones (complejos empresariales) por los empleadores. Pero también puede -al propio tiempo- tener una gran efectividad articuladora de los interlocutores sociales para racionalizar las estructuras de gestión de esos complejos empresariales y sus "mercados de trabajo internos", utilizando precisamente las virtualidades del método de negociación colectiva bilateral, a saber: la acción comunicativa y la codecisión negocial. Las posibilidades abiertas por la propia legislación estatutaria ex art. 87 ET[157], no han sido suficientemente exploradas. Es cierto, que el legislador debería haber impuesto un deber de negociar más incisivo -que el genérico ex art. 89.1 ET- en estas estructuras empresariales complejas. Ello no obstante, la lógica de la acción colectiva, aunque está condicionada por el marco legal puede y deber ir más allá dando respuesta autónoma a las exigencias de nuevas formas de acción colectiva en orden económico propio del capitalismo digital y cognitivo.

-Al legislador le corresponde llevar a cabo una labor promocional y de racionalización del sistema de negociación colectiva, como se infiere del art. 37.1 CE.

1º. Le corresponde llevar a cabo una revisión en profundidad del Título III del ET: a). repensar una sindicalización más completa del ejercicio del derecho a la negociación colectiva en la regulación de desarrollo del art. 37.1 CE. De manera que este derecho sólo puede ser ejercitado exclusivamente por las representaciones sindicales, como es la regla general de los países europeos comparables.

2º. Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título IV del ET sobre solución extrajudicial de los conflictos colectivos, aunque habría que tener sumo cuidado con la conexión ineludible de esta materia con el Derecho fundamental de Huelga que encuentra una regulación absolutamente insatisfactoria en el obsoleto RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo. Pero, al menos tendría la virtualidad de establecer una regulación coherente y una revisión en profundidad de intromisiones legales de dudosa constitucionalidad (con todo el respeto que merece la posición mayoritaria de nuestro Tribunal Constitucional), como los arbitrajes obligatorios impuestos a lo largo del sistema del Estatuto de los Trabajadores (en sus tres Títulos actuales). Lo ideal desde luego, es que se aprobase una Ley Orgánica garantizadora del derecho de huelga como derechos fundamental ex art. 28.2 CE, atendiendo a la doctrina constitucional sobre la materia y al estándar multinivel que garantiza este derecho social fundamental. Aunque, ciertamente, los tiempos no están para abordar esta cuestión esencial (el "tiempo de los derechos" depende también de estado de la cultura y de la ideología jurídica imperante en una determina coyuntura), porque la huelga autentifica el sistema de relaciones laborales como sistema de equilibrios de poder entre los actores sociales que ostentan los factores base de poder. La regulación por Ley Orgánica (art. 81 CE) es tanto más imperiosa respecto de la huelga en servicios esenciales.

3º. Le corresponde revisar el art. 3 ET, que ha sido desbordado por la regulación del propio ET. Señaladamente, tiene hacer referencia al lugar dentro de las "fuentes reguladoras" a los convenios

[157] "Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales". Cfr. Art. 87.1, párrafo 3º, del ET. Pero la genérica obligación de negociar de buena prevista en el art. 89.1 ET se ha mostrado insuficiente para la efectividad de una negociación colectiva organizada en estas empresas de organización e interconexión compleja.

de eficacia limitada (teniendo en cuenta la propuesta precedente de crear un nuevo Título IV que los regule legalmente clarificando su naturaleza y eficacia jurídica.

Asimismo, se tiene que establecer un encuadramiento coherente en el art. 3 ET de los Acuerdos de Empresa como fuentes convencionales clarificando su naturaleza jurídica y régimen jurídico (y partiendo de su enlace en el art. 37.1 CE). Se ha producido un desbordamiento de las fuertes convencionales dispersas en el sistema normativo del ET.

4º. Le corresponde revisar igualmente varias medidas dispersas en todo el sistema del ET:

a). Revisar el modelo vigente de "comisiones representativa ad hoc" para la interlocución en la negociación colectiva de empresa[158] encaminada a establecer medidas de reorganización productiva y de ajuste empresarial (artículos 41.4, 47, 51 y 82.3 del ET), y sustituirlas por imperativo legal por un modelo estrictamente sindical, aunque esta normativa estatal podría ser supletoria para la autonomía colectiva expresa en los Acuerdos Marcos (art. 83.1 ET) o en los mismos convenios sectoriales. Un modelo que garantice un poder de representación real y no meramente formal, porque los acuerdos adoptados por estas comisiones creadas "ad hoc" elegidas por los propios trabajadores ocultan la realidad de que el que impone la nueva regulación es el poder unilateral del empleador (los trabajadores designados o elegidos son actores débiles frente el poder unilateral del empleador; y son verdaderos representantes legales unitarios). El modelo legal se presta, así, a controversias (por ejemplo, STS de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014; STS 706/2019, de 10 de octubre, que completa el caso singular de la problemática validez jurídica de un acuerdo realizado con la totalidad de la plantilla de personal sin la creación de una comisión representativa "ad hoc"; STS 746/2019, de 30 de octubre). Las comisiones "ad hoc" no son siempre una representación colectiva, sino una suerte de delegación plural sin garantías de solvencia cuando su composición no está sindicalizada. Que esa sindicalización es posible lo pone de manifiesto la creación de comisiones de composición de carácter sindical respecto a la negociación de planes de igualdad conforme al RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y aquí no hay ninguna supuesta "libertad de opción" de los trabajadores concernidos; o, dicho de otro modo: no hay plenas garantías de ello.

La consulta-negociación (negociación colectiva gestional o participativa) es importante en sí misma, pero no es un derecho de veto, porque agotado este periodo de consulta (que, se insiste, abre un verdadero y propio proceso de negociación colectiva gestional entre la representación de los trabajadores y el empleador), el empresario puede proceder a adoptar la decisiones de ajuste o reestructuración que estime oportunas, con efectos directos e inmediatos en su cumplimiento, aunque sin perjuicio -es obvio- de la posible impugnación judicial a través de la modalidad procesal pertinente (reclamación a través del procedimiento de conflicto colectivo, sin excluir las legítimas acciones individuales, pero siendo preferente el primer procedimiento). Debería suprimirse las comisiones

[158] Ciertamente, el art. 41.4 ET dispone que "En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, *a su elección*, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente [de ordinario en asamblea de trabajadores] o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma". Este derecho de opción resulta problemático comenzado por la inexistencia real de una libertad de opción con conocimiento de causa y capacidad negociadora real de los trabajadores delegados elegidos. Debería establecerse legalmente que en tales casos estaría legitimados para negociar sólo los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa que, además, estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Esta sería una solución más garantista.

"ad hoc" no sindicalizadas (que tienen como paradigma el art. 41.4 ET). Esta representación debe ser sindical en los casos de empresas sin representación legal unitaria, que es donde se plantea el problema práctico a resolver. Para constituir la comisión sindical o sindicalizada llamada a negociar se podría acudir a la figura de la mayor representatividad sindical (artículos 6 y 7 de la LOLS). Las comisiones "ad hoc" falsean el acuerdo de reorganización productiva y la misma lógica de una flexibilidad interna negociada realmente por instancias colectivas en equilibrio de poder negociador.

Por lo demás, ya existen experiencias legislativas que han prescindido de ellas como es el caso de la regulación de los ERTES Covid-19 (art. 23.1 RDL 8/2020) y en la regulación legislativa de los planes de igualdad (RD 901/2020, de 13 de octubre).

Dicho esto, no se puede dudar de la existencia de un problema práctico en la interlocución de la parte social en las empresas de reducido tamaño, pero hay que garantizar una representación real y no ficticia. Se insiste, la mejor opción llegado el caso, es apostar por una comisión "ad hoc" sindical más representativa (es decir, una comisión "ad hoc" sindicalizada plenamente) y evitar la solución menos garantista de que sea una comisión "ad hoc" elegida o designada por la plantilla de la empresa (normalmente en asamblea de trabajadores).

b). Precisar el modelo de determinación del convenio aplicable en la subcontratación ex art. 42.6 ET en el marco de una reforma más integral de esta disposición y normas concordantes. Probablemente, como se ha indicado antes, la regulación más coherente es aplicar a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio aplicable a la empresa principal.

c). Establecer una regulación específica para los convenios de grupos de empresas y para las redes de empresa (no exclusivamente limitada, como se sabe, a las redes de empresas de subcontratación empresarial). Se trata de articular una política de apoyo y de carácter promocional de la negociación colectiva en los grupos de empresas y en las empresas-red, especialmente en los supuestos de subcontratación empresarial instrumento de descentralización productiva o funcional.

d). Modificar el art. 84.2 ET en lo que se refiere al principio de preferencia legal absoluta de los convenios colectivos; principio de preferencia legal indisponible a través de la vía de los Acuerdos Marcos previstos en el art. 83 ET. La normativa ya existente de carácter causal tiene una lógica interna de descentralización basada en la flexibilidad interna negociada, no en una flexibilidad interna cuyo régimen jurídico se impone a la autonomía colectiva negocial privándola de sus facultades de diseño de la estructura descentralizada del sistema de negociación colectiva y del establecimiento de procedimientos ágiles de flexibilidad. En otras palabras, debe ser la propia autonomía colectiva negocial al máximo nivel de los Acuerdos Marco o, mejor aún en estos casos, el propio convenio colectivo sectorial el que establezca la posibilidad de vías de flexibilidad y de preferencia en la coexistencia de distintos convenios dentro del mismo sector. Es volver al modelo que se estableció en la reforma de 2011. La reforma del RD 32/2021 se quedó corta -aun siendo de gran importancia en sí misma- en esta importante materia para evitar el autogobierno colectivo/sindical y el declive de la fuerza normativamente vinculante del convenio colectivo sin alegación de motivo justificado alguna. En suma, la estrategia flexibilizadora debe ser competencia de la autonomía colectiva, y no derivada de un modelo que pivota en la decisión unilateral e intervencionista de un legislador que la imponga anteponiendo sus propias opciones de política del Derecho.

e). Debería reflexionarse sobre la modificación del art. 41.5 ET, admite la modificación sustancial unilateral por parte del empresario de la regulación de condiciones de trabajo de carácter colectivo (incluidos los convenios colectivos extraestatutarios sino se ha alcanzado un acuerdo en la Comisión negociadora: "La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será

notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas *sin acuerdo* y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación". Contra las decisiones empresariales se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución (artículos 153 a 162 LRJS). Debería plantearse una solución distinta: sometimiento a procedimientos autónomos extrajudiciales: mediación obligatoria y posible arbitraje de sometimiento voluntario o libre por ambas partes[159].

Hay que tener en cuenta que el Comité de Derecho Sociales de la Carta Social Europea ha declarado en relación al art. 6 de la CSE ("Derecho de negociación colectiva") que la situación jurídica de España no es conforme con el art. 5, párrafo 2º, de la CSE por el motivo de que la legislación española permite a los empleadores de forma unilateral inaplicar las condiciones de trabajo y empleo establecidas los convenios colectivos por el cauce jurídico del art. 41 ET[160].

La propuesta de *lege ferenda* de no conseguirse un acuerdo colectivo o una decisión arbitral no se podría llevar a cabo una modificación de condiciones de trabajo de condiciones de trabajo. Es aplicar la misma solución ya prevista también para los convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa y personal generalizada en todo su ámbito de aplicación, a saber: "La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3" ET. Para los cuales se exige que haya un acuerdo colectivo de descuelgue o inaplicación (art. 82.3 ET) y en ningún caso el empleador puede proceder a su modificación unilateral (como sí acontece en el caso de los convenios extraestatutarios que por definición suelen de los de eficacia ordinaria y *carácter sindical en cuanto firmados por los sindicatos pactantes*). Ante el fracaso de todo acuerdo otra solución distinta (que no deja de ser problemática en sí misma), pero ya partiendo lógicamente de que no cabe el descuelgue unilateral del empleador respecto de las materias enunciadas en el art. 82.3 ET. En efecto, se establece que "Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, *cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.* La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en

[159] El art. 41.4 ET ya contempla la posibilidad de un sometimiento libre a un procedimiento de mediación o arbitraje, pero admitiendo en caso de fracaso la decisión unilateral modificativa del empleador. En efecto, se establece que "el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo". El problema práctica que se plantea es que los convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada gozan de la garantía constitucional de su eficacia directa y su fuerza jurídica inderogable singularmente por parte de sus destinatarios. Admitir la modificación unilateral por parte del empleador desnaturaliza lo que conforma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ex art. 53.1 CE (en relación con el bloque constitucional de apertura constitucional de apertura al sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales formado por los artículos 10.2, 28, 37.1, y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamentales), a cuyo tenor: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)".

[160] Conclusión XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre de 2014, párrafo 9º; y Conclusión XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre de 2014, párrafo 15º.

base a los motivos establecidos en el artículo 91" (art. 82.3 ET). Solución problemática porque se trata de un arbitraje obligatorio donde, al menos una de las partes no ha prestado consentimiento libre para proceder a esta vía de solución heterónoma del conflicto colectivo planteado, por un lado, y por otro, por eso estamos hablando de un arbitraje dictado por organismo institucionales públicos en los que están presentes representaciones gubernamentales. Ello supone en sí una intromisión *ope legis* en el derecho de negociación colectiva; y es tanto más grave cuanto en esa intromisión interviene la Administración con una decisión dirimente propia de la técnica arbitral. Lo que podría entenderse como un supuesto de "laudo arbitral obligatorio", respecto al que el Tribunal Constitucional en 1981 había declarado su inconstitucionalidad a propósito del llamado "procedimiento (administrativo) de solución de conflictos colectivos". De este modo se pasaría a un aceptable descuelgue convencional o un descuelgue de sometimiento arbitral obligatorio. Este criterio de solución último escaba a los mecanismos propios de flexibilidad interna negociada, siendo más bien interna impuesta unilateralmente por una instancia arbitral de sometimiento no libre o voluntario para ambas partes afectadas por el conflicto colectivo. Y aunque estamos antes un lista cerrada de materias, prácticamente están todas las más importantes, incluyendo el "sistema de remuneración y cuantía salarial" (art. 82.3.d) ET).

f). Supresión de cualquier forma de arbitraje de sometimiento obligatorio para las partes afectadas por el conflicto en un proceso de negociación colectiva; sea por una instancia arbitral privada, o un órgano administrativo (caso de la CCNCC u órgano equiparable de las comunidades autónomas). Es una materia cuya competencia le correspondería a los Acuerdos Interprofesionales.

La intervención de la legislación estatal en materia de negociación colectiva debe ser de carácter eminentemente promocional o de fomento, sin invadir los espacios vitales propios de autorregulación de la autonomía colectiva. Cabe decir que las reformas no negociadas con los interlocutores sociales (incluidas también la materia de las reformas de las pensiones públicas) acabaron por establecer una *modelo de intervención dirigista* de orientación autoritaria del sistema de la negociación colectiva. Un "Sistema" que no le pertenece al intervencionismo estatal, que, sin embargo, si ha de garantizar ese derecho y sus productos jurídicos (art. 37 CE). Función promocional y garante; la cual impide que la negociación colectiva sea un instrumento de intervención al servicio de las políticas estatales o al servicio instrumental unilateral de las exigencias de funcionamiento de las empresas[161]. La Constitución reconoce a la autonomía colectiva de las organizaciones profesionales en el mundo del trabajo como fuente originaria que encuentra su base propia y específica en el art. 37.1 CE, con todas sus consecuencias legítimas dentro de un modelo realmente democrático de relaciones laborales; y sin que ello tenga que suponer una suerte de laissez faire colectivo que en sí mismo sería incompatible -en el otro extremo de la balanza- con un Estado Social de Derecho, que ha de ser garante de la efectividad de la negociación colectiva y su coexistencia -dentro del sistema de límites constitucionales- con otros derechos constitucionales, sean o no de carácter estrictamente fundamental.

[161] Respecto a la descentralización hacia la empresa a través de los Acuerdos de Empresa impulsados por la reforma de 1994 se pudo afirmar que "El problema es que el sistema de negociación colectiva degenere no en una deseable instrumento de intervención en la dirección de la empresa (dando lugar en alguna medida a variables formas de "codeterminación" negocial y gestión consensuada de la dirección de la empresa) sino en una pura "funcionalización" de la negociación colectiva *al servicio* de la gestión del complejo productivo. Esta funcionalización luhmanniana del sistema de relaciones laborales en la empresa, de ser así, se apartaría del modelo pluralista de empresa participada, en la que, no obstante la mayor implicación de la colectividad de intereses con puntos de divergencia y de convergencia en un equilibrio necesariamente inestable propio de una sociedad conflictual". Cfr, Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 275. Para el enfoque lumanniano respecto de la gobernabilidad de las organizaciones, véase Luhmann, H.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una Teoría General",* Barcelona, Ed. Anthropos, 1998.

g). La llamada "negociación colectiva" cristalizada en los Acuerdos de Interés Profesional[162] no ha permitido a las TRADE disfrutar de condiciones de trabajo dignas, como tampoco de garantías colectivas, asociativas o sindicales reformadas a través de instrumentos negociales potentes como son los Convenios Colectivos. Aparte de ello es de señalar, por un lado, que es una suerte de negociación colectiva situada al margen del art. 37.1 CE y que está completamente desnaturalizada desde su mismo régimen jurídico legal[163].

Los rasgos principales de este singular modelo de negociación colectiva profesional son los siguientes[164]:

— Tiene una eficacia jurídica contractual u obligacional, si bien no se dice nada expresamente lo que podría abrir la posibilidad a otras opciones, aunque la remisión al CC parece dejar claro que su opción es típicamente contractual

— Sólo puede proyectar una eficacia personal limitada —sólo a los firmantes del acuerdo y a sus afiliados o asociados, siempre que, además, éstos hayan prestado su consentimiento—.

— Las reglas básicas de su régimen jurídico, vienen determinadas por las remisiones al Derecho privado y adicionales reglas específicas. La referida remisión al Derecho Privado puede resultar, desde ciertos enfoques, decepcionante y evidenciar el carácter desvaído o debilitado de este

[162] Conforme al art. 3 LETA ("Fuentes del régimen profesional") de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, "Los acuerdos de interés profesional serán, asimismo, fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento" (apartado 2º). El art. 13 del LETA ("Acuerdo de Interés Profesional"), deja claro que "los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil. La eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a *los afiliados a las asociaciones firmantes que hayan prestado expresamente para ello*". No solo carecen la fuerza normativa, sino que tampoco garantizar la aplicación directa e inmediata en todo su ámbito de aplicación (dada la subordinación al consentimiento; una vez prestado el consentimiento, la aplicación será directa e inmediata para el TRADE; art. 1257 del Código Civil), pero sí -salvo pacto en contrario en el Acuerdo de Interés Profesional- el principio de inderogabilidad singular (*in fine* art. 13.1 LETA). Los convenios colectivos pactados al amparo del art. 37.1 CE tienen una mayor garantía de la eficacia inmediata el principio de inderogabilidad explícitamente establecido en los convenios colectivos (este principio de inderogabilidad comprende, a su vez, el principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en convenio colectivo). Conforme al art. 3.5 ET (en relación con el art. 82.3 ET, aunque no distinguiendo la norma incluso se podría llevar a cabo una interpretación finalista -un tanto forzada-, de manera que se aplicara también a los convenios colectivos de eficacia limitada o extraestatutarios), "Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. *Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo*". Y reténgase que el TRADE es por definición contratante débil, lo que supone en la práctica jurídica que su contrato será típicamente un *contrato profesional de adhesión.* Siendo ello así la necesidad de prestar consentimiento para que se aplique el Acuerdo de Interés Profesional no garantice que el trabajador pueda estar sometido al mismo, dada su condición de contratante más débil podría verse persuadido a renunciar a que se aplique desde el mismo momento genético ese "acuerdo colectivo" de Derecho común. La ventaja, en caso de prestar consentimiento, es que el Acuerdo de Interés Profesional establecer las "condiciones generales de la contratación" de los TRADE (art. 13.1 LETA).

[163] Aunque no resulta, desde luego, determinante, no deja de ser significativo la argumentación que realiza la Exposición de Motivas de LETA respecto a los Acuerdos de Interés Profesional: "el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional, en el art. 13, al que se aludía en el Capítulo dedicado a las fuentes, no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo".

[164] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Granada, Ed. Comares, 2023, págs. 283-284.

modelo de negociación colectiva, pero no puede perderse de vista que lo pactado no carece de garantías jurídicas de eficacia vinculante. Son al menos dos:

— La incorporación automática de sus cláusulas a los pactos individuales que puedan celebrar o hayan celebrado los TRADE y «sus» empresas, si bien se requiere un acto de consentimiento expreso a tal fin (la eficacia vinculante el Acuerdo de Interés Profesional sobre los TRADE queda supeditada a su expreso consentimiento, sin el cual el AIP carece de toda fuerza vinculante sobre su posición jurídica; art. 13.4 LETA). Lo que no es sino una concreción de las reglas del artículo 1257 Código Civil. En este sentido, el RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro, establece que en el contrato deberá constar necesariamente, entre otros extremos, «el acuerdo de interés profesional que, en su caso, sea de aplicación, siempre que el trabajador autónomo económicamente dependiente dé su conformidad de forma expresa» (art. 4 RD 197/2009).

— Se trata de reglas de derecho necesario relativo, y por tanto de obligado respeto por parte de los acuerdos individuales, de modo que con ello se garantiza su inderogabilidad singular. Naturalmente, el propio acuerdo colectivo profesional podrá atribuirle una naturaleza dispositiva si así lo estima oportuno, atendiendo a cada concreta materia regulada.

Los sujetos legitimados para negociar los pactos o acuerdos colectivos de interés profesional, son, por el banco social, las asociaciones de autónomos, o/y los sindicatos que representen a los TRADE, y por el «banco económico» las empresas para las que ejecuten su actividad —o sus asociaciones, aunque no lo diga expresamente, pues se trata de instrumentos de derecho privado—. Lo más característico es esa legitimación dual que se establece, de modo que ni las asociaciones de trabajadores autónomos ni los sindicatos han podido conseguir monopolio alguno en este ámbito.

La libertad que inspira esta regulación determina que el contenido regulador de estos pactos profesionales pueda ser el que determinen los firmantes, si bien la LETA hace un listado, completamente abierto, de los aspectos más relevantes a tratar. Así, a estos pactos profesionales corresponde fijar las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación —artículo 13.1 LETA— [Previsión que conecta, y ofrece una nueva perspectiva, con una larga tradición la búsqueda de conexiones entre la negociación colectiva y las reglas de las condiciones generales de la contratación].

Debería apostarse por una plena laboralización de este colectivo de trabajadores, pues la situación actual es más propia de una figura contractual de trabajo autónomo que supone en la práctica una huida del Derecho del Trabajo. El relativo fracaso de las Acuerdos de Interés Profesional y su inefectiva para garantizar las necesarias tutelas garantistas de estos trabajadores "contratantes más débiles" por definición, no deja de ser una prueba más ello. Respecto de los cuales solo podría hablarse en un sentido muy amplio de convenciones colectivas de trabajadores autónomos dependientes económicamente (pero jurídicamente independientes, alcanzando -en juego de fórmulas mágicas- a ser lo más parecido a un oxímoron), aunque sin que realmente tengan el tratamiento jurídico de los típicos convenios colectivos de trabajo.

Una vez laboralizados, sea en régimen laboral general o común con peculiaridades, o sea a través de una contratación laboral especial, disfrutarían de la tutela que proporciona un verdadero derecho de negociación colectiva en los términos previstos en el art. 37.1 CE y su expresión

jurídico-formal a través en convenios jurídicos típicos (estatutarios o de eficacia jurídica limitada o extraestatutarios, pero verdaderos convenios colectivos)[165].

Otra problemática que se ha planteado ha sido la de si los Acuerdos de interés profesional pueden vulnerar el art. 101 TFUE[166]. La respuesta es negativa porque no opera el supuesto de hecho de la normativa prohibitiva contenida en dicha disposición[167].

En este sentido, parece fundamental insistir más en la noción de "dependencia económica" y en que dato fáctico e indiciario de que esa "dependencia económica" lo es también jurídica pero en un sentido distinto análogo a la dependencia/subordinación del trabajador asalariado, pues se vinculan con derechos de mando ostentados por la empresa cliente, en virtud del mismo contrato de servicios profesionales, pero en el marco de un típico contrato de adhesión, en cuyo marco el TRADE se somete a las condiciones generales de la contratación unilateralmente prefijadas y establecidas por la "empresa cliente". Por ejemplo, en el Derecho español, la norma hace referencia a "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, *sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente"* (art. 11.2. d) de la LET, a lo que el art. 5.1 b) RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo dependiente, añade "para la realización de la actividad"[168]. Hay un sometimiento a un

[165] No es baladí hacer notar que la propia Exposición de Motivos de LETA fue consciente de la dificultad de deslindar las fronteras entre subordinación y autonomía, al existir zonas grises y difusas entre distintas figuras: "A la vista de la realidad anteriormente descrita, la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena. La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías. De ahí que el art, 11 LETA, al definir el trabajador autónomo económicamente dependiente sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo".

[166] Como es sabido el art. 101 TFUE es aplicable a los acuerdos de cooperación horizontal. El art.101 tiene como objetivo asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos de cooperación horizontal para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior en detrimento último de los consumidores. El art. 101 se aplica a las empresas y asociaciones de empresas. Se entiende por «empresa» cualquier entidad constituida de elementos personales, materiales e inmateriales que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y de su modo de financiación. Se entiende por «asociación de empresas» un organismo a través del cual empresas del mismo tipo en general coordinan su comportamiento en el mercado. Las presentes Directrices se aplican a los acuerdos de cooperación horizontal entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas.

[167] Para que el artículo 101 se aplique a una cooperación horizontal, debe existir una forma de coordinación entre competidores, a saber, un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada. Ahora bien, recogido la jurisprudencia del TJUE se infiere que a efectos del art. 101 y de las presentes Directrices, un acuerdo se refiere a dos o más empresas que han expresado un acuerdo de voluntades para cooperar. Una práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que no han celebrado un convenio, pero que sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. El concepto de práctica concertada supone, además de la concertación entre las empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos.
Véase Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01). https://www.boe.es/doue/2023/259/Z00001-00125.pdf
Para esta problemática puede consultarse Benavides Torres, M.I.: "La negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas vulnerables", en *Temas Laborales,* núm. 168 (2023), págs. 447-474, y la bibliografía allí cita.

[168] Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. Art. 7.3 ("Información sobre los contratos") dispone que "Será de aplicación lo previsto en el artículo 65 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, respecto de la observancia de las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros del comités de empresa para la información relativa a los contratos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes". La STS 3 de julio 2020 (rec. 17/2019)

"poder de coordinación" del cliente, distinto del "poder de dirección" en el trabajo asalariado o por cuenta ajena. Pero, ciertamente, las "indicaciones técnicas", suponen una especie de "dependencia técnica" de nuevo tipo. Esto exige una delimitación más precisa entre los conceptos de dependencia "económica" y "técnica" del "trabajador autónomo económicamente dependiente" (TRADE) y de dependencia "directiva" y "organizativa" propia de la *subordinación jurídica.* Ésta nunca puede concurrir en cualquier forma o tipo de trabajo autónomo (incluido el TRADE). Por tanto: estamos ante una distinción ciertamente ambigua y de fronteras difusas y relativas y, en gran medida, susceptibles de movilidad. El no desmarcarlas correctamente podría propiciar el ocultamiento de las relaciones reales de poder jurídico-social y, con ello, la inefectividad práctica de los derechos generales y sociales atribuidos a los trabajadores que ostentan la condiciones de contratantes más débiles. En el fondo los llamados TRADE tendrían que ser considerados trabajadores subordinados y por cuenta ajena, porque realmente cumplen con los requisitos de laborales. Su sometimiento a un Estatuto del Trabajo Autónomo es inadecuada para establecer una tutela efectiva de sus derechos individuales y colectivos. Dicho en otras palabras: el encuadramiento dentro del Estado del Trabajo Autónomo representa más una huida del Derecho del Trabajo facilitada, paradójicamente (aunque también deliberadamente) por el propio legislador[169]. En las nuevas formas de trabajo del sistema económico de nuestros días, se puede hablar de *trabajo autónomo de segunda generación,* que indica no sólo un elemento cuantitativo (de crecimiento exponencial en el conjunto de la fuerza de trabajo), sino también de carácter cualitativo, puesto que la realidades del trabajo autónomo ponen de manifiesto que en muchos casos no se opera una separación estricta entre trabajo subordinado o dependiente y trabajo autónomo. Es más: en el capitalismo tardío, el trabajo autónomo suele insertarse, a menudo, en procesos de heterodirección, con grados de sometimiento a prescripciones "externas" crecientes, cuando no a aproximarse intensamente a las formas de trabajo asalariado. Es el caso del TRADE o la relación de trabajo parasubordinado, que en el plano estrictamente formal no es una figura encuadrada en el trabajo subordinado (formalizado en el contrato de trabajo), pero que desde la perspectiva realmente efectiva suele presentar elevados niveles de heterodirección y prescripciones de tareas respecto de la empresa para la cual se trabaja [art. 11.2.d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo: deben "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir del cliente"].

A lo que cabe añadir la adscripción a la entidad que retribuye y de ordinario la localización física, espacial, o funcional de trabajo fijo. En los hechos, suele ser un trabajador profesional precario que no goza de todas las garantías de tutela del trabajador subordinado conforme a la regulación general del Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos pensados selectivamente (y subjetivamente) para el paradigma del trabajo asalariado. Lo que ha favorecido la precarización y las formas de "flexibilidad nociva" de esta forma de trabajo profesional (no atenuada por la ley ni por los llamados "acuerdos [colectivos] de interés profesional"). Desde el punto de vista técnico-jurídico el TRADE es un trabajador autónomo (art.1.1º y 2º.d), y Capítulo III, "Régimen profesional del trabajador autónomo económica dependiente", artículos 11 y siguientes, Capítulo III, encuadrado, a su vez, en el Título II, relativo al "Régimen profesional del trabajador autónomo", de la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo[170]), pero su régimen jurídico legal al hacer extensible

rechaza que la duración de la condición de representantes de los trabajadores económicamente dependientes (TRADE) no se rige por el art. 67.3 ET.

[169] Monereo Pérez, J. L. "El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 5/2009 núm. 4 (2009); *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomaro, 2017, págs. 35 y sigs.; Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A. (Dirs.y Coords.): *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo,* Granada, Ed. Comares, 2007.

[170] De modo harto significativo y contundente, el art. 3 (Fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo puro y del trabajador autónomo económicamente dependiente) de la LETA, en su apartado 3, reitera que "En virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,

derechos y garantías propios del Derecho Social del Trabajo lo sitúa operativamente como una especie de figura intermedia entre el trabajo autónomo puro y el trabajo por cuenta ajena/subordinado puro. Cabría interrogarse sobre si estamos realmente entre una "huida" del Derecho del Trabajo, pues podría fácilmente haberse configurado como una típica relación laboral especial formalizada jurídicamente en un contrato de trabajo especial en el sentido del art. 2 del ET ("Relaciones laborales de carácter especial"), en cuyo apartado 1.l) se establece que "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial (…) "Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley". Y, además, declarando que "la regulación de dichas relaciones laborales respetará [como no podría ser de otra manera] los derechos básicos reconocidos por la Constitución" en su condición de personas que trabajan en régimen laboral (art. 2.2 del ET). Y esa, entiendo, que sería la dirección más correcta a seguir *de lege ferenda* respecto a lo actualmente denominados "trabajadores autónomos económicamente dependientes", los cuales en la "forma" son tratados como autónomos (objeto de laboralización parcial), pero en la "sustancia" son desde el punto de vista material -en la realidad jurídica- muy próximos a los trabajadores subordinados a la empresa "cliente" (cfr. artículos 11 y 11 bis de la LETA), lo que podría considerarse, en el plano de la política del Derecho, más como una huida o expulsión legalmente camuflada o encubierta (y, por tanto, legalizada como legítima, aunque discutible, opción de política del Derecho) bajo el ropaje de un contrato de servicios ex art. 12 de la LETA del régimen jurídico-laboral general del contrato trabajo preordenado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Cfr. art. 1 del ET). Hay que fomentar y promover el trabajo autónomo "puro", pero evitar la huida del Derecho del Trabajo y facilitar legalmente cualquier figura contractual que desnaturalice el ámbito de aplicación que le es propio al Derecho del Trabajo y haga proclive la implantación de la figura del "faso autónomo".

Hay que tener en cuenta, en este orden de ideas, que el concepto técnico de subordinación es un concepto flexible y fluido: un *concepto tipológico válvula y de texto abierta al tiempo histórico* donde se produce los cambios simples o mutaciones más disruptivas en las relaciones de trabajo profesional[171]. Y por ello mismo es una categoría jurídica que históricamente siempre se ha modulado y adaptado para incluir en el ordenamiento laboral distintos tipos de trabajadores vinculados a nuevas formas de trabajo. Precisamente las nuevas tecnologías digitales (algoritmos, inteligencia artificial, la aplicación ChatGPT, etcétera) aplicadas a la ordenación de los procesos productivos han supuesto un *reforzamiento del poder directivo* unilateralmente detentados por los empresarios. Hasta tal punto es así que el problema que se plantea en el mundo digital de hoy es la adopción de medidas de regulación y precaución para que la utilización de las nuevas tecnologías digitales sea compatible con los derechos y libertades fundamentales. Si esto afecta a los derechos de ciudadanía en su conjunto, en el ámbito laboral es problema es más incisivo y preocupante, precisamente por las condiciones de dependencia o subordinación jurídica en la que se encuentra la persona que trabaja y que le expone a usos de la tecnología digital que penetran en la esfera de su personalidad, dentro y fuera de los centros de trabajo. De ahí que la subordinación -que, como el mito de Jano, encuentra la cara en el poder de dirección del empleador-, permite articular un estatuto jurídico de protección en el empleo indispensable garantizar un equilibrio de posiciones jurídicas (y socio-económicas) en situación asimétrica: es una de las funciones típicas y clásicas del Derecho Social del Trabajo (legislación de compromiso social, de equilibrio y contrapese de la tutela del trabajador frente a los poderes del empleador, siempre más reforzados e irresistibles). Una vez que una tecnología tan poderosa entra en manos de los poderes privados y públicos, se impone, de suyo, la articulación de sistemas de control democrático por parte de la sociedad organizada y siguiendo los modelos de regulación propios de

aprobado por RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente".

[171] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: "Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI", Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, en particular pág. 55.

la legislación pública y la negociación colectiva en las organizaciones empresariales y en el "sistema de empresas". Se requiere, pues, políticas del cambio tecnológico, porque es el único modo de hacer frente al hecho constatable de que en nuestra sociedad tecnológica, el diseño (invención) y el poder de uso y control se encuentran en manos de una gigantesca "*tenostructrura*"[172]. La tecnología y los modelos sociales de producción se refuerzan mutuamente. De manera que los científicos y los tecnólogos están cada vez más vinculados a los mecanismos de poder establecidos.

Con ello se evitaría una nueva "huida" del Derecho del Trabajo. El trabajo autónomo [económicamente, ¿sólo? ¿Y por qué no también desde el punto de vista jurídica en cuanto contratante más débil sometido a una heterodirección por parte de la llamada "empresa cliente"] dependiente o "parasubordinado" debería de configurarse como una relación laboral especial (o, incluso, laboral común con peculiaridades), otorgándosele una tutela iuslaboral más reforzado (y en cuanto "especial" no necesariamente idéntica a las relaciones laborales comunes u ordinarias: se admitiría un régimen adaptado a la forma singular de trabajar en el marco de la figura del contrato de trabajo y disfrutando del estándar mínimo de tutelas o derechos básicos propios del "trabajo decente" o "digno" de la persona que trabaja para otro en relación de dependencia de mayor o menor intensidad) y evitando esa huida -más o menos encubierta o enmascarada a través de una encuadramiento extralaboral y una mínima extensión de tutelas del trabajo asalariado al autónomo dependiente- del Derecho del Trabajo. El modelo binario de prestación de servicios debe dejarse para la distinción jurídica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo puro o en sentido estricto. En las zonas de proximidad hacia la subordinación sería necesario en la lógica del garantismo su encuadramiento técnico-jurídico en la figura del contrato de trabajo especial (que formaliza jurídicamente una relación de trabajo especial cuyo objeto es el trabajo entendido como una actividad o hacer de la persona que trabaja conforme a un plan organizativo establecido básicamente -conforme al criterio normativo de primacía de la realidad del hecho social trabajo y el juego de la técnica de la presunción de laboralidad- por la entidad o empresa para la cual se presta servicios). Hay que tener en cuenta que la categoría de la dependencia (como elemento tipológico de la relación jurídico laboral ex artículos 1, 5, apartados a) y c), 20, entre otros, del ET) es un concepto *válvula, de textura abierta y flexible* que se ha venido adaptando siempre a la transformaciones de las formas de producción y trabajo, mediatizadas por los cambios tecnológicos, que incide -como mayor intensidad- en el desarrollo de la prestación laboral y en sus condiciones de ejecución dentro del marco del poder de organización y dirección del empleador. Llámese la atención aquí de que en el propio art. 1.1 ET el concepción de "dependencia" ya viene espiritualizado y flexibilizado ("dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"), remitiendo a la heterodirección de la dinámica de la actividad laboral en el cuadro del sistema (o "plan") de trabajo en la organización productiva. Una relación jurídica y social-productiva asimétrica donde impera el dominio, el control y el sometido a instancias de poder (privados, de ordinario) que le son ajenos. Las tecnologías digitales, los algoritmos, la inteligencia artificial y la robótica, añaden nuevos elementos de dependencia o subordinación más sofisticados hacia nuevos poderes más ocultos o intransparentes, aunque no por ello menos reforzados y susceptibles de una labor de indagación sobre su existencia real que los identifique y los haga transparentes. Los algoritmos no son neutros, son programados para servir a determinados fines, intereses e ideologías por quienes los diseñan o controlan, siendo, así, que son instrumentos de poder, que pueden ejercerse en el ámbito laboral y más ampliamente en todos los ámbitos de la sociedad civil.

[172] Para esa noción técnica, véase Galbraith, J.K.: *El Nuevo Estado Industrial* (1967-1971)*,* Trad. Manuel Sacristán Luzón, Barcelona, Ed. Ariel, 6ª ed., 1974 (1ª ed.,1967), espec., capítulos VI ("Tecnostructura") y VIII ("El empresario y la tecnostructura"), págs. 91 y sigs., y 121 y sigs., respectivamente, poniendo de relieve que el grupo general decisorio es la inteligencia que guía la empresa (con estructuras más o menos complejas), el celebro de la empresa; no lo es el "management", pues remite a aquellos que participan de manera organizada en la elaboración de decisiones principales y estratégicas; esa organización es la "tecnostrucura".

Ello se contrapone a la aceptación de la autonomía de la voluntad contractual como fuente calificadora o descalificadora del contrato de trabajo, dado la asimetría de poder jurídico existente normalmente entre trabajadores económicamente dependiente o parasubordinados y empresas clientes o receptoras de la prestación de sus servicios profesionales. En definitiva, la diversificación o graduación de tutelas en las zonas grises o de proximidad deber hacerse en el marco de la lógica del contrato de trabajo especial. Es obvio que esta solución de reconducción de la incertidumbre de la calificación jurídica de la relación de trabajo, pues las fronteras en subordinación/autonomía ofrecen zonas grises, de fronteras difusas e indefinidas, generadoras de inseguridad e incerteza además por la expansión de prácticas de falsos autónomos que ocultan y disimulan relaciones de trabajo subordinado o dependiente (la ficción de ser un trabajador profesional independiente). Todo apunta a la conveniencia político-jurídica de que los trabajadores más próximos a la subordinación o dependencia en sentido estricto deberían encuadrarse en el Derecho del Trabajo a través de la figura de los contratos especiales de trabajo. Es así como se puede garantizar la efectividad de las tutelas y evitar nuevos fracasos del Derecho del Trabajo respecto del cumplimiento de su función transaccional y de equilibrio en la reglamentación de los intereses contrapuestos en las variadas manifestaciones de las relaciones de trabajo en régimen de dependencia o subordinación.

En todo caso, las soluciones no son definitivas, pues dependerán de las transformaciones de las formas de trabajo profesional y de las orientaciones autorreflexivas de los actores con capacidad normativa creadora de normas sociales de trabajo y los factores base de poder ostentan respectivamente. La juridificación del trabajo depende en gran medida de los equilibrios de poder e intereses y de la acción de los sujetos -públicos y colectivos- que están implicados en el sistema de relaciones laborales.

Es así que (y en una perspectiva ya no secundaria ni residual, pues debe dejar de ser una anomalía para el Derecho Social) ante el aumento extraordinario de nuevas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo en el capitalismo avanzado (proceso alentado como opción de política del Derecho a través del fomento de las distintas formas de "emprendimiento" y autoempleo, que en no pocos casos legitima la formalización de tipos contractuales de trabajadores precarios, aunque dotados de autonomía organizativa y funcional), nada impide -y parece más bien aconsejable- que se ponga en práctica una opción política legislativa más expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo[173].

En cualquier caso, no conviene olvidar que para el Comité Europeo de Derechos Sociales los trabajadores autónomos podrían tener un derecho de negociación colectiva propiamente dicha (es decir, en sus propios términos caracterizadores)[174].

[173] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 1917, págs.39-45.

[174] Así se recoge en el *Digesto de la Carta Social Europea* 2018: Art. 6.2: Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, las Partes se comprometen a promover, cuando sea necesario y útil, el establecimiento de procedimientos para la negociación voluntaria entre empleadores o asociaciones empresariales, por un lado, y sindicatos, por otro, encaminadas a regular las condiciones de empleo mediante convenios colectivos. En relación a ello, según el Comité Europeo de Derechos Sociales: El mundo del trabajo evoluciona rápidamente y de forma esencial, dada la proliferación de acuerdos contractuales que a menudo están expresamente orientados a evitar la celebración de contratos de trabajo según la legislación laboral, el resultado es un número creciente de trabajadores que ya no están cubiertos por la definición de empleado dependiente, en particular los trabajadores con bajos salarios y los proveedores de servicios que son "dependientes" de facto de uno o más empleadores. Esta evolución debe tenerse en cuenta al determinar el alcance del art. 6.2 con respecto a los trabajadores por cuenta propia. Los mecanismos de negociación colectiva en el trabajo se justifican por la posición relativamente débil de quienes hacen una oferta de trabajo al establecer los términos y condiciones de sus contratos. Para determinar qué tipo de negociación colectiva está amparada por la Carta, no es suficiente confiar en la distinción entre trabajador y autónomo, *siendo el criterio decisivo más bien si existe un desequilibrio de poder entre los proveedores de trabajo*

-El tejido empresarial de nuestro país está conformado, ante todo, como una amplísima red de pequeñas y medianas empresas (Pymes). Esto ha planteado numerosos problemas para el desarrollo de la negociación colectiva y la cobertura y eficacia de los convenios colectivos en ese segmento dominante del sistema empresarial. El sistema de negociación colectiva presenta distintas vías de adaptación para aplicar con efectividad y eficacia real los convenios sectoriales a las Pymes. Pero también se plantean exigencias de adaptabilidad de las reglas y contenidos convencionales sectoriales especialmente necesario sobre todo en el ámbito de la "pequeña empresa" [por ejemplo, cláusulas de descuelgue en ex artículos 82.2 (acuerdos colectivos de empresa), 84.2 (convenios de empresa) y artículos 40.1 y 41 (decisiones unilaterales del empleador con posibilidad de acuerdos colectivos de reestructuración o reorganización empresarial) del ET]. Un gran problema, al cual se ha hecho referencia, es que en estas pequeñas empresas (y dentro de ellas, a mayor abundancia, las "micro empresas") no suelen tener representaciones unitaria o representaciones sindicales. Pero la solución legal de "comisiones *ad hoc*" representativas (sic) no garantiza el necesario equilibrio de poder negociador entre las partes negociadoras.

Lo que no parece oportuno es establecer un estatuto laboral propio y diferenciado no sólo, como resulta obvio para las medidas empresas (más mayor potencia), sino que tampoco para las pequeñas empresas (y micro empresas), porque sería una fragmentación extraordinariamente problemática para garantizar el principio de igualdad y una mínima homogeneidad de condiciones de trabajo en un mismo sector, por un lado, y por otro porque acabaría incidiendo en una competencia desleal entre empresas del mismo sector (es decir, se contribuiría a crear un *doble "dumping social e interempresarial*"). Cuestión distinta es que los propios convenios colectivos sectoriales (eje todavía -felizmente- de nuestro sistema de negociación colectiva) puedan establecer algunas singularidades o peculiaridades dentro del sector para las "pequeñas empresas".

No es irrelevante hacer notar respecto a la aplicación del Derecho del Trabajo a las pequeñas empresas atender los análisis de la OIT, que señalan, entre otras cuestiones, los trabajadores independientes, las microempresas y las pequeñas y medianas empresas abarcan dos terceras partes del empleo a escala mundial. A fin de garantizar la protección de todos los trabajadores en pie de igualdad, los gobiernos formulan políticas para promover la aplicación, la observancia y el cumplimiento del derecho del trabajo en todas las empresas, con independencia de su tamaño, incluidas las que despliegan su actividad en la economía informal y el sector de los trabajadores independientes[175].

---

y empleadores. Cuando los proveedores de mano de obra no tienen una influencia sustancial en el contenido de las condiciones contractuales, deben tener la oportunidad de mejorar este desequilibrio de poder mediante la negociación colectiva. De lo anterior se deduce que una prohibición absoluta de la negociación colectiva que afecta a todos los trabajadores por cuenta propia sería excesiva, ya que dicha medida sería contraria al objeto y fin de esta disposición. Con la pertinente "jurisprudencia" del Comité Europeo de Derechos Sociales. https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf. Traducido por Carlos Hugo Preciado Domènech. Doctor en Derecho. Magistrado especialista del TSJ Catalunya.

[175] Vargas, A. M.: ILO Working Paper 9. *Applying labour law to micro, small and medium-sized enterprises: A comparative study of 16 countries*. Documento de Trabajo, 7 de octubre de 2020 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/publication/wcms_757271.pdf . Los trabajadores autónomos y las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (PYME) representan la mayor parte del empleo y constituyen el mayor número de unidades económicas en todo el mundo. Sin embargo, algunos países excluyen a estas unidades económicas de determinadas obligaciones en virtud de su legislación laboral nacional en la creencia de que dichas obligaciones pueden perjudicar el crecimiento y la prosperidad de las empresas. Se parte de la creencia discutible de que dichas obligaciones pueden perjudicar el crecimiento y la prosperidad de las empresas. En este estudio examina las formas en que los distintos países regulan los derechos laborales de los trabajadores de las PYME, con el objetivo principal de mejorar la comprensión de las tendencias y la evolución actuales en este ámbito. Los 16 países que abarca el estudio son Alemania, Brasil, China, Colombia, Costa Rica, Egipto, *España,* Federación de Rusia, México, Nepal, Perú, Sri Lanka, Sudáfrica y Tailandia, Sudáfrica, Sri Lanka, Suecia, Turquía y la República Unida de Tanzania. A partir del análisis comparativo de la cobertura de la legislación laboral para las PYME en los países mencionados, este estudio identifica una tendencia general hacia la extensión de la igualdad de

Por lo demás, teniendo en cuenta el altísimo nivel de externalización productiva, y señaladamente que la expansión de las subcontratación empresarial como técnica de descentralización productiva y funcional, la situación económico-financiera y la posición competitividad en el ámbito de las pequeñas empresas es extraordinariamente heterogénea, porque hay numerosas empresas pequeñas en tamaño laboral (medidas por el número de trabajadores) y empresarial que, sin embargo, son muy potentes y solventes en el sistema de mercado (son innovadoras, con alto nivel de productividad y prestigio en el mercado); por no hablar de los frecuentes vínculos de dominio y coordinación de ciertas empresas pequeñas con los grupos de empresas (formando una suerte de constelaciones estelares dominadas y controladas por las grandes corporaciones societarias estructuradas en grupos empresariales a menudo a nivel trasnacional)[176]. Las pequeñas empresas presentan particularidades y especialidades ya del Derecho vigente (por ejemplo, en materia de representación en la empresa; en materia de despidos por necesidades de funcionamiento de organización productiva, deber de negociar planes de igualdad, materias retributivas, prevención de riesgos laborales, etcétera) y también en el tratamiento de la negociación colectiva se hacen distinciones en algunas materias en atención al tamaño de la empresa. Por otra parte, el marco legal de regulación general permite vías "escape" o de adaptación para las pequeñas empresas (descuelgue e inaplicación del convenio, modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas individual y colectivamente, etcétera). En cualquier caso hay margen para el debate sobre las singularidades de las pequeñas empresas[177].

protección a todos los trabajadores, independientemente del tamaño de la empresa, incluidos los del sector informal. En conjunto, los resultados presentados en este documento de trabajo coinciden con los de otros estudios, mostrando que *la legislación laboral como tal no es ni un obstáculo importante ni una panacea cuando se trata de promover el crecimiento y la sostenibilidad de las empresas, el crecimiento y la sostenibilidad de las empresas*. Merecería la pena llevar a cabo nuevas investigaciones para explorar las de qué manera las recientes reformas de la legislación laboral en una serie de países han repercutido en la experiencia cotidiana de los trabajadores de las pymes.

[176] Para la relación entre grupos de empresas y subcontratación, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Subcontratación y grupos de empresas", en Baylos, A. y Collado, L. (Eds): *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Trotta.1994; Monereo Pérez ,J.L.: "Técnica de grupo y subcontratación económica : La subcontratación como técnica de grupo de empresas", en Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos,* Madrid, Ed. *Ibidem*, 1994, págs. 49-70;
Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2021; Cremades Chueca, O.: *El modelo de responsabilidad laboral en los grupos de empresas: una anatomía crítica,* Madrid, Ed. Cinca, 2022.

[177] Más allá de que se coincida o no con algunas de las reflexiones que se realizan, resulta de interés, Mercader Uguina, J.R. (Dir.): *La relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Acerca de los salarios del trabajo: Una visión comparativa de las contribuciones de Adam Smith y de Karl Marx

About the labour wages: A comparative overview of the contributions of Adam Smith and Karl Marx

Antonio Manuel Roldán Báez
Profesor Titular de Economía Aplicada
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0001-7368-6451

Cita Sugerida: ROLDÁN BÁEZ, A.M. «Acerca de los salarios del trabajo: Una visión comparativa de las contribuciones de Adam Smith y de Karl Marx». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 331-362.

Resumen

Este ensayo analiza las contribuciones de Adam Smith y de Karl Marx a la teoría de los salarios del trabajo, a la problemática de su formación, y al alcance de sus efectos sobre el bienestar de los trabajadores y de la sociedad. Ambos maestros comparten un análisis económico centrado en el lado de la oferta, así como la idea de que el producto íntegro del trabajo le pertenece al trabajador, antes de la acumulación originaria y la apropiación de la tierra; al igual que la teoría del valor trabajo. Y asignan un papel inicial a la oferta y la demanda en el mercado de trabajo como regulador de los respectivos salarios de mercado; si bien consideran que, a largo plazo, se impondrá una componente histórica en su formación. Así, mientras Smith proclama que las fluctuaciones del salario de mercado tenderán hacia el salario natural, Marx establece que el valor de la fuerza de trabajo está determinado por el valor de los medios de sustento y por una componente histórica y social. Pero también hay diferencias muy relevantes entre ellos: en contra de la propuesta de Smith de que los trabajadores puedan vivir de su trabajo mediante unos salarios que al menos les mantengan, Marx propone la reconstrucción económica de la sociedad, a partir de la abolición del sistema del trabajo asalariado.

Palabras clave

Salarios; salario de mercado; salario natural; valor del trabajo; valor de la fuerza de trabajo; sistema del trabajo asalariado; pensamiento económico; Adam Smith; Karl Marx

Abstract

This essay analyzes the contributions of Adam Smith and Karl Marx to the theory of labor wages, to the problematic of their formation, and to the extent of their effects on the well-being of workers and society. Both masters share an economic analysis focused on the supply side, as well as the idea that the entire product of labor belongs to the worker, before the original accumulation and appropriation of land; as does the labor theory of value. And assign an initial role to supply and demand in the labour market as a regulator of the respective market wages; although they consider that, in the long term, a historical component will be imposed in their formation. Thus, while Smith proclaims that market wage fluctuations will tend toward the natural wage, Marx states that the value of labor power is determined by the value of the means of sustenance and by a historical and social component. But there are also very relevant differences between them: against Smith's proposal that workers be able to live off their work through wages that at least maintain them, Marx proposes the economic reconstruction of society, starting with the abolition of the wage labour system.

Keywords

Wages; market wage; natural salary; value of work; value of workforce; system of wage labour; economic thinking; Adam Smith; Karl Marx

«El hombre ha de vivir de su trabajo y los salarios han de ser, por lo menos, lo suficientemente elevados para mantenerlo»

Adam Smith, 1776.

«La clase obrera, en vez del lema conservador de "¡Un salario justo por una jornada de trabajo justa!", deberá inscribir en su bandera esta consigna revolucionaria: "¡Abolición del sistema del trabajo asalariado!"»

Karl Marx, 1865.

1. INTRODUCCIÓN

En este ensayo se analizan las contribuciones de Adam Smith y de Karl Marx a la teoría de los salarios del trabajo, a la problemática de su formación, y al alcance de sus efectos sobre el propio bienestar de los trabajadores y de la sociedad en su conjunto. Lo que, en definitiva, va a establecer la base de sus respectivas visiones particulares tanto del mundo del trabajo, como de la Economía.

Mientras que la Escuela de la Economía Política Clásica inglesa propugnaba el mantenimiento de un *orden natural* en los asuntos económicos, la Escuela Marxista se decantó por el materialismo histórico y centró su atención en la *lucha de clases*, que constituía la inevitable reacción de los trabajadores frente a un sistema capitalista explotador de la fuerza de trabajo, y en donde la formación de los salarios del trabajo constituía el núcleo principal del conflicto entre el *capital* y el *trabajo*, ubicado en el mismo corazón de la Economía.

2. ACERCA DE LOS SALARIOS DEL TRABAJO EN EL PENSAMIENTO DE ADAM SMITH

En esta sección se repasan las argumentaciones del maestro escocés de la Economía Política Clásica, en relación con la determinación de los salarios del trabajo y sus consecuencias, a partir de la relectura de su obra magna, *La riqueza de las naciones*[1].

— *En el estado primitivo y rudo de la sociedad, el producto íntegro del trabajo pertenece al trabajador*

Y la cantidad de trabajo empleado "en adquirir o producir una mercancía es la única circunstancia que puede regular la cantidad de trabajo ajeno que con ella se puede adquirir, permutar o disponer"[2]. Smith sostuvo que, de haber continuado dicho estado, los salarios del trabajo serían más elevados y las mercancías resultarían más baratas, gracias al desarrollo de las capacidades productivas que se derivan de la profundización en la *división del trabajo*[3]:

«En el estado originario de la sociedad que precede a la apropiación de la tierra y a la acumulación del capital, el producto íntegro del trabajo pertenece al trabajador. No había entonces propietarios ni patronos con quienes compartirlo.

Si este estado de cosas hubiera continuado, los salarios del trabajo habrían aumentado, en consonancia con todas las mejoras en sus facultades productivas, que se originan en la división del trabajo. Todas las cosas se hubieran ido abaratando gradualmente[4]».

[1] Smith, A. (1776): *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (en adelante, *LRN*), edición de Edwin Cannan; Fondo de Cultura Económica, México, 1ª ed., 1ª reimpr., 1979 [1ª ed. en inglés, en 2 vols.: W. Strahan, an T. Cadell, Londres, 1776].

[2] Smith, A.: Sobre los elementos componentes del precio de las mercancías, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VI, p. 47.

[3] Smith aprecia que, como consecuencia de la división del trabajo, se genera un "aumento considerable en la cantidad de productos que un mismo número de personas puede confeccionar, y ello es la consecuencia de tres factores distintos: primera, la de la mayor destreza de cada obrero en particular; segunda, del ahorro de tiempo que comúnmente se pierde al pasar de una ocupación a otra, y por último, de la invención de un gran número de máquinas, que facilitan y abrevian el trabajo, capacitando a un hombre para hacer la labor de muchos". Vid. De la división del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. I, p. 10-1.

[4] Smith, A.: De los salarios del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VIII, p. 63.

— *Pero la apropiación de la tierra y la acumulación del capital alteró esa situación, y al producto íntegro del trabajo deben aplicarse ya dos deducciones*

No obstante, dicho estado de cosas finalizó al llevarse a cabo la apropiación de la tierra y la acumulación de capital. Como consecuencia de ello, Smith apunta que la *renta* constituyó la primera deducción y los *beneficios* la segunda, ambas en primer lugar en la agricultura; y con posterioridad, en todas las artes y manufacturas:

«Pero este estado originario, en que el trabajador gozaba de todo el producto de su propio trabajo, sólo pudo perdurar hasta que tuvo lugar la primera apropiación de la tierra y acumulación de capital…

Tan pronto como la tierra se convierte en propiedad privada, el propietario exige una parte de todo cuanto producto obtiene o recolecta en ella el trabajador. Su renta es la primera deducción que se hace del producto del trabajo aplicado a la tierra.

Rara vez ocurre que la persona que cultiva la tierra disponga de lo necesario para mantenerse hasta la recolección. La subsistencia que se le adelanta procede generalmente del capital de un amo, el granjero que lo emplea, y que no tendría interés en ocuparlo sino participando en el producto del trabajador, salvo el caso de que su capital le fuera devuelto con un beneficio. Este beneficio viene a ser la segunda deducción que se hace del producto del trabajo empleado en la tierra.

El producto de cualquier otro trabajo está casi siempre sujeto a la misma deducción de un beneficio. En todas las artes y manufacturas, la mayor parte de operarios necesitan de un patrón que les adelante los materiales de su obra, los salarios y el sustento, hasta que la obra se termina. El patrón participa en el producto del trabajo de sus operarios, o en el valor que el trabajo incorpora a los materiales, y en esta participación consiste su beneficio[5]».

En cuanto se vayan a utilizar los bienes de capital previamente acumulados, aparece el interés de emplearlos para proporcionar ocupaciones a personas trabajadoras, y obtener así un beneficio con la venta de la producción efectuada. De ese modo, alguna proporción de la obra ha de recompensar a la labor empresarial, y por ello su valor se resuelve en *salarios* y en *beneficios*:

«Mas tan pronto como el capital se acumula en poder de personas determinadas, algunas de ellas procuran regularmente emplearlo en dar trabajo a gentes laboriosas, suministrándoles materiales y alimentos, para sacar un provecho de la venta de su producto o del valor que el trabajo incorpora a los materiales. Al cambiar un producto acabado, bien sea por dinero, bien por trabajo, o por otras mercaderías, además de lo que sea suficiente para pagar el valor de los materiales y los salarios de los obreros, es necesario que se dé algo por razón de las ganancias que corresponden al empresario, el cual compromete su capital en esa contingencia. En nuestro ejemplo el valor que el trabajador añade a los materiales se resuelve en dos partes: una de ellas paga el salario de los obreros, y la otras las ganancias del empresario, sobre el fondo entero de materiales y salarios que adelanta. El empresario no tendría interés alguno en emplearlos si no esperase alcanzar de la venta de sus productos algo más de lo suficiente para reponer su capital, ni tendría tampoco interés en emplear un capital considerable, y no otro más exiguo, si los beneficios no guardasen cierta proporción con la cuantía del capital[6]».

[5] Smith, A.: *Ibidem*, p. 64.

[6] Smith, A.: Sobre los elementos componentes del precio de las mercancías, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VI, p. 47-8.

El propietario del capital, según observa Smith, suele estar liberado de casi todo trabajo, pese a lo cual "aún espera que sus beneficios conserven una proporción regular con su inversión"; y por esa razón, considera que el beneficio del capital ha de integrarse en el precio de las mercancías, siendo una componente diferenciada de los salarios:

«En estas condiciones el producto íntegro del trabajo no siempre pertenece al trabajador; ha de compartirlo, en la mayor parte de los casos, con el propietario del capital que lo emplea. La cantidad de trabajo que se gasta comúnmente en adquirir o producir una mercancía no es la única circunstancia que regula la cantidad susceptible de adquirirse con ella, permutarse o cambiarse. Evidentemente, hay una cantidad adicional que corresponde a los beneficios del capital empleado en adelantar los salarios y suministrar los materiales de la empresa[7]».

Por otra parte, y justo a partir del instante en que se privatiza toda la tierra, la *renta* pasa a continuación a ser el tercer componente del precio de la mayoría de mercancías:

«Desde el momento en que las tierras de un país se convierten en propiedad privada de los terratenientes, éstos, como los demás hombres, desean cosechar donde nunca sembraron, y exigen una renta hasta por el producto natural del suelo… Esta porción, o lo que es lo mismo, el precio de ella, constituye la renta de la tierra, y se halla en el precio de la mayor parte de artículos como un tercer componente[8]».

Resumiendo lo anterior, el producto obtenido por el trabajo de la sociedad se reparte en tres fuentes originarias de rentas:

«El total de lo que anualmente se produce u obtiene por el trabajo de la sociedad, o lo que es lo mismo, su precio conjunto, se distribuye originariamente de este modo entre los varios miembros que la componen. Salarios, beneficio y renta son las tres fuentes originarias de toda clase de renta y de todo valor de cambio. Cualquier otra clase de renta se deriva, en última instancia, de una de estas tres[9]».

Además, el valor real de esos tres componentes del precio (salario, beneficio y renta) viene a medirse por el trabajo:

«El valor real de todas las diferentes partes que componen el precio se mide… por la cantidad de trabajo que cada una de esas porciones dispone o adquiere. El trabajo no sólo mide el valor de aquella parte del precio que se resuelve en trabajo, sino también el de aquella otra que se traduce en renta y en beneficio[10]».

Ahora bien, y como nos advierte Smith, la renta entra en dicha composición de las mercancías de un modo diferente a como lo hacen los salarios y los beneficios:

«Que los salarios o beneficios sean altos o bajos determinan que los precios sean, a su vez, elevados o módicos, mientras que una renta alta o baja es consecuencia del precio. El precio de una mercancía particular es elevado o bajo porque es necesario pagar salarios o beneficios altos o cortos para hacerla llegar hasta el mercado. Pero el que ese precio sea bajo o alto, o más o menos el suficiente

[7] Smith, A.: *Ibidem*, p. 49.
[8] Smith, A.: *Ibidem*.
[9] Smith, A.: *Ibidem*, p. 51-2.
[10] Smith, A.: *Ibidem*, p. 49.

para pagar aquellos salarios y beneficios, da origen a que la renta de la tierra sea mayor o menor, o que no haya absolutamente renta[11]».

Análogamente, el precio del producto anual conjunto se dirime en forma de salarios, beneficios y rentas:

«El precio de toda mercancía particularmente considerada se resuelve, en última instancia, en algunas de estas tres partes [los salarios del trabajo, los beneficios del capital, y la renta de la tierra], en una o en otra, o en las tres conjuntamente, y la porción que sobra después de pagar la renta de la tierra y el precio de todo el trabajo empleado en conseguirlas, manufacturarlas y ponerlas en el mercado, implica necesariamente un beneficio para alguien[12]».

— *El trabajo anual de cada nación es el fondo que la provee de todas las cosas necesarias y convenientes para la vida*

Tras considerar que dicho fondo viene integrado "o con el producto inmediato del trabajo, o con lo que mediante dicho producto se compra de otras naciones", Smith establece que la nación estará mejor o peor abastecida a partir de la proporción entre el producto y el número de consumidores del mismo:

«Como este producto o lo que con él se adquiere, guarda una proporción mayor o menor con el número de quienes lo consumen, la nación estará mejor o peor surtida de las cosas necesarias y convenientes apetecidas[13]».

A su vez, esta proporción viene regulada por dos condiciones: la productividad del trabajo, de una parte; y la relación existente entre los "trabajadores productivos e improductivos" [la actual *población activa*] y "aquellos que no realizan ninguna clase de trabajo" [o *población inactiva*], de otra:

«Ahora bien, esta proporción se regula en toda nación por dos circunstancias diferentes: la primera, por la aptitud, destreza y sensatez con que generalmente se ejercita el trabajo, y la segunda, por la proporción entre el número de los empleados en una labor útil y aquéllos que no lo están. Sea cual fuere el suelo, el clima o la extensión del territorio de una nación, la abundancia o la escasez de su abastecimiento anual depende, en cada situación particular, de aquellas dos circunstancias[14]».

Aunque la abundancia o escasez de esa provisión parece depender más de la primera condición que de la segunda[15].

En relación a lo anterior, también cabe indicar que el número de "obreros útiles y productivos se halla siempre en proporción a la cantidad de capital empleada en darles ocupación y a la manera particular como éste se emplea"[16]. Y que esto depende, a su vez, de la relación existente "entre las manos productivas y las que no se consideran como tales" en cada país, que depende en buena medida "de la relación del producto anual… que se destina inmediatamente a reponer el capital, y la que se

[11] Smith, A.: De la renta de la tierra, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. XI, p. 141-2.
[12] Smith, A.: Sobre los elementos componentes del precio de las mercancías..., op. cit., p. 51.
[13] Smith, A.: Introducción y plan de la obra*, en LRN*, op. cit., p. 3.
[14] Smith, A.: *Ibidem*.
[15] Smith, A.: *Ibidem*, p. 4.
[16] Smith, A.: *Ibidem*, p. 5.

destina a asegurar un ingreso, llámese renta o beneficio. Más esta proporción es muy distinta en los países ricos y en los pobres"[17]:

«Parece, pues, que la proporción entre capital y renta es la que regula en todas partes la relación que existe entre ociosidad e industria. Donde predomina el capital, prevalece la actividad económica; donde prevalece la renta, predomina la ociosidad. Cualquier aumento o disminución del capital promueve de una manera natural el aumento o la disminución de la magnitud de la industria, el número de manos productivas y, por consiguiente, el valor en cambio del producto anual de la tierra y del trabajo del país, que es en definitiva la riqueza real y el ingreso de sus habitantes[18]».

A fin de cuentas, el objetivo principal de la Economía Política para Smith era lograr "la baratura en el consumo" y "el fomento de la producción" [19], dado que tanto la totalidad de los trabajadores como los que no realizan ningún tipo de trabajo "son mantenidos igualmente con el producto anual de la tierra y del trabajo del país"[20].

— La teoría del valor trabajo

Como se aprecia desde el inicio de esta exposición, Smith emplea en su discurso económico la *teoría del valor trabajo*, al considerar que "el trabajo es la medida universal y más exacta del valor, la única regla que nos permite comparar los valores de las diferentes mercancías en distintos tiempos y lugares":

«Todo el mundo admite que no podemos estimar el valor real de las cosas, de un siglo a otro, por las cantidades de plata que se hallan dado por ellas, ni tampoco por las cantidades de grano que se den, de un año al siguiente. Pero por las cantidades de trabajo sí que podemos estimarlo de un año a otro, y de siglo a siglo, con la mayor exactitud posible[21]».

El enfoque de la teoría del valor trabajo supone contemplar al trabajo como la medida real del valor en cambio de todo tipo de mercancías:

«[El] valor de cualquier bien, para la persona que lo posee y que no piense usarlo o consumirlo, sino cambiarlo por otros, es igual a la cantidad de trabajo que pueda adquirir o de lo que pueda disponer por mediación suya. El trabajo, por consiguiente, es la medida real del valor en cambio de toda clase de bienes[22]».

Esa misma idea se puede expresar con otras palabras: el trabajo es el patrón universal del valor de los bienes:

«[El] trabajo es la medida universal y más exacta del valor, la única regla que nos permite comparar los valores de las diferentes mercancías en distintos tiempos y lugares[23]».

[17] Smith, A.: De la acumulación del capital, o del trabajo productivo e improductivo, en *LRN*, op. cit., Libro segundo, cap. III, p. 302.
[18] Smith, A.: *Ibidem*, p. 305.
[19] Smith, A.: De los gastos de obras públicas e instituciones públicas, en *LRN*, op. cit., Libro quinto, cap. I, parte III, p. 662.
[20] Smith, A.: De la acumulación del capital, o del trabajo productivo e improductivo, en *LRN*, op. cit., Libro segundo, cap. III, p. 300.
[21] Smith, A.: Del precio real y nominal de las mercancías, o de su precio en trabajo y de su precio en moneda, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. V, p. 37.
[22] Smith, A.: *Ibidem*, p. 31.
[23] Smith, A.: *Ibidem*, p. 37.

— Del precio natural y del precio de mercado; del precio nominal y del precio real

Al investigar los principios que vienen a regular el valor en cambio de las mercancías, Smith procura explicar "cuáles son las diferentes circunstancias que unas veces hacen subir y otras bajar algunas o todas las distintas partes componentes del precio, por encima o por debajo de su proporción natural o corriente; o cuáles son las causas que algunas veces impiden que el precio de mercado, o sea el precio real de los bienes, coincida exactamente con lo que pudiéramos denominar su precio natural"[24].

A tal fin, se expone en primer lugar la definición del *precio natural*. Siguiendo a Smith, en toda sociedad existe "una tasa promedia o corriente de salarios y de beneficios", para cada uno de los diferentes empleos del trabajo y del capital:

«Dicha tasa se regula naturalmente, en parte, por las circunstancias generales de la sociedad, su riqueza o pobreza, su condición estacionaria, adelantada o decadente; y en parte, por la naturaleza peculiar de cada empleo[25]».

Existe igualmente en toda sociedad, "una tasa promedia o corriente de renta", que se regula tanto por las circunstancias generales de cada sociedad, como por la fertilidad natural o artificial del suelo.

A estos diversos niveles corrientes o promedios, Smith los denomina "tasas naturales de los salarios, del beneficio y de la renta", en el tiempo y lugar en que prevalecen. Y luego establece que cuando el precio de una cosa es "ni más ni menos que el suficiente para pagar la renta de la tierra, los salarios del trabajo y los beneficios del capital empleado en obtenerla, prepararla y traerla al mercado, de acuerdo con sus precios corrientes, aquélla se vende por lo que se llama su precio natural". En virtud de ello, el artículo se vende entonces "por lo que precisamente vale o por lo que realmente le cuesta a la persona que lo lleva al mercado"[26].

Y, en segundo lugar, el *precio de mercado* se define como "el precio efectivo a que corrientemente se venden las mercancías", y puede coincidir con el precio natural, o bien ser superior o inferior a éste.

El precio de mercado de cada mercancía se regula "por la proporción entre la cantidad de ésta que realmente se lleva al mercado y la demanda de quienes están dispuestos a pagar el precio natural del artículo, o sea, el valor íntegro de la renta, el trabajo y el beneficio que es preciso cubrir para presentarlo en el mercado" [27]:

«Cuando la cantidad de una mercancía que se lleva al mercado es insuficiente para cubrir la demanda efectiva, es imposible suministrar la cantidad requerida por todos cuantos se hallan dispuestos a pagar el precio íntegro de la renta, los salarios y el beneficio, que es preciso pagar para situar el artículo en el mercado. Algunos de ellos, con tal de no renunciar a la mercancía, estarán dispuestos a pagar más por ella. Por tal razón se suscitará entre ellos inmediatamente una competencia, y el precio de mercado subirá más o menos sobre el precio natural, según que la magnitud de la deficiencia, la riqueza o el afán de ostentación de los competidores, estimulen más o menos la fuerza de la competencia…

[24] Smith, A.: Del origen y uso de la moneda, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. IV, p. 30.
[25] Smith, A.: Del precio natural y del precio de mercado de los bienes, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VII, p. 54.
[26] Smith, A.: *Ibidem*.
[27] Smith, A.: *Ibidem*, p. 55.

Cuando la cantidad llevada al mercado excede a la demanda efectiva, no puede venderse entonces toda ella entre quienes estarían dispuestos a pagar el valor completo de la renta, salarios y beneficio que costó la mercancía hasta situarla en el mercado. Parte de ella tiene que venderse a los que están dispuestos a pagar menos, y este precio más bajo que ofrecen por ella, reducirá el de toda la mercancía. El precio de mercado bajará más o menos con respecto al natural, según que la abundancia o la escasez del género incremente más o menos la competencia entre los vendedores, o según que éstos se muestren más o menos propensos a desprenderse inmediatamente de la mercancía…

Cuando la cantidad llevada al mercado es justamente suficiente para cubrir la demanda efectiva, pero no más, el precio de mercado coincide exactamente, o se aproxima, en lo que cabe, al precio natural. Toda la cantidad se vende a ese precio, sin que se pueda obtener otro más alto[28]».

Asimismo, al contemplarse la evolución de los precios a largo plazo, Smith advierte que, aunque un aumento de la *demanda efectiva* tiende a elevar los precios en un principio y suelen mantenerse durante cierto tiempo, a la larga siempre van a descender:

«Aunque el aumento de la demanda eleve en un principio y durante algún tiempo el precio de los bienes, jamás deja de sobrevenir la baja, a largo plazo. En efecto, el fenómeno del alza fomenta la producción y promueve la competencia de los productores: éstos, para vender los unos más barato que los otros, perfeccionan más la división del trabajo y descubren nuevos adelantos técnicos que, en otras circunstancias, no se hubiesen imaginado[29]».

También es relevante distinguir entre el *precio nominal* y el *precio real*, por ejemplo, del trabajo. El precio pecuniario del trabajo se define como el precio nominal del trabajo; pero es preciso diferenciarlo de su precio real, que es el que debe adoptarse para establecer cuál es la verdadera situación económica relativa del trabajador:

«[Puede] decirse que el trabajo, como los otros bienes, tiene un precio real y otro nominal. El precio real diríamos que consiste en la cantidad de cosas necesarias y convenientes que mediante él se consiguen, y el nominal, la cantidad de dinero. El trabajador es rico o pobre, se halla bien o mal remunerado, en proporción al precio real del trabajo que ejecuta, pero no al nominal.

La distinción entre el precio real y el nominal del trabajo y de las mercancías no es materia de mera especulación, sino de mucha importancia y utilidad práctica. El mismo precio real representa siempre el mismo valor; pero el mismo precio nominal puede tener valores distintos, en atención a las variaciones en el valor del oro y de la plata[30]».

— El salario del trabajo y los determinantes de su valor

En la exposición de Smith, el producto del trabajo "constituye la recompensa natural, o salario del trabajo"[31].

El nivel de los salarios depende, en primer término, del *contrato concertado* entre trabajadores y patronos, en el que cada una de ambas partes defiende unos intereses contrapuestos:

[28] Smith, A.: *Ibidem*, p. 55-6.
[29] Smith, A.: De los gastos de obras públicas e instituciones públicas, en *LRN*, op. cit., Libro quinto, cap. I, parte III, p. 662.
[30] Smith, A.: Del precio real y nominal de las mercancías, o de su precio en trabajo y de su precio en moneda, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. V, p. 34.
[31] Smith, A.: De los salarios del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VIII, p. 63.

«[En] todas partes se entiende por salario del trabajo aquella recompensa que se otorga cuando el trabajador es una persona distinta del propietario del capital que emplea al obrero.

Los salarios del trabajo dependen generalmente, por doquier, del contrato concertado por lo común entre estas dos partes, y cuyos intereses difícilmente coinciden. El operario desea sacar lo más posible, y los patronos dar lo menos que puedan. Los obreros están siempre dispuestos a concertarse para elevar los salarios, y los patronos, para rebajarlos[32]».

Por regla general, tanto los patronos como los comerciantes suelen quejarse de los salarios elevados; pero como subraya Smith, también suelen guardar silencio acerca de sus propios beneficios:

«Los comerciantes ingleses se quejan frecuentemente del alto precio de los salarios del trabajo en su país, suponiendo que ese elevado precio es la causa de que no puedan venderse sus manufacturas tan baratas como las venden otras naciones en países extranjeros; pero guardan silencio acerca de los elevados beneficios que arrojan sus capitales. Se quejan de las extraordinarias ganancias ajenas, pero rodean de silencio las propias. En muchos casos los elevados beneficios del capital británico pueden contribuir tanto a encarecer el precio de las mercancías, como el precio exorbitante de los salarios, y aun mucho más[33]».

Aunque a la hora de fijar los salarios del trabajo, los patronos parten con ventaja en esta pugna que mantienen con los trabajadores, según su propio criterio:

«Sin embargo, no es difícil de prever cuál de las dos partes saldrá gananciosa en la disputa, en la mayor parte de los casos, y podrá forzar a la otra con contentarse con sus términos. Los patronos, siendo menos en número, se pueden poner de acuerdo más fácilmente, [y] pueden resistir mucho más tiempo. Un propietario, un colono, un fabricante o un comerciante, aun cuando no empleen un solo trabajador, pueden generalmente vivir un año o dos, disponiendo del capital previamente adquirido. La mayor parte de los trabajadores no podrán subsistir una semana, pocos resistirán un mes, y apenas habrá uno que soporte un año sin empleo. A largo plazo, tanto el trabajador como el patrono se necesitan mutuamente; pero con distinta urgencia[34]».

Otro relevante aspecto a considerar son las respectivas *estrategias de convenio* que vayan a adoptarse, tanto por los patrones como por los trabajadores, para tratar de influir en la formación del salario conforme a sus propios intereses. Aunque parezca observarse por la sociedad una mayor constancia de los acuerdos alcanzados entre obreros que de los realizados entre patrones, Smith se muestra convencido de que éstos actúan de una forma concertada y siempre "con la mayor precaución y sigilo", con el propósito de no elevar nunca los salarios por encima de su nivel actual:

«Rara vez se oye hablar, al decir de algunos, de acuerdos entre patronos, pero es frecuente, en cambio, oír hablar de los realizados entre obreros. Pero quienes se imaginan que las cosas discurren de esta suerte, y que los patronos raras veces se ponen de acuerdo, ignoran tanto la realidad como el asunto. Los patronos, siempre y en todo lugar, mantuvieron una especie de concierto tácito, pero constante y uniforme, para no elevar los salarios por encima de su nivel actual. La violación de esta especie de pacto se considera universalmente una acción extraordinariamente impopular, e implica un reproche, a quien así procede, por parte de sus colegas y vecinos. Es cierto que raras veces se habla de semejantes acuerdos; pero la razón es que no causan novedad las cosas que se tienen por ordinarias y sabidas. Algunas veces ocurre también que los patronos celebran acuerdos especiales

[32] Smith, A.: *Ibidem*, p. 65.
[33] Smith, A.: Colonias, en *LRN*, op. cit., Libro cuarto, cap. VII, p. 534.
[34] Smith, A.: De los salarios del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VIII, p. 65.

para hacer descender los salarios por debajo de aquel nivel, a que acabamos de hacer referencia. Estas combinaciones se hacen siempre con la mayor precaución y sigilo, hasta el momento mismo de su ejecución, y cuando los obreros se someten, por lo general sin resistencia, apenas lo comentan con nadie, por rudo que sea el golpe para ello. Sin embargo, dichas coaliciones chocan frecuentemente con una acción concertada y defensiva de los obreros, quienes también, a veces, y sin necesidad de provocación previa, se ponen de acuerdo para elevar el precio de su trabajo. Los pretextos de que regularmente se valen son el alto precio de los comestibles y las grandes ganancias que sacan los patronos de su trabajo[35]».

En tales situaciones, la *lucha obrera* contra los patronos –que puede ser tanto de naturaleza defensiva como ofensiva–, suele adoptar la forma de alborotos tumultuosos e incluso, en ciertas ocasiones, llega a alcanzar la violencia al tenerse que "optar entre morir de hambre o atemorizar a los patronos", para que éstos decidan acceder a sus peticiones lo antes posible. Pero los patronos también saben defenderse, y además contraatacan en esta pugna permanente por los salarios:

«Los patronos, en tales circunstancias, protestan en el mismo tono, y jamás dejan de reclamar la asistencia de las autoridades civiles y la aplicación inflexible de las rigurosas leyes que han sido promulgadas contra criados, trabajadores y jornaleros. Los obreros pocas veces sacan fruto alguno de la violencia de esas tumultuosas manifestaciones, las cuales –en parte, por intervención de la autoridad, en parte, por la gran pertinacia de los patronos, y en la mayoría de los casos por la necesidad en que se hallan los trabajadores de someterse, para no carecer de los medios de subsistencia–, fracasan generalmente, sin otro resultado que el castigo o la ruina de los dirigentes[36]».

No obstante, y a pesar de su consolidada ventaja, Smith considera que los patrones no pueden obligar a los obreros a reducir los salarios por debajo de cierta tasa, correspondiente a la subsistencia del trabajador más cierta cantidad para el sustento de su propia familia:

«Pero aun cuando en las disputas con los trabajadores gocen generalmente de ventaja los patronos, hay, no obstante, un cierto nivel por bajo del cual parece imposible que baje, a lo largo del tiempo, el salario corriente de las ocupaciones de inferior categoría. El hombre ha de vivir de su trabajo y los salarios han de ser, por lo menos, lo suficientemente elevados para mantenerlo. En la mayor parte de las ocasiones es indispensable que gane algo más que el sustento, porque de otro modo sería imposible mantener una familia y la raza de esos trabajadores no pasaría de la primera generación…

A fin de cuentas, parece evidente que para sustentar una familia de trabajadores de la clase más baja, el trabajo del marido y de la mujer debe de sobrepasar en algo lo que es precisamente necesario para su propio sustento[37]».

Por otra parte, también hay que anotar que existen otras circunstancias a veces favorables a los trabajadores, que les permiten elevar sus salarios por encima del nivel de la cuota más baja, desde una perspectiva humana.

En este sentido, y en primer término, hay que señalar como factor favorable al *incremento de los capitales* destinados al pago de salarios:

[35] Smith, A.: *Ibidem*, p. 65-66.
[36] Smith, A.: *Ibidem*, p. 66.
[37] Smith, A.: *Ibidem*, p. 66-7.

«Cuando en un país aumenta continuamente la demanda de aquellas personas que viven de su salario –trabajadores, jornaleros y sirvientes de todas clases–; cuando dicha demanda proporciona trabajo a un número de obreros superior a la cifra del año anterior, los trabajadores no necesitan ponerse de acuerdo para elevar sus salarios. La escasez de mano de obra origina una competencia entre los patronos, y éstos porfían entre sí para contratar a aquéllos, con lo que voluntariamente se rompe la natural coalición de los patronos para no subir los jornales.

La demanda de quienes viven de su salario no se puede aumentar sino en proporción al incremento de los capitales que se destinan al pago de dichas remuneraciones[38]».

Este aumento de la inversión provoca cambios, tanto en la composición de los beneficios como en la evolución de los salarios. Las oportunidades rentables al capital serán cada vez menos numerosas, y la propia competencia entre los patronos en su demanda de nuevos trabajadores favorecerá finalmente la elevación de los salarios:

«A tenor que aumentan los capitales en un país, los beneficios resultantes de su empleo disminuyen necesariamente. Cada vez se hace más difícil encontrar un procedimiento para colocar en forma rentable el nuevo capital de la nación. Surge, por tal causa, la competencia entre los diferentes capitales, porque los dueños de éstos buscan aquella colocación que ya está ocupada por otros. Las más de las veces pretenden arrebatar a los demás el empleo, ofreciendo condiciones más ventajosas. No sólo es necesario vender algo más barato dentro del ramo, sino que, en ocasiones, para lograr la venta, se compra a veces más caro. La demanda de trabajo productivo aumenta diariamente con el incremento de los fondos que se destinan a su sostenimiento. A los obreros les es más fácil encontrar trabajo, pero los dueños de los capitales tropiezan con dificultades cada vez mayores para conseguir mano de obra. La competencia encarece los salarios del trabajo y disminuye los beneficios del capital. Por lo tanto, cuando disminuyen en esta forma las ganancias que pueden derivarse del uso del capital, forzosamente tiene que disminuir también el precio que se paga por su uso, o sea el interés del capital[39]».

Y, en segundo término, el aumento de la *demanda de trabajo* y la subida de los salarios que ello genera, también es consecuencia directa del *incremento* de la riqueza nacional:

«La demanda de quienes viven de su salario no se puede aumentar sino en proporción al incremento de los capitales que se destinan al pago de dichas remuneraciones…

En consecuencia, la demanda de mano de obra asalariada aumenta necesariamente con el incremento del ingreso y del capital de las naciones, y no puede aumentar sino en ese caso. El aumento del ingreso y del capital es el incremento de la riqueza nacional. En consecuencia, la demanda de ese tipo de obreros aumenta de una manera que pudiéramos llamar natural con el incremento de la riqueza nacional, y no puede subir si no existe ese aumento[40]».

Ahora bien, debe llamarse la atención en este punto, dado que esta elevación de los salarios es consecuencia del incremento de la riqueza nacional, pero no de su magnitud real. Esto significa que los salarios nunca podrían ser elevados en un *país estacionario* (esto es, sin perspectivas de crecimiento económico), por muy rico que este fuera:

[38] Smith, A.: *Ibidem*, p. 67.
[39] Smith, A.: Del capital prestado con interés, en *LRN*, op. cit., Libro segundo, cap. IV, p. 319-320.
[40] Smith, A.: De los salarios del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VIII, p. 67-8.

«Lo que motiva el alza de los salarios, no es la magnitud real de la riqueza de la nación, sino su continuo incremento. Por lo tanto, donde los salarios están más altos no es en los países más ricos, sino en los más laboriosos o en los que más rápidamente se enriquecen…

Por grande que sea la riqueza de un país, como ésta permanezca estacionaria, no es de esperar que en él sean muy altos los salarios del trabajo. Los capitales destinados al pago de éstos, y el ingreso y el capital de sus habitantes podrán ser de gran cuantía; pero si continúan por varias centurias a un nivel idéntico o aproximadamente igual, el número de trabajadores empleado cada año bastará fácilmente a cubrir el número que se solicite el año próximo y quizá con exceso. Apenas habrá escasez de mano de obra, y los patronos no se verán obligados a competir para conseguirla. Por el contrario, la mano de obra excederá, en este caso, naturalmente, las oportunidades de ocupación. Habrá una constante escasez de empleos y los trabajadores se verán obligados a competir entre sí, para conseguir trabajo. Si los salarios del trabajo, en un país de estas condiciones, llegaran a ser más que suficientes para mantener a los trabajadores y brindarles la oportunidad de criar una familia, su misma competencia y el interés de los amos los reduciría muy pronto al nivel más bajo compatible con la existencia humana[41]».

No obstante, también debe destacarse que la peor situación posible para los trabajadores sería la de vivir en un *país decadente* (que esté sumido en un permanente estado de decrecimiento), en donde los fondos destinados a mantener la mano de obra se reducen y contraen de una manera significativa, conduciendo a aquéllos al hambre, la miseria y la calamidad:

«Cada año iría siendo menos que la anterior la demanda de criados y trabajadores en toda clase de empleos. Muchos de los que aprendieron oficios de una categoría superior, al no encontrar ocupación en ellos, se darían por satisfechos si encontrasen trabajos de inferior naturaleza. La clase más baja, viéndose recargada no sólo con los operarios adscritos a ella, sino con los concurrentes de otras clases, registraría una competencia tan grande, por parte de quienes buscan empleo, que los salarios del trabajo se reducirían al nivel de la más miserables y escasa subsistencia del obrero. Muchos no encontrarían trabajo, ni aun a esos niveles tan precarios; correrían el riesgo de morir de hambre, tendrían que recurrir a la mendicidad o se hallarían expuestos a perpetrar las mayores atrocidades. La miseria, el hambre, la mortandad prevalecerían muy pronto en esta clase desdichada, y de ella el contagio pasaría a las superiores, hasta que el número de habitantes del país quedase reducido a los que fácilmente pueden sustentar el ingreso y el capital que todavía quedasen en él, y hubieran escapado de la calamidad o tiranía que destruyó el resto[42]».

Los anteriores argumentos analizados en relación con el dispar ritmo de crecimiento de la riqueza de las naciones y la aparejada evolución de la demanda del trabajo y de los salarios, y que van a determinar en última instancia la situación final de bienestar o malestar de los obreros, se sintetizan por Smith del siguiente modo:

«La abundante recompensa del trabajo, así como es el efecto necesario, es también el síntoma natural de la riqueza nacional en aumento. El escaso sustento del pobre trabajador, en cambio, es el síntoma natural de que las cosas se hallan en una situación estacionaria, y su condición paupérrima, un índice del peor de los retrocesos[43]».

Ya se ha señalado antes que la demanda de trabajo representa un factor determinante para la evolución de los salarios. Durante las épocas de abundancia o prosperidad, cuando se registra

[41] Smith, A.: *Ibidem*, p. 68-70.
[42] Smith, A.: *Ibidem*, p. 71-2.
[43] Smith, A.: *Ibidem*, p. 72.

una mayor demanda de trabajo, los salarios tienden a elevarse; mientras que, durante las épocas de escasez, sucede precisamente lo contrario:

«Que la demanda de trabajo aumente en los años de súbita y extraordinaria plenitud y disminuya en aquellos otros de rápida y acusada escasez, es la causa de que el precio pecuniario del trabajo aumente a veces en el uno y disminuya en el otro.

En un año de plenitud extraordinaria e imprevista hay, en poder de muchos patronos, fondos suficientes para emplear a gentes industriosas en número superior al empleado el año anterior, pero la oferta disponible no alcanza a cubrir esa demanda extraordinaria. Por consiguiente, los patronos que necesitan más obreros se hacen la competencia entre sí, para procurárselos, y esta competencia eleva, a veces, el precio real y el nominal del trabajo.

Lo contrario acontece en los años de inopinada y extraordinaria escasez y carestía. Los fondos destinados a dar ocupación a la industria son más pequeños que lo fueron el año anterior. Quedan sin ocupación numerosas personas, y la competencia que se hacen unas y otras para conseguir empleo, hace descender, a veces, el precio real y el nominal del trabajo[44]».

En otro orden de ideas, Smith considera que los salarios deberían reflejar asimismo las *compensaciones* o el valor del trabajo desempeñado, en función de su duración (número de horas o días trabajados) y esfuerzo, de las aptitudes de ingenio y destreza que se adquieren a menudo tras una amplia dedicación para operar en los distintos oficios, así como del grado de penosidad o fatiga de las tareas a realizar:

«Es natural que una cosa que generalmente es producto del trabajo de dos días o de dos horas valga el doble que la es consecuencia de un día o de una hora.

Si una clase de trabajo es más penosa que otra, será también natural que se haga una cierta asignación a ese superior esfuerzo, y el producto de una hora de trabajo, en un caso, se cambiará frecuentemente por el producto de dos horas en otro.

Del mismo modo, si una especie de trabajo requiere un grado extraordinario de destreza e ingenio, la estimación que los hombres hagan de esas aptitudes dará al producto un valor superior al que corresponde al trabajo en él empleado. Dichas aptitudes raramente se adquieren sino a fuerza de una larga dedicación, y el valor superior de sus productos representa, las más de las veces, sólo una compensación razonable por el tiempo y el trabajo que se necesitan para adquirirlos. Con el progreso de la sociedad las compensaciones de esta especie, que corresponden a una mayor pericia y esfuerzo, generalmente se reflejan en los salarios[45]».

Por último, cabe reseñar que Smith vislumbra que los salarios de las clases inferiores de trabajadores se regulan en todas partes por dos circunstancias: "la demanda de trabajo y el precio ordinario o promedio de las provisiones":

«La demanda de mano de obra, según sea progresiva, estacionaria o decadente, o requiera una población decadente, estacionaria o progresiva, regula la subsistencia del trabajador, y determina en qué grado ésta ha de ser liberal, moderada o escasa. El precio ordinario o promedio de las provisiones

[44] Smith, A.: *Ibidem*, p. 83.

[45] Smith, A.: Sobre los elementos componentes del precio de las mercancías, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VI, p. 47.

determina la cantidad de dinero que ha de pagarse al obrero para que pueda procurarse, un año con otro, este mantenimiento liberal, moderado o escaso[46]».

— Salarios y precios

Ya se ha reseñado que el precio de una mercancía determinada puede ser elevado o bajo, en función de que resulte preciso pagar salarios o beneficios altos o reducidos para poder llevarla hasta el mercado.

Sin embargo, Smith sugirió la tesis de que un alza de los salarios que incremente el precio de las diversas mercancías, podría quedar compensada por medio de ganancias en la *productividad laboral*, al disminuirse por esa vía la cantidad de trabajo necesaria, de tal forma que las subidas salariales no tendrían que afectar a los precios de las mercancías:

«El alza de los salarios del trabajo aumenta necesariamente el precio de muchas cosas, al aumentar aquella parte del precio de éstas, representada por los salarios, y, debido a esta circunstancia, restringe su consumo en el interior y en el extranjero. Pero la misma causa que hace subir los salarios –el aumento de capital– tiende a incrementar sus facultades productivas, y hace que una cantidad más pequeña de trabajo produzca mayor cantidad de obra. El dueño del capital, que emplea un gran número de obreros, procura por su propia ventaja hacer una distribución y división de ocupaciones que le procure la mayor cantidad de obra posible. Por la misma razón, procura adquirir la mejor maquinaria que tanto él como los operarios consideran necesaria. Mas este fenómeno que se advierte entre los trabajadores de una manufactura se extiende, por la misma razón, a cuantos forman parte de una gran sociedad. Cuanto mayor es su número, tanto más ampliamente se distribuye, de una manera natural, entre las diferentes clases y categorías de empleos. A medida que sea mayor el número de cerebros ocupados en inventar la maquinaria más útil a cada cual para ejecutar la tarea, más perfecto será el resultado del invento. Hay, pues, muchos artículos que, debido a esos adelantos, se producen con menos trabajo que antes, de tal suerte que la subida del precio de éste se compensa con creces por la disminución en la cantidad de obreros necesarios[47]».

— Salarios y productividad

La causa de la riqueza de las naciones es la mejora de la *productividad del trabajo*. Esto lo sabía muy bien Adam Smith, que comenzó en el capítulo primero de su obra magna por el estudio de la división del trabajo, proceso al que consideraba causante del avance en las capacidades productivas del trabajo. Y gracias a ello se lograba alcanzar una opulencia general, que iba a ir difundiéndose entre todas las clases sociales:

«El progreso más importante en las facultades productivas del trabajo, y gran parte de la aptitud, destreza y sensatez con que éste se aplica o dirige, por doquier, parecen ser consecuencia de la división del trabajo…

La gran multiplicación de producciones en todas las artes, originadas en la división del trabajo, da lugar, en una sociedad bien gobernada, a esa opulencia universal que se derrama hasta las clases inferiores del pueblo. Todo obrero dispone de una cantidad mayor de su propia obra, en exceso de sus necesidades, y como cualesquiera otro artesano, se halla en la misma situación, se encuentra en condiciones de cambiar una gran cantidad de sus propios bienes por una gran cantidad de los creados

[46] Smith, A.: Sobre las fuentes de donde proceden los ingresos públicos y generales de la sociedad, en *LRN*, op. cit., Libro quinto, cap. II, p. 763.

[47] Smith, A.: De los salarios del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VIII, p. 84.

por otros; o lo que es lo mismo, por el precio de una gran cantidad de los suyos. El uno provee al otro de lo que necesita, y recíprocamente, con lo cual se difunde una general abundancia en todos los rangos de la sociedad[48]».

Por otro lado, ¿cómo se relaciona la productividad del trabajo con los salarios? Siguiendo a Smith, es la productividad del trabajo la que depende de los salarios que cobren los trabajadores. De modo que allí donde los salarios sean elevados, los trabajadores serán mucho más "productivos" que allá donde sean reducidos. Por consiguiente, si los salarios son altos, habría un poderoso incentivo tanto para mejorar la laboriosidad de los trabajadores, como los resultados de la actividad económica (y, como luego se verá, también para el aumento de la población):

«La recompensa liberal del trabajo fomenta la propagación de la clase baja y, con ella, la laboriosidad del pueblo. Los salarios del trabajo son un estimulante de la actividad productiva, la cual, como cualquier otra cualidad humana, mejora proporcionalmente al estímulo que recibe. Una manutención abundante aumenta la fortaleza corporal del trabajador, y la agradable confianza de mejorar su condición, así como la de acabar sus días en plenitud y desahogo, le animan a movilizar todos sus esfuerzos. En consecuencia, nos encontramos que allí donde los salarios del trabajo son crecidos, los obreros son más activos, diligentes y expeditivos que donde son bajos[49]».

Este enfoque de la cuestión por Smith resultaría de muy difícil encaje en el esquema teórico del *pensamiento neoclásico* posterior porque, nada más que empezar, habría que redefinir a todas las funciones de producción –que vinculan al producto final con sus respectivos inputs–, lo que supondría tener que incorporar en todas ellas como variable independiente -además de al trabajo, al capital, a los recursos naturales y a la tecnología, que son los factores convencionalmente utilizados-, a los salarios.

Además, la *teoría de la productividad marginal* desarrollada por la Escuela Neoclásica –y aplicada, entre otros maestros, por John Richard Hicks o Ludwig von Mises–, establece que el importe de los salarios está sujeto al valor de la contribución del trabajador a la producción, y que ésta se mide por el valor de su productividad marginal.

Por productividad marginal del trabajo se entiende la aportación adicional a la producción de una mercancía que realiza el último trabajador contratado. Considerando la base teórica neoclásica, si la productividad marginal del trabajador es elevada, entonces el salario del trabajo será alto. Pero a medida que vaya decreciendo el valor de la productividad marginal del trabajo (cosa que sucede al aumentarse el número de trabajadores, o el de horas trabajadas), también lo hará el salario. De este modo, los economistas neoclásicos sostienen que los salarios dependen, en última instancia, del valor de la productividad marginal del trabajo. Esto es, ¡justamente el planteamiento inverso al expuesto por Adam Smith!

Por otra parte, también hay que considerar que el ritmo de *intensidad del trabajo* también repercute en su productividad. ¿Podría exigirse por parte de los patrones que sus obreros aumenten indefinidamente su esfuerzo, al ir incrementando la intensidad de su trabajo? En este escenario, Smith se muestra partidario de que los patronos traten de "moderar más que de animar la diligencia" de sus obreros, al entender que también existen ventajas derivadas de dicha moderación:

«Un excesivo trabajo espiritual y corporal, durante varios días consecutivos, va seguido naturalmente en la mayor parte de los hombres de un deseo de evidente descanso, anhelo casi irresistible, salvo cuando la fuerza o una necesidad urgente lo cohíben. La naturaleza humana reclama

[48] Smith, A.: De la división del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. I, p. 7 y 14.
[49] Smith, A.: De los salarios del trabajo, en *LRN*, op. cit., p. 79.

que tal situación se alivie mediante el descanso unas veces, y otras, la diversión y las distracciones. La falta de esta condescendencia suele traer consecuencias peligrosísimas, y en ocasiones tan fatales, que tarde o temprano hace su aparición la enfermedad peculiar del oficio. Si los patronos diesen oídos a los dictados de la razón y de la humanidad, tratarían de moderar más que de animar la diligencia de muchos de sus obreros. Nos parece ser una cosa evidente en toda especie de labor que el hombre que trabaja con la debida moderación, a fin de hacerlo con constancia, no sólo conserva más tiempo su salud, sino que, en el curso del año, hace más labor que el que con exceso se dedica a ella[50]».

— *Salarios y crecimiento demográfico*

La pobreza restringe la multiplicación de la especie humana en el argumentario de Smith…

«Todas las especies de animales se multiplican en proporción a los medios de subsistencia, y no hay especies que puedan hacerlo por encima de esa proporción. Pero en una sociedad civilizada sólo entre las gentes de los rangos inferiores del pueblo la escasez de alimentos puede poner límites a la multiplicación de la especie humana; y esto no puede ocurrir de otro modo que destruyendo una gran parte de los hijos, fruto de fecundos matrimonios[51]».

… Mientras que una generosa recompensa del trabajador la estimula. En efecto, la elevación de los salarios que caracteriza al *estado progresivo*, también es causa del aumento de la población, además de favorecer un estado "feliz y lisonjero" para el conjunto de la sociedad:

«Por consiguiente, la recompensa liberal del trabajo, que es el efecto de la riqueza progresiva, es también la causa del aumento de población. Quejarse de ello es tanto como lamentarse del efecto necesario y de la causa de la mayor prosperidad.

Es digno de notarse, también, que durante un período de progreso -o sea mientras la sociedad avanza hacia ulteriores incrementos de riqueza- más bien que en otro en que la sociedad alcanzó el máximo de los asequibles, es cuando la situación del obrero pobre -es decir, de la gran masa de población- se revela como más feliz y confortable. Por el contrario, la situación de ese obrero es dura en el estado estacionario, y miserable en el decadente. El progresivo es, en realidad, un estado feliz y lisonjero para todas las clases de la sociedad; el estacionario, triste, y el decadente melancólico[52]».

Si la demanda de trabajo avanza y logra los medios necesarios para la crianza de los hijos, ello incentivará la celebración de los matrimonios y la multiplicación de los hijos, que serán los futuros obreros. En el caso contrario, esto es, el de una contracción de la demanda de trabajo que afronte a una población en aumento, los salarios descenderían e impondrían un freno drástico al *crecimiento demográfico*:

«La recompensa liberal del trabajo, al facilitar a los trabajadores una mejor manera de atender a sus hijos, subdividiendo a la crianza de un mayor número, de ellos, tiende de una manera natural a extender y ampliar aquellos límites. Mas es de advertir también que produce esos efectos aproximadamente en proporción a la demanda de trabajadores. Si esta demanda continúa aumentando, la remuneración del trabajo estimulará necesariamente los matrimonios y la multiplicación de los obreros, de tal suerte que los capacite para suplir el continuo incremento de la demanda con una población gradualmente en aumento. Si en un determinado momento aquella remuneración fuese inferior a la necesaria para ese propósito, la deficiencia de mano de obra muy pronto la haría subir; y

[50] Smith, A.: *Ibidem*, p. 80.
[51] Smith, A.: *Ibidem*, p. 77-8.
[52] Smith, A.: *Ibidem*, p. 79.

si, en determinadas circunstancias, fuera superabundante la excesiva multiplicación haría que bajase rápidamente al nivel necesario. El mercado se hallaría unas veces tan escaso de mano de obra, y otras, tan saturado, que muy pronto su precio se amoldaría a aquel preciso nivel que las circunstancias de la sociedad imponen. Así es como la demanda de hombres, al igual de lo que ocurre con las demás mercancías, regula de una manera necesaria la producción de la especie, acelerándola cuando va lenta y frenándola cuando se aviva demasiado[53]».

— Salarios y bienestar social

Se concluye este repaso a las contribuciones de Adam Smith, en relación al asunto de los salarios del trabajo y a su problemática, subrayando sus ideas de que los altos rendimientos del trabajo son ventajosos para la sociedad, que "ninguna sociedad puede ser floreciente y feliz si la mayor parte de sus miembros son pobres y miserables", y que resulta equitativo que quienes contribuyen a la producción con su esfuerzo y trabajo, participen también en el producto social que ellos mismos han colaborado a generar, de tal forma que les permita atender la satisfacción de sus necesidades materiales:

«La lamentación general en el sentido de que el lujo se introduce hasta en las clases ínfimas del pueblo y de que actualmente un pobre trabajador no se contenta con el mismo alimento, vestido y habitación con que se contentaba en otra época, puede llevarnos al convencimiento de que no sólo ha aumentado el precio del trabajo expresado en dinero, sino la recompensa real.

Esta mejora en las condiciones de las clases inferiores del pueblo, ¿debe considerarse ventajosa o perjudicial para la sociedad? La respuesta a primera vista parece muy sencilla. Los criados, los trabajadores y los operarios de todas las categorías constituyen la mayoría en toda sociedad política de importancia. En consecuencia, no puede ser tan perjudicial para el todo social lo que aprovecha a la mayor parte de sus componentes. Ninguna sociedad puede ser floreciente y feliz si la mayor parte de sus miembros son pobres y miserables. Es, por añadidura, equitativo que quienes alimentan, visten y albergan al pueblo entero participen de tal modo en el producto de su propia labor que ellos también se encuentren razonablemente alimentados, vestidos y alojados[54]».

3. ACERCA DEL TRABAJO Y DEL VALOR DE LA FUERZA DEL TRABAJO EN EL PENSAMIENTO DE KARL MARX

El análisis de la formación de los salarios y su problemática se contempla aquí a partir de las reflexiones de Karl Marx, siguiendo la exposición de su panfleto *Salario, precio y ganancia*[55], escrito en respuesta a las intervenciones de John Weston ante el Consejo General de la Primera Internacional de mayo de 1865, quien sostuvo que «una elevación general en el nivel de salarios no les traería provecho a los obreros y que, por tanto, las *tradeuniones* [sindicatos] tenían un efecto "perjudicial"[56]».

[53] Smith, A.: *Ibidem*, p. 78.

[54] Smith, A.: De los salarios del trabajo, en *LRN*, op. cit., Libro primero, cap. VIII, p. 76-7.

[55] Marx, K.: *Salario, precio y ganancia* (en adelante, *SPG*), escrito en inglés de finales de mayo al 27 de junio de 1865. Publicado por vez primera en Londres, en forma de folleto como *Wages, Price, and Profit*, en 1898. El texto corresponde a la edición de 1976 de Ediciones en Lenguas Extranjeras, Beijing, República Popular China, la cual es una versión revisada de la traducción al castellano de *Wages, Price, and Profit* por Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, 1954. Enlace web: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/65-salar.htm.

[56] Marx, K.: *SPG*, op. cit., Nota 1.

— La acumulación (o expropiación) originaria separó al trabajador de los medios de trabajo

La llamada *acumulación originaria* –según Marx– no es sino "una serie de procesos históricos que acabaron destruyendo la unidad originaria que existía entre el hombre trabajador y sus medios de trabajo", y que propiciaron a su vez la aparición de dos clases antagónicas: los *capitalistas*, que compran en el mercado para enriquecerse, y los *trabajadores*, que venden su fuerza de trabajo para ganarse el sustento:

«¿De dónde proviene ese fenómeno extraño de que en el mercado nos encontramos con un grupo de compradores que poseen tierras, maquinaria, materias primas y medios de vida, cosas todas que, fuera de la tierra virgen, son otros tantos productos del trabajo, y de otro lado, un grupo de vendedores que no tienen nada que vender más que su fuerza de trabajo, sus brazos laboriosos y sus cerebros? ¿Cómo se explica que uno de los grupos compre constantemente para obtener una ganancia y enriquecerse, mientras que el otro grupo vende constantemente para ganar el sustento de su vida? La investigación de este problema sería la investigación de aquello que los economistas denominan "acumulación previa u originaria", pero que debería llamarse, expropiación originaria[57]».

Pero, una vez consumada dicha separación, Marx alcanza a pronosticar a futuro que este estado de cosas "se mantendrá y se reproducirá sobre una escala cada vez más alta, hasta que una nueva y radical revolución del modo de producción lo eche por tierra y restaure la primitiva unidad bajo una forma histórica nueva"[58].

— ¿Se regulan los salarios por las leyes de la oferta y la demanda?

Aunque el pensamiento económico convencional señala a la oferta y la demanda de trabajo como ley reguladora de los salarios, Marx sugiere que el ciudadano Weston no podría decirle "por qué se paga una determinada suma de dinero por una determinada cantidad de trabajo":

«Si me contestase que esto lo regula la ley de la oferta y la demanda, le pediría ante todo que me dijese por qué ley se regulan, a su vez, la demanda y la oferta. Y esta contestación le pondría inmediatamente fuera de combate. Las relaciones entre la oferta y la demanda de trabajo se hallan sujetas a constantes fluctuaciones, y con ellas fluctúan los precios del trabajo en el mercado. Si la demanda excede de la oferta, suben los salarios; si la oferta rebasa a la demanda, los salarios bajan, aunque en tales circunstancias pueda ser necesario comprobar el verdadero estado de la demanda y la oferta, v. gr., por medio de una huelga o por otro procedimiento cualquiera. Pero si tomáis la oferta y la demanda como ley reguladora de los salarios, sería tan pueril como inútil clamar contra las subidas de salarios, puesto que, con arreglo a la ley suprema que invocáis, las subidas periódicas de los salarios son tan necesarias y tan legítimas como sus bajas periódicas. Y si no consideráis la oferta y la demanda como ley reguladora de los salarios, entonces repito mi pregunta anterior: ¿por qué se da una determinada suma de dinero por una determinada cantidad de trabajo?[59]».

Parece sensato reconocer que todos los trabajadores se sientan convencidos de que lo venden cotidianamente en el mercado es su propio trabajo, de tal forma que el trabajo tiene un precio; y dado que el precio de toda mercancía no es más que la expresión monetaria de su valor, tendría que existir algo que fuera el "valor del trabajo". Pero en la realidad "no existe tal cosa como valor del trabajo, en el sentido corriente de la palabra", como nos aclara Marx:

[57] Marx, K.: *SPG*, op. cit., VII. La fuerza de trabajo.
[58] Marx, K.: *Ibidem*.
[59] Marx, K.: *SPG*, op. cit., IV. [Oferta y Demanda].

«Lo que el obrero vende no es directamente su trabajo, sino su fuerza de trabajo, cediendo temporalmente al capitalista el derecho a disponer de ella. Tan es así, que no sé si las leyes inglesas, pero sí, desde luego, algunas leyes continentales, fijan el máximo de tiempo por el que una persona puede vender su fuerza de trabajo. Si se le permitiese venderla sin limitación de tiempo, tendríamos inmediatamente restablecida la esclavitud. Semejante venta, si comprendiese, por ejemplo, toda la vida del obrero, le convertiría inmediatamente en esclavo perpetuo de su patrono[60]».

— ¿Cómo puede determinarse el valor de la fuerza de trabajo?

En este aspecto, Marx asume inicialmente la perspectiva de Tomás Hobbes ("uno de los más viejos economistas y de los filósofos más originales de Inglaterra") en su obra *Leviathan*, en donde afirma: "Lo que un hombre vale o en lo que se estima es, como en las demás cosas, su precio, es decir, lo que se daría por el uso de su fuerza"[61].

Sobre esta base, Marx considera que el *valor de la fuerza de trabajo* se determina por la cantidad de trabajo necesaria para su producción, al igual que acontece con el valor de toda otra mercancía:

«La fuerza de trabajo de un hombre existe, pura y exclusivamente, en su individualidad viva. Para poder desarrollarse y sostenerse, un hombre tiene que consumir una determinada cantidad de artículos de primera necesidad. Pero el hombre, al igual que la máquina, se desgasta y tiene que ser reemplazado por otro. Además de la cantidad de artículos de primera necesidad requeridos para su propio sustento, el hombre necesita otra cantidad para criar determinado número de hijos, llamados a reemplazarle a él en el mercado de trabajo y a perpetuar la raza obrera. Además, es preciso dedicar otra suma de valores al desarrollo de su fuerza de trabajo y a la adquisición de una cierta destreza. Para nuestro objeto, basta con que nos fijemos en un trabajo medio, cuyos gastos de educación y perfeccionamiento son magnitudes insignificantes… Según lo que dejamos expuesto, el valor de la fuerza de trabajo se determina por el valor de los artículos de primera necesidad exigidos para producir, desarrollar, mantener y perpetuar la fuerza de trabajo[62]».

De este modo cabe afirmar, con Marx, que el valor de la fuerza de trabajo está determinado por el valor de los artículos de primera necesidad, o por la cantidad de trabajo necesaria para su producción:

«Por consiguiente, si en un determinado país el valor de los artículos de primera necesidad que por término medio consume diariamente un obrero representa seis horas de trabajo, expresadas en tres chelines, este obrero tendrá que trabajar diariamente seis horas para producir el equivalente de su sustento diario. Si su jornada de trabajo es de doce horas, el capitalista le pagará el valor de su trabajo abonándole tres chelines. La mitad de la jornada de trabajo será trabajo no retribuido, y por tanto, la cuota de ganancia arrojará el 100 por 100[63]».

Pero también hay que considerar que las variaciones que puedan registrarse en la productividad del trabajo van a provocar las correspondientes alteraciones, tanto en el valor de la fuerza de trabajo, como en la *cuota de ganancia*. En el caso de registrarse un descenso en la productividad laboral, y si

[60] Marx, K.: *SPG*, op. cit., VII. La fuerza de trabajo.
[61] Hobbes, T. (1651): *Leviathan: or, the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, The English Works, Londres, 1839, Vol. III, pág. 76 (Citado por Marx).
[62] Marx, K.: *SPG*, op. cit., VII. La fuerza de trabajo.
[63] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIII. Casos principales de lucha por la subida de salarios o contra su reducción.

el salario no sube, entonces la situación del obrero tenderá a empeorar, al caer el precio del trabajo por debajo de su valor:

«Supongamos ahora que a consecuencia de una disminución de la productividad del trabajo, hace falta más trabajo para producir, digamos, la misma cantidad de productos agrícolas que antes, con lo cual el precio de la cantidad media de artículos de primera necesidad requeridos diariamente subirá de tres chelines a cuatro. En este caso, el valor del trabajo aumentaría en una tercera parte, o sea, en el 33 1/3 por 100. Para producir el equivalente del sustento diario del obrero, dentro del nivel de vida anterior, serían necesarias ocho horas de la jornada de trabajo. Por tanto, el plustrabajo bajaría de seis horas a cuatro, y la cuota de ganancia se reduciría del 100 al 50 por 100. El obrero que, en estas condiciones, pidiese un aumento de salario, se limitaría a exigir que se le abonase el valor incrementado de su trabajo, como cualquier otro vendedor de una mercancía, que cuando aumenta el coste de producción de ésta, procura que se le pague el incremento del valor. Y si los salarios no suben, o no suben en la proporción suficiente para compensar la subida en el valor de los artículos de primera necesidad, el precio del trabajo descenderá por debajo del valor del trabajo, y el nivel de vida del obrero empeorará[64]».

Y en un sentido contrario al caso anterior, igualmente podría registrarse un cambio al alza en la productividad laboral. En esta situación, bajaría la posición social relativa del obrero, en comparación con la del capitalista:

«Al elevarse la productividad del trabajo, puede ocurrir que la misma cantidad de artículos de primera necesidad consumidos por término medio en un día baje de tres a dos chelines, o que, en vez de seis horas de la jornada de trabajo, basten cuatro para reproducir el equivalente del valor de los artículos de primera necesidad consumidos en un día. Esto permitirá al obrero comprar por dos chelines exactamente los mismos artículos de primera necesidad que antes le costaban tres. En realidad, disminuiría el valor del trabajo; pero este valor mermado dispondría de la misma cantidad de mercancías que antes. Así, la ganancia subiría de tres a cuatro chelines y la cuota de ganancia del 100 al 200 por 100. Y, aunque el nivel de vida absoluto del obrero seguiría siendo el mismo, su salario relativo, y por tanto su posición social relativa, comparada con la del capitalista, habrían bajado. Oponiéndose a esta rebaja de su salario relativo, el obrero no haría más que luchar por obtener una parte en las fuerzas productivas incrementadas de su propio trabajo y mantener su antigua posición relativa en la escala social[65]».

Más adelante, Marx nos clarifica que él mismo comprende que el "valor o precio del trabajo" constituye la expresión popular del "valor de la fuerza de trabajo":

«Ahora tenemos que volver a la expresión de "valor o precio del trabajo".

Hemos visto que, en realidad, este valor no es más que el de la fuerza de trabajo medido por los valores de las mercancías necesarias para su manutención. Pero, como el obrero sólo cobra su salario después de realizar su trabajo y como, además, sabe que lo que entrega realmente al capitalista es su trabajo, necesariamente se imagina que el valor o precio de su fuerza de trabajo es el precio o valor de su trabajo mismo. Si el precio de su fuerza de trabajo son tres chelines, en los que se materializan seis horas de trabajo, y si trabaja doce horas, forzosamente considera esos tres chelines como el valor o precio de doce horas de trabajo, aunque estas doce horas de trabajo representan un valor de seis chelines[66]».

[64] Marx, K.: *Ibidem*.
[65] Marx, K.: *Ibidem*.
[66] Marx, K.: *SPG*, op. cit., IX. El valor del trabajo.

Y, sobre esta base, se pueden establecer dos conclusiones principales:

«Primera. El valor o precio de la fuerza de trabajo reviste la apariencia del precio o valor del trabajo mismo, aunque en rigor las expresiones de valor y precio del trabajo carecen de sentido.

Segunda. Aunque sólo se paga una parte del trabajo diario del obrero, mientras que la otra parte queda sin retribuir, y aunque este trabajo no retribuido o plustrabajo es precisamente el fondo del que sale la plusvalía o ganancia, parece como si todo el trabajo fuese trabajo retribuido.

Esta apariencia engañosa distingue al trabajo asalariado de las otras formas históricas del trabajo. Dentro del sistema de trabajo asalariado, hasta el trabajo no retribuido parece trabajo pagado…

Siempre que emplee las palabras "valor del trabajo", las emplearé como término popular para indicar el "valor de la fuerza de trabajo"[67]».

El precio del trabajo, pese a las fluctuaciones del mercado, termina por adaptarse a su valor con el paso del tiempo y, por término medio, se reduce al valor de la fuerza de trabajo del obrero:

«[El] precio del trabajo en el mercado, al igual que el de las demás mercancías, tiene que adaptarse, con el transcurso del tiempo, a su valor; que, por tanto, pese a todas sus alzas y bajas y a todo lo que el obrero puede hacer, éste acabará obteniendo solamente, por término medio, el valor de su trabajo que se reduce al valor de su fuerza de trabajo; la cual, a su vez, se halla determinada por el valor de los medios de sustento necesarios para su manutención y reproducción, valor que está regulado en último término por la cantidad de trabajo necesaria para producirlos[68]».

Debe también resaltarse que el valor de la fuerza de trabajo –o el valor del trabajo– se distingue de los valores del resto de mercancías por unos rasgos peculiares, por los dos elementos que lo forman: el *elemento físico*, por una parte; y el *elemento histórico*, vinculado a las costumbres sociales de cada país, por otra. El primero de ellos determina, a su vez, los límites mínimo y máximo del valor de la fuerza de trabajo:

«El valor de la fuerza de trabajo está formado por dos elementos, uno de los cuales es puramente físico, mientras que el otro tiene un carácter histórico o social. Su límite mínimo está determinado por el elemento físico; es decir, que para poder mantenerse y reproducirse, para poder perpetuar su existencia física, la clase obrera tiene que obtener los artículos de primera necesidad absolutamente indispensables para vivir y multiplicarse. El valor de estos medios de sustento indispensables constituye, pues, el límite mínimo del valor del trabajo. Por otra parte, la extensión de la jornada de trabajo tiene también sus límites extremos, aunque sean muy elásticos. Su límite máximo lo traza la fuerza física del obrero. Si el agotamiento diario de sus energías vitales rebasa un cierto grado, no podrá desplegarlas de nuevo día tras día. Pero, como dije, este límite es muy elástico. Una sucesión rápida de generaciones raquíticas y de vida corta abastecería el mercado de trabajo exactamente lo mismo que una serie de generaciones vigorosas y de vida larga[69]».

En cuanto al elemento histórico que también conforma al valor del trabajo, este se refiere al *nivel de vida tradicional* de cada sociedad:

[67] Marx, K.: *Ibidem*.
[68] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.
[69] Marx, K.: *Ibidem*.

«No se trata solamente de la vida física, sino de la satisfacción de ciertas necesidades, que brotan de las condiciones sociales en que viven y se educan los hombres. El nivel de vida inglés podría descender hasta el grado del irlandés, y el nivel de vida de un campesino alemán hasta el de un campesino livonio. La importancia del papel que a este respecto desempeñan la tradición histórica y la costumbre social, puede verse en el libro de Mr. Thornton sobre la Superpoblación[70], donde se demuestra que en distintas regiones agrícolas de Inglaterra los jornales medios siguen todavía hoy siendo distintos, según las condiciones más o menos favorables en que esas regiones se redimieron de la servidumbre[71]».

Debe advertirse que esta componente histórica que contiene el valor de la fuerza del trabajo no es fija, sino variable: podría aumentarse, recortarse, y hasta llegar a extinguirse, tal y como aconteció durante la guerra antijacobina[72]:

«Este elemento histórico o social que entra en el valor del trabajo puede dilatarse o contraerse, e incluso extinguirse del todo, de tal modo que sólo quede en pie el límite físico. Durante la guerra antijacobina,… los honorables hacendados ingleses… redujeron los jornales de los obreros del campo hasta por debajo de aquel mínimo estrictamente físico, completando la diferencia indispensable para asegurar la perpetuación física de la raza, mediante las Leyes de Pobres[73]. Era un método glorioso para convertir al obrero asalariado en esclavo[74]».

— *Si el obrero vende su fuerza de trabajo por su valor, pero trabajando sólo las horas suficientes para mantenerse como obrero, el capitalista no obtendría plusvalía*

Bajo estas circunstancias, Marx nos advierte que tropezaremos con la verdadera dificultad:

«Supongamos ahora que el promedio de los artículos de primera necesidad imprescindibles diariamente al obrero requiera, para su producción, seis horas de trabajo medio. Supongamos, además, que estas seis horas de trabajo medio se materialicen en una cantidad de oro equivalente a tres chelines. En estas condiciones, los tres chelines serían el precio o la expresión en dinero del valor diario de la fuerza de trabajo de este hombre. Si trabajase seis horas, produciría diariamente un valor que bastaría para comprar la cantidad media de sus artículos diarios de primera necesidad o para mantenerse como obrero.

Pero nuestro hombre es un obrero asalariado. Por tanto, tiene que vender su fuerza de trabajo a un capitalista. Si la vende por tres chelines diarios o por dieciocho chelines semanales, la vende por su valor. Supongamos que se trata de un hilador. Si trabaja seis horas al día, incorporará al algodón diariamente un valor de tres chelines. Este valor diariamente incorporado por él representaría un equivalente exacto del salario o precio de su fuerza de trabajo que se le abona diariamente. Pero en este caso no afluiría al capitalista ninguna plusvalía o plusproducto[75]».

[70] Thornton, W.T. (1845): *Over-population and Its Remedy*, Londres, 1846 [Nota 18 de la obra reseñada de Marx].
[71] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.
[72] Se refiere a las guerras libradas por Inglaterra contra Francia desde 1793 a 1815, en el período de la Revolución burguesa. Durante este período, el gobierno británico estableció un régimen de terror contra el pueblo trabajador: se reprimieron varias insurrecciones populares y se promulgaron leyes prohibiendo las asociaciones obreras [Nota 13 de la obra reseñada de Marx].
[73] En aplicación de las *Leyes de Pobres*, establecidas inicialmente en la Inglaterra del siglo XVI, cada parroquia recaudaba una cantidad para la beneficencia que luego asignaba a sus vecinos, al objeto de amparar a aquellos que no podían mantenerse por sí mismos, o a su familia.
[74] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.
[75] Marx, K.: *SPG*, op. cit., VIII. La producción de la plusvalía.

El valor de la fuerza de trabajo se determina por la cantidad de trabajo necesario para su conservación o reproducción, como ya se ha establecido. Pero el uso de esta fuerza de trabajo no encuentra más límite que la energía activa y la fuerza física del obrero, un hecho que Marx subraya como un punto decisivo:

«El valor diario o semanal de la fuerza de trabajo y el ejercicio diario o semanal de esta misma fuerza de trabajo son dos cosas completamente distintas… La cantidad de trabajo que sirve de límite al valor de la fuerza de trabajo del obrero no limita, ni mucho menos, la cantidad de trabajo que su fuerza de trabajo puede ejecutar. Tomemos el ejemplo de nuestro hilador. Veíamos que, para reponer diariamente su fuerza de trabajo, este hilador necesitaba reproducir diariamente un valor de tres chelines, lo que hacía con su trabajo diario de seis horas. Pero esto no le quita la capacidad de trabajar diez o doce horas, y aún más, diariamente. Y el capitalista, al pagar el valor diario o semanal de la fuerza de trabajo del hilador, adquiere el derecho a usarla durante todo el día o toda la semana. Le hará trabajar, por tanto, supongamos, doce horas diarias. Es decir, que sobre y por encima de las seis horas necesarias para reponer su salario, o el valor de su fuerza de trabajo, tendrá que trabajar otras seis horas, que llamaré horas de plustrabajo, y este plustrabajo se traducirá en una plusvalía y en un plusproducto. Si, por ejemplo, nuestro hilador, con su trabajo diario de seis horas, añadía al algodón un valor de tres chelines, valor que constituye un equivalente exacto de su salario, en doce horas incorporará al algodón un valor de seis chelines y producirá el correspondiente superávit de hilo. Y, como ha vendido su fuerza de trabajo al capitalista, todo el valor, o sea, todo el producto creado por él pertenece al capitalista, que es el dueño pro tempore de su fuerza de trabajo. Por tanto, adelantando tres chelines, el capitalista realizará el valor de seis, pues mediante el adelanto de un valor en el que hay cristalizadas seis horas de trabajo, recibirá a cambio un valor en el que hay cristalizadas doce horas de trabajo. Al repetir diariamente esta operación, el capitalista adelantará diariamente tres chelines y se embolsará cada día seis, la mitad de los cuales volverá a invertir en pagar nuevos salarios, mientras que la otra mitad forma la plusvalía, por la que el capitalista no abona ningún equivalente[76]».

Este tipo de intercambio entre el capital y el trabajo es, como establece Marx, "el que sirve de base a la producción capitalista o al sistema del asalariado, y tiene incesantemente que conducir a la reproducción del obrero como obrero y del capitalista como capitalista". Y ello implica también, desde otra perspectiva, que el capitalista ya tiene garantizada una ganancia cuando venda una mercancía por su verdadero valor (sin necesidad, por consiguiente, de tener que venderla por encima de su valor):

«El valor de una mercancía se determina por la cantidad total de trabajo que encierra. Pero una parte de esta cantidad de trabajo se materializa en un valor por el que se abonó un equivalente en forma de salarios; otra parte se materializa en un valor por el que no se pagó ningún equivalente. Una parte del trabajo encerrado en la mercancía es trabajo retribuido; otra parte, trabajo no retribuido. Por tanto, cuando el capitalista vende la mercancía por su valor, es decir, como cristalización de la cantidad total de trabajo invertido en ella, tiene necesariamente que venderla con ganancia. Vende no sólo lo que le ha costado un equivalente, sino también lo que no le ha costado nada, aunque haya costado el trabajo de su obrero. Lo que la mercancía le cuesta al capitalista y lo que en realidad cuesta, son cosas distintas. Repito, pues, que las ganancias normales y medias se obtienen vendiendo mercancías no por encima de su verdadero valor sino a su verdadero valor[77]».

Una vez constatada la existencia de *plusvalía*, entonces, ¿cómo se calcula la cuota de plusvalía?

«La cuota de plusvalía dependerá, si las demás circunstancias permanecen invariables, de la proporción existente entre la parte de la jornada de trabajo necesaria para reproducir el valor de la

[76] Marx, K.: *Ibidem*.

[77] Marx, K.: *SPG*, op. cit., X. Se obtiene ganancia vendiendo una mercancía por su valor.

fuerza de trabajo y el plustiempo o plustrabajo destinado al capitalista. Dependerá, por tanto, de la proporción en que la jornada de trabajo se prolongue más allá del tiempo durante el cual el obrero, con su trabajo, se limita a reproducir el valor de su fuerza de trabajo o a reponer su salario[78]».

— Acerca de los límites inferior y superior de la cuota de ganancia

La lógica económica capitalista se caracteriza porque mientras que el capitalista pretende reducir constantemente los salarios a su mínimo físico y prolongar la jornada de trabajo hasta su máximo físico, el obrero presiona constantemente en el sentido opuesto. Esto nos plantea el asunto de cuáles son los límites de la *cuota de ganancia* máxima, considerando al *salario mínimo* y a las fuerzas físicas del obrero, dada la jornada de trabajo:

«Por lo que se refiere a la ganancia, no existe ninguna ley que le trace un mínimo. No puede decirse cuál es el límite extremo de su baja. ¿Y por qué no podemos fijar este límite? Porque si podemos fijar el salario mínimo, no podemos, en cambio, fijar el salario máximo. Lo único que podemos decir es que, dados los límites de la jornada de trabajo, el máximo de ganancia corresponde al mínimo físico del salario, y que, partiendo de salarios dados, el máximo de ganancia corresponde a la prolongación de la jornada de trabajo, en la medida en que sea compatible con las fuerzas físicas del obrero. Por tanto, el máximo de ganancia se halla limitado por el mínimo físico del salario y por el máximo físico de la jornada de trabajo. Es evidente que, entre los dos límites de esta cuota de ganancia máxima, cabe una escala inmensa de variantes. La determinación de su grado efectivo se dirime exclusivamente por la lucha incesante entre el capital y el trabajo[79]».

El problema se reduce, según el anterior planteamiento marxista, al problema de las respectivas fuerzas de ambos contendientes.

— La igualdad de salarios jamás se realizará sobre la base del sistema del salariado

¿Resultaría factible una *retribución equitativa* del trabajo? Para Marx, la aspiración inalcanzable de una igualdad de salarios entre los diferentes oficios sobre la base del sistema del salariado, constituye un error absurdo:

«Debo hacer constar que, del mismo modo que el coste de producción de fuerzas de trabajo de distinta calidad es distinto, tienen que serlo también los valores de la fuerza de trabajo aplicada en los distintos oficios. Por tanto, el clamor por la igualdad de salarios descansa en un error, es un deseo absurdo, que jamás llegará a realizarse. Es un brote de ese falso y superficial radicalismo que admite las premisas y pretende rehuir las conclusiones. Sobre la base del sistema del salario, el valor de la fuerza de trabajo se fija lo mismo que el de otra mercancía cualquiera; y como distintas clases de fuerza de trabajo tienen distintos valores o exigen distintas cantidades de trabajo para su producción, tienen que tener distintos precios en el mercado de trabajo. Pedir una retribución igual, o simplemente una retribución equitativa, sobre la base del sistema del salariado, es lo mismo que pedir libertad sobre la base de un sistema esclavista. Lo que pudierais reputar justo o equitativo, no hace al caso. El problema está en saber qué es lo necesario e inevitable dentro de un sistema dado de producción[80]».

[78] Marx, K.: *SPG*, op. cit., VIII. La producción de la plusvalía.
[79] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.
[80] Marx, K.: *SPG*, op. cit., VII. La fuerza de trabajo.

— Casos principales de la lucha obrera por la subida de salarios o contra su reducción

La resistencia periódica que los obreros "oponen a la rebaja de sus salarios y sus intentos periódicos por conseguir una subida de salarios", como remarca Marx, son "fenómenos inseparables del sistema del trabajo asalariado"[81].

En particular, la lucha por la subida de salarios no es sino la inevitable reacción de los obreros, ante unos cambios anteriores operados por el *capital* en el sistema económico:

«En todos los casos que he examinado, que son el 99 por 100, habéis visto que la lucha por la subida de salarios sigue siempre a cambios anteriores y es el resultado necesario de los cambios previos operados en el volumen de producción, las fuerzas productivas del trabajo, el valor de éste, el valor del dinero, la extensión o intensidad del trabajo arrancado, las fluctuaciones de los precios del mercado, que dependen de las fluctuaciones de la oferta y la demanda y se producen con arreglo a las diversas fases del ciclo industrial; en una palabra, es la reacción de los obreros contra la acción anterior del capital. Si enfocásemos la lucha por la subida de salarios independientemente de todas estas circunstancias, tomando en cuenta solamente los cambios operados en los salarios y pasando por alto los demás cambios a que aquéllos obedecen, arrancaríamos de una premisa falsa para llegar a conclusiones falsas[82]».

En primer lugar, ya ha sido analizado el alcance de la evolución de las fuerzas productivas del trabajo sobre la determinación de su valor. Así, cuando se registre una reducción de la productividad laboral, los obreros pugnarían entonces por elevar el salario, al objeto de compensarles el valor incrementado de su trabajo. Y en el supuesto alternativo, si se elevara la productividad laboral, bajaría entonces el salario relativo del obrero, y por esa razón lucharían entonces para "obtener una parte en las fuerzas productivas incrementadas de su propio trabajo", con la clara intención de restablecer "su antigua posición relativa en la escala social".

En segundo lugar, otra causa de la lucha obrera es la *depreciación del dinero*, que provoca una elevación instantánea del precio de todos los artículos, incluidos los de primera necesidad. Al objeto de evitar su empobrecimiento por esta razón, los obreros se verían forzados a presionar de nuevo para conseguir elevar su salario:

«Los valores de los artículos de primera necesidad y por consiguiente, el valor del trabajo pueden permanecer invariables y, sin embargo, el precio en dinero de aquéllos puede sufrir una alteración, porque se opere un cambio previo en el valor del dinero.

Con el descubrimiento de yacimientos más abundantes etc., dos onzas de oro, por ejemplo, no costarían más trabajo 50 del que antes exigía la producción de una onza. En este caso, el valor del oro descendería a la mitad, al por 100. Y como, a consecuencia de esto, los valores de todas las demás mercancías se expresarían en el doble de su precio en dinero anterior, esto se haría extensivo también al valor del trabajo. Las doce horas de trabajo que antes se expresaban en seis chelines, ahora se expresarían en doce. Por tanto, si el salario del obrero siguiese siendo de tres chelines, en vez de subir a seis, resultaría que el precio en dinero de su trabajo sólo correspondería a la mitad del valor de su trabajo, y su nivel de vida empeoraría espantosamente. Y lo mismo ocurriría en un grado mayor o menor si su salario subiese, pero no proporcionalmente a la baja del valor del oro. En este caso, no se habría operado el menor cambio, ni en las fuerzas productivas del trabajo, ni en la oferta y la demanda, ni en los valores. Nada habría cambiado menos el nombre en dinero de estos valores. Decir que en

[81] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.
[82] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIII. Casos principales de lucha por la subida de salarios o contra su reducción.

este caso el obrero no debe luchar por una subida proporcional de su salario, equivale a pedirle que se resigne a que se le pague su trabajo en nombres y no en cosas. Toda la historia del pasado demuestra que, siempre que se produce tal depreciación del dinero, los capitalistas se apresuran a aprovechar esta coyuntura para defraudar a los obreros. Una numerosa escuela de economistas asegura que, como consecuencia de los nuevos descubrimientos de tierras auríferas, de la mejor explotación de las minas de plata y del abaratamiento en el suministro de mercurio, ha vuelto a bajar el valor de los metales preciosos. Esto explicaría los intentos generales y simultáneos que se hacen en el continente por conseguir una subida de salarios[83]».

En tercer lugar, los obreros lucharán contra una *jornada de trabajo* que no tenga límites. La extensión o intensidad del "trabajo arrancado" provocaría que los obreros se esfuercen por reducirla a una duración razonable:

«En realidad, la jornada de trabajo no tiene, por sí misma, límites constantes. El capital tiende constantemente a dilatarla hasta el máximo de su duración físicamente posible, ya que en la misma proporción aumenta el plustrabajo y, por tanto, la ganancia que de él se deriva. Cuanto más consiga el capital alargar la jornada de trabajo, mayor será la cantidad de trabajo ajeno que se apropiará[84]».

Bajo el sistema económico capitalista, cuando el obrero vende en el mercado su fuerza de trabajo al objeto de ganarse su sustento, le cede al capitalista el derecho a usar esta fuerza "dentro de ciertos límites razonables" pero, evidentemente, "no para destruirla":

«Vende su fuerza de trabajo para conservarla, salvo su natural desgaste, pero no para destruirla. Y como la vende por su valor diario o semanal, se sobreentiende que en un día o en una semana no ha de someterse su fuerza de trabajo a un uso o desgaste de dos días o dos semanas… [El] hombre se agota en una proporción mucho mayor de la que podría suponerse a base del simple aumento numérico de trabajo.

Al esforzarse por reducir la jornada de trabajo a su antigua duración razonable, o, allí donde no pueden arrancar una fijación legal de la jornada normal de trabajo, por contrarrestar el trabajo excesivo mediante una subida de salarios -subida no sólo en proporción con el tiempo adicional que se les estruja, sino en una proporción mayor-, los obreros no hacen más que cumplir con un deber para consigo mismos y para con su raza. Ellos únicamente ponen límites a las usurpaciones tiránicas del capital[85]».

Además, el hombre tiene que disponer de suficiente *tiempo libre* para vivir su propia vida, dado que ésta no debería estar acaparada en exclusiva por su trabajo para el capitalista:

«El tiempo es el espacio en que se desarrolla el hombre. El hombre que no dispone de ningún tiempo libre, cuya vida, prescindiendo de las interrupciones puramente físicas del sueño, las comidas, etc., está toda ella absorbida por su trabajo para el capitalista, es menos que una bestia de carga. Físicamente destrozado y espiritualmente embrutecido, es una simple máquina para producir riqueza ajena. Y, sin embargo, toda la historia de la moderna industria demuestra que el capital, si no se le pone un freno, laborará siempre, implacablemente y sin miramientos, por reducir a toda la clase obrera a este nivel de la más baja degradación[86]».

[83] Marx, K.: *Ibidem*.
[84] Marx, K.: *Ibidem*.
[85] Marx, K.: *Ibidem*.
[86] Marx, K.: *Ibidem*.

Asimismo, la tendencia a ampliar la duración de la jornada por parte del capitalista, aunque le posibilita pagar unos salarios mayores, pero normalmente por debajo del valor del trabajo, no sólo va a afectar a la contribución laboral del hombre, sino que va a requerir también la incorporación de los demás miembros de su familia (la de su mujer e hijos), a la esfera laboral, para así compensar la *devaluación salarial*:

«El capitalista, alargando la jornada de trabajo, puede abonar salarios más altos y disminuir, sin embargo, el valor del trabajo, si la subida de los salarios no se corresponde con la mayor cantidad de trabajo estrujado y con el más rápido agotamiento de la fuerza de trabajo que lleva consigo. Y esto puede ocurrir también de otro modo. Vuestros estadísticos burgueses os dirán, por ejemplo, que los salarios medios de las familias que trabajan en las fábricas de Lancaster han subido. Pero olvidan que en vez del trabajo del hombre, la cabeza de familia, su mujer y tal vez tres o cuatro hijos se ven lanzados ahora bajo las ruedas del carro de Yaggernat del capital, y que la subida de los salarios totales no corresponde a la del plustrabajo total arrancado a la familia[87]».

En relación con la jornada de trabajo, finalmente, Marx también contempla la posibilidad de que, incluso con una jornada laboral fija, una mayor *intensidad del trabajo* requerirá la correspondiente pugna obrera por la elevación del salario, al objeto de mantener el anterior valor del trabajo:

«Aun dentro de una jornada de trabajo con límites fijos, como hoy rige en todas las industrias sujetas a la legislación fabril, puede ser necesaria una subida de salarios, aunque sólo sea para mantenerse el antiguo nivel del valor del trabajo. Mediante el aumento de la intensidad del trabajo puede hacerse que un hombre gaste en una hora tanta fuerza vital como antes en dos. En las industrias sometidas a la legislación fabril, esto se ha hecho en realidad, hasta cierto punto, acelerando la marcha de las máquinas y aumentando el número de máquinas que ha de atender un solo individuo. Si el aumento de la intensidad del trabajo o de la cantidad de trabajo consumida en una hora guarda alguna proporción adecuada con la disminución de la jornada, saldrá todavía ganando el obrero. Si se rebasa este límite, perderá por un lado lo que gane por otro, y diez horas de trabajo le quebrantarán tanto como antes doce. Al contrarrestar esta tendencia del capital mediante la lucha por el alza de los salarios, en la medida correspondiente a la creciente intensidad del trabajo, el obrero no hace más que oponerse a la depreciación de su trabajo y a la degeneración de su raza[88]».

Y, en cuarto lugar, otro factor que puede abocar a la lucha obrera es la presencia de los *ciclos económicos* o industriales que caracterizan a la producción capitalista. Tales ciclos abarcan diversas fases, que van desde el estancamiento hasta la prosperidad, lo que origina unas fluctuaciones al alza y a la baja tanto en los precios de las mercancías, como en la evolución de los salarios y de los beneficios. Así, y durante las fases de crisis económica y estancamiento, el obrero que tenga la suerte de no llegar a ser despedido y mantenga su empleo, verá entonces reducido su salario:

«[La] producción capitalista se mueve a través de determinados ciclos periódicos. Pasa por fases de calma, de animación creciente, de prosperidad, de superproducción, de crisis y de estancamiento. Los precios de las mercancías en el mercado y la cuota de ganancia en éste siguen a estas fases, y unas veces descienden por debajo de su nivel medio y otras veces lo rebasan. Si os fijáis en todo el ciclo, veréis que unas desviaciones de los precios del mercado son compensadas por otras y que, sacando la media del ciclo, los precios de las mercancías en el mercado se regulan por sus valores. Pues bien; durante las fases de baja de los precios en el mercado y durante las fases de crisis y estancamiento, el obrero, si es que no se ve arrojado a la calle, puede estar seguro de ver rebajado su salario. Para que

[87] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIII. Casos principales de lucha por la subida de salarios o contra su reducción.
[88] Marx, K.: *Ibidem*.

no le defrauden, el obrero debe forcejear con el capitalista, incluso en las fases de baja de los precios en el mercado, para establecer en qué medida se hace necesario rebajar los jornales[89]».

Alternativamente, Marx sostiene que, durante las fases de prosperidad, en las que el capitalista va a obtener unas ganancias extraordinarias, si el obrero no lucha por conseguir una elevación de su salario no llegaría siquiera a percibir su salario medio –o valor de su fuerza de trabajo–, si se calculara la media a lo largo de todo el ciclo económico:

«Y si, durante la fase de prosperidad, en que el capitalista obtiene ganancias extraordinarias, el obrero no batallase por conseguir que se le suba el salario, no percibiría siquiera, sacando la media de todo el ciclo industrial, su salario medio, o sea el valor de su trabajo. Sería el colmo de la locura exigir que el obrero, cuyo salario se ve forzosamente afectado por las fases adversas del ciclo, renunciase a verse compensado durante las fases prósperas. Generalmente, los valores de todas las mercancías se realizan exclusivamente por medio de la compensación que se opera entre los precios constantemente variables del mercado, sometidos a las fluctuaciones constantes de la oferta y la demanda. Dentro del sistema actual, el trabajo es solamente una mercancía como otra cualquiera. Tiene, por tanto, que experimentar las mismas fluctuaciones, para obtener el precio medio que corresponde a su valor. Sería un absurdo considerarlo, por una parte, como una mercancía, y querer exceptuarlo, por otra, de las leyes que regulan los precios de las mercancías. El esclavo obtiene una cantidad constante y fija de medios para su sustento; el obrero asalariado no. Este debe intentar conseguir en unos casos una subida de salarios, aunque sólo sea para compensar su baja en otros casos. Si se resignase a acatar la voluntad, los dictados del capitalista, como una ley económica permanente, compartiría toda la miseria del esclavo, sin compartir, en cambio, la seguridad de éste[90]».

— Acerca de la lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados

Tras haber demostrado que "la lucha obrera para elevar los salarios es inseparable del sistema de trabajo asalariado", respondiendo al hecho de que el valor del trabajo está sometido a las leyes del mercado, y que "una subida general de salarios se traduciría en la disminución de la cuota general de ganancia, pero sin afectar a los precios medios de las mercancías, ni a sus valores", ahora Marx se plantea el problema de "saber hasta qué punto, en la lucha incesante entre el capital y el trabajo, tiene éste perspectivas de éxito"[91].

Por una parte, el análisis comparativo de los *salarios* y de las *cuotas de ganancias* (o tasas de beneficios) entre distintos países, y en distintas épocas dentro del mismo país, nos enseña que se trata de magnitudes variables, no constantes:

«Si comparáis los salarios o valores del trabajo normales en distintos países y en distintas épocas históricas dentro del mismo país, veréis que el valor del trabajo no es, por sí mismo, una magnitud constante, sino variable, aun suponiendo que los valores de las demás mercancías permanezcan fijos.

Una comparación similar demostraría que no varían solamente las cuotas de ganancia en el mercado, sino también sus cuotas medias[92]».

En relación con la jornada de trabajo, solo la presión obrera ha posibilitado su limitación mediante *ley*, lo que ya constituye una demostración del poderío del capital:

[89] Marx, K.: *Ibidem*.
[90] Marx, K.: *Ibidem*.
[91] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.
[92] Marx, K.: *Ibidem*.

«Por lo que atañe a la limitación de la jornada de trabajo, lo mismo en Inglaterra que en los demás países, nunca se ha reglamentado sino por injerencia legislativa. Sin la constante presión de los obreros desde fuera, la ley jamás habría intervenido. En todo caso, este resultado no podía alcanzarse mediante convenios privados entre los obreros y los capitalistas. Esta necesidad de una acción política general es precisamente la que demuestra que, en el terreno puramente económico de lucha, el capital es la parte más fuerte[93]».

En cuanto a la fijación de los límites del valor del trabajo, ello dependerá siempre de la oferta de trabajo de los obreros y la demanda de trabajo por parte del capital. Bajo tales circunstancias, esto favorecía a los obreros en el caso de los países coloniales de la época, debido a la continua transformación de los obreros en labradores:

«En los países coloniales, la ley de la oferta y la demanda favorece a los obreros. De aquí el nivel relativamente alto de los salarios en los Estados Unidos. En estos países, haga lo que haga el capital, no puede evitar que el mercado de trabajo esté constantemente desabastecido por la constante transformación de los obreros asalariados en labradores independientes, con fuentes propias de subsistencia. Para gran parte de la población norteamericana, la posición de obrero asalariado no es más que una estación de tránsito, que está segura de abandonar al cabo de un tiempo más o menos largo[94]».

Por el contrario, en los "viejos países civilizados" sucedía que el capital dominaba por completo el proceso de producción, y vino a aplicar unos métodos productivos muy eficaces contra las alzas de salarios, tal como la introducción de maquinaria (entre otros medios para mejorar las fuerzas productivas del trabajo), que primero logra alcanzar un aumento de la productividad del trabajo, luego reduce la demanda de trabajo y los salarios, y finalmente acaba generando una *superpoblación* obrera:

«Fijémonos, por ejemplo, en la subida de los jornales de los obreros agrícolas en Inglaterra, de 1849 a 1859. ¿Cuáles fueron sus consecuencias? Los agricultores no pudieron subir el valor del trigo,… ni siquiera su precio en el mercado. Por el contrario, tuvieron que resignarse a verlo bajar. Pero, durante estos once años, introdujeron máquinas de todas clases y aplicaron métodos más científicos, transformaron una parte de las tierras de labor en pastizales, aumentaron la extensión de sus granjas, y con ella la escala de la producción; y de este modo, haciendo disminuir por estos y por otros medios la demanda de trabajo gracias al aumento de sus fuerzas productivas, volvieron a crear una superpoblación relativa en el campo. Tal es el método general con que opera el capital en los países poblados de antiguo, para reaccionar, más rápida o más lentamente, contra las subidas de salarios. Ricardo ha observado acertadamente que la máquina está en continua competencia con el trabajo, y con harta frecuencia sólo puede introducirse cuando el precio del trabajo sube hasta cierto límite[95]; pero la aplicación de maquinaria no es más que uno de los muchos métodos empleados para aumentar las fuerzas productivas del trabajo. Este mismo proceso de desarrollo, que deja relativamente sobrante el trabajo simple, simplifica por otra parte el trabajo calificado, y por tanto, lo deprecia[96]».

La misma ley se impone bajo otra forma, según Marx: al desarrollarse la industria gracias a las mejoras de productividad laboral que facilita la *acumulación de capital*, la demanda de trabajo avanzará; pero siempre lo hará a un ritmo inferior y decreciente, en relación al registrado por el aumento del *capital*:

[93] Marx, K.: *Ibidem*.
[94] Marx, K.: *Ibidem*.
[95] Ricardo, D. (1817): *On the Principles of Political Economy, and Taxation*, Londres, 1821, p. 479 [Nota 21 de la obra reseñada de Marx].
[96] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.

«Con el desarrollo de las fuerzas productivas del trabajo, se acelera la acumulación del capital, aun en el caso de que el tipo de salarios sea relativamente alto... Pero es que, simultáneamente con la acumulación progresiva, se opera un cambio progresivo en cuanto a la composición del capital. La parte del capital global formada por capital fijo: maquinaria, materias primas, medios de producción de todo género, crece con mayor rapidez que la parte destinada a salarios, o sea a comprar trabajo. Esta ley ha sido puesta de manifiesto, bajo una forma más o menos precisa, por Mr. Barton, Ricardo, Sismondi, el profesor Richard Jones, el profesor Ramsay, Cherbuliez y otros.

Si la proporción entre estos dos elementos del capital era originariamente de 1 : 1, al desarrollarse la industria será de 5 : 1, y así sucesivamente. Si de un capital global de 600 se desembolsan 300 para instrumentos, materias primas, etc., y 300 para salarios, para que pueda absorber a 600 obreros en vez de 300, basta con doblar el capital global. Pero, si de un capital de 600 se invierten 500 en maquinaria, materiales, etc., y solamente 100 en salarios, para poder colocar a 600 obreros en vez de 300, este capital tiene que aumentar de 600 a 3.600. Por tanto, al desarrollarse la industria, la demanda de trabajo no avanza con el mismo ritmo que la acumulación del capital. Aumentará, pero aumentará en una proporción constantemente decreciente, comparándola con el incremento del capital[97]».

Como resultado de las anteriores observaciones acerca de la "industria moderna", y según el criterio de Marx, la balanza se estaría decantando crecientemente a favor del capitalista y en contra del obrero. De tal forma que la tendencia de la *producción capitalista* no sería la de elevar los salarios, sino justo lo contrario, la de reducirlos a su límite mínimo, lo que justifica y fundamenta la defensa de la *clase obrera*:

«Estas pocas indicaciones bastarán para poner de relieve que el propio desarrollo de la moderna industria contribuye por fuerza a inclinar la balanza cada vez más en favor del capitalista y en contra del obrero, y que, como consecuencia de esto, la tendencia general de la producción capitalista no es a elevar el nivel medio de los salarios, sino, por el contrario, a hacerlo bajar, o sea, a empujar más o menos el valor del trabajo a su límite mínimo. Siendo tal la tendencia de las cosas en este sistema, ¿quiere esto decir que la clase obrera deba renunciar a defenderse contra las usurpaciones del capital y cejar en sus esfuerzos para aprovechar todas las posibilidades que se le ofrezcan para mejorar temporalmente su situación? Si lo hiciese, veríase degradada en una masa uniforme de hombres desgraciados y quebrantados, sin salvación posible[98]».

Esta necesidad de pugnar con el capitalista acerca del salario aparece vinculada a la situación del obrero, que "le obliga a venderse a sí mismo como una mercancía". En la mayoría de los casos, sus esfuerzos por elevar los salarios "no son más que esfuerzos dirigidos a mantener en pie el valor dado del trabajo". Y por esta razón, Marx sostiene que si los obreros, en sus conflictos cotidianos con el capital "cediesen cobardemente, se descalificarían sin duda para emprender movimientos de mayor envergadura"[99].

Al mismo tiempo, también advierte Marx a la clase obrera que no debería olvidar que en realidad lucha contra los *efectos*, pero no contra las *causas* de tales efectos. Por lo que propugna dirigir los esfuerzos, dentro de las condiciones materiales del sistema capitalista, hacia "la reconstrucción económica de la sociedad":

«Aun prescindiendo por completo del esclavizamiento general que entraña el sistema del trabajo asalariado, la clase obrera no debe exagerar a sus propios ojos el resultado final de estas luchas

[97] Marx, K.: *Ibidem*.
[98] Marx, K.: *Ibidem*.
[99] Marx, K.: *Ibidem*.

diarias… No debe, por tanto, entregarse por entero a esta inevitable lucha guerrillera, continuamente provocada por los abusos incesantes del capital o por las fluctuaciones del mercado. Debe comprender que el sistema actual, aun con todas las miserias que vuelca sobre ella, engendra simultáneamente las condiciones materiales y las formas sociales necesarias para la reconstrucción económica de la sociedad. En vez del lema conservador de "¡Un salario justo por una jornada de trabajo justa!", deberá inscribir en su bandera esta consigna revolucionaria: "¡Abolición del sistema del trabajo asalariado!"[100]».

Y a modo de propuesta de resolución final, orientada al logro de la *emancipación* de la clase obrera, Marx sintetiza todo su discurso anterior en los tres puntos siguientes:

«1. Una subida general de los tipos de salarios acarrearía una baja de la cuota general de ganancia, pero no afectaría, en términos generales, a los precios de las mercancías.

2. La tendencia general de la producción capitalista no es a elevar el promedio standard del salario, sino a reducirlo.

3. Las *tradeuniones* [sindicatos] trabajan bien como centros de resistencia contra las usurpaciones del capital. Fracasan, en algunos casos, por usar poco inteligentemente su fuerza. Pero, en general, fracasan por limitarse a una guerra de guerrillas contra los efectos del sistema existente, en vez de esforzarse, al mismo tiempo, por cambiarlo, en vez de emplear sus fuerzas organizadas como palanca para la emancipación final de la clase obrera; es decir, para la abolición definitiva del sistema del trabajo asalariado[101]».

4. CONCLUSIONES

A pesar de las diferentes macrovisiones de Adam Smith y Karl Marx, motivadas por sus peculiares enfoques teóricos y postulados filosóficos, y por el propio cambio de época, existen coincidencias significativas en sus particulares análisis económicos.

Entre ellas, cabría destacar que ambos maestros comparten un enfoque general de los asuntos económicos centrado en el lado de la oferta, la acumulación de capital, la producción y el crecimiento económico, cuestiones éstas últimas que afectan al largo plazo. Al igual que la idea de que el producto íntegro del trabajo le pertenecía al trabajador, antes de la *acumulación originaria* y la apropiación de la tierra. Aunque Marx consideraba más apropiado hablar de *expropiación originaria*, habida cuenta de la separación efectiva del obrero de los medios de trabajo. Igualmente comparten la *teoría del valor trabajo* en sus investigaciones. Y el papel inicial de la oferta y la demanda en el mercado de trabajo como regulador de los respectivos salarios de mercado, aunque los dos reconsideran que hay una *componente histórica* que, finalmente, va a imponerse en su formación a largo plazo. Así, cuando Smith se refiere al *salario natural* (regulado por las condiciones generales de cada sociedad, su estado progresivo, estacionario o decadente, su riqueza o pobreza, etc.), proclama que, a la larga, éste se impondrá sobre las fluctuaciones al alza y a la baja del *salario de mercado*. Mientras que Marx, por su parte, entiende que el valor de la fuerza de trabajo está condicionado tanto por el valor de los medios de sustento o artículos de primera necesidad, como por una componente histórica y social, que brota de las condiciones sociales en que viven y se educan los hombres.

Pero también existen diferencias muy relevantes entre ellos, siendo la más destacable a este respecto que, mientras que Smith defiende que el hombre pueda vivir de su trabajo, mediante unos

[100] Marx, K.: *Ibidem*.
[101] Marx, K.: *SPG*, op. cit., XIV. La lucha entre el capital y el trabajo, y sus resultados.

salarios que al menos permitan mantener a los trabajadores, Marx propugna directamente la propia abolición del sistema del trabajo asalariado.

5. BIBLIOGRAFÍA

Hobbes, T.: *Leviathan: or, the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, The English Works, Londres, 1839.

Marx, K.: *Salario, precio y ganancia*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Beijing, República Popular China, 1976.

Ricardo, D. *On the Principles of Political Economy, and Taxation*, Londres, 1821.

Smith, A.: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, edición de Edwin Cannan, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª reimpr., 1979.

Thornton, W.T.: *Over-population and Its Remedy*, Londres, 1846.

Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

Laborum

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas

María Nieves Moreno Vida *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-0600-8332

Cita Sugerida: MORENO VIDA, M.N. «Crónica legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 365-407.

1. CRÓNICA LEGISLATIVA LABORAL Y OTRAS MATERIAS CONEXAS

1.1. UNIÓN EUROPEA

-*Períodos de prácticas de calidad en la Unión*. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre períodos de prácticas de calidad en la Unión (2020/2005(INL)) [P9_TA(2023)0239]

El Parlamento Europeo considera que los períodos de prácticas son una forma esencial de que los jóvenes adquieran experiencia antes de encontrar un empleo estable; que los períodos de prácticas pueden facilitar la transición de la educación o la formación profesional al mercado laboral; que es fundamental que se establezcan condiciones e incentivos óptimos para que los jóvenes puedan acceder a períodos de prácticas de calidad que les proporcionen una experiencia de aprendizaje útil, así como experiencia laboral y el desarrollo de un conjunto de capacidades pertinentes; que los trabajadores en prácticas que realizan períodos de prácticas en el mercado laboral abierto, los períodos de prácticas como parte de políticas activas del mercado de trabajo y los períodos de prácticas que forman parte de la formación profesional obligatoria deben tener derecho a una remuneración, tal como se establece en el anexo I; que los trabajadores en prácticas que realicen períodos de prácticas con el fin de obtener cualificaciones educativas deben tener acceso a una compensación adecuada.

Señala que la mayoría de los períodos de prácticas en la Unión pueden dividirse en categorías que comprenden lo siguiente: períodos de prácticas en el mercado abierto, períodos de prácticas en el contexto de políticas activas del mercado de trabajo, períodos de prácticas que forman parte de la formación profesional y períodos de prácticas que forman parte de un plan de estudios académico o profesional; que todos estos distintos tipos de prácticas representan una oportunidad para que los jóvenes se formen y adquieran capacidades que se ajusten a las necesidades del mercado laboral y deben facilitar su acceso empleos de calidad en el futuro, al tiempo que satisfacen sus necesidades personales; que la Unión, los Estados miembros y los interlocutores sociales son esenciales a la hora de facilitar el acceso a períodos de prácticas de calidad.

Señala, asimismo, que los estudios han establecido vínculos entre la calidad de los períodos de prácticas y los resultados en lo que respecta al empleo, siendo la remuneración uno de los criterios clave de calidad de lo que constituye un período de prácticas de alta calidad.

Destaca que los períodos de prácticas son esencialmente una experiencia de aprendizaje y no deben sustituir a los empleos de entrada en la empresa; pide a la Comisión y a los Estados miembros que, en estrecha colaboración con los interlocutores sociales, faciliten y mejoren el acceso de los jóvenes a períodos de prácticas de calidad, remunerados e inclusivos, en especial para los procedentes

de entornos vulnerables a fin de lograr el objetivo de cohesión social e inclusión de la Unión. Por ello, subraya la necesidad de unos períodos de prácticas de calidad para mejorar las capacidades y la empleabilidad de los jóvenes, facilitando de este modo su transición al mercado laboral; destaca que los períodos de prácticas pueden ser una oportunidad para que los jóvenes aprendan y se pongan a prueba en distintas profesiones con el fin de averiguar qué empleos se ajustan mejor a sus capacidades y aspiraciones

El Parlamento pide a la Comisión que actualice y refuerce la Recomendación de 2014 del Consejo y la convierta en un instrumento legislativo más fuerte. insta a la Comisión a adoptar medidas legislativas para garantizar la calidad de las prácticas formativas en la UE. Pide a la Comisión, por tanto, que incluya los siguientes principios adicionales en un marco de calidad para los períodos de prácticas actualizado:

— El acceso a una compensación adecuada para los trabajadores en prácticas en función del coste de la vida,

— el acceso de los trabajadores en prácticas a la protección social según los regímenes nacionales,

— mayor acceso a los períodos de prácticas por parte de los trabajadores en prácticas procedentes de entornos vulnerables, entre ellos aquellos con discapacidad, empleando un enfoque interseccional;

— lugares de trabajo accesibles;

— cumplimiento de los criterios de calidad cuando se realice una parte de un período de prácticas a distancia;

— objetivos de aprendizaje claros y acceso a una tutoría adecuada y a la orientación por parte de tutores formados para garantizar la transferencia de capacidades intergeneracional;

— comunicación, por medio de canales predeterminados y en cooperación con las inspecciones del trabajo nacionales y las autoridades pertinentes, de las malas prácticas y malas condiciones durante los períodos de prácticas.

El Parlamento Europeo pide a la Comisión que proponga una Directiva sobre los períodos de prácticas en el mercado laboral abierto, los períodos de prácticas como parte de políticas activas del mercado de trabajo y los períodos de prácticas que son una parte obligatoria de la formación profesional, con el fin de garantizar unas normas mínimas de calidad, incluidas normas sobre la duración de los períodos de prácticas, el acceso a la protección social de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, así como una remuneración que garantice un nivel de vida digno a fin de evitar prácticas de explotación, de conformidad con el proyecto de Directiva que figura en el anexo I de esta Resolución.

1.2. RELACIONES LABORALES

-*Fiestas laborales*. - Resolución de 23 de octubre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2024 (BOE 27-10-2023)

Esta Resolución contiene la relación de fiestas laborales para el año 2024, en las que se hace referencia también a las de ámbito nacional, autonómico y de las ciudades de Ceuta y Melilla.

1.3. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

-*Salud mental y trabajo precario*. - Conclusiones del Consejo de la Unión Europea sobre la salud mental y el trabajo precario, Bruselas de 9 de octubre de 2023, 13937/23.

El Consejo aprobó el 9 de octubre de 2023 el primer conjunto de Conclusiones sobre la interrelación entre la salud mental y el empleo, con especial atención al trabajo precario, en la que se indica la estrecha relación entre salud mental y trabajo.

En este sentido, el Consejo invita a los Estados miembros, entre otros aspectos, a lo siguiente:

a) Analizar con más detalle las implicaciones jurídicas y prácticas de nuevas formas de trabajo y de organización de éste, en concreto en aquellas situaciones en las que el empleador y sus responsabilidades no estén claramente definidas, tales como grupos de empresas y relaciones de empleo multipartitas (como el empleo a través de empresas de trabajo temporal, el trabajo esporádico o la subcontratación);

b) Promover políticas de empleo de calidad para combatir la precariedad y abordar asuntos como la inseguridad laboral, que tienen relación, entre otras cosas, con determinados tipos de contratos de trabajo (como contratos involuntarios temporales o a tiempo parcial), así como con salarios inadecuados o con la dificultad para ejercer derechos laborales;

c) Reforzar los sistemas públicos destinados a salvaguardar la salud mental en el trabajo;

d) Favorecer la investigación sobre la salud mental en el trabajo con un enfoque preventivo;

e) Garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores, en particular en lo que se refiere a la salud mental, en función de los riesgos relativos a su seguridad y a su salud en el trabajo, y promover la coordinación con los servicios de salud pública;

f) Apoyar la contratación o la reintegración laboral de las personas con problemas de salud mental y promover los programas voluntarios de intervención temprana, adaptación laboral y apoyo a los trabajadores cuando se acojan a un permiso por problemas de salud mental y cuando vuelvan al trabajo;

g) Garantizar que los empleadores incluyan, de manera adecuada y eficaz, la gestión de los riesgos psicosociales en las evaluaciones de los riesgos para la salud y la seguridad en el trabajo y las consiguientes medidas;

h) Apoyar a las personas que trabajan de forma autónoma y a las pymes en la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo;

i) Promover las iniciativas y campañas de formación y sensibilización sobre salud mental en el lugar de trabajo y sobre las repercusiones de las condiciones de trabajo precarias en la salud mental;

j) promover políticas de apoyo a la salud mental de los trabajadores jóvenes en su integración en el mercado laboral;

k) Reforzar la supervisión y orientación de la gestión de los riesgos psicosociales en el trabajo mediante la acción de las inspecciones de trabajo u otros organismos competentes;

l) Y promover el cumplimiento efectivo de los derechos de los trabajadores, en especial las normativas nacionales vigentes en el ámbito del tiempo de trabajo, y favorecer políticas para reconciliar la vida profesional, personal y familiar.

Asimismo, el Consejo invita a la Comisión Europea a garantizar que los aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo que pueden influir en la salud mental se tengan en cuenta a la hora de hacer un seguimiento de la aplicación de la Directiva 2003/88/CE; que tenga en cuenta el derecho a la desconexión como medida que contribuye a la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo, tomando en consideración las negociaciones en curso de los interlocutores sociales intersectoriales de la UE en lo referente al teletrabajo y al derecho a la desconexión; y que fomente la coordinación de las iniciativas nacionales sobre la gestión de riesgos psicosociales en el trabajo.

También se pide a los interlocutores sociales que prosigan el diálogo social para la mejora de las condiciones de trabajo; que sensibilicen sobre el bienestar psicológico; que sigan promoviendo intervenciones en los lugares de trabajo para promover el bienestar psicosocial y una buena salud mental en el trabajo, en especial cambios organizativos que afecten a las condiciones de trabajo, como intervenciones en la organización del tiempo de trabajo, en lugar de intervenciones centradas en personas concretas; y que sigan fomentando enfoques proactivos de la digitalización y el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones que tengan repercusiones positivas en las condiciones de trabajo, y seguir minimizando las negativas, por medio de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales en el trabajo.

1.4. MIGRACIONES

-Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el cuarto trimestre de 2023.- **Resolución de 29 de septiembre de 2023, de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica de Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el cuarto trimestre de 2023 (BOE 19-10-2023)**

-*Sistema de acogida de protección internacional.* - Resolución de 29 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Atención Humanitaria e Inclusión Social de la Inmigración, por la que se modifica la de 14 de noviembre de 2022, por la que se establece la planificación de prestaciones, actuaciones y servicios que deben atenderse dentro del programa de atención humanitaria mediante acción concertada para los ejercicios 2023-2026 (BOE 6-10-2023)

-*Sistema de acogida de protección internacional*.- Resolución de 2 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Gestión del Sistema de Acogida de Protección Internacional y Temporal, por la que se modifica la de 8 de noviembre de 2022, por la que se establece la planificación de prestaciones, actuaciones o servicios estructurales del sistema de acogida en materia de protección internacional para su gestión mediante acción concertada; y por la que se establece una planificación extraordinaria para atender mediante acción concertada las necesidades derivadas de la llegada de personas a las costas españolas (BOE 4-11-2023)

1.5. EMPLEO PÚBLICO

-*Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. Retribuciones*.- Real Decreto 774/2023, de 3 de octubre, por el que se modifican el Real Decreto 1130/2003, de 5 de septiembre, por el que se

regula el régimen retributivo del Cuerpo de Secretarios Judiciales, y el Real Decreto 2033/2009, de 30 de diciembre, por el que se determinan los puestos tipo adscritos al Cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función, para dar cumplimiento al acuerdo entre la Administración del Estado y el comité de huelga de Letrados de la Administración de Justicia (BOE 4-10-2023).

-*Carreras Judicial y Fiscal. Retribuciones*. - Real Decreto 775/2023, de 3 de octubre, por el que se actualiza el régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, conforme a la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, para dar cumplimiento al Acuerdo entre la Administración del Estado y los representantes de las asociaciones profesionales de las carreras judicial y fiscal. Carrera Judicial. Jornada y horarios de trabajo (BOE 4-10-2023).

-*Carrera Judicial. Jornada y horarios de trabajo.* - Acuerdo de 29 de junio de 2023, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre la adaptación de la regulación de la reducción de jornada, como consecuencia de la actual redacción del artículo 49 e) del 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, dada en virtud de reforma operada por la disposición final 4 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo. (BOE 08-09-2023)

-*Retribuciones*. - Resolución de 4 de octubre de 2023, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de octubre de 2023, por el que se aprueba el incremento del 0,5 por ciento en las retribuciones del personal al servicio del sector público en aplicación de lo previsto en el artículo 19. Dos.2.a) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOE 4-10-2023)

Resolución de 5 de octubre de 2023, de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se dictan instrucciones sobre el pago al personal del Sector Público Estatal del incremento retributivo adicional del 0,5 por ciento vinculado a la evolución del IPCA previsto en el artículo 19.Dos.2.a) de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023. (BOE 06-10-2023)

1.6. NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL (SELECCIÓN)

-*Minería del carbón.* - Orden ISM/1164/2023, de 20 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón. (BOE 27-10-2023)

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 122.nueve de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, las bases de cotización por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, normalizadas para cada una de las categorías y especialidades profesionales, que han de aplicarse durante el ejercicio 2023 son, para cada una de las zonas mineras, las que se contienen en el anexo de esta Orden.

***-Minería del carbón.* - Resolución de 3 de noviembre de 2023, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, por la que se establece el plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden ISM/1164/2023, de 20 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón (BOE 8-11-2023)**

Las diferencias de cotización resultantes de la aplicación de lo dispuesto en la Orden ISM/1164/2023, de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2023 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, respecto de las cotizaciones que, a partir de 1 de enero de 2023, se hubieran efectuado hasta el mes anterior al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se ingresarán en un único plazo correspondiente al mes de febrero de 2024.

1.7. PROTECCIÓN SOCIAL: DEPENDENCIA

***-Comunidad Autónoma de Cataluña. Medidas extraordinarias*. - Decreto-ley 2/2023, de 17 de octubre, de medidas extraordinarias de carácter social (BOE 24-11-2023)**

Este decreto-ley establece un conjunto de medidas extraordinarias de carácter social

con el fin de afrontar las dificultades que tienen las personas dependientes y con discapacidad para acceder a los servicios sociales de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública de Cataluña y para asumir los pagos que se derivan, así como de garantizar la atención adecuada a las personas usuarias de estos servicios.

Como primer objetivo, este decreto-ley tiene el objetivo de hacer frente a las dificultades de acceso al entorno residencial de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública de Cataluña, especialmente para las personas en situación de dependencia más desfavorecidas (la Exposición de Motivos destaca la larga lista de espera residencial existente hoy en día en Cataluña, que comporta que casi 12.500 personas estén esperando el otorgamiento de una plaza de residencia asistida financiada públicamente). Por ello se adoptan las siguientes medidas:

Se incrementa la cuantía de la prestación económica vinculada al servicio (PEV) residencial, como prestación personal y periódica, sujeta al grado de dependencia y a la capacidad económica de la persona beneficiaria, destinada a financiar el coste de la ocupación de una plaza residencial privada, cuando no es posible la atención en un servicio con financiación pública de la Administración de la Generalitat de Catalunya por falta de disponibilidad de plazas.

En base a la posibilidad de las comunidades autónomas de mejorar la protección de la situación de dependencia mediante el nivel adicional de protección que prevé el artículo 7.3.º de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el artículo 1 de este decreto-ley en relación con los anexos 1 y 2 incrementa los importes máximos y mínimos de la PEV de residencia asistida que prevé la normativa estatal (RD 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el RD 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia), con el fin de facilitar el acceso a este servicio a más personas y, especialmente, a las que cuentan con menos recursos económicos, de forma que:

— La aplicación de las nuevas cuantías que fija este decreto-ley permita que las personas con rentas más bajas puedan acceder con más facilidad a plazas residenciales de entidades de servicios

sociales (actualmente, respecto de las PEV mínimas que establece el Gobierno estatal, con la aplicación de los coeficientes reductores vigentes la prestación se estaba denegando a partir de los 25.751,75 euros de renta anual).

— El aumento de la cuantía económica de las PEV permita que un porcentaje importante de las personas que están actualmente en lista de espera pueda optar a una plaza privada, sufragando la diferencia entre el precio de la plaza y la PEV recibida.

— Adicionalmente, supone una actualización de las cuantías económicas asociadas a las PEV (sin actualizar desde 2012).

— Además, el incremento de la cuantía de las PEV contribuye, indirectamente, a respetar la capacidad decisoria y las preferencias de la persona dependiente, puesto que, al tratarse de una prestación económica, la persona usuaria puede elegir la residencia asistida donde ingresar según sus propios criterios de elección.

Se llevan a cabo los cambios normativos necesarios tras la entrada en vigor del Real Decreto 675/2023, de 18 de julio, que modifica aspectos importantes de las prestaciones vinculadas a la atención a la dependencia, y se llevan a cabo las modificaciones necesarias respecto a las prestaciones recogidas en la Cartera de Servicios Sociales de Cataluña.

Este decreto-ley también tiene la finalidad de facilitar el acceso a los centros de atención especializada a las personas con discapacidad intelectual o física, mediante la supresión del copago de las prestaciones no gratuitas de la Cartera de Servicios Sociales referentes al servicio de centro de día de atención especializada temporal o permanente para personas con discapacidad intelectual y al servicio de centro de día de atención especializada temporal o permanente para personas con discapacidad física.

Por eso, el artículo 2 establece el carácter gratuito de estas prestaciones de la Cartera de Servicios Sociales, sin perjuicio que su naturaleza pueda variar en el futuro.

También, entre otras disposiciones de la norma, se modifica el texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, en relación con el régimen de retorno de cobros indebidos en el ámbito de las prestaciones del sistema público de servicios sociales y de pago de deudas derivadas de la participación de los usuarios en la financiación de las prestaciones de servicios sociales. La modificación consiste en habilitar a la unidad competente para la autorización del fraccionamiento y el aplazamiento de ingresos de la Administración de la Generalitat para autorizar, de manera excepcional, plazos superiores a los que estaban previstos, con el objetivo de facilitar que las personas que sean o hayan sido beneficiarias de prestaciones sociales puedan devolver las cantidades indebidamente percibidas, especialmente en los casos en que haya un retraso de la Administración en incoar el correspondiente expediente de cobro indebido, hecho que puede comportar un incremento de las cantidades a devolver. De esta forma, se facilita el retorno mediante la reducción de los pagos mensuales, los cuales se podrán diferir en un plazo superior, aliviando con ello la situación de personas que a menudo se encuentran en situación de vulnerabilidad y que deben devolver en algunos casos importes significativos a consecuencia de un retraso en la exigencia de la devolución, que no les es imputable.

1.8. OTRAS NORMAS

-*Dopaje.* - Real Decreto 792/2023, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte. (BOE 25-10-2023)

-*Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial*. - Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (BOE 02-09-2023)

El RD 729/2023 aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. Se establece la naturaleza jurídica de la AESIA, así como su régimen jurídico. Se determinan las competencias y su estructura orgánica. Se dispone que el personal al servicio de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial sea personal funcionario o laboral:

— El personal funcionario se regirá por lo previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. Será la Dirección de la Agencia quien convoque y resuelva los procedimientos de provisión de puestos de trabajo de conformidad con los procedimientos de provisión establecidos en la normativa sobre función pública. Tanto las convocatorias como sus resoluciones se publicarán en el BOE.

— El personal laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, la normativa convencional aplicable en su caso, y por los preceptos del Estatuto Básico del Empleado Público que expresamente le resulten de aplicación. Corresponderá a la Agencia la celebración de los contratos de trabajo del personal laboral, que será seleccionado, en ejecución de la Oferta de Empleo Público, mediante convocatoria pública que, además de adecuarse a la relación de puestos de trabajo de la Agencia, se sujetará a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad previstos por el Estatuto Básico del Empleado Público, así como del acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

-*Días inhábiles*. - Resolución de 16 de noviembre de 2023, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se establece a efectos de cómputo de plazos, el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2024 (BOE 22-11-2023)

2. CRÓNICA DE DOCTRINA JUDICIAL

Negociación colectiva

-STS 547/2023 12-09-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Convenio Colectivo provincial de comercio del metal de Alicante que amplía su ámbito de aplicación al "alquiler de automóviles y vehículos de motor ligeros", sin comunicarlo previamente a la Asociación Empresarial de alquiler de vehículos de la Comunidad Valenciana representativa en el sector. Hasta entonces las relaciones laborales del subsector se regían por el Laudo Arbitral dictado en el proceso derivado de la derogación de la Ordenanza Laboral de transportes por carretera. Ilegalidad de la extensión del ámbito de aplicación a la actividad de alquiler de automóviles y vehículos sin comunicarlo a la asociación empresarial que tenía, al menos, legitimidad negocial.

-STS 577/2023 21-09-2023 Ponente: Juan Molins García-Atance

SPIF. Xunta de Galicia. Se convocó reunión de la Comisión de seguimiento de las Condiciones especiales de trabajo del Personal del Servicio de Prevención de Incendios Forestales (SPIF), recogida en el V Convenio Colectivo Único del personal laboral de la Xunta de Galicia, y finalmente no fue llamado CSI-CSIF por no ser firmante del mismo, aunque obtuvo representación en las elecciones de los representantes legales de los trabajadores de la Xunta de Galicia. Planteada por CSI-CSIF demanda de conflicto colectivo, fue desestimada, siendo confirmado el fallo en casación.

El TS, tras exponer la doctrina del TC y la suya propia sobre la diferencia entre las comisiones de administración de un convenio colectivo y las comisiones negociadoras, confirma que la exclusión de CSI-CSIF, que no firmó el convenio, no vulneró su libertad sindical. La regulación y el funcionamiento de esta Comisión de Seguimiento evidencian que no se trata de una comisión negociadora sino de administración del convenio colectivo.

Ni tiene atribuidas, ni ha ejercido funciones negociadoras sino solamente de aplicación de la norma colectiva: los acuerdos alcanzados en la reunión de 13 de abril de 2021 se limitaron a adaptar ese convenio colectivo a situaciones no previstas, actualizando su voluntad, pero sin pretender una modificación de las condiciones de trabajo pactadas. No se ha acreditado la existencia de ningún acuerdo de la Comisión de Seguimiento que acredite el efectivo ejercicio de funciones negociadoras.

-STS 720/2023 04-10-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

En el ámbito de un procedimiento por despido se discute cuál debe ser el convenio aplicable a la extinta relación laboral, si el Convenio Colectivo de Logística, Paquetería y Actividades anexas al transporte de la CAM (BOCM 24-3-18) --tesis del actor--, o el Convenio de Empresas de Mensajería (BOE 12-12-84606), --tesis de las empresas demandadas--, habiendo optado la Sala de suplicación por el convenio interesado por la parte demandante, y en consecuencia calcular la indemnización de su despido con arreglo al mismo.

Ante el TS las demandadas se alzaron en casación unificadora planteando un inicial motivo en relación con la inaplicación del citado convenio al faltar la autorización administrativa para actuar como empresa del ramo. Pero, la sentencia anotada no entra en el fondo del asunto al no concurrir la necesaria contradicción. Así, la recurrida aplica el Convenio de Logística, porque da como probado que no ha acreditado su dedicación a la mensajería y, sobre todo, que se desarrolla una actividad claramente subsumible en tal convenio colectivo.

La sentencia de contraste no parte de esas premisas, sino tan solo de que se lleva a cabo una actividad sin estar en posesión de las licencias específicas para reparto de mercancías o mensajería. Tampoco la contradicción se declara existente en lo atañe al segundo motivo de contradicción, en el que incurre además la falta de contenido casacional al pretender las recurrentes revisar los hechos probados.

-STS 729/2023 10-10-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Constituyen los términos del debate casacional determinar el convenio colectivo de aplicación al actor, conductor de profesión, en un supuesto en el que la actividad que realiza podría estar comprendida en el ámbito de aplicación de dos convenios distintos.

La sentencia apuntada colige que resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Alquiler de Vehículos con y sin Conductor de la Comunidad de Madrid argumentando que la jurisprudencia de la Sala IV ha venido estableciendo la aplicación del criterio de unidad de empresa complementado con el de la actividad preponderante de la misma para resolver los problemas relativos a la determinación del convenio aplicable en aquellos supuestos en los que la actividad que realiza el trabajador puede incardinarse en el ámbito de aplicación de más de un convenio colectivo.

Así, por todas, SSTS 31/10/2003, Rec. 17/2002 y 1/12/2015 Rec. 349/14 y STS 79/2021, de 21/1/2021, Rec. 158/2019"la determinación del convenio aplicable es una cuestión indisponible y de orden público, de manera que no cabe elegir, ni adherirse, ni aplicar un convenio colectivo distinto del que debe aplicarse por estar incluida en su ámbito de aplicación la actividad realizada por la empresa".

Derechos sindicales

-STS 723/2023 05-10-2023 Ponente: Ignacio García-Perrote eEscartín

Repsol Butano, S.A. Delegado sindical de USO. Tiene derecho al crédito horario que deriva del artículo 10.3 LOLS, en relación con el artículo 68 e) ET. Y ello, aunque ya cuente con el crédito horario que el convenio colectivo aplicable reconoce a los miembros de la denominada Comisión de Garantía, que es el órgano de interpretación, vigilancia y fiscalización del cumplimiento del convenio.

El delegado sindical de USO no es delegado de personal ni miembro de comité de empresa. De conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, se confirma la sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional.

-STS 503/2023 11-07-2023 Ponente: Juan Molins García-Atance

Se plantea si el Sindicato Aragonés de Servicios (SAS) tiene derecho a nombrar delegado sindical con las prerrogativas del art. 10 LOLS, al haber obtenido el 10% de votos en las elecciones a comités de empresa en PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA S.L., que tiene una plantilla de 2458 trabajadores en varios centros de trabajo y en varias provincias que eligen un total de 149 representantes unitarios, aunque dicho sindicato sí obtuvo dos miembros en el comité de empresa de Zaragoza, formado por cinco miembros.

El TS confirma la sentencia de la SAN que reconoció dicho derecho y condenó a la empresa por vulneración de la libertad sindical.

Aplica doctrina STS de 04.03.2022 (REC. 222/2018): la única exigencia del art. 10.1 LOLS para que pueda designarse un delegado sindical es que se trate de sindicatos con presencia en los comités de empresa, sin perjuicio de que con arreglo a la cláusula de cierre del art. 10.2 LOLS las secciones sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10% de los votos, estarán representadas por un solo delegado sindical.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios el TS, tras reiterar la doctrina jurisprudencial que exceptúa la necesidad de identificar las circunstancias relevantes para su determinación en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, considera justificada la aplicación orientativa de la cuantía de las sanciones de la LISOS.

-STS 17/10/2023, 4444/2023. Nº de Recurso: 257/2021, Nº de Resolución: 748/2023. Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Delegados de prevención: los delegados de prevención del organismo público demandado pueden acumular entre sí el crédito horario que les corresponde.

La remisión que hace el art. 37.1 LPRL al bloque normativo del art. 68 ET, determina que sean extensible a los delegados de prevención los mismos derechos, garantías y prerrogativas contenidos en ese art. 68 ET.

Puesto que ese precepto habilita la posibilidad de que la negociación colectiva permita pactar la acumulación del crédito horario entre los distintos integrantes de los órganos de representación unitaria de los trabajadores, esa misma previsión debe ser igualmente aplicable a los delegados de prevención cuando el convenio colectivo admite la acumulación.

Es cierto que en este caso no hay una concreta referencia a los delegados de prevención en la norma convencional.

Pero si hemos dicho que la integradora interpretación de los arts. 37.1 LPRL y 68 ET conduce a la equiparación de estas figuras, la solución debe ser necesariamente favorable a tal equiparación cuando el convenio colectivo no excluye de manera expresa a los delegados de prevención.

Dejando al margen la dudosa legalidad de una hipotética norma convencional que excluyere a los delegados de prevención del derecho a la acumulación del crédito horario, cuando sin embargo lo reconoce para los representantes legales de los trabajadores - lo que no es el objeto de este procedimiento-, lo cierto es que en el caso de autos no hay ninguna previsión en tal sentido, sino tan solo la circunstancia de que el convenio y el acuerdo marco omiten cualquier referencia expresa a los delegados de prevención.

Derecho de huelga

-STS 468/2023 04-07-2023 Ponente: Concepción Rosario Ureste García

Conflicto colectivo. Derecho de huelga. No cabe calificar de huelga novatoria aquella convocada para un ámbito territorial superior (CCAA Andalucía) en el que el convenio sectorial (de Ayuda a Domicilio) de aplicación se encontraba denunciado y sólo permanecía vigente un convenio inferior (provincia de Sevilla) a punto de expirar, siendo, por otra parte, más amplios los objetivos materiales de las reivindicaciones que los que colisionaban

Plan de igualdad

-STS 507/2023 12-07-2023 Ponente: María Luz García Paredes

En la demanda de conflicto colectivo rectora de las actuaciones el sindicato actor insta la nulidad total o parcial del plan de igualdad pactado en la empresa demandada.

La sentencia recurrida en casación ordinaria, tras estimar la excepción de variación sustancial de la demanda, desestima las pretensiones ejercitadas. La sentencia anotada confirma la excepción de variación sustancial de la demanda pues la cuestión relativa a la falta de validez de los acuerdos de

la comisión de seguimiento del plan de igualdad por carecer ésta de funciones negociadoras no fue planteada en demanda.

En cuanto a la falta de validez del plan de igualdad por falta de ratificación del mismo por los representantes unitarios de los centros de Sevilla y Madrid, se razona que, habiéndose suscrito dicho plan por los representantes de la parte social con legitimación suficiente, tal ratificación era innecesaria. También se rechaza el motivo dirigido a denunciar que lo acordado en el plan impugnado contraviene lo establecido en el convenio aplicable, así como que las medidas adoptadas no guardan relación con la conciliación de la vida personal y familiar.

Y ello porque la recurrente se limita a reiterar los argumentos esgrimidos en la instancia, sin fundamentar la infracción legal denunciada y porque ninguna de las específicas medidas impugnadas, relativas al calendario laboral, jornada máxima, horario de entrada y salida y horas de presencia obligatoria en el centro vulneran derecho o norma alguna.

Relación laboral

-STS 485/2023 05-07-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Se dan las condiciones de una relación laboral cuando existe dependencia, al remitirse a la trabajadora la documentación de cada estudio a realizar, las normas que rigen el mismo, los cuestionarios y el informe de campo que debe remitir al finalizar el estudio.

La empresa fija los turnos y, aunque existe cierta flexibilidad para cambiarlos, ello debe hacerse con conocimiento de la empresa y con respeto al monto del tiempo que cada estudio necesita y que está predeterminado. Por otro lado, la trabajadora no participa en la configuración de la prestación retributiva que es fijada por la empresa que abona la contraprestación fijada en el encargo por cada encuesta a través de facturas con la correspondiente retención de IRPF.

-STS 486/2023 05-07-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

La actora suscribe contrato mercantil de auxiliar externa para distribuir seguros al amparo Leyes de mediación de seguros y contrato de agencia. Se entrega listado de pólizas de cobro debiendo justificar a inspector los conseguidos semanalmente, utiliza medios propios (móvil, portátil, vehículo y asume gastos), sin horarios y fija libremente sus vacaciones con entrega de 2 meses de cobro para organizarse, recibe formación e información. Con compañeras denunció ante ITSS su situación, la agencia comunicó la extinción del contrato en noviembre 20.

El JS desestimó el despido porque no hay ajenidad ni dependencia. El TSJ confirmó por inexistir relación laboral siendo colaboradora externa de agencia: presta servicios con autonomía, organiza el trabajo y usa medios propios percibiendo comisión.

Cuestionado si la relación es de carácter laboral, la Sala IV examina las notas de laboralidad y circunstancias concurrentes, recordando la finalidad del recurso (evitar disparidad de criterios). Concluyó que la relación es laboral porque contratada como auxiliar su actividad principal consiste en el cobro de recibos aun siendo fuera de las dependencias y con libertad horaria, tareas que no se corresponden con las funciones de intermediación en la contratación de seguros.

Advierte que la doctrina no es generalizable a quienes prestan su actividad en Agencias de Seguros sino cuando concurran las mismas características. Y resolviendo la otra pretensión declaró la improcedencia del despido

Relaciones especiales de trabajo

-STS 566/2023 19-09-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

El demandante ha prestado servicios para el organismo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (OTP). Con fecha 10/1/2019 el empleador extingue la relación laboral alegando indisciplina y actitud conflictiva con los compañeros. En la instancia se estima la demanda y condena a OTP a que lo reponga en su puesto de trabajo, abonándole una indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir). En casación unificadora se debate si, indiscutida la nulidad del acto extintivo, procede el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios. La sentencia apuntada colige que la doctrina sentada por la STS 11/12/2012 (RCUD 3532/2011) lleva al restablecimiento de la relación y a la compensación de perjuicios, sin que ello equivalga a las consecuencias del despido improcedente.

En el ámbito de la relación laboral especial de penados en instituciones penitenciarias, el procedimiento por despido permite examinar tanto la regularidad del cese acordado por la Administración empleadora cuanto, en su caso, las consecuencias anudadas a la obligación de readmisión, incluyendo los eventuales daños y perjuicios reclamados. A tal fin cabe tomar en cuenta, por vía analógica, el alcance del deber de abonar salarios de tramitación.

Trabajo a tiempo parcial

-STJUE 19-10-2023, C-660/20, MK y Lufthansa CityLine GmbH.

Procedimiento prejudicial. Política social. Trabajo a tiempo parcial. Directiva 97/81/CE. Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo a Tiempo Parcial: Cláusula 4.1. Principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial. Principio de *pro-rata temporis*. Pilotos. Retribución por tiempo extraordinario de actividad de vuelo. Umbrales de activación idénticos para los pilotos que trabajan a tiempo completo y para los pilotos que trabajan a tiempo parcial. Diferencia de trato.

Teletrabajo

-STS 565/2023 de 19-09-2023. Ponente: María Luz García Paredes

Conflicto colectivo. Teletrabajo. Derecho a que no se repercuta sobre el trabajador, ya mediante la recuperación o reducción del salario, el tiempo de desconexión que por corte del suministro de luz o de la red le impide trabajar. Obligación de la empresa de registrar las pausas en la actividad del trabajador remoto para acudir al aseo y atender necesidades fisiológicas, de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center.

Subcontratación

-STS 586/2023 26-09-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

El trabajador que presta servicios para el demandado como conductor desde 2009 fue despedido por causas objetivas el 31/12/20. La empleadora realiza para otra empresa transporte de

mercancías mediante contrato de arrendamiento para el transporte de mercancías de sus clientes de determinadas zonas.

El JS estimó en parte la demanda, considerando la contrata como de propia actividad, declarando la improcedencia del despido y condenado solidariamente a las demandadas al abono de vacaciones impagadas. El TSJ desestimó el recurso de la comitente, que recurre en casación en unificación de doctrina La Sala IV analiza si la colaboración entre las empresas concierne a la propia actividad, y teniendo en cuenta el tipo de actividad de la auxiliar en beneficio de la principal, resuelve que el hecho de existir un contrato de transporte amparado en la Ley de ordenación de transporte terrestre no descarta el supuesto del art. 42 ET. La principal realiza actividad de intermediación con autorización administrativa, recibe y distribuye mercancías y es operadora de transporte (art. 119 LOTT), lo que implica o realizarla por sí misma o acudir a empresas, por lo que considera que realiza labores inherentes al transporte, la actividad pertenece al círculo productivo de la comitente y debe aplicarse la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET respecto de las deudas de la contratista con los trabajadores adscritos a la contrata durante su realización. Desestima el recurso y confirma la recurrida.

-STS 458/2023 28-06-2023 Ponente: Sebastián Moralo Gallego

Trabajadores de mantenimiento de equipos informáticos en un hospital público de Granada. El Tribunal Supremo confirma que no hay cesión ilegal de la contratista en favor del SAS, sino lícita descentralización productiva, pese a que los actores prestan servicios en el centro de trabajo del SAS, utilizan medios materiales del hospital y han participado en cursos de formación organizados por el SAS.

Atiende el TS para negar la cesión ilegal a que la actividad de la empresa principal es diferente de la propia de la subcontratada; los actores están identificados como trabajadores de una empresa externa; y existe una persona de la empresa subcontratada encargada de coordinar la actividad de sus trabajadores con la principal, que es la que autoriza finalmente los descansos, permisos y vacaciones.

Tales circunstancias no resultan enervadas por circunstancias propias y definitorias de la relación entre una empresa adjudicataria de un servicio y su cliente, como el que la cliente disciplinara en sus aspectos generales la forma en que han de ser realizadas las tareas inherentes al objeto de la contratación, ya que estas circunstancias resultan obviamente necesarias para la coordinación del desarrollo de la propia contrata y no entrañaban en modo alguno cesión de facultades de dirección y control de la cliente sobre la plantilla de la empleadora.

Tiempo de trabajo

-STJUE 12-10-2023, C-57/22, YQ y Ředitelství silnic a dálnic ČR,

«Procedimiento prejudicial — Política social — Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores — Ordenación del tiempo de trabajo — Directiva 2003/88/CE — Artículo 7, apartado 1 — Derecho a vacaciones anuales retribuidas — Trabajador por cuenta ajena ilícitamente despedido y readmitido en sus funciones mediante resolución judicial — Exclusión del derecho a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el período comprendido entre el despido y la readmisión — Período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de la readmisión».

-STJUE (Sala Primera) de 9 de noviembre de 2023 (Asuntos acumulados C-271/22 a C-275/22).

Procedimiento prejudicial. Política social. Ordenación del tiempo de trabajo. Directiva 2003/88/CE: artículo 7. Derecho a vacaciones anuales retribuidas. Aplazamiento de los derechos a vacaciones anuales retribuidas por enfermedad de larga duración. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículo 31.2.

Modificaciones sustanciales

-STS 512/2023 17-07-2023 Ponente: Rosa María Viroles Piñol

No es necesaria la aportación de documentación económica para justificar una MSCT basada exclusivamente en causas organizativas. Tampoco es exigible toda la documentación que el RD 1483/2012 establece para el despido colectivo, y, aunque se admitiera que pudiera exigirse dicha documentación, la falta de algún documento no comportaría "per se" la nulidad de la modificación.

Sin embargo, si parte de las causas de la medida tiene naturaleza económica y ésta tiene naturaleza autónoma e independiente respecto de las restantes, la existencia de un defecto relevante en la documentación aportada en el periodo de consultas en relación a esa causa es motivo de nulidad parcial de la decisión empresarial.

Sucesión de empresa. Subrogación

-STJUE 16/11/2023 , asuntos acumulados C 583/21 a C 586/21

Transmisión de Notaría. «Procedimiento prejudicial — Directiva 2001/23/CE — Artículo 1, apartado 1 — Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad — Transmisión de una notaría — Declaración de nulidad o de improcedencia del despido de empleados — Determinación de la antigüedad para el cálculo de la indemnización — Aplicabilidad de esta Directiva — Requisitos»

En los asuntos acumulados C583/21 a C586/21, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Madrid, mediante autos de 30 de julio de 2021, recibidos en el Tribunal de Justicia el 20 de septiembre de 2021, en los procedimientos entre NC (C583/21), JD (C584/21), TA (C585/21), FZ (C586/21) y BA, DA, DV, CG. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva es aplicable a una situación en la que un notario, funcionario público y empleador privado de los trabajadores de su notaría, sucede al anterior titular de esa notaría, asume su protocolo y una parte sustancial del personal que venía trabajando para este último y continúa desempeñando la misma actividad en los mismos locales con los mismos medios materiales, siempre y cuando se mantenga la identidad de dicha notaría, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente considerando todas las circunstancias pertinentes.

-STS 500/2023, 12-09-2023, Ponente: Concepción Rosario Ureste García

El actor ha prestado servicios como jefe de proyecto para las empresas sucesivamente adjudicatarias de una contrata de mantenimiento informático. La sentencia de suplicación confirmó la improcedencia del despido objetivo impugnado, si bien reconociendo al actor una antigüedad de 10/12/2015, que es la ostentada en la última empresa adjudicataria. En el recurso de casación unificadora sólo se cuestiona la antigüedad, pues es la única cuestión litigiosa con respecto a la que concurre la necesaria contradicción. Postula el actor que debe tenerse en cuenta la antigüedad del primer contrato.

La sentencia comentada tiene en cuenta que estamos ante un supuesto de sucesión de plantillas, pues la actividad contratada descansa fundamentalmente en la mano de obra, siendo firme este pronunciamiento. Y considera de aplicación la teoría de la unidad esencial del vínculo pues no ha existido ruptura de la cadena contractual ni baja voluntaria alguna. Al contrario, existe una continuidad contractual a lo largo de las sucesivas adjudicaciones y subcontratación. En consecuencia, debe reconocerse al actor una antigüedad a efectos del despido correspondiente con la del primer contrato, esto es, de 28/5/1990. Se estima el recurso del actor.

-STS 584/2023 26-09-2023 Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer

Se cuestiona si la empresa entrante en una contrata que incorporó a su plantilla a la mayoría de los trabajadores de la saliente debió subrogarse con base en el artículo 44 ET. El trabajador prestaba servicios para la mercantil codemandada, y la empresa dio de baja al trabajador por finalización de la adjudicación, pero la nueva adjudicataria no subrogó al trabajador. La nueva adjudicataria adquirió la maquinaria y herramientas especificadas en el pliego y alquiló varios vehículos.

El trabajador comenzó a trabajar para la adjudicataria con las mismas funciones y salario, pero sin que se le respetase la antigüedad en la empresa anterior. La Sala concluye que, acreditado que tanto la empresa saliente como la entrante estaban obligadas a desplegar, para dar cumplimiento a los fines de la contrata, los medios materiales y personales señalados por los manuales de explotación y en la normativa en vigor, se descarta la existencia de la llamada "sucesión de plantillas" cuando la nueva contratista está obligada a desplegar además los medios materiales para que la contrata alcance sus fines, que es lo sucedido.

La doctrina del TJUE invocada no es trasladable porque falta la premisa fundamental al no existir ningún obstáculo legal para que la nueva adjudicataria pudiera haber adquirido los medios materiales utilizados por la anterior. Sin embargo, ha aportado una relevante infraestructura material de su propiedad, en lugar de hacerse cargo de la que venía utilizando la otra empresa.

-STS 459/2023 28-06-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Con carácter general, no es posible que un convenio colectivo regule relaciones laborales ajenas a su ámbito aplicativo. No obstante, si una empresa reconocida como Centro Especial de Empleo concurre a una contrata de actividad periférica (limpieza, vigilancia, etc..), actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, debe someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la cláusula de subrogación de contratas prevista, aunque ello implique la adscripción de trabajadores sin discapacidad de la empresa saliente, que no tenía la condición de CEE.

Del mismo modo, la empresa entrante, que no tenga la condición de CEE, debe asumir a los trabajadores con discapacidad de una anterior adjudicataria que ostentase esa condición, aunque la subrogación sólo afecte a una parte de la jornada que el trabajador realizaba en las dependencias de la contrata. En definitiva, al CEE Multiservicio que asume la contrata de actividad a la que el convenio colectivo sectorial anuda la obligación de subrogarse sí le es aplicable esa regulación, aunque en el resto de las materias haya de estarse a las previsiones del convenio colectivo específico.

Extinción del contrato

-STS 600/2023 27-09-2023 Ponente: Concepción Rosario Ureste García

El actor, repartidor, prestaba servicios para la demandada cuando el 15/9/19 se le comunica su cese por haber sido declarado la empleadora en situación de incapacidad permanente absoluta, poniendo a su disposición la indemnización del art. 49.1.g ET.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, siendo revocada por la del TSJ, que declaró el despido improcedente por entender que había existido una continuidad en la actividad profesional, sin cierre del negocio. La Sala IV considera que la situación de incapacidad permanente absoluta de la demandada se produjo el 17/9/18 y el cese del actor se comunica el 15/10/2019, habiendo asumido otra trabajadora hasta el 11/10/19 las funciones de dirección y gestión, pero en ese periodo de diez meses la empresaria permanece incapacitada y se agravan sus dolencias, por lo que la incapacidad se convierte en causa de extinción del contrato, al haber cesado la actividad, sin que el transcurso de 10 meses indicado obste a dicha conclusión, pues resulta prudencial para la liquidación y cese del negocio. En consecuencia, se estima el recurso de la parte demandada y se confirma la de instancia, desestimatoria de la demanda.

Despidos colectivos

-STJUE 05-10-2023, C-496/22, EI y SC Brink's Cash Solutions SRL,

«Procedimiento prejudicial — Política social — Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos — Directiva 98/59/CE — Artículos 1, apartado 1, párrafo primero, letra b), y 6 — Procedimiento de información y consulta a los trabajadores en caso de proyecto de despido colectivo — Falta de designación de representantes de los trabajadores — Normativa nacional que permite a un empresario no informar y consultar individualmente a los trabajadores afectados»

-STS 557/2023 14-09-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Se presentaron dos demandas de despido colectivo de carácter tácito que fueron acumuladas y se plantea en casación una cuestión de carácter procesal, al haber entendido el tribunal de instancia que la competencia para conocer de las pretensiones correspondía al Juzgado de lo Mercantil. Se demanda por despido colectivo cuando el empleador está en concurso; y pocos días antes de que el Juzgado de lo Mercantil autorice el cese definitivo de la actividad productiva; una confusa y muy anterior operación traslativa de la propiedad no ha sido consumada antes de que se presenten las demandas.

En ese escenario es donde pueden tenerse en cuenta las conexiones de CIPASA con otras empresas y su eventual responsabilidad. Los arts. 169 y 170 de la LC, refuerzan la conclusión: declarado el concurso la determinación de si se ha incurrido en un despido colectivo tácito ha de

llevarse a cabo ante el Juzgado de lo Mercantil y el art. 170 muestra a las claras la voluntad de reconducir hacia el concurso incluso los trámites para alteración colectiva de las relaciones de trabajo (comenzando por el despido colectivo). Solo compete a la jurisdicción social el conocimiento de estas materias "si al tiempo de la declaración de concurso el acuerdo o la decisión empresarial hubieran sido impugnados ante la jurisdicción social".

En este caso el concurso preexiste al eventual despido colectivo y a los hitos procesales ulteriores. La norma no ha querido que el litigio sobre el propio despido colectivo corresponda a un órgano diverso al Juzgado de lo Mercantil.

-STS 558/2023 19-09-2023 Ponente: Sebastián Moralo Gallego

La sentencia TSJ acoge la demanda y declara la existencia de un despido colectivo tácito o de hecho, llevado a cabo en un periodo de 90 días. Califica como nulo el despido y declara vulnerado el derecho de libertad sindical condenando solidariamente a ambas empresas, sin condenarlas a la readmisión de los trabajadores, porque 15 de ellos han llegado a un acuerdo para extinguir y otros 5 continúan prestando servicios. Recurren las dos codemandadas.

La Sentencia considera que se han producido un total de 20 extinciones contractuales durante el periodo de 90 días; que la plantilla era inferior a 100 trabajadores; y que no se ha seguido el procedimiento de despido colectivo del art. 51 ET. Se trata de decidir si en ese periodo se han extinguido un total de 10 o más contratos de trabajo por iniciativa de la empresa y causas no inherentes a la persona del trabajador. La sentencia considera que deben incluirse las que pudieren plasmarse en el mutuo acuerdo de las partes, pero que han surgido sin duda a iniciativa del empresario en el contexto de una reducción global de plantilla.

La suma de estas 7 extinciones de mutuo acuerdo más los 8 despidos conciliados en ese periodo, superan los umbrales legales y es suficiente para entender que existe despido colectivo. Se estima el recurso de WB, porque no se plantea la posibilidad de que pudiere constituir grupo laboral con la codemandada, ni participó en la decisión de despedir a los 8 trabajadores ni en las 7 extinciones de mutuo acuerdo.

-STS 510/2023 12-07-2023 Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

No todo incumplimiento en materia de acreditación documental conlleva la nulidad del despido colectivo, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.

Específicamente, en relación con la indicación de los criterios de selección de los trabajadores afectados, el carácter genérico o abstracto de los mismos no equivale a su ausencia. La buena fe exige que los representantes de los trabajadores negocien sobre los criterios propuestos por la empresa, sin limitarse a cuestionar su insuficiencia. No solo ha de valorarse la aportación de criterios por parte de la empresa sino también su aceptación para negociarlos. Solo la ausencia de tal aportación de criterios da lugar a la nulidad del despido. Si los criterios de selección han estado presentes en la negociación desde su fase inicial, no cabe hablar de ausencia de estos, que solo podría tener lugar en caso de ausencia de tal aportación de criterios. Su falta de variación desde ese momento inicial tampoco equivale a la ausencia de negociación de buena fe.

Empleo público

-STS 552/2023 13-09-2023 Ponente: Ignacio García-Perrote Escartín

Los empleados públicos prestaron servicios para el grupo de emergencias supramunicipal y fueron contratados por obra o servicio por el Concejo después de superar un proceso selectivo de naturaleza temporal. El JS apreció fraude de Ley en la contratación declarando las relaciones de INF, confirmada por el TSJ.

En casación por unificación de doctrina cuestionan los actores si la relación debe calificarse de fija por la sucesiva contratación temporal fraudulenta. La Sala IV remite a su doctrina, STS de 25/11/21, RCUD 2337/20 y lo argumentado en STS de 14/06/23, toma en consideración la cláusula 5º del Acuerdo Marco europeo de la Directiva 1999/70, DA 15ª y 16ª ET y diversos preceptos del EBEP [8.2c), 11.1, 55, DA 1ª] y la Ley gallega de empleo público y doctrina IMIDRA, razonó que superar un proceso de selección para la contratación temporal no supone, siendo fraudulento, adquirir la condición de fijo.

La STS de pleno de 25/11/21 establece que superar un proceso selectivo para la contratación temporal no garantiza los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público que exige el derecho nacional, así como las diferencias entre coberturas de plazas fijas y temporales marcada por la decisión ciudadana de ejercer su derecho a la libre concurrencia al acceso público, mayor en pruebas para cobertura definitiva. Así como el distinto nivel de exigencia procedimiento público de mérito y capacidad, pues la temporalidad se basa en la celeridad, necesidad y urgencia, exige menor rigor.

3. NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

RELACIÓN LABORAL

Álvarez Padín, B., Carrera Domènech, M., Hernán García, E: *Nuevo contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo*, Claves Prácticas Francis Lefebvre, 2023.

Bini, S., Castro Franco A.: *Becas contratos de trabajo formativos y en sector de universidades e investigación*, Aranzadi, 2023

Cámara Botía, A.: *Contratos indefinidos adscritos a obras de la construcción*, Aranzadi, 2023.

Castillo Ramos-Bossini, S.E.: *El régimen jurídico de los altos cargos*, Dykinson, 2023, 342 págs.

Cuadros Garrido, Mª, E.: *El nuevo régimen jurídico de las empleadas de hogar*, Ed. Colex, 2023,448 págs.

Fabregat Monfort, G.: *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral. La responsabilidad empresarial*, Francis Lefebvre, 2023, 150 págs.

Gallego Moya, F.: *La extinción del contrato de trabajo doméstico*, Boletín Oficial del Estado, 2023, 244 págs.

Gómez Abelleira, F.J: *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral.* Ed. Tirant lo blanch, núm. 289, 2023

Jiménez Martínez, M.V.; López Ahumada, J.E.; Roldán Martínez, A.: *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Aranzadi, 2023

Kahale Carrillo, D.T.: *La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada,* Boletín Oficial del Estado (Colección: Derecho del Trabajo y Seguridad Social nº 18), Madrid, 2023, 182 páginas

Kahale Carrillo, D.T. (Dir.): *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Laborum, 2023, 180 págs.

López Ahumada, J.E. (Dir.): *Gobernanza de los derechos digitales de las personas trabajadoras*, Cinca, 2023, 274 págs.

López Insúa, B.M.: *La garantía de los derechos sociales fundamentales en la era digital*, Comares, 2023, 188 págs.

Marín Malo, M.: *La desigualdad por razón de sexo y género en el deporte profesional. Una perspectiva jurídico-laboral*, Colex, 2023, 214 págs.

Martín Rodríguez, M.O.: *Reducciones y limitaciones del tiempo de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2023, 218 págs.

Miranda Boto, J.M.: *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch, 2023, 319 págs.

Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M.: *La protección sociolaboral de los jóvenes: construyendo un futuro*, Barcelona, Atelier, 2023, 196 págs.

Montesdeoca Suárez, A.: *Intimidad y protección de datos personales en un contexto de trabajo digital*, Thomson Reuters/Aranzadi, 2023, 224 págs.

Moreno Gene, J, Romero Burillo, A.M.: *Los nuevos escenarios laborales de la innovación tecnológica*. Tirant lo blanch, 2023

Moreno Márquez, A.: *El derecho a la formación profesional del trabajador en el marco del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2023, 294 págs.

Navarro Nieto, F.: *Instrumentos digitales de control empresarial y tutela de la privacidad del trabajador*, Aranzadi, 2023, 198 págs.

Remarque, E.M.: *La interdicción de la arbitrariedad en la relación laboral*, Tirant lo Blanch, 2023, 200 págs.

Sala Franco, T.: *El profesorado universitario contratado laboralmente*, Tirant lo Blanch, 2023, 66 págs.

San Martín Mazzucconi, C. (Coord.): *Transformaciones recientes del tiempo de trabajo*, Dykinson, 2023, 234 págs.

Sierra Hernáiz, E.: *El nuevo régimen legal y convencional del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a distancia, con especial referencia al teletrabajo*. Cuestiones clave, Aranzadi, 2023, 208 págs.

Trillo Párraga, F.J.: *Derecho del trabajo digital: trabajo a distancia y teletrabajo*, Bomarzo, 2023, 142 págs.

Vicente Andrés, R.: *La protección del informante en el marco del compliance. De la Directiva 2019/1973 a su transposición interna mediante la Ley 2/2023, de 23 de febrero*, Sepin, 2023, 242 págs.

Villalobos Sánchez, E.: *Fraude de ley en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Laborum, 2023, 304 págs.

VV.AA.: *Memento Administradores y Directivos 2023-2024*, Ediciones Lefebvre, 2023, 918 págs.

VV.AA.: *Memento Salario y Nómina 2023*, Ediciones Lefebvre, 2023, 1302 págs.

VV.AA.: *Memento Práctico Despido y otras formas de extinción del contrato 2024-2025*, Francis Lefebvre, 2023, 1300 págs.

DERECHO COLECTIVO

Carril Vázquez, X.M.: *Los fondos de resistencia en los conflictos laborales. Un estudio de Derecho español y comparado*, Atelier, 2023, 232 págs.

Casas Baamonde, M.E., Cruz Villalón, J.: *Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales*, Aranzadi, 2023, 280 págs.

Collado García, L., Romero Ródenas, M.J., Tarancón Pérez, E.: *Elecciones sindicales del personal laboral, funcionario y estatutario. Guía práctica*, Bomarzo, 2ª ed., 2023, 280 págs.

Durán López, F., Sáez Lara, C. (Coords.): *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público. Libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero*, Junta de Andalucía, 2023, 360 págs.

Ferrando García, F.Mª., Gómez Gordillo, R., López Aniorte, Mª. C.: *Guía de la Negociación Colectiva 2023*, MTAS, 2023

Martín Pozuelo, A., Todolí Signes, A. (Dirs): *La negociación colectiva en el sector público*, Aranzadi, 2023, 304 págs.

Rodríguez Escanciano, S. (Dir.): *Negociación colectiva en el sector agrario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2023, 152 págs.

PROTECCIÓN SOCIAL

Aradilla Márques, M.J., Fernández Prats, C.: *Los trabajadores encuadrados en regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social*, CISS, 2023, 628 págs.

Cabeza Pereiro, J. (Coord.): *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva. Resumen ejecutivo*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2023, 99 págs.

Collado García, L., Romero Ródenas, M.J., Tarancón Pérez, E.: *Incapacidad temporal*, Bomarzo, 4ª ed., 2023, 188 págs.

García Romero, B. y López Aniorte, Mª. C.: *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: estudios con perspectiva de género*, Aranzadi, 2023, 387 págs.

Maldonado Molina, J.A., Monereo Pérez. J.L. (Dirs.) y Muros Polo, A., Vida Fernández, R. (Coords.): *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*. Laborum, 2023

Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F. (Dirs): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XX*, *Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*. Bomarzo, 2023, 874 págs.

Ruiz Santamaría, J.L.: *El sistema de pensiones español en una sociedad en constante transformación. Un estudio desde una perspectiva holística y comparada*, Aranzadi, 2023, 185 págs.

Sierra Villaécija, A.: *100 casos ganados ante el Servicio Público de Empleo*, Sepin, 2023, 216 págs.

VV.AA.: *Brechas de género y pensiones*, Tirant lo Blanch, 2023, 432 págs.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Agra Viforcos, B.: *La protección de la salud de la población penitenciaria en un contexto de disrupción tecnológica, sanitaria y social*, Reus, 2023, 238 págs.

Egusquiza Balmaseda, M.A., Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (Dirs.): *Inteligencia artificial y prevención de riesgos laborales: obligaciones y responsabilidades*, Tirant lo Blanch, 2023, 465 págs.

Fernández Costales Muñiz, J. (Dir.): *Disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad social y salud en el trabajo*, Reus, 2023, 454 págs.

Fernández Domínguez, J.J., Carbajo García, G.: *Trabajos en beneficio de la comunidad y prevención de riesgos laborales (una cara humana del progreso)*, Reus, 2023, 150 págs.

García Salas, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2023, 264 págs.

Gil Pérez, M.E.: *El teletrabajo y el impacto de las nuevas tecnologías en la salud y seguridad laboral*, Bomarzo, 2023, 123 págs.

Llorens Espada, J.: *Límites al uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud laboral,* La Ley, 2023, 256 págs.

Martínez Barroso, M.ª.C.: *Marco normativo europeo de la prevención de riesgos laborales y su implementación*, Colex, 2023, 204 págs.

Sánchez-Herrera Bautista-Cámara, I., Cassini Gómez de Cádiz, J.: *Cultura preventiva: un modelo de influencia para la conducta en salud laboral*. Buenas prácticas, Aranzadi, 2023, 272 págs.

Trujillo Pons, F. (Dir.): *Tratado práctico de prevención de riesgos laborales*, Atelier, 2023, 848 págs.

PROCESAL LABORAL

Blasco Pellicer, A. (Dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, 2023, 1912 págs.

Guadalupe Hernández, H., Segoviano Astaburuaga, M.L., Molina Navarrete, C. (Dirs.): *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*, CEF, 2023, 432 págs.

Miguel Barrio, R.: *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*, Ed. Dykinson, 2023

Novoa Mendoza, A.: *Revisión de sentencias laborales por acceso a documentos decisivos*, Aranzadi, 2023, 350 págs.

Miguel Barrio, R.: *La prueba tecnológica en el proceso laboral: tendencias y desafíos*, Ed. Dykinson, 2023

Montoya Medina, D.*: La impugnación de sanciones disciplinarias en la empresa*, Aranzadi, 2023, 256 págs.

EMPLEO PÚBLICO

Cuadros Garrido, Mª. E. y Selma Peñalva, A. (Dir): *La contratación laboral en las Administraciones Públicas: vicisitudes y patologías*, Colex, 2023

Villalobos Sánchez, E.: *Fraude de Ley en las relaciones laborales de las administraciones públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Laborum, 2023.

DERECHO ADMINISTRATIVO Y SANCIONADOR SOCIOLABORAL

Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A. y Vila Tierno (Dirs), Ortega Lozano Y Martín Rivera, L. (Coords): *Derecho administrativo y sancionador sociolaboral. Teoría y Práctica.* Laborum, 2023, 810 págs.

Selma Penalva, A., Díaz Rodríguez, J.M.: *La ITSS ante las nuevas infracciones y sanciones de orden social*, Aranzadi, 2023, 312 págs.

OBRAS GENERALES Y OTRAS

Abad Tejerina, P., Sáez Carbó, R. (Coords.): *En torno al Estatuto de los Trabajadores. Un homenaje a Don Juan Antonio Sagardoy*, Sepin, 2023, 554 págs.

Fernández Orrico, F.J. (Dir.): *Claves en el empleo de personas con discapacidad intelectual. Triple perspectiva desde el Derecho, la Psicología y la Medicina*, Tirant lo Blanch, 2023, 467 págs.

García Murcia, J., Torres de León, V. (Dirs.): *Medios de solución de conflictos laborales. Perspectiva euroamericana*, Tirant lo Blanch, 2023, 584 págs.

Martínez Moreno, C. (Dir.): *El Derecho del Trabajo que viene. La Reforma que necesitamos*, Colex 2023

Monereo Pérez, J. (Dir. y coautoría), Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R., Moreno Vida, M.N., Marquez Prieto, A. y Maldonado Molina, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, 19 edición, Madrid, Tecnos, 2023.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. Y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21 edición, Granada, Comares, 2023.

Montoya Melgar, A. Derecho del Trabajo, 44ªed., revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 2023

Rivas Vallejo, P. (Dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Colex, 2023, 14ª. ed., 2023

Salvador Trapero, A.: *Sistema RED SLD-SILTRA: soluciones en torno a la reforma laboral, autónomos y empleados de hogar, Claves Prácticas*, Francis Lefebvre, 2023

Sánchez Mas, V.: *Estudio jurídico de Derecho Laboral comparado en relación a los trabajadores expatriados. Especial mención España y Marruecos*, Aranzadi, 2023, 160 págs.

VV.AA.: *Práctica laboral para abogados 2023. Los casos más relevantes en 2022 de los grandes despachos*, La Ley, 2023, 752 págs.

VV.AA.: *Prácticum Social 2023*, Aranzadi, 2023, 2362 págs.

VVAA: *Memento Social 2023*, Ediciones Lefebvre 2023, 2212 págs.

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO-Salario y Nómina*, Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *MEMENTO PRÁCTICO-Seguridad Social*, Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *MEMENTO Despido 2024-2025*, Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *MEMENTO Guía Rápida Empleados de hogar,* Ediciones Lefebvre 2023

VVAA: *Guía laboral del Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones 2023*, BOE, 2023

VVAA: *La formación dual en España*, CES, 2023

PENSAMIENTO SOCIAL

Monereo Pérez, J.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos*, Barcelona, Atelier, 2023, 235 páginas.

Monereo Pérez, J.L.: *Simone Weil: Filosofía del Trabajo y Teoría Crítica Social*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023.

Weil, S.: *Raíces del existir: Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. María Eugenia Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, 170 págs.

4. RECENSIÓN CRÍTICA

LOS LIBROS NORTEAMERICANOS SOBRE LOS JUECES DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS - POR LA SENDA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN SUS LIBROS, por Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón, Barcelona: Atelier 2023, 250 páginas.

Comentado por:
Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.
https://orcid.org/0000-0002-5752-365X

Como los propios autores indican en los primeros compases de *Los libros norteamericanos sobre los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos - Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, tan meritorio e interesante por muchos motivos, el estudio se realiza en contemplación de otras obras pioneras en la materia escritas mucho antes por el profesor Manuel Alonso Olea (en adelante, MAO), por lo cual subtitulan significativamente la Introducción del libro que nos ocupa como "Don Manuel Alonso Olea, más que un pretexto"[1]. Y si el cuerpo central del libro nos presenta un espléndido recorrido por los recovecos del máximo Tribunal norteamericano, donde hallamos datos tanto de las materias tratadas por ese cuerpo judicial, cuanto de las vicisitudes y en algunos casos anécdotas personales de sus miembros, por otro lado en la Introducción de ambos autores, así como en el detallado Prólogo de la profesora Casas Baamonde[2], queda de manifiesto que "el protagonista es Don Manuel, aunque con un protagonismo insólito"[3], el de haber transitado el maestro con anterioridad por los lugares y por las obras que los profesores Arufe y Martínez Girón visitan con el libro que comentamos.

Nuestra reflexión, por ello, habrá de ser algo más extensa de lo habitual si quiere abarcar el perfil de Jano de esta obra, y hasta se embarcará en aspectos biográficos del maestro por la senda de ese paralelismo indicado -cuando no expresado- entre los magistrados de la Corte Suprema (en adelante, CS) norteamericana y el propio Alonso Olea, para completar los trazos apuntados por los referidos autores.

Dedicaremos la primera parte del comentario a un análisis del contenido directo o expreso, los libros sobre jueces norteamericanos, y la segunda parte a completar ese esbozo equiparativo

[1] Arufe y Martínez Girón, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema*, cit., p. 19. Los libros de MAO que sirven de inspiración son: *Los Estados Unidos en sus libros*, Madrid: Ediciones Europa 1967, 183 págs., y *Nuevos libros sobre los Estados Unidos*, Madrid: Ediciones Europa 1970, 211 págs.

[2] Primera discípula de Alonso Olea y primera (y hasta ahora única) presidenta del Tribunal Constitucional.

[3] "Prólogo" de M.E. Casas Baamonde al libro, p. 13.

implícito de la figura de MAO, al objeto de equilibrar ambas partes merced a unas reflexiones críticas sobre la figura del maestro. En lo cual asume este comentario el planteamiento común de los libros norteamericanos sobre jueces, al resaltar tanto los aciertos como los errores de tan altos magistrados, similar al de otros planteamientos más cercanos a nosotros, en concreto los "Medaglioni" o biografías de famosos laboralistas que fueron apareciendo por iniciativa de Umberto Romagnoli en las páginas de la revista *Lavoro e Diritto* de los años noventa del pasado siglo y diez del presente, bajo la estricta consigna de venir desprovistos de "tonos apologéticos conmemorativos"[4]. El motivo de aquellas biografías italianas provenía de la reflexión de Tarello, de que "poco se puede entender del funcionamiento de la organización jurídico-política de una época y de un país si no se conocen sus operadores: entre éstos, principalmente los juristas". Por esta razón, "una historia del derecho debe practicar el género literario de la biografía intelectual"[5].

a) El Libro de los Jueces

Los profesores Martínez Girón y Arufe Valera continúan una senda muy hollada desde hace tiempo, y con notorio éxito, en Gran Bretaña y Estados Unidos, de libros que versan sobre grandes casos legales envueltos en las biografías y autobiografías de quienes los han protagonizado desde el estrado. No hablamos de estudios reservados a los técnicos o entendidos en la materia, pues además de en las bibliotecas universitarias pueden hallarse a la venta en librerías generales para el gran público. Y si muchos de ellos provienen de abogados de éxito, escritos para ese gran público en torno a las más señaladas victorias procesales, en otros casos -como el que nos ocupa- abordan el análisis de la casuística judicial enlazada a la biografía de sus autores, bajo el planteamiento que hemos visto en Italia de la mano de Giovanni Tarello.

Otros rasgos a señalar apuntan a la imparcialidad de los autores en el análisis de los comportamientos y decisiones de esos magistrados, como se advierte especialmente en el último capítulo, sobre los jueces actuales de la Corte Suprema USA, y al rasgo característico de ser una única Sala en donde conviven jueces nombrados por los presidentes de los Estados Unidos, con la frecuente circunstancia de hallarse simultáneamente en ella los designados por un presidente republicano y otro demócrata. En su conjunto suman nueve magistrados, un número que no ha variado desde hace ya muchos años, y a los cuales el ingenio de un colega los vino a sobrenombrar como "los nueve escorpiones en su jaula"[6].

Nos hallamos ante una elaboración brillante pero al mismo tiempo sencilla en su estructura, que parte de la presentación de los diversos períodos del Tribunal Supremo (en adelante, CS, Corte Suprema) que se van sucediendo, a comenzar en el capítulo 1 por el de 1789-1835, y en los cuales veremos desfilar en primer término a los presidentes de la CS y después a los más representativos

[4] Indica L. Nogler, "La 'Politica del Diritto' y los laboralistas italianos. In memoriam de Umberto Romgnoli", §4, por aparecer en la *Revista de Trabajo* del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que "Los once primeros medallones, que debían escribirse de manera 'desprovista de tonos apologético-conmemorativos', debían tratar de: Barassi, Carnelutti, Messina, Redenti, Chiarelli, Sinzheimer, Lotmar, Kahn-Freund, Prosperetti, Riva Sanseverino y Mazzoni. Sólo seis de ellos fueron escritos: por el propio R. (Carnelutti y Redenti), por Ghera (Prosperetti), por Gaeta (Barassi) y por mí mismo (Sinzheimer y Lotmar; el de Messina no me fue encargado y lo escribí con ocasión de una obra similar publicada por Treccani)".

[5] Tarello G.: "Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete", en Id., Diritto, enunciati, usi, p. 496. Véase también Romagnoli U., "Ricordo di Giovanni Tarello", en Lavoro e diritto, 1987, p. 601 y ss. y p. 605. Citados por Nogler L., "La 'Politica del Diritto' y los laboralistas italianos", cit.

[6] Cfr. *Los libros norteamericanos sobre los jueces de la Corte Suprema,* p. 28. El apelativo vino acuñado nada menos que por el magistrado Oliver Wendell Holmes, como indican Lerner M., *Nine Scorpions in the Bottle: Great Judges and Cases of the Supreme Court,* Nueva York: Arcade Publishing 2017, y Feldman N., *Scorpions: the Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices,* Nueva York: Twelve Publishers 2011.

del resto de magistrados *simpliciter* en el mismo período, sin perdonar sus posibles apelativos, tan frecuentemente irónicos o sarcásticos. Los apodos acompañan a todos los jueces estudiados en el libro, aunque debe advertirse que no todos ellos son originarios, pues una mayoría vienen introducidos por los profesores Martínez Girón y Arufe Varela como resumen explicativo de la personalidad del estudiado, en base a las biografías norteamericanas existentes sobre cada uno, siguiendo el tono desenfadado de los originales. Se trata, como indican lisa y llanamente los autores, de biografías donde se contienen los mejores y a veces peores "hechos de armas" de los biografiados, sus decisiones más significativas para mejor o para peor. En no pocas ocasiones, el apodo indica un juicio negativo general, como cuando al juez Byron White (1957-1962) le cuelgan en apelativo de "Un excelente futbolista", o al juez Thurgood Marshall (1967-1991) el de "Zampabollos"[7], a pesar de su relevante intervención en dos asuntos laborales en los que llevó a la CS más allá de las propuestas iniciales: el de un caso de discriminación laboral por razón de edad[8], donde expresó la opinión mayoritaria de que una reclamación de daños y perjuicios tuviera un juicio con jurado también en los casos de discriminación laboral, y en otro caso, Meritor Savings Bank vs. Vinson (1986), de una empleada de Banco acosada sexualmente por su vicepresidente, la cual solicitaba no solo la cesación del acoso, sino además una indemnización, donde el juez Marshall expresó su opinión concurrente con, o paralela a, la mayoritaria, en la cual entendió que, por añadidura, la empresa debía eliminar las situaciones discriminatorias en el lugar de trabajo[9]. En otros casos, en fin, el alias que se cuelga al magistrado es tan simple que parece apuntar a una situación real de postergación, como el de "Primera mujer" ("The FWOTSC") adosado a la primera magistrada de la CS, Sandra O'Connor, nombrada en 1981 por el presidente Reagan, y "ninguneada en el entorno de hombres que le rodeaba"[10].

A veces, sin embargo, un apelativo simplista iba acompañado de un contrapunto. Por ejemplo, el de "La notoria R.B.G." como remoquete de la primera mujer judía de la CS, Ruth Bader Ginsburg, en paralelismo con el nombre de un famoso rapero de la época, que se conocía como "El notorio B.I.G.". Esta magistrada, antes catedrática de las Universidades de Rutgers y de Columbia, había dedicado parte de su vida a ejercer como abogada *pro bono* (gratis) en casos de discriminación por razón de sexo, e ingresó en la CS por nominación del presidente Clinton. Gracias a ella los abogados dejaron de aplicar *tout suit* el tope máximo de honorarios establecido por la Ley de Seguridad Social de 1935, del 25 % del importe de la condena favorable al defendido, y pasaron a minutar según el tiempo empleado por el abogado en su preparación, con dicho tope. Y alertó en otros casos sobre problemas que luego se han analizado conforme a aquella opinión, como ha ocurrido en el caso Epic Systems Corp. vs Lewis (2018), donde alertó de los peligros de la cláusula de arbitraje contenida en contratos individuales de trabajo, presuntamente impuesta por el empresario, y se opuso a la opinión mayoritaria, a la que calificó de "terriblemente equivocada". O en el caso Olmstead vs L.C. (1999), esta vez redactando la opinión mayoritaria, que consideró a la enfermedad mental como un supuesto de incapacidad[11].

En otros casos el apelativo refiere a la situación de mayor notoriedad en la carrera del magistrado en cuestión, como sucede con el juez David J. Brewer (1890-1910), apodado "El feliz

[7] En inglés, "Shuffling through Dixie": *Los libros norteamericanos,* p. 146.

[8] Sentencia Lorillard vs. Pons, 1978. Cfr. *Los libros norteamericanos*, pp. 147-148.

[9] En *Los libros norteamericanos*, p. 148.

[10] *Los libros norteamericanos,* pp. 159-160. Comentan los autores que su postergación no ocurría solo en la CS, sino que venía de antes, al punto de que vino repetidamente rechazada por los bufetes privados donde pretendió ingresar. Y ello a pesar de provenir de un entorno opulento como era el de su familia, propietaria de un inmenso rancho de Arizona de 60.000 hectáreas obtenido por su abuelo cuando el territorio aún no era Estado. El origen del apelativo provenía de una carta enviada por ella misma al *New York Times* en 1983, algo después de su nombramiento, donde indicaba que la CS "no estaba formada por nueve hombres, según su información". Después escribiría hasta dos autobiografías: cfr. *Los libros norteamericanos,* p. 160.

[11] Cfr, *Los libros norteamericanos*, pp. 183-184.

ausente" porque no pudo firmar la peor sentencia de su período en la Corte, Plessy vs Ferguson (1896), que proclamó la constitucionalidad de una ley segregacionista de Luisiana que impedía a los negros entrar en los vagones de tren reservados a los blancos[12], ausencia debida a que hubo de acompañar a su hermana enferma durante el debate de esa sentencia.

Hay apelativos, en fin, no muy certeros si lo que buscamos consiste en centrar la figura jurídica del juez, como sucede con el aplicado al juez presidente William H. Taft, "El Constructor", pues el mote no refiere a su labor como brillante jurista en las sentencias, sino como decisor arquitectónico del actual y emblemático palacio donde tiene su sede la CS en Washington, y aun antes, cuando ocupaba la cartera de Ministro de la Guerra, por haber ordenado la construcción del canal de Panamá, que revolucionó las comunicaciones marítimas entre las dos fachadas de los Estados Unidos[13]. En todo caso, el W.H. Taft magistrado de la CS nada tiene que ver con el Robert A. Taft que en 1947 protagonizó la aprobación de la Ley Taft-Hartley, o de Relaciones entre Empresas y Trabajadores, con un significado mayormente contrario a ciertas prácticas sindicales en el convulso panorama conflictivo de la postguerra mundial[14].

Los autores del libro no pretenden trazar la vida y milagros de los diecisiete Jueces-Presidente y los 99 jueces *simpliciter* de la CS a lo largo de su historia, sino que prefieren hacer una selección de los que merecen mayor interés por su historial, que glosan brevemente en el decurso de sus biografías. Si nos atenemos a los apelativos con que adornan a tan selecto número, los libros americanos que comentan Arufe y Martínez Girón muestran predilección por los magistrados calificados como "disidentes", dado su cierto número y prestigio dentro del reducido elenco, desde Oliver Wendell Holmes (1902-1932), "el gran disidente", a John Marshall Harlan II (1955-1971), "el patricio disidente", Hugo Black (1937-1981), "el cuarto mosquetero", Benjamin R. Curtis (1851-1857), "dinero, dinero, dinero", o, en fin, Antonin Scalia (1986-2016), "el disidente solitario".

Hay entre estos personajes de la Judicatura, identificados por el carácter discrepante de sus actuaciones, algunos a los cuales resulta muy difícil centrar en una posición determinada, como ocurre con el juez Hugo Black (1937-1971), "El cuarto mosquetero"[15]. Llamado así por ser el cuarto juez que formaba la línea demócrata dentro de la CS, siendo los otros Brandeis, Stone y Cardozo, había sido nombrado por el presidente F. Roosevelt a pesar de haber militado anteriormente como miembro del Ku Klux Klan, un dato del que Black se defendía alegando que, cuando era abogado modesto en Alabama, tanto los letrados competidores como, en especial, los miembros de los jurados que resolvían en los juicios, pertenecían en su inmensa mayoría a dicha organización secreta. No obstante, su justificación, cuando fue elegido como senador demócrata en el mismo Estado se había opuesto a la legislación federal antilinchamientos. Y todavía cuando fue designado magistrado de la CS por el presidente Roosevelt, continuó con la posición restrictiva, pues respaldó la política presidencial de confinar en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial a los ciudadanos de origen japonés que vivieran en la costa occidental del país[16]. Pero se convirtió en defensor de la libertad de expresión cuando elaboró una opinión disidente en la sentencia Dennis vs United States (1951), durante el período álgido del McCartismo, respecto a la condena del secretario general del Partido Comunista de ese país y de otros diez miembros del mismo partido por conspiración contra el

[12] *Los libros norteamericanos,* pp. 77-78. Los autores recuerdan la lucha contra tales leyes, y mencionan el caso más famoso, el de la activista negra Rose Parks, detenida por haber ocupado un asiento para blancos en un autobús de la ciudad de Montgomery (Luisiana) tan tarde como en 1955.

[13] *Los libros norteamericanos sobre los jueces de la Corte Suprema,* pp. 74-75.

[14] La vetó el presidente Truman, sin resultado. Prohíbe las huelgas sobre conflictos competenciales, las sin preaviso, políticas y de solidaridad, boicots secundarios, piquetes masivos, cláusulas fuertes de seguridad sindical, y donaciones sindicales para campañas políticas federales.

[15] *Los libros norteamericanos,* pp. 103 ss.

[16] Caso Korematsu vs United States, 1944.

Estado, confirmada por la opinión mayoritaria de la CS, y en donde la opinión disidente del juez Black defendió las libertades de expresión y de prensa en contra de aquélla. De igual modo un año más tarde, en el caso Youngstown Sheet & Tube Co. vs Sawyer (1952), redactó la opinión mayoritaria de la CS determinando que era inconstitucional la incautación gubernativa de las factorías siderúrgicas en previsión de una huelga anunciada, incautación que no contaba con cobertura legal. La guerra de Corea (1950-1953) había generado convulsiones en el país, y el presidente Truman se excedía en sus funciones. Pero el juez Black continuaba al mismo tiempo con sus extravagancias, como relata el libro que comentamos, y, junto a sus fuertes e independientes disidencias en el tribunal, había continuado con alguna que otra originalidad fuera de él, pues ya con 71 años contrajo matrimonio con su secretaria, mucho más joven, "con la que le gustaba jugar al tenis", como apostillan los autores del libro.

Para terminar con los jueces disidentes, el juez Benjamin R. Curtis mantuvo una constante fricción con el presidente del tribunal, Taney, explicitada en diversas ocasiones, de las que los autores del libro destacan su choque en el caso Dred Scott vs Sanford (1857), en donde el juez presidente redactó la opinión mayoritaria que confirmaba la privación de ciudadanía a todos los negros del país, fueran esclavos o no, y retiró al Congreso la facultad de dictar leyes prohibiendo la esclavitud, una sentencia que influyó sobremanera en la declaración de la Guerra Civil, o de secesión, norteamericana[17]. Frente a la sentencia de la mayoría, afirmando que la Constitución excluía de la condición de ciudadano a todo negro (!), fuera libre o esclavo, el juez Curtis presentó una opinión discrepante en la cual entendía que toda persona libre, nacida en el territorio de un Estado de la Unión, era también ciudadano de la Unión. Tras otros choques serios con el presidente de la CS y la opinión mayoritaria, Curtis abandonó la Corte con el superfluo argumento de que en ella se ganaba poco dinero, y en efecto, se convirtió en el abogado de mayor renombre y mayores ingresos del país, hasta el punto de que cuando el Senado quiso destituir mediante *impeachment* al presidente Johnson, éste acudió a Curtis, quien lo defendió con una estrategia procesalista: si el órgano político, el Senado, se erigía en tribunal de otro órgano político, la Jefatura del Estado, debía hacerlo conforme a las reglas y los modos de un tribunal. Y ganó el envite.

Son ejemplos biográficos del rico elenco de magistrados analizados en sus vidas y sentencias por los profesores Arufe y Martínez Girón. La búsqueda de unos y otros viene facilitada por un cuidadoso índice final de casos, otro onomástico, y uno más tópico o analítico, para terminar con un índice de libros biográficos.

Si debiéramos elegir entre las muchas partes de este libro, como laboralista elegiríamos las trilogías de sentencias dedicadas al Derecho del Trabajo. Se trata de dos colecciones de tres sentencias cada una en torno a materias determinantes de nuestra disciplina y que se denominan con ese carácter de trilogías:

a) Por su mayor antigüedad en el tiempo comenzaremos con las sentencias que configuran la trilogía de la Seguridad Social, en las cuales la CS dilucidaba nada menos que la constitucionalidad de la Ley de Seguridad Social de 1935 poco tiempo después de haberse promulgado, pues las tres vinieron promulgadas en 1937: se trataba de las sentencias sobre los casos Carmichael vs Southern Coal & Co.; Steward Machine Co. vs Davis, y Helvering vs Davis, y en ellas venía impugnada la constitucionalidad de la Ley en cuatro de sus once títulos, en concreto los referidos al aspecto económico del aseguramiento, pues estaba en duda la propia exacción de fondos federales para la cobertura de necesidades sociales: para la opinión mayoritaria, con ponencias del juez Cardozo, el artículo 1 de la Constitución Federal de 1787 autorizaba al Congreso para la exacción de tributos en orden a salvaguardar el bienestar general; en cambio el

[17] *Los libros norteamericanos,* pp. 56 ss.

juez McReynolds presentó una opinión discrepante en la cual calificaba a la opinión mayoritaria como "nube de palabras o desfile ostentoso de estadísticas irrelevantes" que repugnaban a la Décima Enmienda.

Llama la atención la estridencia del enfrentamiento entre los jueces de la CS por una cuestión tan asentada en el ideario continental europeo como es la Seguridad Social, cual es la cobertura de las necesidades sociales de los ciudadanos trabajadores y en general de la ciudadanía. Y aun cuando aquél áspero debate surgió con años de antelación a la Guerra Mundial que motivó las alegaciones de Lord Beveridge y el nacimiento del Sistema de Seguridad Social que conocemos hoy en nuestro continente, Estados Unidos sufría en aquellos años previos a la guerra quizá más que el continente europeo por las secuelas del crack de 1929. Probablemente a causa de tan áspero debate judicial se truncó una evolución similar a la europea, y el Sistema norteamericano ha quedado resumido finalmente en un núcleo básico de Seguridad Social asistencial, circundado por una miríada de fondos privados de pensiones.

b) La denominada trilogía del acero hace referencia a tres casos resueltos por la CS en 1960 y referidos a sendos conflictos entre el Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos y tres empresas de la siderurgia, American Manufacturing Co. en la primera, Warrior & Gulf Navigation en la segunda, y Enterprise Wheel & Car Corp. en la tercera. Las tres sentencias tuvieron al juez Goldberg como ponente, pese a que solo duró tres años en el Tribunal, pues aceptó el puesto de embajador de su país en Naciones Unidas que le ofreció el presidente del Gobierno para colocar a un amigo suyo en el puesto vacante de la CS[18].

En esas sentencias el objeto material consistía en dilucidar la exigibilidad de las cláusulas de arbitraje establecidas en los convenios colectivos, pues ocurría que, si bien los empresarios rehuían el sometimiento a los tribunales por la larga duración de los pleitos y por la tendencial simpatía de los jurados populares hacia los trabajadores, que acababa en duras condenas a la contraparte, de modo que el grueso de los conflictos individuales se sustrajo a la competencia jurisdiccional para venir resueltos por árbitros privados gracias a las cláusulas convencionales de arbitraje, después obviaban la exigibilidad de los laudos con diversos subterfugios, como también hacían los sindicatos. Es aquí el único punto del libro donde detectamos cierta animosidad de los autores en los juicios que desfilan por sus páginas, si bien apenas ligeramente expresados. Y seguramente tienen razón, pues sabemos cómo los empresarios pueden controlar el contenido de los convenios colectivos de empresa para suavizar sus obligaciones, quizá prolongando el arbitraje o considerándolo fuera del ámbito lícito. La CS determinó en la trilogía un ámbito amplio, incluso una presunción de arbitrabilidad, como señaló en la segunda sentencia de la trilogía, y se ha visto a ésta como trascendental a la hora de dotar al arbitraje de su fuerza presente[19], habiendo aceptado los tribunales la "judicial restraint" establecida en aquellas sentencias. Más de sesenta años después de aquella trilogía, el sistema de arbitraje norteamericano como parte final de un procedimiento de quejas (grievance procedure) es el más poderoso del mundo[20], y no viene discutido sino defendido por los sindicatos, aunque

[18] *Los libros norteamericanos sobre los jueces de la Corte Suprema,* p. 135.

[19] Por ejemplo, Gregory D.L., Zitelli M.K. y Papadopoulos C.E., "The Fiftieth Anniversary of the Steelworkers Trilogy: Some Reflections on Judicial Review of Labor-Arbitration Decisions - Will Gold Turn to Rust?", *Catholic University Law Rev*iew 60 (2011), pp. 47-48.

[20] Actualmente semejante sistema institucionalizado arroja cifras enormes para los ojos europeos: solo la American Arbitration Association (AAA) ha resuelto entre los meses de enero a octubre de 2023 la cifra de 434.889 casos, y desde su fundación en 1926, 7.837.000 (cifras ofrecidas por su página web oficial).

seguramente quepa arrojar alguna sombra de duda sobre el impacto en los casos individuales, comparado con las garantías del sistema judicial[21].

Pero volvamos al libro que nos ocupa. Se trata, por todo lo visto, de un libro sobre hechos y protagonistas dentro del breve recinto del máximo órgano judicial de ese poderoso país, una Corte que ha fascinado a ambos autores del libro como antes había hecho con MAO[22], y cuyo discurrir es todo menos suave, a la vista de los choques explicitados en el análisis de Arufe Varela y Martínez Girón. Porque, como ya Alonso Olea y ahora ellos mismos se cuidan de especificar, la CS norteamericana no es un Tribunal Supremo al uso europeo, sino que asume enérgicamente su rol como actor político en la separación estatal de poderes y marca su opinión de forma rotunda frente a los otros dos actores[23]. En lo cual quizá tenga algo que ver el hecho de que presente sus sentencias como resoluciones de la entera Corte Suprema, sin salas que puedan fragmentar su autoridad y, por supuesto, sin ningún Tribunal Constitucional por encima de él con el que entrar en fricciones, porque es ella misma quien actúa en veste de tal órgano, siendo el máximo órgano judicial del país.

No son las trilogías acabadas de referir las únicas sentencias sobre temas laborales emanadas de la CS, obviamente. En el índice tópico -o analítico- del libro aparece una larga serie de sentencias bajo el término "Trabajo", y dentro de él descuellan las numerosas decisiones referidas a Sindicatos, en total diecisiete seleccionadas, el bloque más numeroso del conjunto, aunque hemos de tener en cuenta que las referidas fuera de este bloque a Discriminación en sus diversas ramas superan esa cifra, siendo también importante la entrada de Feminismo.

b) Parte II. Título, Prólogo e Introducción: el necesario sombreado de un perfil

Aunque sin abandonar el estilo directo y brillante que hemos visto en sus comentarios a los jueces de la CS, los autores del libro aquí analizado -igual que la profesora Casas Baamonde en el Prólogo al mismo- se deshacen ahora en elogios hacia la figura del gran maestro español del Derecho del Trabajo durante las décadas 1950 a 2010, Manuel Alonso Olea, MAO, como pionero en estos estudios, hasta el punto de que incluso en el título de la obra deslizan el subtítulo de "Por la senda de los Estados Unidos en sus libros", en directa referencia a las publicaciones del maestro con esa denominación.

Claro que no se quedan en indicar la precedencia sobre el tema sino que van más allá: centrándose en la posición de Juez Presidente del Tribunal Central de Trabajo, como lo fue Alonso Olea, la ausencia de biografías sobre dicha faceta vital y profesional del mismo -afirma Casas Baamonde- crea un vacío que no pueden colmar las biografías sobre su faceta docente, de modo que se agradece que los dos autores hayan pretendido colmar el hueco trayendo a colación los testimonios de cómo se comportaba don Manuel en el ejercicio del cargo, por ejemplo con las famosas reuniones de debate o

[21] La reticencias corporativas de alguna Corte federal parecen haber disminuido tras la sentencia Michigan Family Resources Inc. III (2006), como indican los autores citados en nota 21, *ibidem,* en su apartado 2, titulado expresivamente "From Maverick Activism to a Model of (Relative) Judicial Restraint: The Sixth Circuit and the Saga of the Michigan Family Resources Decisions", pp. 55 ss. Arufe y Martínez Girón dedican también alguna crítica a los laudos mediocres.

[22] Sobre la "extraordinaria admiración" de MAO por la CS, Arufe y Martínez Girón, "Introducción" cit., p. 20.

[23] Así, Arufe y Martínez Girón, "Introducción" cit, pág. 21 en nota 13, citando la aclaración de MAO de que con sus dos estudios sobre el Tribunal Supremo de Estados Unidos contemplaba a los tres poderes *políticos* en aquel país, y asumía la visión de S. Krislov sobre dicho Tribunal como "un poder operante en la estructura política y social norteamericana, ligado a, pero distinto de, el poder tradicional del juez y de sus colegas, pues en Estados Unidos el Tribunal Supremo es un poder con él hay que contar a la hora de la ordenación y de la decisión en cuanto a grandes problemas nacionales".

"plenillos" con los demás magistrados, y en seguida la misma prologuista acude al paralelismo con "el famosísimo juez Marshall, quien buscaba crear acuerdos con los otros jueces que componían la Corte Suprema de los Estados Unidos"[24]. En síntesis, tanto el Prólogo como la Introducción, y la referencia a los libros de MAO sobre Estados Unidos en el título, se deslizan por la senda hagiográfica tan distinta a la seguida por los mismos autores en el cuerpo central del libro, y contrastan también con el esfuerzo italiano de los "medallones" analíticos de grandes laboralistas, como se dijo antes, por lo que se requiere ahora de un esfuerzo crítico que complete las alabanzas para lograr un cierto equilibrio. Y ello, porque de quedarnos con solo los comentarios elogiosos aparecerían grandes interrogantes sin contestar sobre la biografía de MAO, tanto referidos a sus primeros años, casi desconocidos, cuanto a su declive final, pues el maestro lamentaría entre sus allegados el olvido en que había caído para los nombramientos como magistrado del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional mientras que otros colegas de claustro en la Universidad Complutense de Madrid habían alcanzado tal honor con cierta facilidad. Y marginaría la debida distancia entre la Corte Suprema norteamericana, auténtico Tribunal Constitucional de ese país, con el Tribunal Central del Trabajo del que MAO fue único presidente durante toda su existencia.

Comencemos por los indudables puntos de conexión entre ambas realidades: la historia del MAO laboralista comienza tardíamente como una reacción crítica al enorme reconocimiento que durante sus dos estancias en Estados Unidos[25] había observado entre el público universitario e intelectual a la obra de dos importantes autores alemanes de la Escuela de Francfort o del marxismo democrático, Herbert Marcuse y Erich Fromm[26]. El MAO inquieto de sus primeros y desconocidos años como licenciado en Derecho, devorador ávido de variadas lecturas de las cuales hacía cientos de recensiones, volcado especialmente en estudios procesales y admirador del procesalista Jaime Guasp, había ganado las oposiciones a letrado del Consejo de Estado y del Instituto Nacional de Previsión. Y al llegar a la Universidad de Columbia se centrará en una tesis doctoral sobre los sindicatos norteamericanos desde la perspectiva de sujetos políticos, a los que las leyes habían configurado en su perfil, siendo desde esta perspectiva jurídica modeladora desde donde MAO acometerá su análisis[27].

[24] Casas Baamonde M.E., "Prólogo" a *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos,* cit., pp. 14-15.

[25] Tanto en la Universidad de Columbia (Nueva York) entre 1951 y 1952, como especialmente en la realizada en la Universidad de California en Berkeley entre los años 1961 y 1962.

[26] Sobre ambos puede verse recientemente Rodríguez Benítez A., "Erich Fromm y Herbert Marcuse: Disidencia, Sicoanálisis, y Convergencia en la Utopía", *Dialektika* 2-5 (2020), pp. 23 ss. Marcuse se había trasladado a EEUU en 1934, perseguido en Alemania por su ascendencia judía y sus tendencias marxistas, se afinca en la Universidad de Columbia, Nueva York, y en la Universidad de California en San Diego participará activamente en los debates políticos de las décadas 1950 y 1960. Sus obras más conocidas son de 1954 ("El hombre unidimensional") y 1955 ("Eros y Civilización"). Nacido en 1924, MAO llega a la Universidad de Columbia con 27-28 años, y a Berkeley con 37-38 años.

[27] Así lo indica en MAO, "La configuración de los sindicatos norteamericanos", *Revista de Estudios Políticos* 70 (1953), pp. 107 y 108. En concreto las leyes que analiza serán la National Labor Relations Act de 1935 y la Taft-Hartley Act de 1947 (la Landrum-Griffin de 1959 sería analizada posteriormente). Sobre el tema político del sindicalismo, ahora directamente y no desde la perspectiva jurídica, incidirá más tarde con artículos titulados "Las ideologías del sindicalismo", *Revista de Estudios Políticos* 82 (1955), pp. 19-60; "Perspectivas actuales del sindicalismo norteamericano", *Anales de la Universidad Hispalense* 2 (1960), pp. 25-39; "Perspectivas de la Organización Sindical del Trabajo", *Estudios Sindicales y Cooperativos* 10-11 (1969), pp. 7-19. Y girará la vista hacia el nuevo sindicalismo libre surgido en España con la democracia en sus "Consideraciones sobre la reforma del sindicalismo español", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 54 (1977), pp. 23-255. La visión sobre un segmento del sindicalismo sustituye a estos análisis sindicales globales a partir de los años ochenta, con "La regulación actual del derecho de huelga", *REDT* 7 (1981), pp. 277-304; "Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes", *Revista de Trabajo* 65 (1982), pp. 9-24; con el mismo título de "Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes", en *REDT* 12 (1982), pp. 565-596; y "Los pactos de seguridad sindical", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 59 (1982), pp. 257-316. Sus últimos estudios sobre el sindicalismo tienen ya un carácter netamente jurídico: "Panorama general de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n. extra 7, 1985 (Ejemplar dedicado a: Seminario

Aquí aprende y aplica el autor su estilo casuístico, pues va analizando la evolución de la legislación y jurisprudencia sobre el sindicalismo, primero en el Reino Unido y después en Estados Unidos, con las fases ya conocidas de conspiración criminal, liberalización, reacciones empresariales -labor injunctions en las *equity courts* aplicados a las huelgas, leyes antitrusts contra los sindicatos-, y la Clayton Act de 1914 denunciando que el trabajo no es una mercancía, hasta que el Tribunal Supremo del país le aplica una interpretación restrictiva que le priva de casi todo su valor, aun cuando cambiará cuando por aplicación de otra ley, la Norris-Laguardia de 1932, pase a refrenar de nuevo la aplicación extensiva de los interdictos. El estilo de MAO en el análisis es terso y claro, y su estudio de los numerosos casos judiciales con los cuales destaca el imperio de los jueces, irrebatible[28]. En el aire flota la impresión de que el maestro había quedado sin respuesta ante el poderío sindical, pero había respirado aliviado al advertir cómo la ley y el control judicial podían controlarlo. Algo antes, Giugni y Mancini habían viajado a Estados Unidos y habían recibido asimismo una impresión que marcaría sus vidas[29].

Será durante su estancia en Berkeley diez años más tarde, ya como catedrático de la Universidad de Sevilla, cuando asista al entusiasmo multitudinario de los campuses norteamericanos por Marcuse y, en menor medida, por Fromm. En Berkeley, y en concreto en el vetusto edificio del Industrial Relations Institute de la Telegraph Avenue, MAO hallará una cálida acogida de sus profesores, probablemente liderados ya por George Strauss[30], y tendrá ocasión de asistir de lleno a los debates sociales del momento, que anticipaban la entrada en la guerra de Vietnam.

Tras su vuelta a España tardará muy poco en llegar a catedrático de la Universidad Complutense, en 1965, y Director General de la Jurisdicción del Trabajo, que regía las Magistraturas de Trabajo con las que el régimen del general Franco había sustituido a los tribunales industriales y jurados mixtos por Decreto de 1938. Como indica Lo Cascio, las Magistraturas de Trabajo constituyeron una jurisdicción especial que tuvo una importante función política[31].

Las nuevas Magistraturas vinieron cubiertas con jueces, abogados y notarios, y sus decisiones fueron en los primeros tiempos recurribles ante la Sala Social del Tribunal Supremo, hasta que la Ley Orgánica de Magistraturas de Trabajo de 1940 sustituyó aquel recurso civil por la competencia de un Tribunal Central de Trabajo adscrito al Ministerio de Trabajo, encabezado por el Director General de

sobre El proyecto de ley orgánica de libertad sindical), pp. 17-36; "Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", *REDT* 22 (1985), pp. 259-272; "Sobre el aviso de huelga en huelga sectorial", *REDT* 24 (1985), pp. 589-594. Y vuelve sobre los temas sindicales con motivo del proyecto fallido de ley de huelga: "Sobre el aviso de huelga en huelga sectorial", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* n. extra 17, 1993 (Ejemplar dedicado a: El derecho de huelga: seminario Hispano-Alemán), pp. 15-18; "Sobre la regulación de la huelga", *Razón y fe*, tomo 227, n. 1133, 1993, pp. 309-316; "Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad: El estado de la cuestión", REDT 58 (1993), pp. 201-210; "Sobre el caducado Proyecto de Ley de Huelga" *REDT* 59 (1993), pp. 337-356; "A propósito del proyecto caducado de la Ley de Huelga", Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, n. 70 (1993), pp. 413-448; y "La negociación colectiva y la mejora de las condiciones de trabajo", *REDT* n. 63 (1994), págs. 137-150. A partir de ahí, y hasta su fallecimiento en 2003, se olvida del sindicalismo y dedica sus estudios principalmente a Seguridad Social y a temas muy diversos, como la mujer y la vejez.

[28] Por ejemplo, la aplicación judicial "restó toda la virtualidad práctica a la Ley Clayton": MAO, "La configuración de los sindicatos norteamericanos", p. 137.

[29] Viaje de estudios en 1951-1952. "Gino - scrive Umberto Romagnoli - tornerà dagli States diverso da quel che era": Cazzola G., "In ricordo di Gino Giugni", *Lavoro Diritti, Europa,* 12 de diciembre de 2019.

[30] Vid. Callus R. y Lansbury R., "George Strauss (1923-2020)", *Labour and Industry* vol. 30-4 (2020), pp. 433-434.

[31] Lo Cascio D., "Las magistraturas de trabajo, una jurisprudencia especial", en VV.AA. (Fernández Rodríguez M. y Martínez Peñas L., coords.), *Reflexiones sobre jurisdicciones especiales,* Valladolid: Asociación Veritas 2016, ISBN 978-84-608-9721-7, pág. 607.

Jurisdicción del Trabajo, y más tarde, en 1966, por un presidente *ad hoc*[32], probablemente con idea de maquillar la ideología del cargo, en el intento del denominado "segundo franquismo" de suavizar su presencia en un mundo de los años sesenta que solo toleraba a las dictaduras si venían maquilladas[33].

Se trataba de un cargo político del régimen, y se buscó alguien con vocación política. Alonso Olea ocuparía el cargo de Director General, y desde ese mismo cargo, en 1967, vendría designado como Presidente del Tribunal Central de Trabajo, por Decreto del Consejo de Ministros[34].

La carrera política de MAO no estuvo exenta de elegancia. Desde el principio dedicó sus esfuerzos a aplicar la legislación entonces vigente de la manera más escrupulosa posible, sin resabios caciquiles de arbitrariedad, y las sentencias del Tribunal Central de Trabajo se caracterizaron por el detallismo en la observancia de la ley y de la jurisprudencia emanada por el régimen, sin atisbo de exceso alguno. Sus "plenillos" en el Tribunal eran recordados, incluso por magistrados de carrera que formaron parte del mismo, como ejemplo de aplicación estricta y escrupulosa de la normativa vigente; claro está, de una normativa no debatida sino dictada.

Alonso Olea era un hombre culto y, además inteligente. Pero su formación procedía de las décadas duras del régimen franquista, y había vivido además en Estados Unidos la aplicación de las condenas a los comunistas por el Maccartismo y la guerra fría de los años cincuenta, así como los errores del sindicalismo norteamericano en las oscuras relaciones del poderoso sindicato de transportistas con la mafia, con la prisión de su líder Jimmi Hoffa incluida, durante los años cincuenta y sesenta[35]. Cuando en su estancia en Berkeley sufre el choque con las teorías de Marcuse y Fromm su reacción no parece de repulsa, sino de alarma ante el sindicalismo libre, y la expresará indirectamente, desde la norma jurídica y la jurisprudencia.

En la misma época o incluso antes, enormes juristas de Alemania e Italia prestarían sus servicios a los totalitarismos con plena entrega, y llegarían incluso a participar en la elaboración de las leyes laborales más significativas de sus regímenes, como por ejemplo Barassi y Messina en Italia, o, en Alemania, Hueck, Nipperdey y Siebert, este último "verdadero campeón del período nacionalsocialista", en palabras de Nogler[36]. Aún hoy los italianos comprometidos con el fascismo continúan reconocidos como grandes juristas, incluso por obra del profesor Romagnoli, que en sus medallones de juristas magníficos incluyó a Barassi en primer término, con independencia de que luego, en el contenido del medallón, figurara una dura crítica a su vertiente política. No así ha ocurrido con los mejores juristas nazis alemanes, cuyas opiniones anticuadas se han perdido hace tiempo.

No fue la integración en el Ministerio de Trabajo como presidente del TCT su única colaboración con el franquismo, el cual lo utilizó plenamente en varios aspectos de política internacional, dada la carencia de buenos técnicos con conocimiento de idiomas entre sus filas.

[32] Ley 33/1966, Orgánica de Magistraturas de Trabajo: el Presidente TCT se nombra, dice su art. 9, entre abogados, catedráticos y jueces de prestigio. Art. 11. Los servicios prestados como presidentes se imputarían a sus carreras de origen.

[33] Más claro aún era el ejemplo del Tribunal de Orden Público, creado en 1963 para juzgar los delitos políticos contra la dictadura en sustitución de los tribunales militares, tras el fusilamiento de Julián Grimau.

[34] Decreto 61/1967. Cfr. Maciá Arroyo P.M., "Las Magistraturas de Trabajo de 1938 y la ley 1912 de Tribunales Industriales y Jurados Mixtos", Universidad Miguel Hernández 2022, en internet.

[35] Aun antes, la corrupción mafiosa en el sindicato de estibadores de Nueva York había venido denunciada en magníficos films de enorme resonancia, como el de "La ley del silencio" (On the waterfront), de Elia Kazan, 1954.

[36] Cfr. Nogler L., "La 'Politica del Diritto' y los laboralistas italianos. In memoriam de U. Romagnoli", por aparecer en *Revista de Trabajo* del MTAS.

Y aquí ha de confesar quien esto escribe que su destino se entrecruzó con el de MAO en varias ocasiones. En primer término, porque quien habla frecuentó también Berkeley años después de que lo hiciera el maestro, cuando todavía campeaba sobre la entrada principal del campus universitario, frente al café Roma, una leyenda con un texto beligerante, "La Unión Soviética nos teme: tenemos más Premios Nobel que ella". Y disfrutó del excelente trato que el claustro del Instituto de Relaciones Industriales otorgaba a los profesores visitantes, que en el tiempo de su estancia contó también con los profesores Luigi Mariucci (Bolonia), Ron Callus (Sidney) y otros alemanes y franceses[37].

Tras su estancia norteamericana, la actividad frecuente encomendada a MAO consistió en representar al régimen en los foros internacionales del más alto nivel. El maestro no solo dominaba varios idiomas, sino que además tenía ingenio y humor, y utilizaba como nadie los pasillos para convencer y entretener a quienes era preciso abordar antes o después de una reunión importante donde podría debatirse una de tantas condenas contra la dictadura. En la Asamblea General de Naciones Unidas participó numerosas veces como representante de España, y perteneció a la comisión de Desarrollo Social en tres períodos. De igual modo acudió anualmente a la Conferencia de la Organización Internacional de Trabajo en Ginebra durante un período considerable, en el que, dado el carácter tripartito de dicha asamblea, se presentaba flanqueado por un representante de la sección de trabajadores del Sindicato Vertical, Noel Zapico, y otro de la sección empleadora del mismo Sindicato Vertical, José Utrera Molina, otrora gobernador civil de Sevilla. Pues bien: en 1972 quien esto escribe se hallaba en Munich en estancia de postgrado, junto con el profesor Fermín Rodríguez Sañudo, y decidimos acercarnos a Ginebra para asistir a la Conferencia de aquel año. Y allí estaba Alonso Olea, a quien pudimos ver por los pasillos en funciones de embajador. Eran tiempos difíciles porque las noticias procedentes de España nos hablaban de grandes convulsiones relacionadas con la crisis económica mundial y con la actividad terrorista de ETA -que al año siguiente asesinaría a Carrero Blanco-, y las peticiones de condena al régimen franquista se multiplicaban. Y allí, en la tranquilidad de los pasillos de la OIT, MAO argumentaba y trataba de convencer en varios idiomas a tirios y troyanos para que desistieran de condenar al régimen del general Franco.

Quizá merezca la pena saber al hilo de estas intervenciones hasta qué punto MAO podía desplegar su ironía y sentido del humor con facilidad. Aun cuando no era buen orador -y su esposa Angelines comentaba el insomnio y los nervios del maestro las noches antes de sus deposiciones ante los tribunales cuando había ejercido de abogado-, sabía hallar el lado cómico de las situaciones, como acreditó numerosas veces, de las que veremos al menos dos: una de ellas, en torno a las fluctuaciones de la normativa de contratos temporales, cuyos coletazos nos han llegado hasta muy recientemente con la profunda modificación del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Fue invitado a dictar una conferencia sobre el tema en un colegio mayor de Segovia, y el título que se le ocurrió para el evento fue como sigue: "Contratos por tiempo indefinido y contratos temporales. La situación hoy, día 26 de febrero de 1993, a las 19:30 horas"[38]. Mayor enjundia y quizá pitorreo desplegó con ocasión del proyecto nonnato de ley de huelga de 1992, abortado a falta de la reunión aprobatoria del Congreso, cuando el presidente Felipe González disolvió las Cortes y convocó nuevas elecciones, siendo así que ya se había publicado algún libro colectivo con el título de "La nueva Ley de Huelga". MAO señalaba triunfal a los incautos y les reconvenía sonriente porque, como decía, había que esperar hasta que la ley estuviera publicada en el Boletín Oficial para ponerse manos a la obra con ella.

[37] Y que incluyó, como dato humorístico de su hospitalidad, un almuerzo de bienvenida en la pizzería de al lado, donde el director de entonces nos invitó a pastas variadas, a expensas claro es del bolsillo de cada uno. Las reuniones del departamento se hacían a la hora del almuerzo, con debates simultáneos al consumo por cada uno de los bocadillos contenidos en su respectiva caja de zapatos.

[38] Conferencia en el Colegio Mayor Domingo de Soto, Segovia, febrero de 1993, citada en MAO, "A propósito del Proyecto caducado de la Ley de Huelga", p. 414.

En otra variante de su actividad por el régimen autoritario, la del ejercicio de la docencia, practicó el noble arte de la represión, y aquí también quien esto escribe puede aportar información de primera mano. En 1973 la situación política en el país había llegado al máximo de intranquilidad, pues desde diversos frentes el régimen se veía acosado, unas veces por terroristas de ETA -que ese mismo año asesinarían al vicepresidente del Gobierno, Carrero Banco, como ya se indicó supra-, otras por el robustecimiento de las actividades contra la Dictadura de sindicatos y partidos políticos en la clandestinidad. Ocurrió que Carlos García Valdés, uno de los jóvenes profesores no numerarios -los sufridos PNNs- de la Universidad Complutense, ejercía también como abogado, y en defensa de un cliente discrepó del Tribunal de Orden Público, que le amonestó por desacato. La Complutense lo expulsó de sus aulas sin más trámite, y los demás PNNs acordamos una huelga de solidaridad por quien, años más tarde, sería primer Director General de Prisiones en la Democracia. En el caso de quien escribe, la huelga consistió en una hora de clase, que vendría sancionada con la expulsión de la Universidad por el maestro. Pero no todo puede cargarse a su mochila. Al día siguiente de esa primera huelga, correspondía abstenerse de impartir su clase a otra persona del Departamento, quien nos rogó a todos que la acompañáramos para anticipar al maestro la noticia, cosa que hicimos. Y allí, en el gran despacho de MAO como presidente del TCT, le expusimos las razones de la huelga. Claro que las tácticas y maniobras en aquel tiempo eran infinitas, y en realidad fue quien esto escribe el que expuso los argumentos, mientras que la persona que turnaba la huelga guardaba compungido silencio detrás de los demás. Al cabo, el maestro nos despidió malhumorado, aunque reservó una comprensiva sonrisa para quien se despedía cabizbajo el último, camino de su presunto calvario. Al cabo de pocos días, el maestro llamó a quien escribe, en solitario, a su despacho, y le comunicó la expulsión de la Universidad de forma oblicua: como responsable de la huelga, no debería aparecer más por el Departamento, y ni al año siguiente, ni en los demás, sería admitido en él.

Fueron dos años de quien esto escribe que transcurrieron en algo llamado Colegio Universitario de Huelva, en los terrenos del polo químico de la ciudad sureña, entre fumarolas de humo pestífero y mosquitos al atardecer, como profesor de la asignatura Introducción al Derecho, con obligación de residir en aquel lugar inhóspito. A fines de 1975 el Dictador enfermó gravemente, y el maestro citó a este comentarista nuevamente a su despacho del Tribunal Central: se aproximaban exámenes para puestos de cátedra en Derecho del Trabajo donde su escuela de profesores competía con otras, y su único candidato preparado era quien escribe. Estimaba que era suficiente la sanción impuesta, por lo que ofrecía su apoyo si le aseguraba que no tomaría represalias en el futuro. Y el extraño acuerdo funcionó.

No es seguro que MAO hubiera perdonado espontáneamente, sino más bien lo contrario, lo hizo impulsado por la deriva de los acontecimientos. Aquel año de 1975 la oposición al régimen había llegado a sus máximas cotas de manifestaciones, huelgas y violencia, y el régimen había contestado de manera asimismo violenta. Primero había acordado en Consejo de Ministros el fusilamiento del anarquista Puig Antich, y más tarde, otro Consejo de Ministros había decretado el fusilamiento de cinco miembros del FRAP y de ETA[39]. Las ejecuciones fueron realizadas en Barcelona y Burgos por pelotones de voluntarios de la Guardia Civil, principal cuerpo policial afectado por los atentados, y estremecieron a la opinión pública europea[40]. El dictador, además, estaba senil, decrépito, y su fin natural llegaba con rapidez a ojos vista, como así ocurriría aquel 20 de noviembre. Por otro lado, quien escribe había sido elegido como vicepresidente del Partido Socialista Popular en la clandestinidad, un grupo liderado por otro profesor expulsado de la Universidad Complutense por el régimen, Tierno Galván.

[39] Acuerdos de Consejos de Ministros de 2 de marzo de 1974 y 27 de setiembre de 1975.

[40] Los últimos provocaron manifestaciones en toda Europa, y la embajada en Lisboa fue incendiada.

Quedaba un último y poderoso argumento para obviar la crítica, hasta aquí seguida, de la pertenencia del maestro al "glorioso Movimiento Nacional", y paso ahora a describirlo. De entre sus escritos filosóficos, o no jurídicos, había algunos de filiación hegeliana, que se resumían en un libro titulado *La alienación. Historia de una palabra*[41]. Pues el concepto "alienación" había logrado un enorme éxito de culto en aquel momento, como MAO indicaba expresamente en la primera línea de su estudio[42]. Y como repitieron los comentaristas de su libro, el análisis efectuado por el maestro mostraba una exquisita objetividad incluso allí donde podía esperarse un análisis político respecto a los filósofos que habían utilizado el vocablo como arma de combate en la lucha política, como era el caso de Karl Marx.

La objetividad debe admitirse en el libro y sus artículos complementarios, porque, cuando aquél aparece, posiblemente el maestro había perdido interés en la figura de Marx y se había dejado llevar por la moda intelectual del momento, aquellas variaciones introducidas por la Escuela de Francfort y en especial por Marcuse y Fromm que tanta sorpresa le habían producido. Más aún, parece haber existido una cierta evolución en los propósitos de MAO desde que comienza a explorar el concepto en 1971 hasta que publica el libro en 1974. Al menos hay una cierta distancia entre cuanto promete en aquel discurso primigenio en la Academia de Ciencias Morales y Políticas y lo que finalmente plasma en la obra principal. Pues en efecto, si bien el discurso académico trazaba un arco de nada menos que treinta variaciones del concepto, a los que acompañaba con sus autores y sus libros, y que no agotaban los significados del término ni mucho menos el elenco de tratadistas[43], el libro central vendrá dedicado en cambio a los pocos autores que realmente le interesaban, cada uno

[41] El origen del libro y de otros escritos se sitúa en los cursos de doctorado que impartió en la Universidad Complutense durante los cursos 1971-1972 y 1972-1973 con el título de "Aspectos sociales y jurídicos de la alienación", que vinieron acompañados de dos largos artículos de revista con un título más corto, "Sobre la alienación", en la *Revista de Estudios Políticos* 179 (1971), pp. 5-44, y en la 181 (1972), pp. 51-104. En 1973 publica su conferencia de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, con el título "Alienación. Historia de una palabra", Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1973, donde restringe el análisis a la doctrina de Hegel como iniciador de la corriente, y a continuación publica un libro con el mismo título en el Centro de Estudios Políticos, Madrid 1974. ISBN 9788425918025, con 409 págs., donde aborda el estudio del concepto en los filósofos más relevantes, incluido Marx. Ya avanzada la democracia en España, publica una versión corregida por él mismo en México (UNAM 1988), y de aquí se toma el texto que aparece recientemente, con ese mismo título, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2019, con Presentación de Ricardo Alonso García, e Introducción de Alfredo Montoya Melgar.

[42] "La expresión *alienación* aparece hoy doquiera", decía en la primera línea de su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, citado en la nota anterior.

[43] MAO, "Alienación. Historia de una palabra", discurso en la Real Academia citada, pp. 9 a 16. Es dudoso que el discurso real hubiera desgranado ni siquiera la larga lista de autores, por lo tedioso del propósito, pero en la publicación del mismo aparecen acompañados de respectivas notas al pie, en donde no solo se alude al autor principal de la variante terminológica, sino a otros autores más. Había descubierto una veta anglosajona de eruditos dedicados a hacer el mismo balance, a los que cita en la nota 31 de dicho discurso en su versión escrita, y no me resisto a citarlos en esbozo: Schacht, *Alienation,* 1970*;* Marcson (ed.), *Automation, Alienation and Anomie,* 1970; Seeman, *L'Etude de l'aliénation dans la société de masse,* 1967; Nisbet, *The Sociological Tradition,* 1967*;* Gorz, *Historia y Enajenación*, 1969; Hoffman, *Historia de las ideas sociales en los siglos XIX y XX,* 1964; Desan, *The Marxism of Jean-Paul Sartre*, 1965; del mismo, *The Measure of Alienation*, 1961; Scott, *Las fuentes,* cit. (sic); Blauner, Alienation and Freedom, 1964; y Netter, *Una medida de la alienation* (sic). E incluye además dos recopilaciones al respecto, en concreto la B*ibliografía internacional de ciencias sociales*, 1970, con 22 títulos que incluyen el vocablo alienación, y la de *Social Aspects of Alienation. An annotated bibliography,* 1969*,* con doscientos veinticinco artículos sobre el concepto.

con un capítulo: Hegel, Marx, Marcuse[44], Fromm[45], y Sartre, del que analiza sus dos obras principales y los distintos significados que el concepto que nos ocupa adquiere en ellas.

Pero buscábamos por la senda equivocada al esperar un pronunciamiento frontal del maestro. El verdadero propósito de MAO con tan prolijo estudio no parece haber sido otro que el de *difuminar* el concepto en base a los diversos significados adquiridos en aquella explosión epistemológica que su tiempo alumbró en otras partes del mundo. Pues al fragmentarlo desaparecía el concepto, perdido entre tantas variables. En Marx, por ejemplo, advierte cómo la referencia al concepto de alienación surge en sus primigenios *Manuscritos de París* y *La ideología alemana*, y ya en *El Capital* ha perdido fuerza[46]. En todo caso se utiliza en diversos sentidos en esas obras, y en otras como los dos ensayos sobre *La cuestión judía*[47].

Y así, parece lógico que ya hacia la mitad del libro, como colofón al capítulo sobre Marx, resuma en una frase el que podría ser el significado o la intención del libro: «Es imposible entrar aquí en estos temas tan complejos y de interpretación tan poco pacífica[48]».

Un trabajo erudito, de estudiada confusión, cabría decir. Su hechura es proustiana, o si se quiere francesa, en el amor por las estructuras sintácticas complejas, con numerosas oraciones de relativo y disposición a manera de muñecas rusas, con frases incrustadas unas en otras hasta el paroxismo, huyendo del punto terminal, a diferencia del estilo sencillo y directo anglosajón. Buena prueba de ello es la Conclusión del libro, en pp. 407-408:

La realidad objetivada («*objetivation*, o del hombre actuando sobre la materia») actúa sobre el hombre mismo («*objetivité*, o de la materia actuando sobre el hombre»). Con otra terminología, «la anti-*praxis* [es] momento… necesario de la *praxis»,* o el hombre es el producto de sus propios productos. Si a ello se añade la hostilidad, de por sí innata y exacerbada por la escasez, a la vez condición y efecto tanto de la *praxis* como de la anti-*praxis*, presidiendo tanto la objetivación del hombre como el retorno contra él de su objetivación, «después de la alienación por la escasez, una nueva alienación», anterior e independiente a cualquier proceso de «explotación», siempre con el «otro», con los demás hombres, como el enemigo *per se*, y se añade que, a su vez, se aliena tanto quien intenta verlo bajo otra perspectiva, como quien cree que cualquier modo de contemplación le ahorra su necesidad de decidir libremente, se está en la alienación básica sartreana ya expuesta, que en su radicalización sin concesiones, ni a la realidad ni a la utopía ni, por supuesto, a la incoherencia (de la misma forma que ante su escasez radical parece opulenta la necesidad de los economistas clásicos, que es sustancialmente la que manejan episódicamente Hegel y centralmente Marx, en las versiones

[44] *Alienación,* p. 254 ss. de la edición de 2019, en cuyo capítulo hace un "excursus" para hablar sobre "la moda de la alienación. En pág. 256 indica de nuevo cómo después de 1960, en marcado contraste con los años anteriores, la alienación pasa a ser el tema dominante, sirviendo de punto de partida para la crítica tanto de la sociedad llamada capitalista como de la sociedad colectivizada, y utilizándose como categoría general de análisis sociológico o como realidad sobre la que debe versar éste. Desde página 260 a 284, en el mismo capítulo, hay un nutridísimo elenco de autores y temas dedicados al epígrafe Sociología del Trabajo. Y desde la pág. 284 a la 314, una especie de caleidoscopio donde analiza diversos aspectos de la alienación, olvidado ya del autor al que dedica el capítulo Marcuse, y centrado en diversos significados centrales del concepto: alienación doquiera en el trabajo (284 ss.), alienación e insatisfacción (291 ss.), alienación, categoría abstracta (296 ss.), las consecuencias de la moda (300 ss.), y Adam Smith como precursor (210 ss.).

[45] El título del capítulo ya no refiere al autor principal en él analizado, sino que adopta el nombre de *Idolos y alienación,* en pp. 315 y ss. Fromm y sus ideas le sirven como entrada para epígrafes muy alejados de lo jurídico, en concreto los textos bíblicos, alienación y pecado, la autoadoración al hombre en la enseñanza de Feuerbach, y sobre otros ídolos.

[46] MAO, *Alienación. Historia de una palabra,* edición de 2019, pp. 137 ss.

[47] *Ibidem*, pp. 195 ss.

[48] MAO, *op. cit.,* p. 230. Las dos versiones distintas de la función del filósofo, acción para unos y contemplación para otros, van referidas a Fichte en el capítulo de Marx.

de Smith y Ricardo respectivamente), menos aún al desarrollo, cuya noción se coloca allende la experiencia y la lógica, ni al hombre ni al mundo, hace de éste un infierno y de aquél un alienado ya en el sentido de un loco, desventurado ser al que la desgracia de haber nacido lo disocia de la naturaleza, de sus semejantes y, en cuanto intente un mínimo acomodamiento a aquélla o a éstos, de sí mismo. El distanciamiento o separación con que la alienación comenzara en Hegel se nos ha convertido en disociación o esquizofrenia en la alienación de Sartre, y con ello pudiera decirse que la expresión ha llegado al término final de su accidentado recorrido[49].

El fallecimiento del *caudillo* el 20-N de 1975 no acabó con el mundo del maestro, y, en una transición larga de años, Alonso Olea se irá viendo privado de cargos de representación, pero no así de la presidencia del Tribunal Central de Trabajo, que continuaría todavía, aunque los rumores de su supresión comenzaran con la década de los años ochenta[50]. Finalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 inició su final[51]:

El Tribunal Central de Trabajo quedará suprimido en la fecha en que entren en funcionamiento las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, que serán establecidas por la ley que fije la planta de los Tribunales. Serán de aplicación las reglas siguientes:

Los Presidentes y Magistrados del Tribunal Central que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria anterior, se integren en la Carrera Judicial, pasarán a constituir la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según exija la Ley de Planta, y si excedieren de la plantilla que se establezca, se seguirá un orden de preferencia atendiendo a la mayor antigüedad en el cargo, quedando los restantes adscritos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid hasta que obtengan destino en propiedad. Dicha Sala conocerá de todos los asuntos pendientes en el Tribunal Central, con excepción de los que correspondan a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (…).

La disolución deparó a MAO dos profundas decepciones: una, que el personal del TCT pasaría a la Audiencia Nacional o a los Tribunales Superiores de Justicia, pero no al Tribunal Supremo[52]; otra, que el destino de su Presidente no venía considerado, pues solo se dio opción a (re)integrarse en los escalafones judiciales a los magistrados y fiscales originarios -vale decir, por oposición en los

[49] MAO, *ibidem*, p. 408.

[50] Sagardoy Bengoechea J.A., "¿Desaparece el Tribunal Central de Trabajo?", *El* País 4 de enero de 1982, con alusión al proyecto de crear una Sala Social en la Audiencia Nacional; Avilés Caballero J., "Sobre la supresión del Tribunal Central de Trabajo", *La Ley* 4 (1984), pp. 1158-1162.

[51] Disposición Transitoria 18 LOPJ 6/1985. La Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/1988 determinaría la desaparición efectiva de aquel Tribunal. A tenor de su artículo 38, "El Consejo General del Poder Judicial, una vez hayan iniciado el ejercicio de su competencia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y las Salas de lo Social de todos los Tribunales Superiores de Justicia, y efectuadas las integraciones que prevé la disposición transitoria decimoctava de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinará la fecha de supresión del Tribunal Central de Trabajo y finalización del ejercicio de su competencia y ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». A partir de esta fecha, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la forma que establece la disposición transitoria ya citada, conocerá de los asuntos pendientes ante el Tribunal Central de Trabajo, con excepción de lo que corresponda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional".

[52] Artículo 31, Ley de Demarcación y Planta Judicial: "1. En el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo General del Poder Judicial efectuará las adscripciones de Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Central de Trabajo a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siguiendo el orden de preferencia establecido en la disposición transitoria decimoctava de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Efectuadas las adscripciones, el Gobierno, en el plazo de un mes, a partir de su publicación, fijará la fecha, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», en que comenzará el ejercicio de su competencia. 2. El personal al servicio de la Administración de Justicia que presta servicio en el Tribunal Central de Trabajo será destinado a la Audiencia Nacional o al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La adscripción se determinará con arreglo a lo dispuesto reglamentariamente".

cuerpos "regulares" que hubieran optado por el traslado al TCT-, según la propia Ley Orgánica del Poder Judicial[53].

En observancia del mandato legal, el Consejo General del Poder Judicial ejecutó la disolución en 1989[54].

Todavía habría una tercera decepción a fines de la siguiente década, con un Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 1999 (rec. 4356/1998), por el cual no se reconocía la validez de la doctrina de aquel Tribunal para fundar un recurso de casación en unificación de doctrina[55]. No ya la existencia, sino también la propia actividad de la que tan orgulloso se sentía el maestro, quedaban definitivamente arrumbadas junto a los símbolos de aquel período oscuro.

Quedaba a Alonso Olea abrigar un último sueño con la creación del Tribunal Constitucional, del que inicialmente, no obstante, había lanzado alguna reserva, como muchos otros jueces en aquel momento. Los compañeros de claustro en la Universidad Complutense habían comenzado a integrarse en él, como se ha dicho, y MAO consideraba posible e incluso obligado que su larga experiencia en la justicia social le deparara también ese honor. Debió darse cuenta de que no sería así cuando su primer discípulo, Miguel Rodríguez Piñero, vino nombrado para el cargo en 1986. Y no se trataba de ningún olvido, porque el maestro no era un desconocido en el Gobierno: el presidente de entonces, Felipe González Márquez, había leído el libro sobre la alienación y había comentado su admiración por él, recordando a Alonso Olea como el autor de la más destacada obra que, en su opinión, se había escrito en español sobre la alienación, y paradójicamente -había añadido- por alguien que rechazaba al marxismo[56].

Por todo ello, y volviendo al principio de este largo excursus, la equiparación ideal de una jurisdicción especial como fue el Tribunal Central de Trabajo español, y su presidente al frente, con el Tribunal Constitucional más poderoso de la Tierra, la Corte Suprema de Estados Unidos, y sus presidentes y jueces, no puede ser otra cosa sino un romántico deseo que debe arrumbarse en el baúl de los sueños. Alonso Olea tuvo otros aciertos, en concreto el haber sujetado el debate jurídico laboral del país a los rigurosos pedimentos de la casuística procesalista, aunque con ello se descuidara el debate sobre los fundamentos de nuestra materia; pero su aventura política, su devoción a los instrumentos del franquismo, no debiera a estas alturas ser maquillada, en cuanto incómodo lastre y desmentido de aquella figura jurídica.

[53] Disposición Transitoria 17 LOPJ.

[54] Acuerdo del Pleno del CGPJ de 10 de mayo de 1989 sobre la "supresión forzosa del Tribunal Central de Trabajo".

[55] Escuetamente motivaba su decisión el TS en el hecho de que "La contradicción que, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, regula el artículo 217 de la LPL, ha de establecerse con las sentencias que menciona ese precepto, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las del extinguido Tribunal Central de Trabajo que no están relacionadas en la norma citada".

[56] Alonso García R., "Presentación" al libro *Alienación. Historia de una palabra*, edición de 2019, p. XIII. El comentario se había producido en 2017, pero mucho antes, durante el período final de la Dictadura y los años de la Transición, el después presidente del Gobierno había ejercido como abogado laboralista en Sevilla y formado parte como profesor colaborador del Departamento de Derecho de Trabajo de la Universidad, entonces dirigido por el profesor Rodríguez Piñero y antes de éste por Alonso Olea.

5. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA ERA DIGITAL, *por Belén del Mar López Insua, Comares, Granada, 2023, páginas: 165.*

Comentado por:
Jesús Martínez Girón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña.
https://orcid.org/0000-0002-3228-4242

La profesora LÓPEZ INSUA es una publicista infatigable, luminaria del equipo docente e investigador granadino, liderado por su maestro, el profesor MONEREO PÉREZ, así como una muestra perfecta del altísimo nivel alcanzado por la doctrina científica laboralista más joven que tenemos a día de hoy en España. Lo prueba este último y excelente libro suyo sobre *La garantía de los derechos sociales fundamentales en la era digital*, que se lee de un tirón (por causa de su estilo narrativo desenvuelto y ameno, desde un punto de vista formal, así como por la incuestionable autoridad y actualidad de las fuentes de conocimiento de maneja, que hacen brillar su contenido), y que creo que puede acabar convirtiéndose —visto su tono de crítica constructiva, que tanto llama la atención— en un referente a tener en cuenta y a inesquivablemente citar, en el conjunto de lo mucho y lo bueno que viene publicándose por nuestro laboralismo más reciente acerca de la problemática e imparable irrupción de lo digital en el mundo en que vivimos. El hilo conductor elegido por la autora convierte esta monografía suya en una obra de carácter rigurosamente transversal, apareciendo perfectamente ensambladas en ella problemáticas laborales muy dispares, que inciden —con evidente perspectiva dinámica— sobre los estadios previos a la celebración del contrato de trabajo (con varias decenas de páginas destinadas al estudio crítico de lo que nuestra autora denomina «portales digitales de empleo»), sobre la ejecución y cumplimiento de la prestación laboral (con un tratamiento original y crítico, por ejemplo, del «derecho a la desconexión digital» o del «trabajo en plataformas digitales», que toma incluso en consideración la perspectiva del Derecho comparado), así como sobre la extinción de la relación laboral (con toda una parte de la obra dedicada a analizar, también desde la perspectiva del Derecho de la Seguridad Social, «la brecha digital y su impacto en los mecanismos de protección social de los mayores»), resultando que en todas estas problemáticas el común denominador analítico es el papel jugado por los derechos fundamentales del trabajador, específicos e inespecíficos, en cuanto que límites del poder de dirección del empresario, muy reforzado por causa de la irrupción de las nuevas tecnologías digitales en la empresa.

En mi opinión, lo que suscita una especial simpatía en este libro de la admirada colega granadina es su crítica del papel abstencionista jugado por el legislador español, a la hora de encarar con un verdadero plan sistemático el conjunto de las problemáticas jurídico-laborales nuevas suscitadas precisamente por la irrupción de lo digital en el mundo de la empresa, lo que evoca —en mi opinión— el carácter intervencionista, pero con un intervencionismo tuitivo, que siempre se asignó a la legislación laboral más genuina, desde los lejanos tiempos (que nuestra autora caracteriza como los tiempos de la «segunda» revolución industrial; nos encontramos ahora mismo, según ella, inmersos en la «cuarta») en que se promulgó la añeja legislación obrera, que dio lugar al nacimiento de nuestra disciplina. Al respecto, la posición de la profesora LÓPEZ INSUA es inequívoca en su crítica al «legislador estatutario», a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (habla de la necesidad de evitar que la solución de los nuevos problemas radique «en la judicialización de los conflictos», especialmente teniendo en cuenta que la jurisprudencia que critica haya llegado a confundir, en ocasiones, la «legitimidad del fin» y la «constitucionalidad del acto»), así como a los interlocutores sociales (a este último respecto, habla de «la deficiente ordenación dispuesta por la autonomía colectiva en donde ni se prohíbe, ni se avisa o se dictan las directrices que va a llevar a cabo el empresario», así como de la instauración en España de lo que llama «un sistema de "flexibilización

negociada desvirtuada" que refuerza, claramente, los poderes que le son conferidos al empresario», olvidando que «la clave del éxito no está en inclinar la balanza a favor del poder empresarial, sino en fomentar el modelo de "flexibilidad consensuada"»), y concluyendo sobre la necesidad de que «se reclame el establecimiento de un nuevo y específico marco jurídico para estas actividades que adapte no sólo este tipo de relaciones al modelo contemporáneo que reclama el Derecho del Trabajo, sino que además implique a los representantes de los trabajadores».

La crítica del abstencionismo legislativo en la materia efectuada por nuestra autora no puede ser más acertada. En la maraña de intervenciones legislativas habidas sólo este último año (pienso, por ejemplo, en el Real Decreto-ley 1/2023 o en el Real Decreto-ley 2/2023, tan primorosamente estudiados en su monografía), cualquier laboralista sigue echando en falta la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, cuyo plazo de transposición venció estérilmente en nuestro país hace ya casi año y medio (literalmente, «los derechos y obligaciones establecidos en la presente Directiva se aplicarán a todas las relaciones de trabajo a más tardar el 1 de agosto de 2022»). Cuando el Reino de España se anime a poner fin al incumplimiento flagrante de los Tratados de la Unión que actualmente padecemos, muchos de los problemas revelados en este nuevo libro espléndido de la profesora LÓPEZ INSUA deberán ser necesariamente encarados por nuestro legislador, se supone que en la línea diáfana trazada por dicha monografía, resultando obvio tener que recordar que la Directiva en cuestión afirma que «los mercados laborales han experimentado profundas modificaciones, inducidas por los cambios demográficos y la digitalización, que han conducido a la creación de nuevas formas de empleo»; que «los trabajadores de las plataformas en línea», entre otros muchos tipos de ellos, «pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva»; que «a la luz del uso cada vez mayor de herramientas de comunicación electrónica, la información que deba proporcionarse por escrito en virtud de la presente Directiva puede presentarse en formato electrónico»; e incluso, que «los Estados miembros garantizarán que la información relativa a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos de aplicación universal que regulen el marco jurídico aplicable que deben comunicar los empleadores esté disponible de forma generalizada, gratuita, clara, transparente, exhaustiva y fácilmente accesible a distancia y por medios electrónicos, incluido a través de los portales en línea existentes».

EL EMPLEO PÚBLICO. PUNTOS CRÍTICOS EN LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO Y ESPAÑOL*, *por José Luis Monereo Pérez, Rosa María González de Patto, y Carla Spinelli (Dirs.) et al: Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018, 348 páginas.

Comentado por:
Sara Guindo Morales
Profesora Contratada Doctora Indefinida. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social . Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-7018-8681

Tenemos el enorme placer de recensionar la obra de referencia doctrinal titulada "*El empleo público. Puntos críticos en los ordenamientos italianos y español*". Obra publicada por la prestigiosa editorial Aranzadi-Thomson Reuters y en la que se trata el tema del empleo público a través de un enfoque de Derecho Comparado y con el tratamiento de las cuestiones y problemáticas más actuales sobre la materia.

El momento para abordar este tema no puede ser más oportuno: tanto en Italia como en España se han acometido recientes reformas normativas de envergadura en este ámbito; pero también se han producido significativos cambios y vaivenes jurisprudenciales, vía Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que ha ocasionado no solo alteraciones de los criterios interpretativos y desórdenes en los

propios tribunales, sino también colocar el foco de los debates doctrinales sobre posibles y necesarias modificaciones legislativas.

Como así queda establecido en el prólogo de la obra, la utilización del método del Derecho comparado parece ser la metodología más adecuada para alcanzar los mejores resultados y para obtener los más útiles frutos. Lo anterior, con la finalidad de conocer, comprender y explicar la materia relativa al empleo público y sus perspectivas de futuro. Más cuando nos encontramos ante un escenario como el de la Unión Europea, donde no existe un único modelo de empleo público, sino diferentes modelos nacionales sujetos a tradiciones y culturas jurídicas muy diferenciadas.

En la obra se parte de que, comparando el ordenamiento jurídico español con el italiano, encontramos la siguiente diferencia sustancial: el sistema español ha evolucionado con la aceptación de una dualidad de empleados públicos con sus correspondientes estatutos jurídicos reguladores de su relación; por un lado, la del personal laboral; por otro, la del personal funcionarial; mientras que, en el modelo de la evolución italiana, ha prevalecido el criterio de la contractualización-privatización del conjunto del empleo público.

Al hilo de lo anterior, es bien sabido que el derecho comparado permite un mejor conocimiento y evolución del propio Derecho nacional. Además, es una herramienta o instrumento actualmente indispensable para llevar a cabo la renovación de la ciencia jurídica. Por lo demás, y como queda recogido en el propio prólogo de este libro, cuando el jurista se repliega sobre su propio Derecho nacional y desconoce otros ordenamientos jurídicos, corre el riesgo de convertirse en simple técnico, incapaz de contribuir al desarrollo de su ordenamiento jurídico. En efecto, la comparación de normas y leyes de diferentes ordenamientos consigue captar el sentido de los cambios y evoluciones, la inadecuación o insuficiencia de ciertas instituciones y los mecanismos de adaptación necesarios con las que atender a las realidades sociales cambiantes. Igualmente permite comprender las preocupaciones y soluciones técnicas que se adoptan y se pueden adoptar.

Así, la técnica comparativa actúa en esos dos planos técnicos que conforman el Derecho: el funcional (política jurídica) y el estructural (técnica jurídica). Es por todo lo anterior que en esta obra se analiza la estructura y función del sistema normativo español y del sistema normativo italiano, llegándose a adoptar propuestas útiles *de lege ferenda* con la finalidad de mejorar los modelos normativos actualmente existentes.

Adentrándonos ya en el contenido del libro, y partiendo de una estructura sistemática instrumental, en el mismo se diferencian, obviamente, dos grandes bloques temáticos: el italiano y el español.

En el primer bloque temático se abordan las cuestiones claves y puntos críticos del empleo público en Italia, conformado por los siguientes capítulos:

1) “El modelo italiano. Presente y perspectivas”, realizado por Marco Barbieri, y donde se analiza la “contractualización” del empleo público y toda su evolución.

2) “El sistema de fuentes en el trabajo público”, realizado por Vito Sandro Leccese.

3) “Los recursos humanos en la administración pública ante procedimientos de reclutamiento y movilidad”, realizado por Madia D´onghia, que analiza el acceso a los despachos públicos, el concurso público, sus procedimientos así como los supuestos especiales de selección.

4) "El trabajo subordinado flexible hoy", realizado por Vito Pinto, que se encarga de analizar la flexibilidad e inseguridad de las distintas formas de prestación de servicios en las administraciones públicas italianas.

5) "Teletrabajo y Smart working", de Monica Mcbritton y Carla Spinelli, que analizan las figuras con las que se titula el propio capítulo, así como las reformas entre organización y relación de trabajo.

6) "El poder disciplinario", de Rosa di Meo, que realiza un estudio detallado sobre el título del capítulo.

7) "Los procesos de externalización", de Gemma Pacella, que también se refiere a la protección de los derechos de los trabajadores y la reabsorción de personal.

8) "La dualidad jurisdiccional: perfiles problemáticos", de Angelica Riccardi, que analiza controversias localizadas en la jurisdicción italiana.

Llegamos así al segundo bloque temático donde se abordan las cuestiones claves y puntos críticos del empleo público en España, conformado por los siguientes capítulos:

1) "El modelo español. Presente y perspectivas", realizado por Tomás Sala Franco, y que aborda las características definitorias, generales y organizativas del empleo público español.

2) "Acceso al empleo público: la necesaria revisión del modelo actual", de Susana Rodríguez Escanciano, y que se refiere a problemas de temporalidad, mala praxis en las incorporaciones provisionales, a los principios de mérito y capacidad y a las clases de empleados públicos existentes en España.

3) "El papel de la negociación colectiva: alcance y puntos críticos", de Carlos L. Alfonso Mellado, y que analiza profundamente la negociación colectiva en empleados públicos.

4) "La contratación flexible en el empleo público. Luces y sombras", de Rosa Mª: González de Patto, que, de manera brillante, hace referencia extensa a la contratación temporal de los empleados públicos en España.

5) "Evolución de la jurisprudencia casacional sobre la figura del indefinido no fijo", de Antonio V. Sempere Navarro, quién analiza, excepcionalmente, la evolución sobre la figura del indefinido no fijo así como la compleja problemática de diferentes supuestos: la vinculación a plaza concreta; la amortización de las plazas; la indemnización por extinción; la promoción profesional; y la propia LPGE para 2018.

6) "La evaluación del desempeño. Implicaciones en materia retributiva y carrera profesional", realizado por Miguel Ángel Almendros González, quién desarrolla toda la temática referida al procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

7) Los poderes disciplinario y directivo: posibilidades y limitaciones, desarrollado por Raquel Vida Fernández, quién analiza, de manera exhaustiva, el régimen disciplinario de los empleados públicos en España.

8) La intervención de las empresas de trabajo temporal, realizado por Mª. Nieves Moreno Vida, quién de manera excepcional desarrolla todas las cuestiones referidas a las ETT en el ámbito de las administraciones públicas.

9) "Los procesos de externalización y reversión de servicios públicos", capítulo confeccionado por José Luis Monereo Pérez, quién extensamente se encarga de analizar las problemáticas recientes analizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (especialmente la sucesión de plantillas), así como las reformas introducidas por la ley 9/2017 de contratos del sector público.

Precisamente, y como así se estipula en el propio libro, esta obra colectiva representa una herramienta útil que permitirá a los operadores jurídicos dialogar con los análisis y opiniones vertidas en ella sobre las reformas llevadas a cabo en la disciplina jurídica del empleo público, sin haberse logrado, por el ordenamiento jurídico, el efectivo equilibrio que debiera existir entre la protección de los derechos de los empleados públicos y la necesaria eficiencia y calidad del entramado de la estructura del personal requerida en el marco del constitucionalismo democrático-social del Estado Social de Derecho.

Para el lector iniciado no es ninguna sorpresa, desde luego, el nivel de excelencia alcanzado en esta cuidada y atractiva investigación, conocida como es la trayectoria de rigor universitario y seriedad intelectual que desde el principio han sabido trazar estos excelentes académicos.

En cualquier caso, es de justicia insistir en la capacidad del análisis y en la profundidad de razonamiento de estos juristas, que conjugan con un sabio criterio y en dosis muy razonables, la defensa de unos determinados valores, la evaluación de los avances normativos e institucionales, la crítica de los equívocos, los defectos de regulación, y el juicio cabal y ecuánime respecto de aquellos aspectos que pudieran resultar más controvertidos en ambos ordenamientos jurídicos: el italiano y el español.

Así como se ha venido adelantando en las líneas precedentes, la calidad de este referente bibliográfico resulta ser fielmente acreditado por el reputado y prestigioso plantel de autores intervinientes, que gracias a su heterogénea procedencia contribuyen al mejor aval que cualquier obra de esta envergadura pueda tener.

Por estas razones, este ejemplar reúne todas las condiciones para convertirse en un gran referente teórico-práctico de imprescindible consulta sobre la temática del empleo público, necesario para cualquier biblioteca jurídica que se precie.

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo

Laborum

nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo[1]

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.*
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 411-430.

1. MATERIAS

1.1. Jubilación anticipada

Criterio de gestión: 23/1023, de 11 de septiembre de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

Materia: *Jubilación anticipada por causa no imputable a un trabajador. Despido tácito por cierre de la empresa. Extinción del contrato de trabajo equiparable a despidos conforme a los artículos 51 y 52 del TRLET*

Asunto:

Si, a los efectos de acceder a una jubilación anticipada involuntaria, procede equiparar la extinción del contrato de trabajo por despido tácito producido por el cierre de facto de la empresa al supuesto de extinción del contrato de trabajo por la vía de los artículos 51 y 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRLET).

Criterio:

El artículo 207 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), regula la modalidad de acceso a la pensión de jubilación anticipada que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador, permitiendo beneficiarse de la pensión de jubilación anticipada con unas condiciones más beneficiosas, en cuanto a los requisitos de edad y carencia exigidos, que en aquellos otros casos en los que se anticipa la jubilación por voluntad del trabajador -artículo 208 del TRLGSS-.

[1] Todas las disposiciones, instrucciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección se reproducen literalmente y están accesibles en el Portal de Transparencia del Gobierno.

Para acceder al derecho a la pensión de jubilación por causa no imputable al trabajador, la letra d) del artículo 207.1 del TRLGSS establece unas causas de extinción del contrato de trabajo tasadas:

"d) Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas siguientes:

1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido por causas objetivas conforme al artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

(...)".

La letra d) del artículo 207.1 del TRLGSS se introdujo como cláusula antifraude con el objeto de evitar que el despido fuese meramente aparente, sin sustrato real y con la sola finalidad de posibilitar el acceso del trabajador a la jubilación anticipada prevista en dicho artículo. 2 De acuerdo con la finalidad de la norma, esta entidad gestora viene defendiendo que la letra d) del precepto debe ser aplicada según su tenor literal. Esta misma postura es también compartida por la doctrina judicial al señalar que el listado que contiene el artículo 207.1.d) es tasado o cerrado.

No obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de casación para la unificación de doctrina de 14 de octubre de 2021[2] y de 17 de octubre de 2022[3] establece que no procede excluir de este listado a los despidos tácitos ocasionados por los cierres de empresa con cese de actividad, cuyas extinciones

[2] Roj: STS 3927/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3927. Su FD 4. 2 señala lo siguiente:
"En el examen de la contradicción, ya hemos avanzado, por lo demás, que el artículo 207.1 d) LGSS no requiere que la calificación de los despidos tramitados por los artículos 51 y 52 c) ET sea la de ajustados a derecho o procedentes. También se tendrá derecho a la pensión anticipada -siempre, naturalmente, que se cumplan los restantes requisitos exigidos, lo que aquí en ningún momento se discute-, aunque el despido colectivo o el despido objetivo del artículo 52 c) ET sean declarado nulos o improcedentes. Y ya hemos visto que, en el presente caso, el despido del trabajador fue calificado de improcedente.
Y, en fin, el trabajador interpuso la correspondiente demanda judicial y su despido fue declarado improcedente con derecho a la correspondiente indemnización. No se incurrió así en los supuestos en que hemos rechazado que se tuviera derecho a acceder a la pensión de jubilación anticipada por dudarse de la realidad del despido y no acreditarse debidamente el derecho a la correspondiente indemnización y a su percepción efectiva (SSTS 721/2018, 5 de julio de 2018, rcud 1312/2017, 775/2019, 13 de noviembre de 2019, rcud 2875/2017, 570/2020, 1 de julio de 2020, rcud 2267/2018, y 576/2021, 26 de mayo de 2021, rcud 554/2019).
Pero, en el presente caso, el despido ha sido judicialmente declarado improcedente y el derecho a la correspondiente indemnización también ha sido judicialmente reconocido.
3. No está de más recordar que los artículos 51 ET y 52 c) ET, a los que remite el artículo 207.1 d) LGSS,
se refieren no solo a la causa económica, sino también a la causa técnica, organizativa y productiva, como expresamente recoge el artículo 207.1 d) LGSS. Como ya dijimos en el examen de la contradicción, lo relevante aquí es que el trabajador se encontró ante un cierre de hecho de su empresa, manifestación inequívoca y concluyente de la extinción empresarial de su contrato de trabajo. Y, si la empresa quiere que el cierre empresarial conlleve la extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción debe necesariamente canalizarse por las vías de los artículos 51 y 52 c) ET, aunque no se esgrima causa económica, sino las restantes causas previstos en esos preceptos (técnicas, organizativas o de producción).
Es cierto que, como señala la sentencia recurrida, los supuestos previstos por el artículo 207.1 d) LGSS son tasados o cerrados, lo que excluye, sin descender ahora a mayores detalles, los supuestos extintivos por voluntad del trabajador, cuya jubilación anticipada deberá encauzarse por el artículo 208 LGSS y no por el artículo 207 LGSS. En principio ello será también así incluso, por ejemplo, en los supuestos del artículo 50 ET, como ocurrió en el caso de alguna sentencia de suplicación que cita la sentencia recurrida y en nuestra STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Pero, en presente supuesto, no estamos ante un trabajador que inste la extinción de su contrato de trabajo por falta de pago de su salario o razones similares, como sucedía en el supuesto de la citada STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Por el contrario, el trabajador se encontró su empresa cerrada y ya hemos dicho con reiteración que, si una empresa quiere proceder a su cierre con la consiguiente extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción ha de preceptivamente encauzarse por los artículos 51 y 52 c) ET, sin que el hecho de que no lo haga así pueda perjudicar al trabajador, a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, porque no depende de él cumplir o no los trámites de los mencionados artículos 51 y 52 c) ET".

[3] Roj: STS 3778/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3778.
En su FD. 3 se señala lo siguiente:
Es cierto que, como señala la sentencia recurrida, los supuestos previstos por el artículo 207.1 d) LGSS son tasados o cerrados, lo que excluye, sin descender ahora a mayores detalles, los supuestos extintivos por voluntad del trabajador, cuya jubilación anticipada deberá encauzarse por el artículo 208 LGSS y no por el artículo 207 LGSS. En principio ello será también así incluso, por ejemplo, en los supuestos del artículo 50 ET, como ocurrió en el caso de alguna sentencia de suplicación que cita la sentencia recurrida y en nuestra STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Pero, en presente supuesto, no estamos ante un trabajador que inste la extinción de su contrato de trabajo por falta de pago de su salario o razones similares, como sucedía en el supuesto de la citada STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Por el contrario, el trabajador se encontró su empresa cerrada y ya hemos dicho con reiteración que, si una empresa quiere proceder a su cierre con la consiguiente extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción ha de preceptivamente encauzarse por los artículos 51 y 52 c) ET, sin que el hecho de que no lo haga así pueda perjudicar al trabajador, a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, porque no depende de él cumplir o no los trámites de los mencionados artículos 51 y 52 c) ET.>>
4.- Doctrina de aplicación al supuesto examinado, que ha de mantenerse por razones de seguridad jurídica, en tanto que concurren en el trabajador las circunstancias al principio expuestas, siendo determinante que por sentencia de 26 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Social nº 12 de los de Madrid, se estimó la demanda de resolución del contrato y declara la extinción del contrato de trabajo a fecha 27/10/2014 coincidente con la fecha de la comunicación de su baja en Seguridad Social y cierre y cese de la actividad en el centro, que extinguió tácitamente el contrato del trabajador.".

de contrato de los trabajadores debieran haberse encauzado por la vía de los artículos 51 o 52 del TRLET.

Señala el Alto Tribunal en las citadas sentencias que *"Legalmente, un cierre de empresa que vaya a dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores tiene que encauzarse preceptivamente, sin realizar ahora mayores previsiones, por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) ET, dependiendo del número de empleados afectos. Pero el hecho de que la empresa no proceda al cierre como legalmente debe hacerlo (...), sino que el cierre sea de facto y, en consecuencia, que los despidos sean tácitos (...), no puede perjudicar, ni el incumplimiento hacerse recaer, sobre el trabajador".*

Resalta el TS que *"a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, un trabajador cuya empresa se cierra y cuyo contrato se extingue por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) está en una posición sustancialmente similar a la de un trabajador cuya empresa cierra (de hecho) y cuyo contrato de trabajo se extingue tácitamente como consecuencia de ese cierre de facto. En ambos casos, si el cierre de la empresa se quiere que conlleve la extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción debe tramitarse conforme requieren los artículos 51 y 52 c) ET (...).*

(...) el trabajador interpuso la correspondiente demanda judicial y su despido fue declarado improcedente con derecho a la correspondiente indemnización. No se incurrió así en los supuestos en que hemos rechazado que se tuviera derecho a acceder a la pensión de jubilación anticipada por dudarse de la realidad del despido y no acreditarse debidamente el derecho a la correspondiente indemnización y a su percepción efectiva (...)."

Esta entidad gestora asume la doctrina jurisprudencial y, en consecuencia, para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador procede entender incluidos en los supuestos contemplados en los apartados 1ª y 2ª del artículo 207.1 d) del TRLGSS, las extinciones de los contratos de trabajo causadas por un cierre "de facto" de la empresa cuando la extinción de los contratos de trabajo no se haya tramitado por la vía de los artículos 51 y 52 del TRLET como preceptivamente establece la norma.

1.2. Compatibilidad pensión jubilación y trabajo y determinado personal sanitario

Criterio de gestión: 24/2023, de 12 septiembre 2023, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Materia y asunto: *Compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario***.**

Criterio de gestión:

El artículo 83 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, modifica el del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), introduciendo una nueva disposición transitoria trigésima quinta con objeto de posibilitar la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario.

Según se recoge en el Preámbulo del citado real decreto-ley, *"Dada la acuciante escasez de facultativos en el Sistema Nacional de Salud, resulta urgente implementar medidas que faciliten o contribuyan a paliar su falta. Con este objetivo, en materia de Seguridad Social, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para permitir la actividad de los profesionales jubilados y contribuir así a paliar la falta de facultativos de atención primaria, médicos de familia o pediatras en el Sistema Nacional de Salud."*

El apartado 1 de la citada disposición transitoria trigésima quinta del TRLGSS, establece lo siguiente:

"1. En los tres años a partir de la entrada en vigor de esta disposición transitoria, los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario podrán continuar desempeñando sus funciones durante la prórroga en el servicio activo y, simultáneamente, acceder a la jubilación percibiendo el setenta y cinco por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial de la pensión, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública. 2

Asimismo, podrán acceder a esta compatibilidad los facultativos de atención primaria adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario que hubieran accedido a la pensión contributiva de jubilación y se reincorporen al servicio activo, siempre que el hecho causante de dicha pensión haya tenido lugar a partir del 1 de enero de 2022 o se hubieren acogido en su día a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario o funcionario de las y los profesionales sanitarios, realizado al amparo del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2."

Con respecto al apartado anterior, se dicta el siguiente criterio interpretativo:

1. Podrá accederse a la compatibilidad desde la situación de activo, aun cuando con carácter inmediatamente anterior a la misma se viniesen desarrollando otras funciones distintas a las señaladas en la disposición transitoria (como por ejemplo de dirección de un centro hospitalario), siempre y cuando en el momento de iniciar la compatibilidad se desempeñen con exclusividad las referidas funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario y se cumplan los demás requisitos.

No cabe interpretar restrictivamente el primer párrafo del apartado 1 de la disposición transitoria de forma que se exija que, con carácter inmediato al inicio de la compatibilidad, ya se viniesen desarrollando necesariamente las funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario. Lo contrario supondría exigir unos condicionantes adicionales que la norma no establece, limitando el ámbito subjetivo de la misma, sin atender a la finalidad de la medida.

2. Igualmente, en el caso de que se solicite la compatibilidad desde la situación de pensionista de jubilación, no obstará esta posibilidad el hecho de que en el momento de jubilarse se viniesen realizando otras funciones distintas, siempre y cuando la reincorporación a la vida activa se produzca por la realización en exclusividad de las funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario en los términos que exige la norma y se cumplan los demás requisitos.

1.3. Jubilación. Hecho causante en determinados supuestos

Criterio de gestión: 25/2023, 9 octubre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. INSS

Materia y asunto: *Hecho causante de la pensión de jubilación en supuestos específicos.*

Criterio de Gestión:

Al objeto de homogeneizar la gestión de las direcciones provinciales, se establecen las siguientes pautas de actuación para la determinación del hecho causante en determinados supuestos conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión (RDHC).

I. Determinación del HC de la pensión de jubilación cuando en la solicitud de la pensión se ha consignado como fecha del HC la fecha de extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años por haber cumplido la edad ordinaria de jubilación y en el fichero general de afiliación (FGA) el interesado figura en situación de alta en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General de la Seguridad Social (SETACA) en situación de inactividad en una fecha posterior[4].

En informe de 14 de julio de 2023 la DGOSS[5] señala que «*aquí no se está tratando de trabajadores en situación de inactividad en alta en el SETACA, sino de trabajadores en situación de inactividad perceptores del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que deben permanecer en alta en el SETACA por imperativo del artículo 289.4 del TRLGSS ["Durante los períodos en los que la entidad gestora esté obligada a cotizar, los beneficiarios a los que se haya reconocido el derecho a la percepción de la prestación o de los subsidios por desempleo o de la renta agraria, en los términos establecidos en los artículos anteriores, deberán permanecer en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios."], debiendo analizarse si para a estos trabajadores les es de aplicación la norma general establecida en el mencionado artículo 253.4 del TRLGSS, o si se les*

[4] Ver nota 1 de 11 de octubre de 2023 que señala:
Tal y como ocurre con los trabajadores en alta en el SETACA en situación de inactividad que además son beneficiarios de la prestación o de los subsidios por desempleo, también los trabajadores agrarios eventuales de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Andalucía beneficiarios de la renta agraria deben permanecer en alta en el SETACA por imperativo del artículo 289.4 del TRLGSS: *"Durante los períodos en los que la entidad gestora esté obligada a cotizar, los beneficiarios a los que se haya reconocido el derecho a la percepción de la prestación o de los subsidios por desempleo o de la renta agraria, en los términos establecidos en los artículos anteriores, deberán permanecer en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios."*
Señala la DGOSS en el informe de 14 de julio de 2023 que también a estos trabajadores les es de aplicación el artículo 285 del TRLGSS: *"(...) puesto que el artículo 287.2 (aplicable a los trabajadores agrarios eventuales en general y también a los trabajadores agrarios eventuales de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Andalucía), como se ha visto, prevé que en todos los aspectos no contemplados expresamente en el apartado 1 será de aplicación lo establecido con carácter general en el título III del TRLGSS, en el que sí se incluye el artículo 285, debe considerarse que es de aplicación a todos los trabajadores agrarios eventuales."*
Del citado informe cabe deducir por tanto que, al igual que sucede con el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en el caso de trabajadores agrarios eventuales en alta en el SETACA que vengan percibiendo la renta agraria, el HC de la pensión de jubilación debe situarse igualmente en la fecha de su extinción por el cumplimiento de la edad ordinaria que permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, por ser aplicables los artículos 289.4 y 285 del TRLGSS.

[5] Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

debe aplicar una norma especialmente prevista para regular su baja en el SETACA cuando cumplen la edad de jubilación.

(...) aunque para fijar la fecha de baja de los trabajadores en alta en el SETACA en situación de inactividad es de aplicación con carácter general el artículo 253.4 del TRLGSS, conforme al cual la exclusión de este sistema especial a solicitud del trabajador durante los períodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General, tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquella ante la TGSS; en el supuesto específico de los trabajadores agrarios eventuales en alta en el SETACA en situación de inactividad que, además, son perceptores del subsidio para mayores de 52 años, debe entenderse que la baja en el citado sistema especial no se rige por solo por el artículo 253.4 del TRLGSS, sino que es también de aplicación la norma especial que regula estos casos, el artículo 285 del mismo texto legal, cuando se cumplan las condiciones que este artículo establece.

Conforme al artículo 285 del TRLGSS, los efectos económicos de la pensión de jubilación se retrotraen a la fecha de efectos de la extinción del subsidio por alcanzar la edad de jubilación, siempre que la solicitud de la pensión se produzca en el plazo de los tres meses siguientes a la resolución firme de extinción (en otro caso, tendrá una retroactividad máxima de tres meses desde la solicitud), por lo que si el trabajador solicita la baja en el SETACA (Régimen General) en el plazo establecido en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y la pensión de jubilación dentro de los plazos establecidos por el artículo 285 del TRLGSS, teniendo en cuenta, además, que la obligación de alta en el SETACA que establece el artículo 289.4 del TRLGSS cesa en la fecha de extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, debe entenderse que la baja en el SETACA tiene lugar en la fecha solicitada por el trabajador y no el último día del mes en que se solicita dicha baja, por lo que esa será la fecha del HC a tenor de lo previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio.»

De acuerdo con el citado informe de la DGOSS, en estos supuestos la fecha del HC de la pensión de jubilación se fijará el día de la extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, independientemente de que los efectos económicos de la pensión se establezcan dependiendo de la fecha de presentación de la solicitud, conforme al artículo 285 del TRLGSS.

II. Determinación del HC de la pensión de jubilación cuando se consigna como fecha del HC el día de la baja en el SETACA en situación de inactividad que figura en el FGA, no coincidiendo dicha fecha con el último día del mes.

En informes de 10 y 14 de julio de 2023 la DGOSS señala que "*En relación con la determinación de la fecha de baja de los trabajadores del SETACA en situación de inactividad es de aplicación el artículo 253.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), según el cual la exclusión de este Sistema Especial durante los períodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General, podrá producirse a solicitud del trabajador, en cuyo caso los efectos de la exclusión tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquella ante la TGSS; o de oficio por la TGSS, en los supuestos que enumera el artículo.*

Consecuentemente, la baja en el Régimen General solicitada voluntariamente por un trabajador encuadrado en el SETACA que se encuentra en período de inactividad debe tener lugar el último día del mes en que presenta la solicitud a la TGSS, teniendo efectos del día primero del mes siguiente al de tal presentación. (...)

Dado que conforme al artículo 3.2.a) del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, para los trabajadores que se encuentren en situación de alta en alguno de los regímenes del sistema la pensión de jubilación deberá entenderse causada el día de la baja en el régimen como consecuencia del cese en el trabajo o en la condición determinante de la inclusión en el ámbito de aplicación de dicho régimen, solo cabe considerar que en el supuesto planteado la pensión de jubilación debe tener como fecha del HC el último día del mes en el cual se solicitó la baja en el SETACA (...).”

De acuerdo con los citados informes de la DGOSS, en estos supuestos la fecha del HC de la pensión de jubilación se fijará el último día del mes de la baja en el SETACA en situación de inactividad, independientemente de que en el FGA[6] figure como fecha de la baja un día intermedio.

III. Determinación del HC cuando se presenta la solicitud de la pensión de jubilación transcurridos más de tres meses desde que se produjo la baja en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) como consecuencia del cese en el trabajo por cuenta propia que se venía realizando y en dicha solicitud se consigna como fecha del HC el mismo día de la baja.

En el supuesto planteado el interesado es un trabajador encuadrado en el RETA, por lo que es necesario acudir a lo dispuesto en los artículos 35 y 46.4 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RGA). De acuerdo con los preceptos anteriores:

— Si, dentro del año natural no se han producido más de tres bajas en el RETA, el día en el que el interesado cesa en su actividad en dicho régimen, se producirían los efectos de la baja. Hasta ese día el interesado se encontraría en situación de alta (artículo 46.4 a) del RGA).

— Si, dentro del año natural se hubiesen producido más de tres bajas en el RETA, presumiblemente la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) fijaría los efectos de la baja en el último día del mes. Hasta ese último día del mes se entendería igualmente que el interesado estaba en situación de alta (artículo 46.4 a) del RGA).

— En ambos casos, puesto que en la solicitud se indica una fecha en la que se está en situación de alta en un régimen del sistema de la Seguridad Social, es de aplicación el 4 artículo 3.2.a) del Real Decreto 453/2022 y, por lo tanto, el HC se produciría el día de la baja en el RETA, es decir:

— En el supuesto del artículo 46.4 a) del RGA, el HC se produciría el mismo día del cese real en la actividad por cuenta propia y que coincidiría con los efectos de la baja en el RETA.

— En el supuesto del artículo 46.4 b) del RGA, el HC se situaría el último día del mes, por ser en este día cuando se producen los efectos de la baja en el RETA.

En los supuestos previstos en el artículo 3.2 del Real Decreto 453/2022, la solicitud de la pensión puede presentarse con una antelación máxima de tres meses a la fecha del hecho causante o en cualquier momento posterior, sin perjuicio de los efectos económicos que correspondan de acuerdo con el artículo 4.

Además, conforme a lo establecido en la disposición transitoria única del citado real decreto, al tratarse de uno de los supuestos contemplados en el apartado 2, la fecha del hecho causante puede ser anterior a la fecha de entrada en vigor de dicha norma.

[6] Fichero General de Afiliación

En cuanto a los efectos económicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 453/2022, cuando tratándose de los supuestos recogidos en el artículo 3.2, la solicitud se presente una vez transcurridos los tres meses siguientes a la misma, los efectos se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

Esta interpretación ha sido confirmada por la Intervención General de la Seguridad Social en informe de 6 de septiembre de 2023.

IV. Determinación del HC de la pensión de jubilación cuando en el FGA figura como fecha de baja en el RETA un día intermedio del mes, fecha que coincide con la que figura en la solicitud de la pensión como fecha del HC, en el supuesto de que se plantea la duda de si la solicitud de baja en el RETA por el interesado se ha producido fuera del plazo establecido en el RGA.

El último inciso del artículo 3.2.a) del RDCH dispone que en los supuestos a que se refiere el artículo 46.4.c) del RGA -bajas en el RETA no solicitadas por el trabajador, solicitadas en forma y plazo distintos a los establecidos o practicadas de oficio por la TGSS-, el HC de la pensión de jubilación se entenderá producido el último día del mes natural en el que haya tenido lugar el cese en el trabajo por cuenta propia o en la actividad o condición determinante de la inclusión en el campo de aplicación del correspondiente régimen especial.

A este respecto se ha cuestionado qué HC correspondería en aquellos casos en los que la TGSS, en lugar de situar la fecha de la baja en el RETA en el último día del mes conforme establece el artículo 3.2.a) del RDCH, consigna en el FGA como fecha de la baja en el RETA un día intermedio del mes. 5

La DGOSS, en informe de 12 de julio de 2023, ha señalado que *"determinar si la baja se ha comunicado fuera de plazo sí que es competencia exclusiva de la TGSS, y no de la ID o de ese Instituto"*, por lo que si dicho Servicio Común consigna como fecha de la baja un día intermedio del mes y no el último día, en aquellos supuestos en los que se susciten dudas sobre la validez de dicha fecha y toda vez que la misma determina la del HC de la pensión, será preciso recabar informe o certificación de la TGSS, por ser la competente en la materia, a efectos de que confirme la fecha de baja que figura en el FGA o bien proceda a su revisión.

1.4. DESEMPLEO

Instrucción provisional de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, de 21 diciembre de 2022.

EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 BIS DE LA LEY 5/2011, DE ECONOMÍA SOCIAL: CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIEDAD LABORAL O TRASNFORMACIÓN EN COOPERATIVA POR SOCIEDADES MERCANTILES EN CONCURSO

INTRODUCCIÓN

El día 6 de septiembre de 2022 se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

La Disposición final octava de dicha Ley 16/2022 introduce un nuevo artículo 10 bis a la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, el día 26 de septiembre de 2022, y que regula la *capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso.*

De acuerdo con el citado artículo 10 bis de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social:

> *1. La entidad gestora podrá abonar a las personas que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, el valor actual del importe de dicha prestación, cuando pretendan adquirir acciones o participaciones sociales de una sociedad en la que prestan servicios retribuidos como personas trabajadoras con contrato de trabajo por tiempo indefinido de forma que, con dicha adquisición, individualmente considerada, o con las adquisiciones que realicen otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, esta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.*
>
> *La solicitud de la prestación y de la capitalización será simultánea y la fecha de la misma se asimilará, a efectos de reconocimiento y cálculo de la prestación, a la fecha de la situación legal de desempleo.*
>
> *2. El abono de la prestación capitalizada requerirá que la empresa se haya declarado en concurso y que el juez de lo mercantil haya acordado la transformación de la sociedad en una sociedad cooperativa o sociedad laboral en*

el marco de lo dispuesto en los artículos 219 o 224 bis y artículos concordantes del texto refundido de la Ley Concursal[7].

3. En los supuestos establecidos en el apartado 1 la prestación se podrá capitalizar hasta el 100 por cien de su importe para destinarla a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen las personas solicitantes o, en el caso de no obtener la prestación por su importe total, el importe restante

[7] El art. 219 dice así:
Art. 219. Regla de la preferencia.
1. En caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores.
2. Esta regla se aplicará también a las ofertas de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral.
-El art. 224 bis -añadido por el art. único.51 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre dice así:
Artículo 224 bis. Solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas.
1. El deudor puede presentar, junto con la solicitud de declaración de concurso, una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas.
En la propuesta el acreedor o el tercero deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de tres años. El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados.
2. En el auto de declaración de concurso, el juez concederá un plazo de quince días para que los acreedores que se personen puedan formular a la propuesta las observaciones que tengan por conveniente y para que cualquier interesado pueda presentar propuesta vinculante alternativa. En el mismo auto, el juez requerirá a la administración concursal para que, dentro de ese plazo, emita informe de evaluación de la presentada.
3. La propuesta escrita vinculante de adquisición podrá ser realizada por personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada.
4. Si se presentasen una o varias propuestas alternativas de adquisición, el juez requerirá a la administración concursal para que, en el plazo de cinco días, emita informe de evaluación.
5. En el informe la administración concursal valorará la propuesta o propuestas presentadas atendiendo al interés del concurso, e informará sobre los efectos que pudiera tener en las masas activa y pasiva la resolución de los contratos que resultare de cada una de las propuestas.
6. Una vez emitidos el informe o informes por la administración concursal, el juez, si se hubieran presentado varias propuestas, concederá un plazo simultáneo de tres días a los oferentes para que, si lo desean, mejoren las que cada uno de ellos hubiera presentado. Dentro de los tres días siguientes al término de ese plazo, el juez procederá a la aprobación de la que resulte más ventajosa para el interés del concurso. En caso de que se hubiera presentado una propuesta en los términos del apartado 3 y la oferta sea igual o superior a la de las demás propuestas alternativas presentadas, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo, entre otros criterios.
7. Si la ejecución de la oferta vinculante aprobada estuviera sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, tales como la aprobación de la adquisición por parte de las autoridades de la competencia o supervisoras, o a la realización de una modificación estructural que afecte a los activos a transmitir, el concursado y la administración concursal llevarán a cabo las actuaciones precisas para asegurar el pronto cumplimiento.
El juez podrá exigir al proponente adjudicatario que preste caución o garantía suficiente de consumación de la adquisición si las condiciones suspensivas se cumplieran en el plazo máximo para ello establecido en la oferta vinculante, o de resarcimiento de los gastos o costes incurridos por el concurso en otro caso.
8. La transmisión de la unidad o de las unidades productivas al adjudicatario estará sometida a las demás reglas establecidas en esta ley para esta clase de transmisiones.
9. La oferta de adquisición de una o varias unidades productivas se publicará en el portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal el mismo día que se publique la declaración de concurso en la sección primera de dicho Registro. El juez podrá requerir tanto al deudor como al autor o autores de la oferta cuanta información considere necesaria o conveniente para facilitar la presentación de otras ofertas por acreedores o terceros. La información requerida se publicará igualmente en dicho portal.

se podrá obtener conforme a lo establecido para subvencionar las cuotas a la seguridad social según lo que se dispone en el apartado 4.

4. Cuando la prestación se obtenga, en el importe que corresponda, para la subvención de las cuotas a la seguridad social, el abono por parte de la entidad gestora se realizará en los siguientes términos:

a) La cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra *de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento de la solicitud de la capitalización sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador o trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, abonándose, en tal caso, esta última.*

b) El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

5. Mediante desarrollo reglamentario se precisará el procedimiento mediante el cual la entidad gestora acreditará ante el juez del concurso que en caso de ser autorizado por este se autorizarán las capitalizaciones de las prestaciones por desempleo que posibilitarán la transformación de la sociedad en sociedad cooperativa o sociedad laboral».

Para su aplicación de forma homogénea por todas las Direcciones Provinciales del Servicio Público de Empleo Estatal, se dictan las siguientes

INSTRUCCIÓN PRIMERA: REQUISITOS PARA ACCEDER AL PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 10 BIS DE LA LEY DE ECONOMÍA SOCIAL

La entidad gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo a las personas trabajadoras por cuenta ajena que lo soliciten a partir del día 26 de septiembre de 2022, cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) Que presten sus servicios retribuidos mediante contrato de trabajo por tiempo indefinido en una sociedad mercantil, con independencia de su antigüedad en la empresa.

Puesto que la norma no excluye a los indefinidos a tiempo parcial ni a los fijos discontinuos, el contrato por tiempo indefinido podrá ser a tiempo completo, parcial o fijo discontinuo. Por tanto, dichas personas figurarán de alta en la Seguridad Social con contrato códigos 100, 109, 130, 139, 150, 189, 200, 209, 230, 239, 250, 289, 300, 309, 330, 350 o 389[8].

[8] Estas claves se corresponden con las siguientes modalidades:
1000 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - ORDINARIO
109 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL
130 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - DISCAPACITADOS
139 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - DISCAPACITADOS TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.

b) Que dicha sociedad mercantil para la que trabajan se haya declarado en concurso.

c) Que, por estar interesados en la sucesión de la empresa mediante su transformación en un sociedad cooperativa o laboral, hayan presentado ante el Juez del concurso, junto con otro u otros trabajadores, una propuesta vinculante en tal sentido.

d) Que el juez del concurso acuerde la transformación de la sociedad mercantil en una sociedad cooperativa o sociedad laboral en el marco de lo dispuesto en los artículos 219 o 224 bis y artículos concordantes del texto refundido de la Ley Concursal.

El artículo10 bis de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social no prevé la posibilidad de reconocer el pago único a los trabajadores para transformar la sociedad mercantil en una sociedad participada[9], por lo que, no se entenderá cumplido este requisito cuando las sociedades mercantiles

150 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE INICIAL
189 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.
200 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - ORDINARIO
209 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL
230 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - DISCAPACITADOS
239 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - DISCAPACITADOS TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.
250 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE INICIAL
289 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.
300 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO
309 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL
330 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - DISCAPACITADOS
339 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - DISCAPACITADO. TRANSFORMACION
350 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE INICIAL
389 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL

[9] Concretamente el art. 10 bis -añadido por la disposición final 8 de la Ley 16/2022, de 5 septiembre, señala lo siguiente:
Artículo 10 bis. Capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso.
1. La entidad gestora podrá abonar a las personas que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, el valor actual del importe de dicha prestación, cuando pretendan adquirir acciones o participaciones sociales de una sociedad en la que prestan servicios retribuidos como personas trabajadoras con contrato de trabajo por tiempo indefinido de forma que, con dicha adquisición, individualmente considerada, o con las adquisiciones que realicen otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, esta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.
La solicitud de la prestación y de la capitalización será simultánea y la fecha de la misma se asimilará, a efectos de reconocimiento y cálculo de la prestación, a la fecha de la situación legal de desempleo.
2. El abono de la prestación capitalizada requerirá que la empresa se haya declarado en concurso y que el juez de lo mercantil haya acordado la transformación de la sociedad en una sociedad cooperativa o sociedad laboral en el marco de lo dispuesto en los artículos 219 o 224 bis y artículos concordantes del texto refundido de la Ley Concursal.
3. En los supuestos establecidos en el apartado 1 la prestación se podrá capitalizar hasta el 100 por cien de su importe para destinarla a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen las personas solicitantes o, en el caso de no obtener la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a lo establecido para subvencionar las cuotas a la seguridad social según lo que se dispone en el apartado 4.
4. Cuando la prestación se obtenga, en el importe que corresponda, para la subvención de las cuotas a la seguridad social, el abono por parte de la entidad gestora se realizará en los siguientes términos:

en concurso vayan a transformarse en sociedades participadas por los trabajadores - que, conforme al artículo 19 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos para ser sociedades laborales, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores-[10].

De acuerdo con el artículo 219 de la Ley Concursal, según redacción dada al mismo por el artículo único.49 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación de la empresa en concurso a las personas trabajadoras interesadas en la sucesión empresarial mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral, siempre que su oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior.

Por su parte, el artículo 224 bis, añadido por el artículo único.51 de la misma Ley 16/2022, de 5 de septiembre, establece la posibilidad de que, junto con la solicitud de declaración de concurso, el deudor presente una propuesta vinculante realizada por personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución, entre otras, de sociedad cooperativa o laboral. Si esta oferta fuera igual o superior a la de las demás propuestas alternativas presentadas, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo, entre otros criterios.

a) Que, a fin de llevar a cabo lo anterior, pretendan adquirir acciones o participaciones sociales en dicha sociedad mercantil en la que trabajan para, con dicha adquisición individualmente considerada, o junto con las realizadas por otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, ésta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.

b) Que cumplan todos los requisitos para ser beneficiarias de la prestación contributiva por desempleo excepto el de estar en situación legal de desempleo.

---

a) La cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento de la solicitud de la capitalización sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador o trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, abonándose, en tal caso, esta última.

b) El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

5. Mediante desarrollo reglamentario se precisará el procedimiento mediante el cual la entidad gestora acreditará ante el juez del concurso que en caso de ser autorizado por este se autorizarán las capitalizaciones de las prestaciones por desempleo que posibilitarán la transformación de la sociedad en sociedad cooperativa o sociedad laboral.

[10] El art. 19 de la Ley 44/2015, de 14 octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, dice así:

Artículo 19. Concepto de Sociedad Participada por los Trabajadores.

1. Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.

b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.

c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.

d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.

2. Su actuación deberá ser diligente, leal, responsable y transparente, y deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3. Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.

Por tanto, dichas personas trabajadoras han de cumplir los siguientes requisitos:

— Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.

— Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el artículo 269.1) TRLGSS dentro de los seis años anteriores a la fecha de la solicitud[11].

Para el supuesto de que en el momento de la solicitud se mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los períodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo o se haya visto suspendido el contrato o reducida la jornada ordinaria de trabajo.

En el caso de que no acrediten suficiente periodo de ocupación cotizada para tener derecho al reconocimiento inicial de una prestación por desempleo de nivel contributivo, será suficiente con que tengan suspendida una prestación por desempleo de nivel contributivo, independientemente del número de mensualidades pendientes de percibir. En su caso, también es posible que los solicitantes tengan el derecho de opción al que se refiere el artículo 269.3 TRLGSS[12].

— No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que no tuvieran acreditado el período de cotización requerido para ello.

— Suscribir el compromiso de actividad. En el caso de que su incorporación a la sociedad laboral o cooperativa no sea como socio trabajador o de trabajo, su solicitud de pago único será denegada por incumplimiento del compromiso de actividad.

No resulta de aplicación en estos supuestos el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo, por lo que no se exigirá que el trabajador no haya hecho uso del derecho al pago único en los cuatro años inmediatamente anteriores, ni que, en caso de tener derecho a reanudar una prestación por desempleo, que las mensualidades pendientes de percibir sean tres o más.

INSTRUCCIÓN SEGUNDA: SOLICITUD DE PAGO ÚNICO

La solicitud de la prestación por desempleo de nivel contributivo y de la capitalización se efectuarán simultáneamente por la persona trabajadora.

Es posible solicitar el pago único de la prestación por desempleo:

— Para destinar hasta el 100 por 100 de su importe a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que se trabaje, o

[11] En realidad el art. 269 se refiere a la duración de la prestación. Véase el art. 266 letra b) que se remite al art. 269 LGSS.

[12] La opción normada consiste en que: "Cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, este podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial.".

— Para destinar parte del importe obtenido a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad y el restante para subvencionar las cuotas a la seguridad social.

No es posible en este caso, solicitar el pago único para destinarlo exclusivamente para subvencionar las cuotas de la seguridad social, ni para destinarlo parcialmente a afrontar los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la sociedad cooperativa, laboral o participada, ni al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad.

INSTRUCCIÓN TERCERA: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL PAGO ÚNICO

A efectos del reconocimiento y el cálculo de la prestación, la fecha de la solicitud se asimilará a la de la situación legal de desempleo.

I. NACIMIENTO DEL DERECHO

El derecho nacerá a partir del día siguiente al de la solicitud. Puesto que la fecha de la solicitud del derecho se asimila a la de la situación legal de desempleo, en estos supuestos no existe la posibilidad de que la solicitud se presente de forma extemporánea.

II. CUANTÍA DEL DERECHO.

La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos ciento ochenta días anteriores a la fecha de la solicitud.

Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, previa deducción del importe relativo al interés legal del dinero.

Se podrá obtener hasta el 100 por cien del importe de la prestación para destinarla a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen las personas solicitantes. En el caso de no obtener la prestación por su importe total, el restante se podrá obtener para subvencionar las cuotas a la seguridad social. En este último caso, la cuantía de la subvención:

a) Será fija y se calculará en días completos de prestación

b) Corresponderá al importe de la aportación íntegra de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento de la solicitud de la capitalización sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación de la persona trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, abonándose, en tal caso, esta última.

El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

Las cantidades para subvencionar las cuotas de los trabajadores a la seguridad social pueden solicitarse y obtenerse tanto si van a causar alta en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, como si van a continuar de alta en el régimen general de la seguridad social como trabajadores por cuenta ajena.

INSTRUCCIÓN CUARTA: PROCEDIMIENTO

El procedimiento será el siguiente:

> I. Si son varios los trabajadores que vayan a solicitar el pago único para transformar en cooperativa o sociedad laboral la misma sociedad mercantil, solicitarán el pago único en la misma oficina de prestaciones, que será la correspondiente al domicilio social de la empresa o aquella en la que se encuentren la mayoría de las instalaciones de la empresa.

La tramitación de los expedientes de capitalización referidos a una misma oferta de adquisición presentada por los trabajadores se podrá acumular, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 57 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, entendiéndose los trámites posteriores al acuerdo con el representante designado por todos los afectados[13]. En caso de seguirse las actuaciones sin acumulación, se debe realizar la tramitación de forma paralela para todas las solicitudes referidas a una misma oferta de adquisición de la empresa, teniendo en cuenta que las renuncias o desistimientos que pudieran presentarse por algún solicitante pueden ser motivo de desestimación del resto de solicitudes presentadas por dejar de reunir los requisitos para la constitución de la sociedad laboral o cooperativa, o no ajustarse a la autorización judicial de adjudicación de la empresa a los trabajadores.

Así mismo, se debe dar por cumplimentado el trámite correspondiente a la aportación de documentos previos a la resolución o de justificación de la inversión realizada, en tanto hayan sido presentados por alguno de los trabajadores interesados, de forma que se considerarán presentados para el resto de los trabajadores incluidos en la documentación aportada.

> II. A la solicitud de pago único, se acompañará memoria explicativa en la que se hará constar:
>
> - Que el pago único se destinará a comprar acciones o participaciones de la sociedad mercantil en concurso en la que trabaja, y en su caso, a subvencionar sus cuotas de la Seguridad Social.
>
> - El número de acciones o participaciones que va a adquirir y el precio que ha de abonar por dicha adquisición.
>
> - Porcentaje individual de capital social que cada una de las personas - sean o no trabajadores de la empresa - va a adquirir, y porcentaje global adquirido, que necesariamente debe permitir que la sociedad pueda calificarse de laboral o pueda transformarse en cooperativa.

Conforme a lo establecido en el artículo 1 de Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, para que la sociedad pueda ser calificada de "laboral "se exige que, al menos, sean tres los socios, puesto que ninguno de ellos puede ser titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social. Sin embargo, prevé dicha norma que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo

[13] El art. 57 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, dispone:
Artículo 57. Acumulación.
El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.
Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.

indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido[14].

Por su parte, el artículo 8 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas dispone que las cooperativas de primer grado deberán estar integradas, al menos, por tres socios, salvo que en esta u otras leyes se establezcan otros mínimos[15].

— El compromiso de transformar la sociedad mercantil en cooperativa o en sociedad laboral en el caso de que el juez dicte auto adjudicándoles la empresa

— Declaración sobre si las acciones de la sociedad laboral que pretende adquirir son de «clase laboral» o de «clase general»; o sobre si su integración en la cooperativa va a ser como socio de trabajo o como socio colaborador.

— Si se van a mantener en el régimen general de la seguridad social o si van a causar alta en régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Junto con la solicitud y la memoria explicativa se presentará la documentación necesaria para acreditar que se cumplen los requisitos establecidos en la instrucción primera, a excepción, en su caso, de la declaración de la empresa en concurso, el acuerdo del juez del concurso de transformación de la

[14] Dicho art. 1 dice así:
Artículo 1. Concepto de «sociedad laboral».
1. Las sociedades laborales son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se someten a los preceptos establecidos en la presente ley.
2. Podrán obtener la calificación de «Sociedad Laboral» las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que cumplan los siguientes requisitos:
a) Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.
b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que:
La sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado.
Se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social.
En los supuestos de transgresión sobrevenida de los límites que se indican en los apartados a) y b) del presente artículo, la sociedad estará obligada a acomodar a la ley la situación de sus socios, en el plazo de dieciocho meses a contar desde el primer incumplimiento.
c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores. No computará para el cálculo de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.
Si fueran superados los límites previstos en este apartado, la sociedad deberá alcanzarlos, de nuevo, en el plazo máximo de doce meses. El órgano del que dependa el Registro de Sociedades Laborales podrá conceder hasta dos prórrogas, por un plazo máximo de doce meses cada una, siempre que se acredite en cada solicitud de prórroga que se ha avanzado en el proceso de adaptación a los límites previstos. El plazo de adaptación en los casos de subrogación legal o convencional de trabajadores será de treinta y seis meses, pudiendo solicitarse igualmente las prórrogas previstas en este apartado.
3. La superación de límites y las circunstancias que originen dicha situación, así como su adaptación posterior a la ley, deberán ser comunicadas al Registro de Sociedades Laborales, en el plazo de un mes desde que se produzcan, a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 15 de la presente ley.

[15] Sobre las cooperativas de segundo grado el precepto indicado deber que al menos deberán de estar constituidas por dos cooperativistas.

sociedad mercantil en una cooperativa o sociedad laboral y el auto de adjudicación de la misma a los trabajadores - documentos que podrán aportarse posteriormente-

> III. En tanto no se dicten las normas de desarrollo del procedimiento regulado en este artículo, la actuación del SEPE será la siguiente:

Una vez presentada la o las solicitudes de pago único por uno o varios trabajadores, si se cumplen los requisitos exigidos, el SEPE informará a éstos, así como al juez del concurso competente sobre la propuesta favorable a la capitalización solicitada, condicionada a que se presente la declaración de la empresa en concurso (si no hubiera sido presentada y tampoco se tuviera constancia por la Dirección Provincial, mediante acceso a la información pública del Registro Mercantil) el acuerdo de transformación de la sociedad mercantil en una cooperativa o sociedad laboral, así como el auto mediante el cual el juez del concurso adjudica la empresa en concurso a los trabajadores, entre los que deberá estar el/los solicitante/s de la capitalización, para su transformación en sociedad laboral o cooperativa. Dicha documentación deberá ser presentada en el plazo de los 10 días siguientes a la notificación del trámite, con advertencia de que, si no fuera presentado, se podrá declarar la caducidad de las actuaciones en aplicación del artículo 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[16].

Si no se cumplen los requisitos exigidos por todos o algunos de los solicitantes se denegarán las solicitudes correspondientes, informando al juzgado de dichas resoluciones denegatorias.

> IV. Si se ha emitido propuesta favorable y se ha aportado la documentación solicitada a la que se refiere el número 3 anterior, el SEPE reconocerá los derechos solicitados y notificará las resoluciones a los trabajadores, instándoles para que, dentro del mes siguiente al de la fecha de dicha notificación aporten la documentación que consta a continuación, advirtiéndoles de que, si no lo hacen, se considerarán las cantidades abonadas como indebidas y se reclamará su devolución:

a) Escritura pública que acredite el número de acciones o participaciones sociales de la empresa mercantil adquiridas y el precio abonado por ellas.

b) Resolución administrativa o certificado de inscripción de la empresa en el Registro de Sociedades Laborales o en el Registro de Cooperativas, así como acreditación de su condición de socio en la misma.

[16] Dicho artículo 95 dispone lo siguiente:
Artículo 95. Requisitos y efectos.
1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándoselo al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.
2. No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite.
3. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.
En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.
4. Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento.

En relación con dicha transformación ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

Establece la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, que la calificación de «Sociedad Laboral» la otorga el Ministerio de Empleo y Seguridad Social o, en su caso, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, y dicha calificación tiene plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que la sociedad realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos. Tras dicha calificación deberá inscribirse como sociedad laboral en el Registro Mercantil, gozando a partir de dicha inscripción de personalidad jurídica. En la denominación de la sociedad deberá figurar la indicación «Sociedad Anónima Laboral», «Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral», o «Sociedad Limitada Laboral» o sus abreviaturas SAL, SRLL o SLL, según proceda.

La obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no se considerará transformación social ni estará sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades.

De acuerdo con el artículo 4.5 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, una sociedad mercantil inscrita puede transformarse en sociedad cooperativa. La eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil.

a) En su caso, justificante del importe de la cuota del trabajador a la seguridad social, en caso de haber solicitado la subvención para tal fin.

Además, la entidad gestora comunicará al juzgado de lo mercantil competente del sentido de las resoluciones dictadas, así como de que se ha instado a los trabajadores para que aporten la documentación requerida.

Si el o los trabajadores no presentaran la documentación solicitada o no acreditaran haber hecho uso del pago único para la finalidad para la que se le reconoció, se les reclamará su importe como un pago indebido, de conformidad con las normas de carácter general.

Madrid, 21 de diciembre de 2022

EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL
GERARDO GUTIERREZ ARDOY

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
Abreviatura: RECRT
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2792-7962
ISSNe: 2792-7970
Inicio de Publicación: 2021
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en http://revista.laborum.es.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

ED	(Estudios Doctrinales);
EDJ	(Estudios de Doctrina Judicial);
DCE	(Derecho comparado y Derecho extranjero);
ESHE	(Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
REC	(Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: - Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas.

Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/xtgco

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (abstract).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - — Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - — Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - — Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

  Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

  Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

  Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

  Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

  Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

  Ejemplos:

  -Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

Monereo Pérez, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* Sánchez Rodas, C. y Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* Ojeda Avilés, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* Sempere Navarro, A.V. y Fernández orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. http://url.laborum.es/equiporecrt o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Las secciones Editorial y las Crónicas (de Derecho comparado y Derecho

Extranjero; Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social; Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; y Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo) se encuentran excluidos del proceso de revisión por pares de doble ciego.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días, siempre que se envíe el trabajo en plazo.

- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

    a) Originalidad.

    b) Actualidad y novedad.

    c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.

    d) Significación para el avance del conocimiento científico.

    e) Calidad metodológica contrastada.

    f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

- Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica

de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

- Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

- Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

- Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

- La Revista Crítica de Relaciones de Trabajo provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público.

- Por ello, los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, con el debido reconocimiento y sin que pueda hacer un uso comercial del trabajo ni mezclar, transformar o crear a partir del material publicado. La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

- Los derechos morales sobre la obra pertenecerán a sus autores y los derechos patrimoniales serán cedidos a la Editorial Laborum que, como se ha comentado, publicará los trabajos bajo una licencia creative commons BY-NC-ND 4.0. No obstante, los autores pueden publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

- Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

— **Originalidad en los trabajos:** Los autores de manuscritos enviados a la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.

— **Publicaciones múltiples o repetitivas:** El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.

— **Listado de fuentes:** Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.

— **Autoría:** En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.

— **Errores o erratas en los artículos publicados:** Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.

— **Responsabilidad:** todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

— **Contribución a la decisión editorial:** La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

— **Tiempos de revisión:** La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

— **Confidencialidad:** Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.

— **Objetividad:** La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.

— **Visualización de texto:** Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

— **Decisión de publicación:** los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

— **Honestidad:** los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.

— **Confidencialidad:** todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.

– **Respeto de los tiempos:** los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- *Editorial (E)*
- *Estudios Doctrinales (ED)*
- *Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- *Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- *Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- *Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- *Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Laborum EDICIONES

ISSN 2792-7970