

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
136/2017 - Primer Trimestre

136



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

136

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

MARÍA JOSÉ ASENSIO COTO	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
JULIO SAMUEL COCA BLANES	Secretario General de Empleo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales, más uno monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 136/2017

Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El problemático control de la incapacidad temporal en el régimen general JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	13
Para-subordinación y autonomía. El derecho del trabajo italiano en transformación STEFANO BINI	49
Efectos del uso de la aplicación “whatsapp” en el marco de las relaciones laborales M ^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN	73
La gestión del envejecimiento de la población trabajadora en materia laboral y de seguridad y salud JUAN MANUEL MORENO DÍAZ	99
Videovigilancia laboral y derecho fundamental a la protección de datos INMACULADA JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS	129

2. MERCADO DE TRABAJO

La estadística de convenios colectivos y la medición de la cobertura de la negociación colectiva JOSÉ IGNACIO PÉREZ INFANTE	159
--	-----

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras, de Fernando Valdés Dal-Ré. Recensión (diálogo con el autor) ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ	191
--	-----

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

Traslado y mandato del representante

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES 201

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Sucesión de empresa y reversión de los servicios públicos

OLGA GARCÍA COCA 223

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

El subsidio por desempleo de los liberados de prisión: el intento de limitar su ámbito subjetivo mediante una la ley de presupuestos y su valoración desde una perspectiva constitucional

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ 237

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA 251

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

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

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

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

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

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

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

6. NOTAS

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

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

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

Ejemplos:

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

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 136/2017**

First Trimester

INDEX

1. STUDIES

The problematic control of temporary incapacity JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	13
Para-subordination and self-employment. Transformation in Italian labour law STEFANO BINI	49
Effects of the use of “whatsapp” application in the framework of industrial relations M ^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN	73
Management aging in working population in labour matters and health and safety JUAN MANUEL MORENO DÍAZ	99
Video surveillance and the fundamental right data protection INMACULADA JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS	129

2. LABOUR MARKET

The statistics of collective agreements and the measurement of the coverage of collective bargaining JOSÉ IGNACIO PÉREZ INFANTE	159
--	-----

3. REPORTS AND DOCUMENTS

European labour constitutionalism and the multi-level protection of fundamental labour rights: lights and shadows, by Fernando Valdés Dal-Ré. Recension (dialogue with the author) ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ	191
--	-----

4. JUDICIAL COMMENTS

BUSINESS POWER University of Cordoba Transfers businesses and maintenance mandate of representatives M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES	201
---	-----

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT University Pablo de Olavide Transfers businesses and reversal of public services OLGA GARCÍA COCA	223
--	-----

SOCIAL SECURITY BENEFITS University of Granada Unemployment subsidy released from prison: the attempt to limit its subjective scope through a law of budgets and their assessment from constitutional perspective MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ	237
--	-----

5. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	251
---	-----

EL PROBLEMÁTICO CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL RÉGIMEN GENERAL

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

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

EXTRACTO

Palabras clave: Seguridad Social, incapacidad temporal, entidades gestoras, entidades colaboradoras

El presente trabajo pretende analizar y presentar de una manera ordenada la problemática derivada de la gestión de la prestación de incapacidad temporal. El hecho de que la actuación de diferentes entidades gestoras y colaboradoras afecte a la gestión de la prestación genera importantes dificultades a la hora de controlar el gasto generado por esta prestación. El hecho de que deba tenerse en cuenta si el origen de la prestación es un riesgo común o profesional añade nuevas dificultades en la gestión de la prestación. A todo ello se suma una regulación en permanente estado de reforma y una falta de conexión entre las normas legales y las numerosas normas reglamentarias, así como importantes lagunas normativas. Dadas estas dificultades, se hace necesario un análisis detallado de esta cuestión, especialmente desde la perspectiva de cómo se han impuesto mecanismos de control del INSS sobre la actuación de los Servicios Públicos de Salud.

ABSTRACT

Key words: Social Security, temporary disability, managing

This paper aims to analyze and present in an orderly manner the problems arising from the management of temporary disability benefit. The fact that the performance of different Management Institutions and associates affecting the management of the provision creates significant difficulties to control the expenditure generated by this provision. The fact to be taken into account if the origin of the provision is a common occupational hazard or adds new difficulties in managing the delivery. To this a permanent state regulation reform and a lack of connection between legal rules and regulations adds numerous and important regulatory gaps. Given these difficulties, a detailed analysis of this issue, especially from the perspective of how they have imposed INSS control mechanisms on the performance of the Public Health Services is required.

ÍNDICE

1. EL CONTROL DEL GASTO COMO OBJETIVO DE LAS REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
2. DIFICULTADES EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
3. BAJA MÉDICA Y PARTES DE CONFIRMACIÓN DURANTE LOS PRIMEROS 365 DÍAS
 - 3.1 Sujetos competentes para emitir los partes de baja y confirmación durante los primeros 365 días
 - 3.2 Mecanismos de control de la baja médica y de la confirmación
 - 3.2.1. Revisiones médicas por el SPS o mutua competente
 - 3.2.2. Informes complementarios e informes de control.
 - 3.2.3. Seguimiento y control de la prestación económica por las entidades gestoras o colaboradoras
 - 3.2.4. Reconocimientos médicos por el INSS, ISM o mutuas
4. EL FINAL DE LA COMPETENCIA DE LOS SPS O DE LAS MUTUAS EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRIMEROS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DESDE LA BAJA
5. EL ALTA DEL TRABAJADOR
 - 5.1. Alta por facultativo del SPS o de la mutua que protege riesgos profesionales (dentro de los primeros 365 días)
 - 5.2. Competencia de la inspección médica del SPS, del INSS o de la Seguridad Social (dentro de los primeros 365 días)
 - 5.3. Propuesta de alta médica formulada por las mutuas en los procesos de IT común
 - 5.4. Alta por incomparecencia del trabajador a los reconocimientos médicos (primeros 365 días)
 - 5.5. Alta por el INSS tras los primeros 365 días de prestación

1. EL CONTROL DEL GASTO COMO OBJETIVO DE LAS REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Cualquier análisis de la prestación de incapacidad temporal a lo largo de los últimos años evidencia cómo esta prestación ha sufrido todo un conjunto de modificaciones normativas que apuntan en la misma dirección: facilitar un mayor control de la prestación económica. En este proceso se han producido un conjunto de modificaciones recientes, especialmente a nivel reglamentario, a lo que se suma la refundición realizada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, que intenta condensar en un precepto los aspectos esenciales de esta cuestión, el nuevo art. 170 TRLGSS. La complejidad de esta regulación, la falta de conexión entre las diferentes normas y la existencia de diferentes sujetos con competencias distintas, hace que sea necesario intentar aclarar cómo se gestiona y controla esta prestación.

El punto de partida de todo este proceso de reformas se basa en un hecho esencial: el incremento del gasto del Sistema de Seguridad Social en esta prestación¹. Ello ha justificado, de un lado, el intento del legislador de reducir la cuantía

¹ Sobre esta cuestión vid. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MINGUILLÓN, R.: “La gestión y el control de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social* n° 22 de 2006, versión descargada de la base de datos Aranzadi; también GRACIA ALEGRÍA, G.: “Real Decreto 1430/2009, un desarrollo urgente del subsidio de incapacidad temporal”, *Tribuna Social* n° 227 (2009), página 42.

de la prestación²; pero sobre todo, se ha pretendido controlar que los beneficiarios cumplen realmente con las exigencias para tener derecho a la misma y para mantener el derecho a lo largo de los procesos de incapacidad temporal. El problema reside en que uno de los requisitos fundamentales, que el trabajador esté imposibilitado para desarrollar transitoriamente la prestación de trabajo³, se determina por una entidad diferente (normalmente el Servicio Público de Salud) a la que tiene a cargo la prestación económica (normalmente el INSS).

Pues bien, lo que se pretende es afinar lo más posible en la determinación médica de la necesidad de cesar en la prestación de trabajo por requerirlo el mantenimiento de la salud del beneficiario: es la actuación de los facultativos del Servicio Público de Salud (SPS) lo que ha merecido casi toda la atención del legislador en esta materia; de manera que se han establecido todo un conjunto de mecanismos dirigidos a garantizar que el beneficiario sigue siendo merecedor de la prestación.

La experiencia demuestra que la incapacidad temporal es una prestación utilizada en ocasiones por los beneficiarios, con una finalidad alejada de la tutela del trabajador que ante una situación de enfermedad o accidente, queda imposibilitado (en principio, temporalmente) para el trabajo. De un lado, es posible encontrar múltiples situaciones de fraude en el acceso a la prestación (falsas enfermedades o síntomas), o la continuidad inadecuada de bajas médicas, cuando en realidad no hay motivo alguno que ampare el mantenimiento de la misma; o bien se utiliza ésta para dar solución a situaciones que carecen de cauces propios en la relación laboral, como la necesidad de permisos o licencias por necesidades de carácter social totalmente alejadas de las necesidades médicas⁴; o incluso se utiliza la incapacidad temporal como un mecanismo de acceder a una renta económica

² DESDENTADO BONETE, A.: “Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 6 de 2008, página 672. De igual manera FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: “El control de las Mutuas de Accidentes de Trabajo de las bajas médicas por contingencias comunes: situación actual y perspectivas”, *Actualidad Laboral* nº 8 de 2008, página 921.

³ Tal como señala el art. 169.1 a) TRLGSS, tienen la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal “Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo”. Desde un punto de vista conceptual se ha afirmado que “El trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal cuando a consecuencia de una alteración de la salud que requiere de asistencia sanitaria, y no puede desarrollar su actividad laboral, si bien dicha imposibilidad de trabajar es transitoria”. GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L. Y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 2016, página 189.

⁴ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 28 (2012), página 108.

cuando el trabajador pretende presionar al empresario sin realizar prestación de trabajo, o como reacción a situaciones de desprotección entre sucesivos contratos temporales⁵. En definitiva, las reformas parecen justificadas ante el hecho de que la prestación de incapacidad temporal puede utilizarse como “prestación refugio”⁶ de todo un conjunto de situaciones en las que el derecho a la protección está del todo injustificado. En definitiva, un exceso en el gasto en esta prestación ha hecho surgir una permanente sospecha de fraude hacia los que disfrutaban de la prestación⁷, y la eficacia del sistema se mide no sólo en la intensidad de la protección de los beneficiarios, sino también en que los beneficiarios tengan realmente derecho a la prestación⁸.

2. DIFICULTADES EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Las “facilidades” que ofrece esta prestación para que algunos beneficiarios puedan actuar fraudulentamente se debe en buena medida a la propia complejidad de la gestión de la prestación de incapacidad temporal. Recordemos algo esencial: la alteración de la salud de un trabajador puede dar lugar a dos prestaciones to-

⁵ En este sentido vid. TORTUERO PLAZA, J.L.: “Al margen de episodios fraudulentos, lo cierto es que la incapacidad temporal constituye una especie de “refugio protegido” para los trabajadores, al que acuden para dar respuesta a un sin fin de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral. En efecto, circunstancias personales, familiares, laborales..., que exigen disponer de un tiempo para su resolución o encauzamiento, carecen normalmente del cauce adecuado. Basta con traer a colación la parquedad de permisos regulados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores”. “Reflexiones acerca de la incapacidad temporal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 10 (2006), páginas 4 y 5. También CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.: “Nuevos retoques de la prestación de incapacidad temporal. Lucha contra el fraude, recorte de derechos y eliminación de situaciones de desprotección: ¿Es posible todo al mismo tiempo?”, en AA.VV., dirigidos por J.L. MONEREO PÉREZ, *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, Madrid 2009, página 210.

⁶ En este sentido CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.: Op. cit., página 212; o FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 921; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I). (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal)”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2011, página 490; PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MINGUILLÓN, R.: Op. cit.

⁷ En este sentido vid. MERCADER UGUINA, J.R.: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2004, página 404; también FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 921; LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal: El nuevo papel de las Mutuas en la reforma legislativa en curso”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 165 (2014), página 54.

⁸ Así lo afirmaba PANIZO ROBLES, J.A.: “El control de la incapacidad temporal. A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 4 (1997), página 81.

talmente diferentes, que están conectadas. De entrada, una prestación en especie, la asistencia sanitaria; y, de otro lado (cuando el trabajador queda imposibilitado para el desarrollo de la prestación de trabajo a consecuencia de la alteración de la salud), una prestación económica que cubre la carencia de rentas, la incapacidad temporal⁹. Pues bien, ambas prestaciones se gestionan por entidades diferentes¹⁰, con objetivos distintos (la recuperación de la salud y atender la situación de necesidad económica, pero de la manera más eficiente posible –sobre todo en una situación de crisis económica y de debilidad económica del sistema–), existiendo un sistema en el que hay una interconexión en la gestión de una y otra prestación, de manera que los actos de una entidad gestora (la declaración de baja médica, prolongación de la baja y alta por parte de los SPS encargados de la gestión de la asistencia sanitaria), afectan directamente a la actuación de la otra entidad (el INSS, o el ISM) en la gestión de la otra prestación: la baja médica hace surgir el derecho a la prestación de incapacidad temporal; de manera que la entidad pagadora de la prestación (el INSS o el ISM) no concede el derecho realmente, sino que ello depende de un sujeto ajeno a la misma¹¹; o expresado en otros términos, quien permite el gasto no tiene responsabilidad en su financiación¹². A todo ello se suma el hecho de que es perfectamente posible la participación en la gestión de un tercero, las mutuas, que pueden asumir un papel esencial en la gestión de los riesgos profesionales (cuando el empresario opte por la protección a través de una de estas entidades colaboradoras, las mutuas asumen la gestión de la IT en su totalidad, incluyendo los partes de baja, confirmación y alta, así como la asistencia sanitaria¹³), pero también de la incapacidad temporal por riesgos comunes¹⁴.

Todo ello genera una serie de disfunciones evidentes¹⁵: de entrada, al facultativo del SPS se le exige que realice realmente dos funciones diferentes: de un lado ha de emitir un diagnóstico médico con el consiguiente tratamiento para que recupere la salud, lo cual es función de cualquier médico; pero, de otro, ha de realizar una valoración en relación con la capacidad laboral del trabajador, pues ha de decidir si la alteración que la salud que sufre el trabajador le impide continuar con el desarrollo de su prestación de trabajo, lo cual no siempre es fácil; más aún, quien está capacitado para diagnosticar una patología y su tratamiento no lo está

⁹ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 59 (2005), página 103.

¹⁰ VICENTE PALACIO, M.A.: “El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social”, *Tribuna Social* n° 168, página 31.

¹¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 112.

¹² FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 922.

¹³ LOPEZ INSUA, B.M.: “Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n° 5 (2015), página 77.

¹⁴ Sobre esta complejidad vid. MERCADER UGUINA, J.R.: Op. cit., página 405.

¹⁵ Vid. con carácter general MERCADER UGUINA, J.R.: Op. cit., páginas 422 y ss.

necesariamente para decidir si el trabajador puede o no seguir desarrollando su prestación de trabajo. De esta manera, no es extraño constatar que normalmente la duración de la IT es coincidente con la duración de la asistencia sanitaria¹⁶. Además, dado que las entidades gestoras tienen objetivos no coincidentes, las actuaciones orientadas a una u otra finalidad pueden ser totalmente contradictorias¹⁷.

A lo anterior se une cierta benevolencia por parte de los facultativos que puede generar situaciones en las que la baja médica no esté realmente justificada, pues se basa realmente en las necesidades personales del trabajador y no en su verdadera situación.

Por otra parte, puede constatarse como no existe una adecuada coordinación entre los facultativos de atención primaria y los de especialización, existiendo una evidente demora en que el enfermo sea atendido por los especialistas, lo que genera en muchas ocasiones una dilación indebida de la prestación de IT. También la automaticidad en los partes de confirmación de la baja, e incluso en otorgar la prórroga de la prestación de una manera excesivamente automática (hasta que esta competencia pasó a manos del INSS). De otro lado, existen 17 CCAA, cada una de ellas con su propio SPS, lo que dificulta la existencia de una posición homogénea a la hora de enfrentarse a un mejor control de las situaciones de enfermedad. También debe tenerse en cuenta que los facultativos de los SPS no realizan una prestación de servicios para el INSS o el ISM, por lo que aún cuando estas dos últimas entidades gestoras puedan tener un interés en incrementar el control sobre la labor de los facultativos, estos pueden tener un nulo interés en sus relaciones con tales entidades y en atender sus necesidades.

En definitiva, la evolución a lo largo de los dos últimos decenios evidencia que existe una desconfianza de las entidades que gestionan y pagan la prestación de incapacidad temporal hacia los SPS; es decir, quien decide la baja médica y la continuidad de la misma¹⁸. Ello ha supuesto que para un mayor control de la prestación económica, se hayan reducido notablemente las competencias de los SPS a favor de los servicios médicos dependientes del INSS/ISM y de las mutuas¹⁹, pudiendo determinar su actuación el alta de los trabajadores y el cese en el abono de la prestación. El problema es que, tal como hemos visto con el incremento del

¹⁶ FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 922.

¹⁷ Vid. sobre esta cuestión MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales* nº 106, página 16.

¹⁸ En este sentido LOUSADA AROCHENA, J.F. Y MARTÍNEZ MOYA, J.: “Incapacidad temporal por contingencias comunes y mutuas patronales, una aproximación desde la aplicación judicial”, *Tribuna Social* nº 191 (2006), página 30.

¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit. página 491; LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 54; MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 113.

gasto de la prestación a partir de 2013, parece que los mecanismos de control no han resultado ser muy efectivos²⁰.

La conclusión es que las diferentes reformas han generado un sistema en que el control de los procesos médicos ha dejado de ser exclusivo para el SPS, interviniendo entidades que no tienen encomendado la asistencia sanitaria, de manera que en la actualidad podemos señalar que el mayor peso en materia de control de estos procesos recae sobre el INSS (o el ISM), en segundo lugar sobre las mutuas y finalmente sobre los SPS (o el INGESA en su limitado ámbito geográfico de actuación).

3. BAJA MÉDICA Y PARTES DE CONFIRMACIÓN DURANTE LOS PRIMEROS 365 DÍAS

3.1. Sujetos competentes para emitir los partes de baja y confirmación

El punto de partida en la gestión de la prestación de incapacidad temporal es la baja médica, acto que origina el nacimiento del derecho a la prestación (si se cumplen los requisitos de la misma), siendo competencia del SPS (pues se trata de un acto encuadrable dentro de la prestación de asistencia sanitaria) o de la mutua que gestiona los riesgos profesionales (siempre que, en este caso, la empresa tenga asegurado tales riesgos profesionales con una mutua).

A tenor de lo señalado, en el momento inicial que origina la prestación económica de IT no interviene el INSS, sino que en base al principio de oficialidad, una vez dictada la baja por la entidad competente el derecho al subsidio económico es efectivo²¹. Para determinar la competencia sobre los procesos de IT hemos de acudir fundamentalmente a la regulación de carácter reglamentario, pues el art. 170 TRLGSS se refiere fundamentalmente a los mecanismos de alta. De otro lado, como en la mayor parte de los actos de gestión y control de esta prestación debemos diferenciar según estemos ante una IT derivada de riesgos comunes o profesionales.

En cuanto a los riesgos comunes (prestación de IT gestionada por el INSS o ISM o mutua²²), la baja médica se formulará en el correspondiente parte de baja

²⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F. Y MARTÍNEZ MOYA, J.: Op. cit., página 30.

²¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., páginas 492 y 493; LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 55.

²² Sobre la gestión por las mutuas de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, recordemos lo establecido por el art. 61.1 primer párrafo del RD 1993/1995, de 7 de diciembre: “Los empresarios que opten por formalizar la protección respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de su personal con una mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podrán,

expedido por el médico del SPS que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado (art. 2.1 RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración). Se trata de una competencia exclusiva que sólo tiene una excepción: los casos en que el INSS o el ISM, a través de sus inspectores médicos, proceda a dictar el alta (ya sea dentro de los 365 primeros días de IT o en el período posterior), pues en estos casos, durante el plazo de los 180 días siguientes al alta son estas entidades las únicas competentes para dictar una nueva baja por idéntica o similar patología, (es decir, en caso de recaídas -art. 170.1 segundo párrafo y 170.2 primer párrafo in fine TRLGSS-). Es así como surge la disociación entre la entidad que inicia la prestación económica (SPS) y la entidad que soporta económicamente la prestación (INSS o mutua)²³.

Si estamos ante una IT por riesgos profesionales gestionada por INSS o ISM, también será competente el facultativo del SPS (tal como se deduce del art. 2.1 RD 625/2014). Ahora bien, si se trata de una IT derivada de riesgos profesionales y el trabajador presta servicios para una empresa asociada a una mutua para la gestión por tales contingencias, serán médicos de la propia mutua los encargados de expedir el parte de baja y los de confirmación (vid. art. 2.1 RD 625/2014 segundo párrafo, art. 3.1 segundo párrafo de la Orden ESS/1187/2015, de 16 de junio y art. 61.2 segundo párrafo del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social). Sin lugar a dudas, es la especialización de las mutuas la que justifica el papel de estas entidades colaboradoras²⁴. Más aún, la propia doctrina laboral ha venido señalando cómo en el caso de riesgos profesionales la duración de las bajas suele ser inferior cuando se gestionan por mutuas, justamente por su mayor especialización²⁵.

Sean riesgos comunes o profesionales y corresponda la competencia a los SPS o a los facultativos de la mutua, lo cierto es que la baja se produce una vez realizado el reconocimiento médico del trabajador, a través del cual se precisará tanto la patología y el tratamiento, como la posible incapacidad para realizar su trabajo, siendo esencial en este caso la colaboración del trabajador (art. 2.2 RD 625/2014).

asimismo, optar porque la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma mutua". Posibilidad desarrollada por el art. 80 del mismo RD 1993/1995.

²³ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., páginas 22y 23; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 124.

²⁴ En este sentido FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 168, página 97.

²⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 130.

En los procesos patológicos de corta duración (duración estimada de la baja inferior a cinco días naturales) el facultativo competente (el SPS o de la mutua) emite al mismo tiempo el parte de baja y de alta, utilizando un único documento o parte (art. 2.3 a) RD 625/2014 y art. 3.2 Orden ESS/1187/2015). En el resto de supuestos se ha de especificar por el facultativo competente (SPS o mutua) en el propio parte de baja médica la fecha de revisión médica. Dicha primera revisión ha de fijarse siempre dentro de un plazo máximo que es diferente en función de la duración prevista de la baja; y en esa revisión se dictará el alta o bien la confirmación de la baja. En caso de que en la revisión se proceda a la confirmación de la baja, habrá que realizar revisiones médicas periódicas en las que podrá dictarse alta o bien confirmarse la baja. La periodicidad máxima entre revisión y revisión (o entre parte de confirmación de la baja y parte de confirmación de la baja) es diferente en función de la duración prevista de la baja médica²⁶. Debe tenerse en cuenta que si a lo largo del proceso de la patología se produce una alteración del diagnóstico, los nuevos partes de confirmación deben emitirse de conformidad a la nueva duración estimada (art. 2.4 RD 625/2014 y art. 4.2 último párrafo de la Orden ESS/1187/2015). Con este sistema se pretende que los SPS o las mutuas desarrollen un control permanente de la situación médica del beneficiario, si bien no es necesario que dicho control se realice con unos intervalos fijos (los antiguos siete días entre partes), siendo posible que dentro del plazo máximo el facultativo pueda realizar tales revisiones, facilitando al facultativo una mayor libertad a la hora de realizar el seguimiento de la patología, lo cual debe ser interpretado de manera positiva, pues facilita una mayor flexibilidad frente a la rigidez de la regulación anterior²⁷. En cuanto a la tramitación de los partes de baja y confirmación, se regula en el Capítulo IV de la Orden ESS/1187/2015 (arts. 9 y ss.), regulación a la que nos remitimos²⁸.

²⁶ El art. 2.23 RD 625/2014 y el art. 3.2 de la Orden ESS/1187/2015 establecen la siguiente periodicidad: en caso de procesos de duración estimada entre 5 y 30 días naturales, la primera revisión ha de realizarse antes de siete días desde la baja inicial. Si en dicha revisión se confirma la baja, los sucesivos partes de confirmación han de emitirse con una periodicidad máxima de catorce días naturales entre uno y otro, hasta el alta médica. De otro lado, en los procesos cuya duración estimada oscile entre 31 y 60 días naturales, la primera revisión ha de realizarse también el plazo máximo de siete días naturales desde la baja inicial, de manera que si la revisión confirma la baja, los siguientes partes de confirmación de baja deben emitirse con una periodicidad máxima de 28 días naturales entre sí y hasta el alta médica. Por último, en los procesos que duren 61 o más días naturales, la primera revisión no ha de exceder de catorce días naturales desde la baja inicial, emitiéndose a partir de ahí cuantos partes de confirmación de la baja sean necesarios, con una periodicidad máxima de 35 días naturales entre ellos.

²⁷ GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 105.

²⁸ En realidad esta regulación se refiere no sólo a la tramitación de los partes de baja, confirmación y también a los de alta. En líneas muy generales esta tramitación será la siguiente: el SPS o la mutua deben remitir el parte de baja/alta o confirmación al INSS (el art. 9 sólo menciona

En conclusión, hasta ahora los SPS (o las mutuas en los casos de riesgos profesionales) son los que tienen la competencia para proceder a la baja del trabajador y para el mantenimiento de la misma a través de los partes de confirmación. No obstante, como comprobaremos posteriormente, dicha competencia se va a mantener sólo temporalmente: durante los primeros 365 días de baja médica; pasando a partir de ahí al INSS. Ello va a suponer que los SPS van a perder el control para decidir la confirmación de la baja y el mantenimiento de la prestación de IT. Además, para permitir un mayor control de la situación del beneficiario se van a establecer todo un conjunto de mecanismos de control de la baja y de los partes de confirmación. En principio, este control se desarrolla por los propios SPS, a través de las revisiones médicas, los propios partes de confirmación, los informes complementarios y los de control. Pero, además, también el INSS o el ISM cuentan con instrumentos de control de la baja médica que implique otorgar la prestación de IT, concretamente a través de los reconocimientos médicos que realizan el INSS o el ISM. En definitiva, si bien los SPS tienen un papel protagonista durante el periodo de los 365 días iniciales de la IT, lo cierto es que tanto el INSS como el ISM disponen de instrumentos de control, tal como vamos a analizar a continuación.

Ha de destacarse, por último, que el art. 2 RD 625/2014 plantea que para la mejora de la gestión de la prestación se utilice la tecnología informática para la emisión de los partes de baja y confirmación, debiendo además emitirse por vía telemática al NSS²⁹.

al INSS, pero en caso de ser la entidad gestora el ISM, será a ella a la que haya de remitirse) por vía telemática de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición (art. 9). Se entregarán al trabajador dos copias del parte de baja/alta o confirmación, uno para el interesado y otro para la empresa, quedando obligado el trabajador a presentar a la empresa su copia de los partes de baja y confirmación en el plazo de tres días contados desde la fecha de su expedición. En caso de partes de alta deberá presentarlos en el plazo de 24 horas. En los casos de procesos de IT de corta duración (inferior a los cinco días naturales), los plazos de entrega a la empresa de partes de baja/alta será de sólo 24 horas siguiente al alta, y si el facultativo emite un primer parte de confirmación, deberá presentarse también a la empresa dicho parte en el mismo plazo de 24 horas (vid. art. 10 sobre la entrega al trabajador de los partes y su tramitación a la empresa). Por su parte, el empresario, ha de cumplimentar los partes incorporando los datos señalados en el art. 11.1 de la Orden ESS/1187/2015, y proceder a transmitirlos al INSS (o ISM) a través del sistema RED con carácter inmediato y, en todo caso, dentro del plazo máximo de tres días hábiles desde su recepción.

²⁹ GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 105.

3.2. Mecanismos de control de la baja médica y de la confirmación

3.2.1. Revisiones médicas por el SPS o mutua competente

Es evidente, tal como acabamos de señalar, que el sistema de revisiones médicas periódicas y la emisión de partes de confirmación de la baja supone un mecanismo de control³⁰ por parte de los SPS (en caso de riesgos comunes o profesionales en los que la gestión de la IT corresponda al INSS o al ISM) o de las mutuas (cuando se trate de riesgos profesionales protegidos por ella). Junto a estos mecanismos se ha desarrollado todo un conjunto de actividades de coordinación entre SPS y las entidades gestoras de la IT a través de convenios de colaboración que tienen la finalidad de mejorar el control de la situación de IT³¹.

De otro lado, el SPS o la mutua, según la competencia para emitir la baja, debe remitir obligatoriamente al INSS los partes de baja y confirmación de baja, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso en el primer día hábil siguiente al de su expedición (arts. 2.2 y 7.1 RD 625/2014)³²; lo que supone que el control se amplía al INSS, pues este mecanismo informativo se utilizará como instrumento de control de las bajas médicas³³. Deberá transmitirse, además de los datos personales del trabajador y los datos obligatorios de la baja (fecha de la misma, contingencia causante, códigos de diagnóstico y ocupación del trabajador³⁴), la duración estimada del proceso, si estamos o no ante una recaída de un proceso anterior y, en su caso, la fecha del siguiente reconocimiento. Ciertamente los datos que se transmiten se relacionan directamente con la gestión de la prestación económica, pero también hay datos que han de facilitarse que están orientados a facilitar un mejor control de la situación por parte del INSS (especialmente la duración estimada, la ocupación del trabajador, si estamos o no ante una recaída o la fecha del siguiente reconocimiento).

Otro mecanismo de control es la “puesta a disposición” de los facultativos competentes para dictar la baja tablas de duración óptima tipificadas por los distintos procesos patológicos susceptibles de generar la IT (art. 2.2 RD 625/2014). Se trata de un instrumento que pretende objetivar la duración de las bajas, impo-

³⁰ En este sentido LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 79.

³¹ Sobre esta cuestión vid. LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., páginas 80 y 81.

³² Ha de puntualizarse que en caso de contingencias comunes, el INSS, una vez recibe los partes de baja y confirmación, ha de remitirlos de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su recepción, al ISM o a la mutua, si es que son tales sujetos los que gestionan la IT.

³³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, página 494.

³⁴ Tal como ha señalado la doctrina, la necesidad de especificar el código de ocupación tiene trascendencia sobre todo a la hora de estudiar el comportamiento de la prestación económica. Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., página 98.

niendo a los facultativos competentes un protocolo de actuación derivado de una duración estimada procedente de una entidad a la que resultan ajenos.

3.2.2. *Informes complementarios e informes de control*

Otro mecanismo de control lo encontramos en el art. 4 del RD 625/2014 (y el art. 5 Orden ESS/11872015), que regula los informes complementarios³⁵: cuando la baja médica tenga una duración estimada superior a 30 días naturales, el segundo parte de confirmación de la baja debe ir acompañado de un informe médico complementario del facultativo competente (recordemos que el primero ha de emitirse como máximo en siete días naturales desde la baja inicial y que los siguientes deben emitirse como máximo cada veintiocho días naturales, por lo tanto, este informe ha de emitirse como máximo 35 días naturales tras la baja)³⁶. Si la duración prevista es inferior, pero finalmente se sobrepasa la duración estimada, el informe complementario ha de emitirse junto con el parte de confirmación una vez superados los 30 días naturales. En uno y otro caso, tales informes deben reiterarse cada dos partes de baja posteriores.

Junto con los informes complementarios, el art. 4.2 del RD 625/2014 regula los informes de control de la incapacidad: cuando la entidad competente para emitir la baja y la confirmación de la misma es un SPS, trimestralmente la inspección médica del SPS, o bien el médico de atención primaria (en este caso, bajo supervisión de la inspección médica) ha de emitir un informe de control, en el que deberá pronunciarse expresamente sobre la necesidad de mantener el proceso de IT, todo ello, lógicamente, desde un punto de vista médico³⁷. Hay que dudar de la eficacia de este mecanismo de control, pues ello puede generar una acumulación de trabajo en las normalmente reducidas filas de la Inspección Médica de los SPS, por lo que dicha acumulación podría derivar fácilmente en una trivialización de los informes que vayan simplemente a confirmar lo señalado por el facultativo de atención primaria (cuando no serán estos los que realicen el informe bajo “supervisión” de la inspección, pues el RD 625/2014 establece como novedad esta posibilidad)³⁸.

³⁵ Respecto de la regulación anterior, contenida en el RD 575/1997, las diferencias estriban fundamentalmente en la periodicidad de tales informes complementarios, sobre la cuestión vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 107.

³⁶ Dicho informe debe contener las dolencias padecidas, el tratamiento prescrito, las pruebas realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del trabajador.

³⁷ Téngase en cuenta que el art. 14.2 de la Orden ESS/1187/2015 establece que estos informes médicos de control serán puestos a disposición de la inspección médica del INSS, ISM o mutua (cuando ésta cubre las contingencias por riesgos comunes), en el plazo de cinco días hábiles desde su emisión.

³⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. ha criticado tanto que el informe haya de producirse cada seis meses, como que la actuación deba realizarse de manera habitual, y no centrándose en los supuestos excepcionales en los que pueda existir una situación fraudulenta. Op. cit., página 106.

Tanto los informes complementarios y los informes de control forman parte, junto con las pruebas médicas realizadas, del proceso de IT (del expediente), pudiendo acceder al mismo los inspectores médicos del INSS, del ISM o los facultativos de las mutuas (en caso de que estas gestionen la IT por contingencias comunes –si gestionan las contingencias profesionales son sus propios facultativos los competentes, por lo que no es necesario acudir a esta vía-). De igual modo, los inspectores médicos del SPS y los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM, tendrán acceso (preferentemente por vía telemática), a la documentación clínica de atención primaria y especializada, de conformidad con lo establecido en el art. 71.3 LGSS³⁹ (obsérvese que se excluye a los facultativos de las mutuas). Nuevamente se amplían los sujetos con capacidad para controlar el proceso de IT, pues el INSS, el ISM o a la mutua, podrán realizar un efectivo control a través de estos mecanismos de información⁴⁰.

Lógicamente estos mecanismos consistentes en la remisión de informes de control e informes complementarios tienen como objetivo poder controlar el desarrollo de las labores de los facultativos competentes para la emisión de las bajas y los partes de confirmación. Debe destacarse que el art. 4.3 RD 625/2014 proyecta dicho control sobre la actuación de los SPS, pues no en vano los informes complementarios se han de producir cuando la gestión corresponda a los SPS, al igual que los informes de control se refieren a procesos de IT cuya gestión corresponde a los SPS. No obstante, el art. 71.3 TRLGSS establece que las entidades gestoras de la Seguridad Social, como parte de sus competencias de control, podrán solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, pero también por las mutuas y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Entendemos que dado que los informes de control y los informes complementarios acompañan a los partes, dicha información debe remitirse también junto con los mismos; además, por esta vía se extiende el control de las entidades gestoras sobre las mutuas (y en su caso las empresas si es que gestionan la asistencia sanitaria).

3.2.3. Seguimiento y control de la prestación económica por las entidades gestoras o colaboradoras

El art. 8 del RD 625/2014 establece la capacidad del personal médico y del personal no sanitario del INSS, ISM y de las mutuas para ejercer el control y seguimiento de la prestación económica de IT. Así podrán “realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los

³⁹ La literalidad del art. 4.3 señala a la DA 40ª del TRLGSS de 1994, norma derogada que ha de entenderse sustituida por el citado art. 71 TRLGSS de 2015.

⁴⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, página 494.

hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio”, todo ello desde el momento en que se expida el parte de baja y sin perjuicio de las competencias del SPS.

La dicción es tremendamente ambigua y podría facilitar una interpretación tremendamente amplia de las facultades de estas entidades. No obstante, contamos con algunos elementos que permiten aclarar cuáles son las facultades en este punto. De entrada, como vamos a ver posteriormente, el art. 9 reconoce al INSS, al ISM la facultad de realizar reconocimientos médicos. Dado que se regula en preceptos separados, es evidente que estamos ante dos competencias diferentes, aunque las dos en el mismo marco de control de la IT. Por lo tanto, el seguimiento y control que regula este art. 8 no incluirá los reconocimientos médicos a los que se refiere el art. 9, de manera que ha de referirse a otra cuestión.

El propio art. 8 parece centrar la cuestión cuando afirma en su apartado primero que los actos de “comprobación” de la IT que se lleven a cabo por los médicos del SPS, los inspectores del INSS, ISM o los médicos de las mutuas, “deben basarse tanto en los datos que fundamenten los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, como en los derivados de los reconocimientos médicos e informes realizados en el proceso. A tal efecto, aquellos podrán acceder a los informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar sus respectivas funciones”. De ello se deduce que los mecanismos de seguimiento y control son fundamentalmente documentales; es decir, que los facultativos realizan un control basado en los expedientes médicos de los beneficiarios. A este respecto recordemos cómo ya hemos señalado *supra*, que los informes complementarios y de control forman parte, junto con las pruebas médicas del proceso de IT, pudiendo acceder al mismo los inspectores médicos del INSS, del ISM o los facultativos de las mutuas (en caso de que estas gestionen la IT por contingencias comunes –si gestionan las contingencias profesionales son sus propios facultativos los competentes, por lo que no es necesario-) ⁴¹. Por otra parte, los inspectores médicos del SPS y los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM, tendrán acceso (preferentemente por vía telemática),

⁴¹ En relación a las mutuas hemos de recordar cómo el art. 82 del RD 1993/1995 establece la facultad de las mutuas de proceder a la práctica de pruebas diagnósticas o aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos prescritos por el SPS, cuando, transcurridos más de quince días a partir de la baja en el trabajo, la situación de incapacidad se prolongase por demora. De otro lado, el art. 83 de esta misma regulación reglamentaria establece que las mutuas podrán realizar los reconocimientos complementarios, pruebas médicas, informes, tratamientos e intervenciones quirúrgicas que se les interese, así como las actuaciones a que se refiere el artículo 82, dentro del marco de acuerdos o convenios aprobados por el Ministerio de competente. No se trata de mecanismos de control en sentido estricto, pero sí de mecanismos que están destinados a conseguir un ahorro en la prestación económica de IT, pues facilitan la más rápida recuperación de los trabajadores. Sobre la cuestión vid. SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad

a la documentación clínica de atención primaria y especializada, de conformidad con lo establecido en el art. 71.3 LGSS (art. 4.3 RD 625/2014, norma que se reitera por lo dispuesto en el art. 8.1 del mismo RD, que incluye también el acceso a la documentación clínica de trabajadores protegidos por mutuas frente a contingencias profesionales). Además, para un mayor respaldo técnico, se pondrá a disposición de estos facultativos las tablas de duración óptimas, tipificadas para los distintos procesos patológicos y tablas sobre el grado de incidencia de los procesos patológicos en las ocupaciones laborales (las mismas tablas a las que se refiere el art. 2.2 RD 625/2014). Con todo ello se pretende que estos facultativos y los de atención primaria de los SPS tengan no sólo la misma documentación, sino también los mismos instrumentos para un eficaz seguimiento de los procesos de IT. Lógicamente el art. 8 en su apartado 3º regula las necesarias cautelas en materia de protección de datos.

De esta regulación puede surgir alguna duda de interés. De entrada, que las mutuas, al gestionar una IT común no tienen las mismas posibilidades de actuación que INSS e ISM, pues la facultad de acceder, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada, aparece reservada tan sólo para estas dos entidades gestoras. En el mismo sentido el art. 71.3 TRLGSS. Con ello la mutua sólo puede realizar actos de comprobación en base a lo previsto por el art. 8.1 RD 625/2014; es decir, acceder a los partes de baja, confirmación, reconocimientos médicos (que puede ordenar ella misma en base al art. 9 de este RD) e informes, así como podrán acceder a pruebas y diagnósticos.

De otro lado, es un tanto inquietante que el art. 8 se refiera a que el seguimiento y control se efectúe no sólo a través del personal médico, sino también del “personal no sanitario”. Parece que con ello se está refiriendo este precepto al personal administrativo cuya función será exclusivamente la del tratamiento de datos, pero en modo alguno asumirá ninguna función médica⁴².

3.2.4. Reconocimientos médicos por el INSS, ISM o mutuas

A tenor de lo previsto por el art. 9 del RD 625/2014, el INSS o el ISM podrán disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de IT sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras; de igual manera las mutuas tienen la misma facultad respecto de los beneficiarios de la IT derivada de riesgos comunes cuando son tales entidades colaboradoras quienes

temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (LMURMT)”, *Actualidad Laboral* nº 16 de 2011, páginas 1868 y ss.

⁴² En este sentido el art. 8.3, al regular la protección de datos, señala que el personal no sanitario “únicamente accederá a los datos de los trabajadores afectados que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el mismo”.

gestionan dicha prestación⁴³. Dado que el RD 625/2014, regula, tal como indica su propia denominación, determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por IT “en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración”, es evidente que esta posibilidad de realizar reconocimientos médicos se refiere sólo a los primeros 365 días de IT.

El RD 625/2014 dedica un amplio precepto a esta cuestión. Probablemente ello se debe a diferentes motivos: de entrada, por tratarse de una intromisión de una entidad gestora en la actuación del SPS o mutua (en este último supuesto, en caso de riesgos profesionales), quienes son los competentes para la asistencia sanitaria; actuación que se escapa al procedimiento normal de revisiones y partes de confirmación que desarrollan SPS o mutua, por lo que parece conveniente diferenciar uno y otro proceso; además están las consecuencias que puede tener la incomparecencia del trabajador a los reconocimientos, la extinción del derecho a la prestación económica. Desde nuestro punto de vista la justificación del amplio precepto que se dedica a los reconocimientos se basa realmente en esta última cuestión, pues en realidad más que regularse el procedimiento del reconocimiento, lo que se está regulando son las consecuencias de la incomparecencia al mismo.

La entidad gestora que pretende realizar el reconocimiento médico ha de comunicarlo (no se exige que sea de manera fehaciente) con una antelación de cuatro días hábiles, y en dicha citación se le informa que de no acudir al reconocimiento, se procederá a la suspensión cautelar de la prestación económica, pudiendo llegarse a la extinción del subsidio si no se justifica adecuadamente la incomparecencia en el plazo de diez días siguientes a la fecha de reconocimiento.

Caso de acudir al reconocimiento, el art. 9.2 regula los derechos a la intimidad y dignidad de los beneficiarios de la prestación, así como las garantías en materia de protección de datos de carácter personal.

Cabe la posibilidad de que el beneficiario justifique, con antelación al reconocimiento médico, o incluso en ese mismo día, la incomparecencia (posteriormente señalaremos que entiende el art. 9 por incomparecencia justificada). En estos casos la entidad gestora o mutua procederá a fijar una fecha posterior.

En caso de incomparecencia al reconocimiento sin previa justificación, el director provincial del INSS procederá a dictar resolución que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar de la prestación, e indicando que dispone del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a la fecha del reconocimiento al que no ha comparecido, para proceder a la justificación. En caso de que la gestión de la IT por contingencias comunes

⁴³ En caso de gestión de riesgos profesionales las mutuas no necesitan acudir a este procedimiento, pues son las que otorgan directamente la prestación de asistencia sanitaria.

recaiga sobre una mutua, ésta podrá actuar de idéntica manera. Tanto una como otra entidad han de comunicar por vía telemática la suspensión a la empresa y a la TGSS (no se señala plazo, pero es evidente la necesidad de que tal comunicación sea lo más rápida posible, sobre todo teniendo en cuenta el sistema de pago delegado de la prestación).

El trabajador podrá justificar su incomparecencia dentro del plazo de diez días, estableciendo el art. 9.5 en su segundo párrafo que se entenderá justificada bien cuando aporte informe del médico del SPS en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente⁴⁴; bien cuando la cita se haya realizado en plazo inferior a los cuatro días; o bien cuando se acredite la imposibilidad por otra causa suficiente. Lógicamente los problemas interpretativos van a plantearse sobre todo en este último caso⁴⁵. De otro lado es esencial en esta cuestión el brevísimo plazo de cuatro días hábiles y cuál sea el procedimiento de comunicación, que tal como hemos señalado, no se exige que sea fehaciente. Dado que la situación de IT no supone que el trabajador deba permanecer en su domicilio de manera permanente, pudiendo desplazarse (por ejemplo, en períodos estivales); o que es posible encontrar situaciones personales como la de trabajadores que debido a su situación requieran cuidados de terceras personas, por lo que deben desplazarse temporalmente al domicilio de esas personas, pueden surgir toda una serie de situaciones en las que una interpretación estricta de lo que sea una causa suficiente, puede ser totalmente contrario a los lícitos intereses de los beneficiarios de la prestación.

Si el trabajador justifica la incomparecencia dentro del plazo de los diez días, el director provincial del INSS, del ISM o la mutua dictarán una nueva resolución (en el caso de la mutua un nuevo acuerdo) dejando sin efecto la suspensión cautelar y rehabilitando el pago de la prestación desde la fecha de la suspensión. El pago se realizará directamente por la entidad gestora o mutua en el plazo de quince días siguientes a la fecha de la resolución o acuerdo, no habrá, por tanto, pago delegado. En todo caso ha de comunicarle a la empresa y a la TGSS la resolución o el acuerdo especificando desde que fecha se procede a rehabilitar el pago delegado por parte de la empresa.

Si por el contrario el trabajador no consigue justificar su incomparecencia, el director provincial del INSS o del ISM dictará resolución declarando la

⁴⁴ Vid. la STSJ del País Vasco de 13 febrero, AS 2007\1583 en la que se plantea un supuesto en que el beneficiario estaba afectado por una infección respiratoria y en la que el facultativo de atención primaria recomendaba reposo domiciliario.

⁴⁵ Tal como señala FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., esta última causa resulta tremendamente difusa y puede prestarse a amplios márgenes de discrecionalidad. Op. cit., página 118. Vid., a modo de ejemplo la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 julio de 2008, AS 2008\2676.

extinción del derecho a la prestación económica desde el día de la suspensión. De igual manera, la mutua podrá acordar la extinción del derecho a la prestación con efectos del día de la suspensión⁴⁶. En ambos casos la resolución o el acuerdo se comunica al interesado, y por vía telemática al SPS, a la empresa y a la TGSS. Además de lo anterior, el inspector médico del INSS o del ISM podrá expedir el alta médica por incomparecencia. Esta facultad de dictar el alta se basa en lo previsto por el art. 170.1 del actual TRLGSS, pues dicho precepto establece que hasta el cumplimiento de los 365 días, la inspección médica del INSS (no menciona este artículo del ISM pues estamos ante una regulación referida al Régimen General) tendrá las mismas competencias que la inspección sanitaria de los SPS para dictar el alta a todos los efectos⁴⁷. Ello supone evitar las altas con exclusivos efectos económicos, de manera que las altas tengan no sólo efectos económicos sino también médicos⁴⁸. No obstante, ello plantea el problema del trabajador, que no ha justificado la incomparecencia en base a una interpretación restrictiva de que ha de entenderse por causa suficiente, pero que mantiene una situación de afectación de su salud que le impida el desarrollo de la prestación laboral, por lo que debería incorporarse al trabajo, sin poder desarrollar la prestación, haciendo recaer en estos casos sobre el trabajador y sobre el empresario las consecuencias de una decisión de este tipo. En definitiva, la falta de justificación implica una presunción de que el trabajador ha recuperado su capacidad para trabajar e incluso que han desaparecido las afecciones para su salud; lo cual, no tiene que ser cierto, con los perjuicios que ello supone (no sólo económicos, sino sobre todo, para la salud); de manera que este mecanismo se configura realmente como un instrumento sancionador sobre el trabajador negligente.

De otro lado, la posibilidad de que facultativos del INSS o del ISM, que no gestionan la asistencia sanitaria, puedan dictar un alta a todos los efectos, supone una intromisión, consideramos que criticable, en el ámbito de la gestión de una prestación que no les corresponde; sobre todo si se tiene en cuenta que el alta va a basarse, no en la situación médica del trabajador, sino en la incomparecencia

⁴⁶ Como vemos el ordenamiento reconoce expresamente a la mutua la posibilidad de extinguir el derecho a la prestación económica, lo cual venía siendo señalado con anterioridad por parte de la jurisprudencia, vid. STSJ Cataluña de 21 de octubre de 2008, AS 2008\3152, que reitera la doctrina afirmada por las STS de 5 de octubre de 2006, RJ\2006\6620 y 9 de octubre de 2006, RJ\2007\204.

⁴⁷ En realidad el art. 9.6 del RD 625/2014 se refiere a la DA 52ª del anterior TRLGSS de 1994, si bien dicho precepto se integra en la regulación vigente en el mencionado art. 170.1 TRLGSS de 2015.

⁴⁸ Recordemos que el art. 39 de la Ley 66/1997 estableció la posibilidad de que los médicos del INSS pudiesen dictar el alta a los solos efectos económicos, de manera que el trabajador podía seguir sometido a tratamiento médico y permanecer de baja médica (y su contrato suspendido). Sobre esta cuestión vid. CARDENAL CARRO, M. Y HIERRO HIERRO, F.J.: Op. cit., página 215.

a un reconocimiento médico o la falta de justificación a dicha incomparecencia, motivos que, a priori, nada tienen que ver con la situación médica y la recuperación del beneficiario.

4. EL FINAL DE LA COMPETENCIA DE LOS SPS O DE LAS MUTUAS EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRIMEROS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DESDE LA BAJA

Tal como hemos señalado hasta ahora la competencia inicial para dictar la baja, la confirmación de la baja o el alta es del SPS o del facultativo de la mutua en caso de riesgos profesionales (si el trabajador está protegido por tales entidades colaboradoras). Ahora bien, dicha competencia se limita a los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración de la IT. Agotado dicho plazo, el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente (los EVI), será la entidad que asume la competencia para dictar el alta de los trabajadores (art. 170.2 TRLGSS)⁴⁹.

El art. 4.4 de la Orden ESS/1187/2015⁵⁰, establece que el facultativo del SPS o de la mutua (en caso de riesgos profesionales protegidas por la misma), cuando se emita el último parte de confirmación anterior al agotamiento del plazo de los 365 primeros días de IT por parte, debe comunicar al trabajador en el acto del reconocimiento médico que, agotado el plazo de los 365 días naturales, el control del proceso de IT corresponderá en lo sucesivo al INSS, de manera que no volverá a emitir más partes de confirmación⁵¹, con independencia de que el SPS o la mutua sigan prestándole la asistencia sanitaria que corresponde.

Formalmente en el último parte de confirmación se especificará el pase a control del INSS/ISM, y se señalará la fecha de cumplimiento de los 365 días naturales de IT. A partir de ahí el SPS comunicará esta cuestión al INSS/ISM por vía telemática, debiendo hacerlo de manera inmediata y en todo caso no más tarde del primer día hábil siguiente⁵². Consecuentemente, el SPS o la mutua dejarán de emitir partes de confirmación.

⁴⁹ Aun cuando el art. 170 LGSS se refiere sólo a la competencia del INSS, hay que entender, lógicamente, que también el ISM tiene las mismas competencias en su ámbito de actuación. Sobre la competencia a partir de los primeros 365 días vid. la STSJ de Andalucía de 16 abril de 2008, AS 2008\2798.

⁵⁰ En desarrollo de lo previsto por el art. 5.3 del RD 625/2014.

⁵¹ Vid. MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 22 (2009), página 2690.

⁵² Vid. art. 5.3 RD 625/2014, y art. 12 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

Si el subsidio de IT está a cargo de una mutua (con independencia que sean contingencias comunes o profesionales), el propio INSS comunicará de inmediato a la mutua que el proceso ha alcanzado los 330 días naturales de duración (a tenor de los datos que existen en el sistema), de manera que una vez se alcance los 365 días, será el INSS la entidad gestora la que ejerza las competencias en la prestación de IT, de conformidad a lo dispuesto por el art. 170.2 TRLGSS.

En cuanto a las posibilidades de actuación del INSS/ISM cuando se completan los primeros 365 días, dispone de tres opciones (art. 170.2 TRLGSS)⁵³: a) reconocer la prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más (lo que garantiza que la prórroga no será prácticamente automática, tal como ocurría frecuentemente cuando los competentes para declarar la prórroga eran los SPS); b) determinar el inicio de un expediente de incapacidad permanente sin esperar al final de la duración máxima de la IT, pues se estima que no es factible la recuperación del trabajador y que la reducción anatómica o funcional va a ser permanente; c) emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. Debe tenerse en cuenta que en base a lo dispuesto por el art. 4.5 de la Orden ESS/1187/2015, si la contingencia tiene origen profesional y está gestionada la IT por una mutua, una vez que el INSS ha remitido la comunicación de que el proceso de IT ha alcanzado los 330 días naturales, y en la que se indica que a partir de los 365 días la competencia será del INSS, la mutua podrá hacer una propuesta motivada al INSS para que actúe en uno de los sentidos regulados por el art. 170.2 TRLGSS; propuesta que deberá plantear antes de que la IT alcance los 345 días naturales (por lo que la mutua dispone, en el mejor de los casos, de un máximo de 15 días para ello) y que en ningún caso tiene carácter vinculante.

Estas opciones pueden ser tomadas por el INSS a partir del cumplimiento de esos 365 días; es decir, la decisión puede ser tomada en un primer momento, pero también es perfectamente posible que el INSS tome una decisión (prorrogar la IT), pero en función de la evolución constatada del trabajador, finalmente se adopte otra decisión (iniciar el expediente de invalidez o proceder al alta del trabajador). Si se opta por la prórroga, recordemos que tanto el art. 5.3 RD 625/2014, como el art. 4.4 Orden ESS/1187/2015 establecen que una vez emitido el último parte de confirmación previo al agotamiento de los primeros 365 días de prestación, el servicio público de salud o el servicio médico de la mutua dejarán de emitir partes de confirmación; pero, sin embargo, serán tales entidades las que mantengan la prestación de asistencia sanitaria (art. 4.4 Orden ESS/1187/2015). Ello supone que a partir del momento en que se sobrepasan los 365 días ya no hay que emitir partes de confirmación, quedando tan sólo la posibilidad de parte

⁵³ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., página 20.

de alta, lo cual corresponde en exclusiva al INSS/ISM: en realidad que no deban emitirse los partes de confirmación no es sino una manifestación de que la competencia exclusiva en el control es del INSS/ISM.

Además, si la opción que tome el INSS es la de proceder al alta médica del trabajador, el INSS también será el único competente para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología en los 180 días posteriores al alta. Es decir, es el único competente para decidir si hay una recaída, de manera que estemos en la misma prestación. Lo que se pretende en este caso es que el INSS tenga la capacidad para controlar las bajas “indefinidas discontinuas” (sucesión en el tiempo de procesos de IT, debidos a una patología similar o idéntica, que se van repartiendo en el tiempo, supuestos que normalmente están vinculados a la resistencia de acceder a un proceso de calificación de invalidez⁵⁴). En definitiva, lo que se otorga al INSS es la capacidad para mantener en exclusiva la competencia en los supuestos de recaída. A tenor del art. 169.2 TRLGSS se considera que existe recaída en un mismo proceso de IT, cuando tras el alta médica, se produce una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días siguientes a la fecha del alta médica (debe resaltarse que lo relevante es la identidad o similitud de las patologías, no la del cuadro médico o alteraciones que produzcan las patologías⁵⁵). Por lo tanto, a tenor de este último precepto, para que no sea recaída (y, en consecuencia, vuelva a ser competente el SPS, o la mutua en caso de riesgos profesionales), ha de tratarse de una patología diferente⁵⁶. Al tratarse de una patología distinta, ello dará lugar a un nuevo proceso de IT, dando la baja el SPS o la mutua que asumirán la competencia para dictar los partes de confirmación de baja hasta que se alcance nuevamente (en su caso) los 365 días⁵⁷. Otra posibilidad para que no haya recaída es que aún tratándose de la misma o similar patología, la baja se haya producido con posterioridad a los 180 días posteriores al alta anterior; es decir, que el trabajador haya cotizado el período suficiente como para iniciar un nuevo proceso de IT (de ahí que no hay recaída).

De otro lado, la superación de los primeros 365 días tiene otro efecto especialmente importante: como consecuencia de la exclusividad del INSS en la gestión de la IT, cesa la obligación empresarial de proceder al pago delegado, pasando a ser una función de la entidad gestora, que asume a partir de ese momento

⁵⁴ DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., páginas 686 y 687.

⁵⁵ Vid. sobre esta cuestión la STSJ de Asturias de 11 mayo de 2012, AS 2012\1662.

⁵⁶ Vid. las SSTs de 15 de octubre de 2013, RJ\2013\8487; 30 de enero de 2012, RJ\2012\3363; 7 de febrero de 2012, RJ\2012\4623; 27 de junio de 2011, RJ\2011\6091; 26 de septiembre de 2001, RJ\2002\326.

⁵⁷ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Recortes en la duración (...)”, op. cit., página 91.

el pago⁵⁸, si bien ha de recordarse que se mantiene la obligación de cotizar, por lo que la empresa ha de seguir pagando sus cotizaciones y la entidad gestora debe descontar de la prestación económica la cuota del trabajador⁵⁹. Concretamente el art. 2.1 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, establece que la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación cesará el último día del mes en que la entidad gestora competente haya dictado la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de la IT o el inicio de un expediente de incapacidad permanente (lógicamente si se dicta el alta, la prestación se extingue y no ha de abonarse, por lo que no ha de regularse si cesa el pago delegado, pues no hay prestación). Se establecen ciertas excepciones en el art. 2.2 del citado Real Decreto, la de las empresas que han sido autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión de la IT, en cuyo caso asumen siempre el pago de la misma (no en vano se reduce también por ello su cotización)⁶⁰; y en el caso de las corporaciones locales respecto del personal que vinieran reconociendo y abonando la prestación de IT⁶¹. En estos casos se mantiene el pago por tales sujetos hasta la extinción de la IT o la calificación como inválido permanente. De otro lado, recordemos que el SPEE es responsable del abono de la prestación de IT cuando se trata de trabajadores que perciben la prestación contributiva de desempleo, y durante la misma pasan a situación de IT; en estos casos el SPEE seguirá abonando la prestación de IT cuando hay prórroga expresa de la misma, y siempre con el límite máximo de la duración de la prestación por desempleo (art. 2.3 RD 1430/2009).

5. EL ALTA DEL TRABAJADOR

De todos los actos médicos que rodean la gestión de la IT el de mayor trascendencia es, sin lugar a dudas, el alta médica del trabajador, pues determina el fin de la prestación económica, con efectos del día siguiente al de su emisión, tal como señala expresamente el art. 5.1 RD 625/2014⁶². No obstante el SPS podrá seguir prestando la asistencia sanitaria si lo considera conveniente. Recordemos

⁵⁸ Vid. GRACIA ALEGRÍA, G.: Op. cit., página 45; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2690; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., página 21.

⁵⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (II)”, op. cit., página 482.

⁶⁰ Vid. art. 102.1 a) y b) TRLGSS.

⁶¹ Sobre esta cuestión en las entidades locales vid. lo dispuesto por la DT 5ª del RD 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local.

⁶² Téngase en cuenta que en realidad el art. 5.1 se refiere a la IT por riesgos comunes, pero el art. 5.2 establece que el alta tendrá los mismos efectos en caso de riesgos profesionales. No obstante, la jurisprudencia estima que el subsidio debe abonarse hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa de declaración de alta; vid. al respecto las SSTS de 2 de diciembre de 2014, RJ/2015\35; 18 de enero de 2012, RJ/2012\3624.

que la asistencia sanitaria protege de la salud, mientras que la IT protege frente a aquellas alteraciones de la salud que imposibilitan para el trabajo. Es perfectamente posible que sin haber recuperado totalmente la salud, el trabajador pueda desarrollar su prestación de trabajo; de ahí que sea factible el alta y el mantenimiento de la prestación de asistencia sanitaria⁶³. Tal como puntualiza el art. 4.2 del Orden ESS/1187/2015 el alta se expide por el facultativo, bien por curación o por mejoría que permite realizar el trabajo habitual, cuando considere que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral, o por propuesta de incapacidad permanente.

En cuanto a la tramitación de los partes médicos se regula en los arts. 9 y ss. de la Orden ESS/1187/2015⁶⁴. Esta regulación establece que el SPS o la mutua remitirán por vía telemática al INSS de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente a su expedición⁶⁵ (excepcionalmente es posible la tramitación en papel, pero en este caso deben ser transmitidos telepáticamente en los dos días siguientes a su expedición). El facultativo debe entregar dos copias del parte al trabajador, una para el interesado y otra para su entrega en la empresa. El trabajador debe presentar el parte de alta destinado a la empresa dentro de las 24 horas siguientes a su expedición; salvo que se haya extinguido el contrato de trabajo durante la baja, en cuyo caso ha de entregarse, en el mismo plazo ante la entidad gestora o mutua⁶⁶. Por su parte, el empresario tiene la obligación de transmitir al INSS el parte de alta, a través del sistema RED, con carácter inmediato y, en todo caso, dentro del plazo máximo de tres días hábiles a partir de su recepción⁶⁷. En cuanto al INSS dará trámite al parte de alta, si se trata de contingencias comunes lo transmitirá al ISM o la mutua que gestione la prestación, haciéndolo de manera inmediata y en todo caso en el primer día hábil siguiente al de su recepción⁶⁸.

Una cuestión relevante es que son diferentes los sujetos con competencia para dictar el alta, siendo conveniente analizar por separado cada una de las posibles situaciones.

5.1. Alta por facultativo del SPS o de la mutua que protege riesgos profesionales (dentro de los primeros 365 días)

El punto de partida de los supuestos de alta lo vamos a encontrar en el art. 5 del RD 625/2014, que regula la declaración médica de alta en los procesos de IT dentro de los primeros 365 días de duración de la prestación económica, así

⁶³ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., página 107.

⁶⁴ Sobre la tramitación de los partes de alta vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., páginas 108 y ss.

⁶⁵ Art. 9 Orden ESS/1187/2015.

⁶⁶ Sobre la entrega del parte de alta vid. lo dispuesto por el art. 10 de la Orden ESS/1187/2015.

⁶⁷ Art. 11.2 Orden ESS/1187/2015.

⁶⁸ Art. 13 Orden ESS/1187/2015.

como en el art. 6 de la Orden ESS/1187/2015. A tenor de esta regulación, en los casos de contingencias comunes, la regla general es que el alta se producirá tras el reconocimiento del trabajador por el facultativo competente del SPS, debiendo contener la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. En aquellos casos en los que la gestión de la IT por riesgos comunes corresponda a una mutua, los partes médicos deben comunicarse a las mutuas en la forma y en los plazos del art. 2.5 RD 625/2014 (de manera inmediata, y en todo caso, en el primer día hábil desde su emisión).

En caso de contingencias profesionales, el parte de alta se emite por el facultativo del SPS, o por el médico dependiente de la mutua, según cuál sea la entidad, gestora o colaboradora, sea la competente para la gestión (lo cual, a su vez, depende de si la empresa ha optado por la cobertura de los riesgos profesionales a través de una mutua o no)⁶⁹. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en caso de riesgos profesionales protegidos por una mutua, ésta es competente para dar la baja, proceder a emitir los partes de confirmación de baja y el alta, la competencia de la misma abarca todo el arco de la gestión de los procesos de IT⁷⁰.

5.2. Competencia de la inspección médica del SPS, del INSS o de la Seguridad Social (dentro de los primeros 365 días)

El art. 170.1 TRLGSS señala que hasta el cumplimiento del plazo de 365 días, el INSS ejercerá, a través de los inspectores médicos adscritos a dicha entidad, las mismas competencias de la inspección médica de los SPS o de la Seguridad Social (recordemos que el INGESA sigue gestionando la asistencia sanitaria en Ceuta y Melilla), para emitir un alta médica a todos los efectos (es decir, no sólo a efectos económicos, sino también médicos).

Reglamentariamente el art. 5.1 segundo párrafo del RD 625/2014 establece, en relación con los riesgos comunes, que los partes de alta médica podrán ser extendidos, además de por el facultativo del SPS, por los inspectores médicos del SPS (vid. también lo establecido por el art. 7 de la Orden ESS/1187/2015), del INSS, o en su caso del ISM, tras el pertinente reconocimiento médico del trabajador afectado (recordemos lo dispuesto por el art. 9 RD 625/2014 sobre reconocimientos médicos de los inspectores del INSS o del ISM; o los dispuesto por el art. 4.2 de la misma regulación reglamentaria sobre los informes de control trimestrales de la inspección médica del SPS)⁷¹.

⁶⁹ Vid. art.5.2 RD 625/2014.

⁷⁰ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., página 28; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 127.

⁷¹ Debe tenerse en cuenta que el art. 8.1 de la Orden ESS/1187/2015, establece que cuando el alta se expide por los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM, deberán dar traslado

A tenor de esta regulación nuestro ordenamiento está reconociendo que si bien la baja y la confirmación son competencia del SPS (o de la mutua que gestione IT por riesgos comunes), el alta no es competencia exclusiva de estas entidades, sino que se da paso a otros sujetos que, en pie de igualdad, pueden también proceder a dictar el alta de los trabajadores. Por lo tanto, durante los primeros 365 días, el alta es una competencia compartida entre el SPS (o en su caso la mutua), y el INSS (o en su caso el ISM)⁷²; cualquiera de estas entidades puede proceder a dar el alta del trabajador; con ello se evidencia que se ha producido un incremento en la capacidad y competencia del INSS (desde la Ley 35/2010), que abarca no sólo al período posterior a los primeros 365 días, sino que también se extiende al período de tales primeros 365 días⁷³.

En el caso de riesgos profesionales (art. 5.2 RD 625/2014 y art. 6 Orden ESS/1187/2015), si la gestión de la prestación económica corresponde a la entidad gestora, además del facultativo del SPS también podrán proceder al alta los inspectores médicos del SPS, del INSS, o en su caso del ISM; si, por el contrario, la gestión de la IT por riesgos profesionales corresponde a la mutua, será ella (a través de su facultativo) quien puede dar el alta, sin posibilidad de actuación de los inspectores del SPS, del INSS o del ISM. Ello es conforme a lo dispuesto por el art. 170.1 TRLGSS, que extiende al INSS la competencia de la inspección médica de los SPS o de la Seguridad Social, pero no extiende al INSS la competencia de los facultativos de la mutua cuando gestionan la IT por riesgos profesionales. Es evidente que ello supone trasladar al texto de la norma una cierta desconfianza hacia la actuación del SPS y una cierta confianza respecto de la actuación de la mutua, que puede basarse bien en la mayor experiencia de éstas últimas en la gestión de riesgos profesionales, o bien en el hecho de que el coste de la prestación recae sobre la entidad colaboradora y no sobre el INSS, lo que hace perder interés al INSS en el resultado final de la prestación. La propia doctrina laboral ha venido señalando cómo en el caso de riesgos profesionales, dada la especialización de las mutuas, la duración de las bajas suele ser inferior cuando se gestionan por mutuas, justamente por esa mayor especialización⁷⁴.

En conclusión, por tanto, en caso de riesgos comunes la competencia del alta es compartida por SPS (o mutua) e INSS (o ISM). Sin embargo, en caso de riesgos profesionales, será compartida la competencia para dictar el alta, siempre que la gestión no corresponda a una mutua colaboradora; si la gestión de la IT

telemáticamente del parte de alta al SPS para su conocimiento, o a la mutua cuando a ésta le corresponde la cobertura de la prestación económica por riesgos comunes.

⁷² En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 500.

⁷³ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: Op. cit., páginas 1870 y 1871.

⁷⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 130.

por riesgos profesionales corresponde a la mutua, será ésta la única competente para dictar el alta.

Recordemos que, tal como señala el art. 5.1 tercer párrafo del RD 625/2014, el alta es un alta a todos los efectos, con independencia de qué sujeto la dicte (SPS, mutua, INSS o ISM); de manera que el trabajador deja de percibir la prestación económica y debe reincorporarse a su puesto de trabajo, extinguiéndose la situación de suspensión del contrato, todo ello con independencia de que siga percibiendo tratamiento médico cuando se considere necesario (pero sin suspensión de contrato). Con ello se evitan los nocivos efectos de las bajas con efectos económicos, que generaban importantes situaciones de inseguridad jurídica y duplicidad de decisiones médicas contradictorias por diferentes entidades (INSS y SPS) y que podían generar situaciones en las que el trabajador no tenía derecho a la suspensión y seguía con su contrato suspendido⁷⁵.

Regla de especial importancia es la que establece el art. 170.1 segundo párrafo TRLGSS en relación a las altas dictadas por el INSS, pues este precepto señala que esta entidad será la única competente para emitir una nueva baja médica producida por la misma o similar patología en los ciento ochenta días siguiente a la citada alta médica. Ello supone que la entidad gestora se reserva en exclusiva la competencia para los casos de recaídas y controlar así las bajas indefinidas discontinuas, cuando el alta ha sido otorgada por el propio INSS. Ha de tenerse en cuenta que el art. 8.3 de la Orden ESS/1187/2015 extiende esta competencia no sólo para el INSS, sino también para el ISM, que también podrá controlar las recaídas cuando es su inspección médica la que procede a dictar el alta; además, en estos casos de recaídas declaradas por INSS o ISM no se procederá a la expedición de partes de confirmación⁷⁶, lo cual no es sino una manifestación de la exclusividad del INSS/ISM en el control de estas situaciones de incapacidad temporal. Es la misma regla que establece el art. 170.2 TRLGSS para los casos en que el proceso de IT supera los 365 días de prestación. En definitiva, se trata de una reserva, en exclusiva de la competencia del INSS o ISM para volver a

⁷⁵ Vid. con carácter crítico hacia las altas de efectos económicos, CARDENAL CARRO, M. Y HIERRO HIERRO, F.J.: Op. cit., páginas 220 y 221; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., páginas 498 y 499; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (y II)”, *Relaciones Laborales*, tomo II de 2011, página 475; MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 28 (2012), página 117; SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: Op. cit., páginas 1875 y 1876.

⁷⁶ En ambos casos señala el art. 8.3 de la Orden ESS/1187/2015, que tanto el INSS como el ISM deben proceder a comunicar el SPS o a la mutua (si gestiona la prestación) que han concedido una nueva baja que, como recaída, forma parte del proceso original de IT. Además, el citado precepto establece una regla ciertamente interesante: en estos supuestos de recaída declarada por INSS o ISM no se procederá a la expedición de partes de confirmación.

reiniciar un mismo proceso de IT por una nueva baja, de manera que se excluye totalmente al SPS, que de esta manera no tiene competencia en algo para lo que, con carácter general, está habilitado, como es dictar la baja del trabajador⁷⁷. Lógicamente, si se trata de una patología diferente, sí seguirán siendo competentes el SPS o la mutua⁷⁸.

5.3. Propuesta de alta médica formulada por las mutuas en los procesos de IT común

El art. 6 del RD 625/2014 regula la propuesta de alta médica realizada por la mutua en los procesos derivados de contingencias comunes⁷⁹. Se trata de supuestos en que la mutua gestiona esta cobertura, y su competencia sólo afecta al período de los primeros 365 días (a partir de ahí la competencia le corresponde en exclusiva al INSS). Recordemos que durante este plazo inicial de prestación, la competencia para dictar el alta en los supuestos de contingencias comunes corresponde al SPS, si bien esta competencia se ha extendido también a la inspección médica del SPS, del INSS/ISM o de la Seguridad Social. También ha de quedar claro que la competencia de la mutua es una mera propuesta de alta médica y en ningún caso se le otorga la capacidad para dictar el alta médica del trabajador⁸⁰.

Aquí resultan especialmente importantes los mecanismos de control de la IT a los que hemos hecho referencia con anterioridad, pues tal como señala el art. 6 RD 625/2014, la propuesta de la mutua se produce cuando “a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de la baja, de los informes complementario o de las actuaciones de control y seguimiento” que la mutua desarrolle, considere que el trabajador no está realmente impedido para desarrollar su prestación de trabajo, por lo que formulará (a través de sus propios facultativos) la propuesta ante la inspección médica del SPS⁸¹, comunicándolo, simultáneamente, al propio trabajador afectado.

⁷⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 117.

⁷⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., páginas 500 y 501.

⁷⁹ Sobre este procedimiento vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., páginas 108 y ss.

⁸⁰ Vid. SSTSJ del País Vasco de 24 abril de 2007, AS 2007\2540; País Vasco de 10 octubre de 2007, AS 2007\941; Cataluña de 27 junio de 2007, AS 2007\546; Cataluña de 28 julio de 2006, AS 2006\194.

⁸¹ Recordemos al respecto lo señalado por el art. 80.3 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social: “Las Mutuas podrán instar la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en los términos que se reconoce a las empresas en la Orden del Ministerio de Trabajo de 21 de marzo de 1974. Igualmente, podrán poner en conocimiento de dicha Inspección cualquier hecho puesto de manifiesto en el desarrollo de sus funciones de colaboración para la adopción por los mismos de las actuaciones o medidas que correspondan en el ámbito de sus competencias materiales”.

La inspección médica remitirá inmediatamente la propuesta a los facultativos del SPS que tengan la misión de emitir los partes en el específico proceso de IT. Tales facultativos deben pronunciarse confirmando la baja, o admitiendo la propuesta de alta. En el primer caso (confirmación de la baja), deben consignar el diagnóstico, tratamiento, causas que justifican la discrepancia, y por tanto la conformación, así como los controles que se consideren necesarios. Dicha confirmación se remite nuevamente a la inspección médica, quien trasladará a la mutua el informe. Esta actuación ha de realizarse en el plazo máximo de cinco días desde la recepción de la propuesta de alta por la inspección médica del SPS. El plazo es tremendamente breve, pues en dicho plazo no sólo ha de emitir informe el facultativo correspondiente, sino que, además, deben efectuarse todos los actos de remisión⁸².

El art. 6.2 in fine del RD 625/2014 señala que en los casos en los que la inspección médica del SPS no recibe la contestación del facultativo⁸³, o bien recibéndola, discrepa de la misma, podrá adoptar el alta (recordemos que el art. 5.1 segundo párrafo del RD 625/2014 establece, en relación con los riesgos comunes, que los partes de alta médica podrán ser extendidos, además de por el facultativo del SPS, por los inspectores médicos del SPS, del INSS, o en su caso del ISM; todo ello con carácter general y sin necesidad de propuesta de alta por parte de la mutua).

De este procedimiento parecería que el SPS mantiene en exclusividad la capacidad para dar de alta, si bien no ya en manos del facultativo, sino de la inspección médica del SPS⁸⁴; pero no es así, pues recordemos, tal como ya hemos señalado anteriormente, que durante los primeros 365 días la capacidad para dar de alta está compartida entre el SPS y la inspección médica del SPS y del INSS/ISM (o en su caso de la Seguridad Social cuando tiene la competencia de prestar la asistencia sanitaria). En este sentido, junto a la capacidad general de la inspección médica del INSS que acabamos de señalar, ha de sumarse que si la propuesta de alta de la mutua no es resuelta y notificada por el SPS en el breve plazo de cinco días, la mutua puede solicitar el alta al INSS o al ISM (recordemos nuevamente el art. 5.1 del RD 625/2014) por vía telemática⁸⁵. La entidad gestora está obligada a resolver en el plazo de cuatro días siguientes a la recepción de la solicitud de alta,

⁸² En sentido crítico sobre la brevedad del plazo, vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 112. Ya respecto de la regulación anterior (RD 575/1997) se planteaba la misma crítica, lo cual es relevante, sobre todo teniendo en cuenta que los plazos en dicha regulación anterior eran más amplios; sobre la cuestión vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 495.

⁸³ El facultativo dispondrá en realidad hasta el quinto día inclusive desde la recepción por la inspección médica de la propuesta de alta.

⁸⁴ Tal como destacaba GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 495.

⁸⁵ Vid. art. 6.3 RD 625/2014 y art. 8.3 Orden ESS/1187/2015.

debiendo actuar en los plazos y cumplir con las comunicaciones del art. 7.5 RD 625/2014)⁸⁶. Aparentemente la actuación del INSS/ISM se produce sólo cuando no hay resolución en plazo por el SPS, lo cual se deduciría de la literalidad del art. 6.3 RD 625/2014, a tenor del cual las facultades de alta del INSS o del ISM sólo actúan cuando la propuesta de alta de la mutua “no fuese resuelta y notificada en el plazo de cinco días”. Con ello se deja en el aire resolver las situaciones en las que haya discrepancia entre la mutua y el SPS, pues este tipo de situación no va a ser resueltas por el INSS⁸⁷. Sin embargo, recordamos nuevamente que el art. 5.1 RD 625/2014 otorga a la inspección médica del INSS o del ISM la facultad de expedir el parte de alta, sin que nada impida que el origen del mismo resida en una propuesta de alta de la mutua o en una comunicación de la colaboradora.

Si la entidad gestora considera que no procede el alta solicitada, lo comunicará a la mutua por vía telemática y de manera inmediata, y en todo caso en el día hábil siguiente a aquél en que se adopte la decisión. Si, por el contrario, estima que procede el alta solicitada, expedirá el parte (recordemos su capacidad ex art. 5.1 RD 625/2014), lo comunicará telemáticamente, disponiendo para ello del mismo plazo de cuatro días⁸⁸. En realidad, dado que no se regula ninguna consecuencia ante el no cumplimiento del plazo de cuatro días, nada ocurrirá si no se respeta dicho plazo⁸⁹.

En definitiva, desde mi punto de vista hay que entender que en estos casos de propuesta de alta de la mutua cuando se trata de una situación de IT por riesgos comunes cubierta por la propia mutua, no estamos sino ante un supuesto de alta por parte de la inspección médica del SPS, del INSS, ISM o de la Seguridad Social, con una particularidad: que el procedimiento se inicia a instancia de la mutua, quien motivadamente solicita el alta a los sujetos competentes para otorgarla los primeros 365 días de IT por contingencias comunes⁹⁰. Tanto es así, que

⁸⁶ Téngase en cuenta que si no se ha resuelto y notificado la propuesta en el plazo de cinco días, lo lógico es entender que el facultativo no ha consignado la información que requiere el art. 6.2 RD 625/2014; por lo que la única documentación que se tendrá en cuenta por el INSS (salvo que haya informes complementarios o de control) será la aportada por parte de la mutua, que recordemos tiene la capacidad para el seguimiento y control de la prestación en base a lo previsto por el art. 8 del RD 625/2014.

⁸⁷ Señalaba DESDENTADO BONETE, A. respecto de la regulación anterior, contenida en el derogado RD 575/1997, que la actuación del INSS se planteaba tras haber fracasado la propuesta de alta ante el SPS, por lo que parecía un procedimiento pensado para bloquear la iniciativa de la mutua; op. cit., página 688.

⁸⁸ Vid. lo dispuesto por el art. 8.2 de la Orden ESS/1187/2015.

⁸⁹ De hecho en la regulación anterior no se regulaba plazo alguno para la resolución del INSS.

⁹⁰ Si fueran contingencias profesionales, o está gestionada la prestación económica y sanitaria por la mutua, siendo ella la competente en todo caso; o está gestionada por la entidad gestora y la mutua no tiene competencia alguna sobre los trabajadores así protegidos.

estimo de aplicación lo previsto por el art. 170.1 TRLGSS o el art. 8.3 Orden ESS/1187/2015: cuando se haya expedido el alta por el INSS o ISM, a través de sus inspectores médicos, estas entidades gestoras son las únicas competentes para emitir una nueva baja por la misma o similar patología en los ciento ochenta días siguientes al alta⁹¹. De otro lado, tal como ha señalado la doctrina laboral, la eficacia de este mecanismo de propuesta de alta se constata al analizar los resultados de las propuestas de alta, pues la mayoría de las mismas acaban en un alta del trabajador⁹². Se evidencia así que la propuesta de alta tiene sobre todo el objetivo de controlar (por parte de la mutua) la actuación del SPS en los primeros 365 días de prestación de IT por riesgos comunes⁹³.

5.4. Alta por incomparecencia del trabajador a los reconocimientos médicos (primeros 365 días)

La posibilidad de un alta por incomparecencia injustificada del trabajador se plantea en dos casos diferentes. En primer lugar, ya nos hemos referido a lo establecido por el art. 174.1 TRLGSS, que regula la extinción del derecho a la prestación económica “por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la mutua colaboradora”⁹⁴. Ahora bien, lo que regula este precepto es la extinción de la prestación, sin referirse si ello supone el alta médica del trabajador. Reglamentariamente el art. 174.1 se desarrolla por el art. 9 del RD 625/2014, que resuelve esta cuestión, pues su apartado 6º, señala que en estos casos de extinción de la prestación económica por incomparecencia al reconocimiento médico, “El inspector médico del INSS o del ISM podrá expedir el alta médica por incomparecencia (...)”.

En segundo lugar, el art. 4.2 tercer párrafo de la Orden ESS/1187/2015, señala en relación a la competencia del facultativo del SPS o de la mutua (en caso

⁹¹ De hecho, a nivel de Orden Ministerial, obsérvese como es el art. 8 de la Orden ESS/1187/2015, la que regula la expedición de altas por la inspección médica del INSS o del ISM, incluyendo los casos en que se hace a propuesta o solicitudes de alta por la mutua conforme al art. 6.3 RD 625/2014.

⁹² Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 495; GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 111.

⁹³ En este sentido y de manera crítica, LOPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., páginas 64 y ss.

⁹⁴ Sobre la capacidad de las mutuas para proceder a la extinción en estos casos, al entenderse que se trata de un acto de gestión, vid. DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., página 688. Vid. también sobre esta cuestión las SSTs de 7 de marzo de 2007, RJ/2007/4181; 15 de marzo de 2007, RJ/2007/2147; 23 de abril de 2007, RJ/2007/2147; 28 de junio de 2007, RJ/2007/6856; 18 de febrero de 2009, RJ/2009/2575; si bien parece que la línea más reciente apuesta por afirmar que la Mutua disfruta de la competencia para dar por extinguida la prestación en estos casos (vid. STS de 15 de abril de 2010, RJ/2010/4657).

de riesgos profesionales) para emitir los partes de confirmación de la baja, que “Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia”. En este caso estamos ante una situación diferente a la anterior, pues se trata del seguimiento normal de la entidad que otorga la protección de la salud y que tiene un carácter ordinario. Como elemento distintivo del supuesto anterior también hay que destacar que en estos casos no existe una regulación específica sobre la posibilidad de que el interesado justifique la incomparecencia; si bien entendemos que al tratarse de un acto administrativo podrá ser impugnado judicialmente previa reclamación administrativa, demostrando la existencia de una justificación suficiente a la incomparecencia. Además, también como elemento distintivo respecto del primer supuesto, hay que resaltar que en estos casos lo que prevé el art. 4.2 es el alta médica directa, que lleva, lógicamente aparejada siempre la extinción del derecho a la prestación económica; no ocurre, como en el caso anterior que se regula la extinción de la prestación económica, que puede suponer el alta médica.

De esta regulación reglamentaria hemos de resaltar varias cuestiones. De entrada, la contenida en el art. 9 del RD 625/2014 se refiere a la situación en que el INSS o el ISM requieran, a través de sus facultades de control, para la realización de reconocimientos médicos. Esta facultad de control también reconocida a las mutuas cuando se trata de contingencias comunes y es esta entidad colaboradora quien gestiona la prestación económica (art. 9.1 RD 625/2014)⁹⁵. Sin embargo, cuando el mismo precepto regula la capacidad para expedir el alta médica por incomparecencia del trabajador (arts. 9.6 y 9.7), tan sólo se refiere a que la inspección médica del INSS o del ISM podrá expedir dicha alta médica; es decir, se excluye que la mutua pueda en estos casos de incomparecencia a un reconocimiento médico consecuencia de las facultades de control ex art. 9, dictar el alta. La literalidad del precepto no deja, a mi juicio, lugar a dudas, por lo que en estos casos la mutua sólo tendría la posibilidad de acudir a la propuesta de alta en estos casos ante la falta de reconocimiento de esta competencia expresa en esta materia. Además de la interpretación literal del precepto, hay que tener en cuenta que existe otro argumento: el art. 9.6 RD 625/2014 reconoce a la inspección médica de INSS e ISM la competencia de un alta por incomparecencia como consecuencia del “ejercicio de las competencias de previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social”. En la actualidad dicha disposición adicional se ha incorporado al art. 170.1 TRLGSS, a tenor del cual la inspección médica del INSS (y hay que entender también a la del ISM) ejerce dentro de los primeros 365 días de prestación las mismas compe-

⁹⁵ Si se trata de riesgos profesionales y estos están cubiertos por una mutua, lógicamente, la mutua no necesita de los reconocimientos médicos regulados en el art. 9, pues gestiona la asistencia sanitaria.

tencias que la inspección médica de los SPS o de la Seguridad Social; y tal como hemos visto *supra*, la capacidad de proceder al alta en estos casos se reserva a estas instancias, sin incluir a los facultativos de las mutuas.

De otro lado, en cuanto a lo previsto por el art. 4 de la Orden ESS/1187/2015, ha de señalarse que se regula en el precepto dedicado a la expedición de los partes de confirmación de la baja, los cuales se emiten, tal como hemos visto, por “el correspondiente facultativo del servicio público de salud, o de la mutua cuando la incapacidad derive de una contingencia profesional cubierta por la misma”, de manera que tal como señala la propia literalidad del precepto “Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia”. Por lo tanto, en los casos de riesgos profesionales gestionados por la mutua, ésta sí tiene capacidad para emitir un alta médica por incomparecencia a las revisiones previstas en los partes.

En conclusión, a tenor de los preceptos analizados, la competencia para la emisión de un alta médica por incomparecencia del trabajador a las revisiones médicas, puede ser de los facultativos del SPS (en caso de riesgos comunes y profesionales, si estos últimos son protegidos por la entidad gestora), de la mutua en caso de riesgos profesionales si son protegidos tales riesgos por la entidad colaboradora (en caso de riesgos comunes tan sólo tendría, a nuestro juicio, la posibilidad de acudir a la propuesta de alta⁹⁶) y de la inspección médica del INSS o del ISM (tanto en caso de riesgos comunes como profesionales).

Por otra parte, tanto si estamos ante un alta por incomparecencia injustificada el art. 9 del RD 625/2014, como ante un alta por incomparecencia a una revisión prevista en el parte de baja o confirmación ex art. 4.2 Orden ESS/1187/2015, la literalidad de ambos preceptos señala que el inspector médico “podrá expedir el alta médica”, o que “se podrá emitir el alta médica”. Es decir, no existe una automaticidad entre la extinción del derecho a la prestación económica y el alta del trabajador, permitiendo el legislador la posibilidad de que se extinga el derecho a la prestación de IT, pero se mantenga la baja médica del trabajador cuando sea necesario para otorgar la prestación médica; es decir, se plantea el alta médica, no como una consecuencia automática de la incomparecencia, sino como una posibilidad.

Es necesario señalar las consecuencias de que el alta médica no sea automática respecto de la extinción de la prestación. Hay que precisar la situación: en los casos de incomparecencia injustificada a una revisión dispuesta por INSS, ISM o mutua (cuando deriva de contingencias comunes) ex art. 9 RD 625/2014, cabe la extinción de la prestación y la posibilidad del alta médica. En estos casos

⁹⁶ Vid. la STSJ de Canarias de 9 junio de 2006, AS 2006\2268.

es factible que se pierda la prestación económica, pero se mantenga la asistencia sanitaria (se puede expedir el alta, pero no es obligatorio); es decir, lo que se está planteando no es más que un alta de efectos meramente económicos, con lo que sigue existiendo en la práctica esta posibilidad, que parecía eliminada de nuestro ordenamiento. En el caso de incomparecencia a la revisión médica prevista por el parte de baja o confirmación (art. 4 Orden ESS/1187/2015), lo que se plantea es directamente el alta médica, que si bien no es obligatoria, siempre va a generar la pérdida de la prestación (no cabe alta de efectos meramente económicos).

5.5. Alta por el INSS tras los primeros 365 días de prestación

Tal como ya hemos señalado anteriormente, el art. 170.2 TRLGSS establece que agotado el plazo inicial de los primeros 365 días de prestación, el INSS, será el único competente (a través de los órganos con competencia para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, los Equipos de Valoración de Incapacidades⁹⁷), para dictar el alta médica, ya sea por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Con ello se atribuye al INSS el control absoluto sobre los procesos de IT de larga duración, probablemente por apreciar el legislador la existencia de desviaciones en el gasto en esta prestación⁹⁸ (no obstante, tengo la impresión de que el comportamiento fraudulento es más frecuente en las bajas de corta duración), y sobre la prórroga de la prestación económica, pues como ya se ha señalado, una de las críticas a la actuación de los SPS era justamente la automaticidad con la que solía concederse la prórroga⁹⁹.

A tenor de esta norma, a partir del cumplimiento del plazo antes señalado, el SPS o la mutua pierde totalmente la competencia para el seguimiento de los procesos médicos, correspondiendo al INSS la competencia en exclusiva. Consecuentemente, será el INSS el único con capacidad para dictar el alta del trabajador (no obstante, aun cuando la norma legal sólo menciona al INSS, reglamentariamente el art. 5.3 del RD 625/2014 también señala al ISM, y el art. 1 del RD 1430/2009 especifica que agotado el plazo de los primeros 12 meses de IT -365 días- tanto el INSS como el ISM serán los únicos competentes para reconocer la prórroga expresa, iniciar un expediente de incapacidad permanente, o emitir el alta médica). Ello supone que tampoco tendrán competencia para dictar el alta a partir de esos 365 días de prestación ni la inspección médica del SPS, del propio

⁹⁷ Vid. el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, Administrativas y de orden social (BOE 19 de agosto de 1995); así como la Orden de 18 de enero de 1996 que lo desarrolla.

⁹⁸ Sobre la cuestión vid. DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., página 688.

⁹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (II)”, op. cit., página 474.

INSS (en realidad este tiene la competencia en exclusiva para dar de alta, pero a través de otro sujeto de él dependiente, los mencionados Equipos de Valoración de Incapacidades), ni la de la Seguridad Social.

Esta exclusividad del INSS para dictar el alta una vez transcurridos los primeros 365 días se prolonga durante el período de prórroga de los 180 días que establece el art. 169.1 a) TRLGSS; prórroga que concede el INSS exclusivamente cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (en caso contrario el INSS debe iniciar el expediente de incapacidad permanente). Sin embargo, debe recordarse que el art. 174.2 TRLGSS establece que extinguido el período máximo de los 545 días naturales, el trabajador entra en el período de calificación en el grado de correspondiente de incapacidad permanente, debiendo ser calificado en el plazo máximo de tres meses (período durante el cual sigue percibiendo la prestación de IT). No obstante, este precepto plantea la posibilidad de ampliar la duración, cuando exista la necesidad de continuar el tratamiento médico por existir una expectativa de recuperación o mejoría¹⁰⁰, pudiendo retrasarse la calificación por el período preciso, sin que se superen los 730 días de prestación. Durante este período de tiempo el competente seguirá siendo el INSS y se mantendrá el abono de la prestación¹⁰¹.

Por otra parte, tal como hemos señalado anteriormente, no sólo el INSS es competente para dictar el alta una vez transcurridos los primeros 365 días de IT. Además, tal como señala el art. 170.2 primer apartado, el INSS “será el único competente” para dictar una nueva baja médica en casos de IT producida por la misma o similar patología, siempre y cuando dicha baja se produzca dentro del plazo de los 180 días naturales posteriores a la citada alta médica emitida por el INSS. Tan sólo la baja se deba a patologías diferentes, aun estando dentro de los 180 días (se trata de un proceso de IT diferente)¹⁰², o cuando haya superado los 180 días (período coincidente con la cotización exigida para tener derecho a una nueva prestación y con la duración de la prórroga de la IT ex art. 169.1.a TRLGSS), aun cuando se trata de la misma patología, volverá a recuperar la competencia el SPS para dictar nuevas bajas médicas.

A tenor de lo expuesto, el INSS tiene competencia exclusiva para dictar el alta médica tras los 365 primeros días, y tiene competencia compartida con el

¹⁰⁰ Tal como señala MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., esta posibilidad de prolongación está condicionada a la expectativa de mejora sanitaria con vistas a la reincorporación del trabajador. Op. cit., página 22.

¹⁰¹ No obstante, no existe obligación de cotizar ex art. 174.2 *in fine* TRLGSS.

¹⁰² En este caso, si se trata de enfermedad común, surge el problema de la falta de período de cotización, dado que se exigen los 180 días de cotización y la baja médica se produce antes de estos 180 días. No habría problema en caso de riesgos profesionales o accidente no laboral. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (II)”, op. cit., página 482.

SPS para dictar el alta en los primeros 365 días, por lo que con la regulación actualmente vigente se comprueba la relevancia que ha adquirido la entidad gestora tras las sucesivas reformas en esta materia¹⁰³.

Sobre lo anterior debe realizarse una puntualización en caso de procesos de IT derivados de riesgos profesionales cuando la gestión corresponde a la mutua: en estos casos ya hemos señalado que el art. 4.5 de la Orden ESS/1187/2015 establece que una vez remitida por el INSS la comunicación de que el proceso de IT ha alcanzado los 330 días naturales, y en la que se indica que a partir de los 365 días la competencia será del INSS, la mutua podrá hacer una propuesta motivada al INSS para que actúe en uno de los sentidos regulados por el art. 170.2 TRLGSS; propuesta que deberá plantear antes de que la IT alcance los 345 días naturales (por lo que la mutua dispone, en el mejor de los casos, de un máximo de 15 días para ello) y que en ningún caso tiene carácter vinculante para el INSS. En este caso la competencia sigue siendo exclusiva para el INSS, si bien se permite un relevante papel a la mutua, similar al que asume cuando gestiona la IT común, que también puede proponer el alta del trabajador al SPS (o en última instancia al INSS o al ISM). No obstante, y esto es una cuestión relevante, ha de tenerse en cuenta lo establecido por la Resolución de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social de 16 de enero de 2006, a tenor de la cual (apartado 2º.2) una vez que el INSS o el ISM asumen la competencia exclusiva por el transcurso de los primeros 365 días de IT, “Cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la mutua correspondiente efectuará ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social o ante el Instituto Social de la Marina, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados en el párrafo anterior, *debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si ésta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción*” (la cursiva es nuestra). Desde mi punto de vista el establecimiento de este plazo y los efectos de su superación son totalmente contrarios a lo previsto por el art. 4.5 de la Orden ESS/1187/2015, y sobre todo al hecho de que esta norma haya previsto expresamente la carencia de efectos vinculantes de la propuesta de la mutua, por lo que ha de rechazarse cualquier efecto obligatorio de la Resolución en este sentido¹⁰⁴.

Esta regulación sobre la recaída y la competencia del INSS debe complementarse con lo señalado por dos reglas recogidas en el art. 174 TRLGSS. En primer lugar, el art. 174.1 establece que para aquellos casos en los que iniciado un expediente de incapacidad permanente antes del agotamiento de la duración

¹⁰³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 123.

¹⁰⁴ En similar sentido crítico LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 78.

máxima ordinaria de la IT (545 días), se deniega el derecho a prestación de incapacidad permanente, el INSS será “el único competente” para emitir una nueva baja por la misma o similar patología, dentro de los 180 días posteriores a la resolución denegatoria de la prestación. Si se produce una recaída en estos casos, la IT podrá prolongarse (dado que se trata de recaída es el mismo proceso) hasta el máximo de los 545 días¹⁰⁵. De otro lado, el art. 174.3 TRLGSS señala que extinguido el derecho a IT por agotamiento de los 545 días, no habrá derecho a nueva prestación por la misma o similar patología hasta que transcurran 180 días y se reúnan los requisitos en la fecha de la nueva baja médica; sin embargo, aun cuando se trate de la misma o similar patología, y no hubiesen transcurrido los 180 días desde la denegación de la incapacidad permanente, el INSS puede iniciar un nuevo proceso de IT, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad, si considera que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. En estos casos el INSS acuerda la baja “a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal”. Se establece así una importante facultad del INSS, que puede facilitar que se inicie un nuevo período de incapacidad temporal. Ésta no es una facultad discrecional del INSS, por lo que, especialmente la denegación de la prestación, debe justificarse¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Vid. LOPEZ INSUA, B.M.: “Recortes en la duración (...)”, op. cit., página 94.

¹⁰⁶ En este sentido LOPEZ INSUA, B.M.: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿Cuál ha sido su finalidad?”, *Temas Laborales* n° 108 (2011), página 245. Vid. sobre esta cuestión las SSTs de 10 de diciembre de 2012, RJ\2013\1405; 8 de noviembre de 2011, RJ\2012\1231; 8 noviembre de 2011, JUR 2011\427682; 23 de julio de 2010, Ar. 7287; 11 de mayo de 2010, Ar. 5242; 23 de junio de 2009, Ar. 4428; 8 de julio de 2009, Ar. 4686; 13 de julio de 2009, Ar. 4690; 15 de julio de 2009, Ar. 4691. Vid. también las SSTSJ de Cantabria de 4 abril de 2016, AS 2016\626; Valencia de 20 mayo de 2014, AS 2014\1749.

PARA-SUBORDINACIÓN Y AUTONOMÍA. EL DERECHO DEL TRABAJO ITALIANO EN TRANSFORMACIÓN¹

STEFANO BINI

Doctor en Derecho del Trabajo
Universidad LUISS “Guido Carli” de Roma (Italia)

«Los modelos nacionales de Derecho del Trabajo, respuesta del sistema jurídico a un correcto problema social, no coinciden en el alcance del carácter especial, autónomo o singular de la disciplina respecto al Derecho Civil, ordenamiento común de las relaciones privadas, cuya aplicación había contribuido precisamente a generar la problemática social que el Derecho del Trabajo trata de corregir».

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer²

EXTRACTO

Palabras Clave: trabajo subordinado, trabajo autónomo y para-subordinación, reforma del Derecho laboral italiano, smart working

En el presente trabajo se propone una reflexión crítica sobre la *vexata quaestio* de la delimitación conceptual de fronteras entre trabajo subordinado y trabajo autónomo en el Derecho del trabajo italiano, tras la reciente reforma del *Job's Act*, que ha – *inter alia* – introducido una nueva regulación de las “colaboraciones” para-subordinadas, caracterizadas por la organización del “*committente*” (cliente).

También a la luz del proyecto de reforma del trabajo autónomo no empresarial y del así llamado “*smart working*”, numerosas y heterogéneas son las cuestiones hermenéuticas que merecen ser consideradas, cumpliendo con la noción típica de subordinación y, por lo tanto, con la misma esencia del Derecho del trabajo.

ABSTRACT

Key Words: subordination, self-employment and para-subordinación, Italian Labour Law reform, smart working

The article proposes a critical reflection on the issue of the conceptual distinction between subordination and self-employment in Italy, where Labour Law has recently experienced a reform, well-known as *Job's Act*, that has – *inter alia* – introduced a new regulation of certain forms of the so called *parasubordinazione*.

Also in the light of the self-employment and “smart working” reform project, many and heterogeneous are the interpretation issues that deserve serious consideration, dealing with subordination, and so with the very essence of Labour Law.

¹ *El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor» (Proyecto Nacional I+D+i DER2015-67342-R), dirigido por el Prof. Dr. José Manuel Gómez Muñoz.*

² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La emancipación del Derecho del trabajo del Derecho civil*, en *RL*, 1996, 21, 63, también en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Tres décadas de relaciones laborales en España. Editoriales y estudios*, Sevilla, 2015, 103.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN
2. EL TRABAJO PARA-SUBORDINADO REFORMADO: LA NUEVA “FILOSOFÍA” DEL *JOB’S ACT* (D.LGS. N. 81/2015)
3. CUESTIONES INTERPRETATIVAS Y PROBLEMAS APLICATIVOS SOBRE LAS “COLABORACIONES ORGANIZADAS”
4. HACIA LA REFORMA DEL TRABAJO AUTÓNOMO NO EMPRESARIAL: EL PROYECTO DE LEY N. 2233/2016
5. LA REGULACIÓN DEL “*SMART WORKING*” EN ITALIA: “*FORME DI LAVORO RESE IN MODALITÀ AGILE*”
6. LA SUBORDINACIÓN: TODAVÍA REFERENTE JURÍDICO Y SOCIAL?
7. OBSERVACIONES FINALES

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

En el presente estudio el autor desea proponer algunas reflexiones sobre las nuevas fronteras que, en el ordenamiento jurídico italiano, la noción tópica del Derecho del trabajo – la de subordinación – está conociendo, a la luz de las recientes actividades reformadoras.

El objeto de la investigación es por lo tanto representado por una reflexión crítica sobre la *vexata quaestio* de la delimitación conceptual entre trabajo subordinado y trabajo autónomo en el Derecho del trabajo italiano, tras la reciente reforma del *Job’s Act*.

En detalle, el artículo 2, d.lgs. n. 81/2015 ha introducido una nueva regulación de las “colaboraciones” caracterizadas por la organización del “*committente*” (comitente), también con referencia al tiempo y al lugar de trabajo: a estas relaciones “se aplica” la disciplina del trabajo subordinado.

Las cuestiones hermenéuticas que derivan de esta histórica reforma son heterogéneas y cumplen, ante todo, con la misma esencia de la subordinación, como criterio definitorio del Derecho del trabajo, así como con el principio de autonomía de la voluntad, que caracteriza el trabajo autónomo.

Otra ocasión para reflexionar sobre el tema objeto de estudio es ofrecida por el proyecto de ley n. 2233/2016, en materia de trabajo autónomo y trabajo subordinado llamado “ágil” (en razón de las peculiares modalidades de ejecución de la prestación), cuyo examen la Comisión Trabajo del Senado de la República ha concluido el 26 de julio pasado.

En consecuencia, se hace necesario plantear la cuestión de si el tema de la relación entre dirección (organización) y coordinación haya evolucionado de manera que se pueda considerar finalmente superada la tesis de la existencia de un *tertium genus* entre trabajo subordinado y trabajo autónomo.

En otras palabras, puede todavía identificarse en Italia la “zona gris” generalmente definida como “*parasubordinazione*”?

Pues bien, el enfoque metodológico elegido para elaborar un razonamiento en respuesta a este ineludible interrogativo privilegia un estudio crítico de la

evolución dogmática en la delimitación del contrato de trabajo, así como de la jurisprudencia – en particular del Tribunal Constitucional, con recientes sentencias de interés (Corte cost., n. 76/2015) – para situar la reciente reforma en el contexto jurídico de referencia y, por lo tanto, para comprobar la relevancia de los cambios que las fronteras del Derecho de trabajo están experimentando en Italia.

La línea de investigación que se propone seguir se articula, por lo tanto, en la reflexión crítico-analítica sobre los nuevos criterios de delimitación del contrato de trabajo, sugiriendo una posible revalorización del papel de la libertad contractual, con particular referencia a las situaciones jurídicas “peculiares” (como, por ejemplo, el trabajo a distancia y el “*lavoro agile*”), impulsadas por los actuales modos de organización empresarial.

Efectivamente, la principal ocasión para el desarrollo de las consideraciones que aquí se presentan es ofrecida por la nueva disciplina de las “*collaborazioni organizzate dal committente*”, contemplada por el d.lgs. n. 81/2015.

Esta fuente normativa forma parte del así llamado *Job's Act*, que ha escrito una página totalmente nueva del Derecho del trabajo italiano, determinando la substancial superación de la normativa en vigor con anterioridad.

Para que la elaboración pueda esperar de ser de utilidad – intentando ofrecer un aporte crítico apreciable al debate que está animando la doctrina italiana – merece la pena empezar el razonamiento introduciendo en síntesis el contenido y el espíritu de la reforma de la institución jurídica que aquí se considera.

Después de haber presentado la esencia del intervento reformador, se examina el tema de la relación entre trabajo subordinado y trabajo autónomo desde una perspectiva jurisprudencial históricamente orientada, con el objetivo de poner en luz la evolución de este tema en el tiempo.

2. EL TRABAJO PARA-SUBORDINADO REFORMADO: LA NUEVA “FILOSOFÍA” DEL *JOB'S ACT* (D.LGS. N. 81/2015)

El decreto legislativo 15 junio 2015, n. 81 (“*Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*”) ha intervenido – en actuación de la delega contenida en la ley 10 diciembre 2014, n. 183 – reconsiderando la materia de las colaboraciones autónomas, caracterizadas por la coordinación por parte del “cliente” (“*committente*”).

Efectivamente, en materia de para-subordinación, es importante aclarar, *in primis*, que el *Job's Act* ha “superado” las antiguas tipologías de las “*collaborazioni a progetto*” (contratos de colaboración relacionados a la realización de un específico proyecto determinado *ex ante* en forma, funcional a la consecución de

un resultado final)¹, así como de las “*associazioni in partecipazione con apporto di lavoro*” (“asociaciones en participación con aporte de trabajo”: contratos muy peculiares, anteriormente disciplinados por el art. 2549 del Código Civil, hoy reformado)².

Estas “novedades” no forman objeto de específico estudio en el presente artículo, como se prefiere polarizar la atención en otros aspectos más “innovadores”.

Más en particular, el artículo 2, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015 prevé la aplicación – a partir del 1 de enero de 2016 – de la disciplina del trabajo subordinado a las relaciones de colaboración, caracterizadas por modalidades de ejecución de la prestación organizadas por el cliente, también con referencia al tiempo y al lugar de trabajo, y por ser exclusivamente personales y continuativas³.

A este respecto, de especial interés es ante todo el aporte hermenéutico y explicativo del mismo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de Italia que, con la Circular n. 3 de 2016, ha dejado claro que: «ogniquilvolta il collaboratore operi all'interno di una organizzazione datoriale rispetto alla quale sia tenuto ad osservare determinati orari di lavoro e sia tenuto a *prestare la propria attività presso luoghi di lavoro individuati dallo stesso committente, si considerano avverate le condizioni di cui all'art. 2, comma 1, sempre che le prestazioni risultino continuative ed esclusivamente personali*»⁴.

Esta intervención reformadora revela una *ratio* que puede ser reconocida en el tentativo del legislador de restablecer la centralidad de la relación de trabajo subordinado, así como de «arginare il persistente abuso dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa emersi nell'area grigia tra autonomia

¹ Art. 52, d.lgs. n. 81/2015 (cf. también art. 61 y siguientes, d.lgs. n. 276/2003). Merece especificar que el apartado segundo del art. 52 precisa que sigue siendo eficaz la disciplina de las colaboraciones coordinadas y continuativas *ex art. 409* Código Procesal Civil. En términos generales, v. B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, en *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, 150, 217-251.

² Art. 53, d.lgs. n. 81/2015 (cf. también art. 2549 Código Civil). Véase G. BUBOLA – D. VENTURI, *Collaborazioni, partite iva, associazione in partecipazione*, en M. TIRABOSCHI, *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milán, 2016, 236-260.

³ El artículo 2, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015 prevé: «A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

⁴ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI – DIREZIONE GENERALE PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA, *Circolare n. 3/2016*, en www.dotrinalavoro.it, 2016, 2-3: «si precisa che per “prestazioni di lavoro esclusivamente personali” si intendono le prestazioni svolte personalmente dal titolare del rapporto, senza l'ausilio di altri soggetti; le stesse devono essere inoltre “continuative”, ossia ripetersi in un determinato arco temporale al fine di conseguire una reale utilità e, come già indicato, organizzate dal committente quantomeno con riferimento “ai tempi e al luogo di lavoro”».

e subordinazione»⁵, poniendo un freno a la “huida del trabajo asalariado”⁶ y reprimiendo los casos de “elusiones fraudulentas” de su disciplina⁷.

«Il d.lgs. n. 81 aggiunge una norma (art. 2 comma primo) *verosimilmente (visto che la premessa del decreto non precisa la ratio) adottata per contrastare fenomeni di lavoro non genuinamente autonomo, che dispone l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ai rapporti continuativi di collaborazione le cui modalità di esecuzione sono “eterorganizzate” dal committente*»⁸.

Ahora bien, esta innovación normativa sugiere reflexionar con equilibrio y con prudencia acerca de la metodología y del conjunto de criterios interpretativos de referencia, para distinguir correctamente entre subordinación y autonomía.

Efectivamente, esta fundamental relación, que identifica la misma esencia del Derecho del trabajo, en Italia ha profundamente evolucionado a lo largo del tiempo⁹.

Avanzando paulatinamente, no parece poderse dudar de que la disposición de reciente introducción no determina una substancial modificación de la noción clásica de trabajo subordinado, extendiendo el perímetro de sus fronteras.

Con esta previsión normativa, el legislador italiano no ha ampliado la zona de la subordinación, incluyendo en la misma también la así llamada etero-organización.

Además, el apartado segundo del art. 2, d.lgs. n. 81/2015 prevé una enumeración de hipótesis en las que la disposición del primer apartado no se aplica, entre las cuales merece subrayar las colaboraciones reguladas por específicos convenios colectivos, en razón de exigencias productivas y organizativas especiales.

⁵ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, en ID., *Le nuove regole del lavoro dopo il Job's Act*, Milán, 2016, 261.

⁶ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milán, 1989, 246.

⁷ M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1260. Cf. F. GIAMMARIA, *Le “nuove” collaborazioni coordinate e continuative*, en *Mass. giur. lav.*, 2016, 6, 382: «Il jobs act ha proceduto ad un deciso e concreto riposizionamento del rapporto di lavoro subordinato al centro del sistema attraverso un percorso che, contrariamente a quello seguito in passato, pare orientato a ridurre il numero delle norme attraverso l'abrogazione di molte di esse e la declinazione di una quantità di regole circoscritta e munita di un contenuto chiaro. A questo si aggiunge la riduzione delle tipologie contrattuali e l'assunzione di iniziative dissuasive rispetto tanto al lavoro nero quanto alle varie forme di precariato legalizzate».

⁸ G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share-economy*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, 78.

⁹ A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, en *CSDLE “Massimo D'Antona” Working Papers*, 2016, 296, 2: «l'alternativa “autonomia-subordinazione”, oggi, presenta un significato diverso rispetto al passato. Ciò, evidentemente, spiega, almeno in parte, anche l'espansione della subordinazione».

Con referencia a las hipótesis del apartado segundo, el Ministerio ha aclarado que: *«anche rispetto a tali collaborazioni rimane astrattamente ipotizzabile la qualificazione del rapporto in termini di subordinazione, laddove tuttavia non sarà sufficiente verificare una etero-organizzazione del lavoro ma una vera e propria etero-direzione ai sensi dell'art. 2094 c.c. Ciò in virtù di quanto espressamente previsto dalla giurisprudenza in ordine alla "indisponibilità della tipologia contrattuale" (v. ad es. Corte Cost. sent. n. 121/1993 e n. 115/1994) e in ragione del fatto che le stesse costituiscono delle eccezioni all'applicazione del solo regime di cui al comma 1 dell'art. 2»*¹⁰.

Pues bien, por razones de economía de la exposición, en este ensayo no se puede profundizar todos los diferentes perfiles de la cuestión objeto de investigación; de todos modos, en la Circular Ministerial se encuentra una distinción relevante entre *“etero-organizzazione”* y *“etero-direzione”*.

Esta distinción merece una consideración muy cuidadosa, como no ha sido unánimemente compartida en doctrina.

Efectivamente, cabe preguntarse si sería efectivamente correcto formular una hipótesis interpretativa del artículo 2, d.lgs. n. 81/2015, que sea fundada en la equiparación entre etero-organización y etero-dirección (y, por lo tanto, subordinación).

De especial interés es la posición interpretativa de una prestigiosa doctrina italiana que, acerca de este específico aspecto, ha aclarado que no es de especial relevancia la distinción entre las dos categorías ahora citadas, de etero-organización y etero-dirección: *«a ben vedere e a tener conto degli effetti tipici che la legge riconduce alla stipulazione del contratto di lavoro subordinato, per un verso, “eteroorganizzazione”, come già avvertito da un’attenta dottrina non è che un aspetto dell’“eterodirezione” o, al più, quest’ultima è una specificazione della prima»*¹¹.

En verdad, con referencia al perfil en consideración, el legislador del *Job's Act* ha introducido un régimen innovador que afecta a la disciplina de los efectos que se producen en caso de que las colaboraciones autónomas sean caracterizadas por la presencia de una organización de la prestación – en particular referida al lugar y al tiempo de trabajo – por parte del cliente.

¹⁰ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI – DIREZIONE GENERALE PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA, *Circolare n. 3/2016*, en www.dottrinalavoro.it, 2016, 4.

¹¹ M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1258. Véase también la reflexión a la página 1257: *«a mio avviso, e nonostante l'attenzione che ad essa è stata riservata, la questione di sapere qual è il significato e quali sono le differenze tra “eterodirezione” ed “eteroorganizzazione” è irrilevante allo stesso modo in cui si rivela oziosa la distinzione tra prestazioni di lavoro organizzate e prestazioni coordinate, almeno quando è stata formulata escludendo ogni riferimento al lavoro subordinato»*.

No queda, por lo tanto, mutado el planteamiento tipológico de las colaboraciones, que siguen formando parte del *genus* trabajo autónomo (art. 2222, Código Civil) y, más en particular, de la categoría de las colaboraciones coordinadas *ex art.* 409, n. 3, c.p.c., que sigue siendo eficaz, como previsto por el artículo 52, apartado 2, d.lgs. n. 81/2015¹².

Las colaboraciones organizadas no pueden ser consideradas expresión de subordinación simplemente en razón de los efectos que el legislador prevé, con referencia a las hipótesis de etero-organización!

Efectivamente, para que se pueda en concreto hablar de subordinación es indispensable verificar que, en concreto, el trabajador sea sometido al poder unilateral del empleador de especificar el contenido de la prestación de trabajo y de modificar el objeto de la misma.

Ahora bien, en esta última peculiaridad – en Italia, expresamente contemplada por el Código Civil, al artículo 2103 (recientemente reformado por el mismo *Job's Act*¹³) – se puede reconocer el elemento diferencial del trabajo subordinado, con respecto a la “zona gris” de la coordinación. Esta última se caracteriza, efectivamente, por un «*assoggettamento a un potere che è strutturalmente e funzionalmente diverso, e comunque con più limitati contenuti, rispetto ai poteri del datore di lavoro*»¹⁴.

En consecuencia, es posible decir que la principal razón obstativa a la posibilidad de configurar una “nueva” forma de trabajo subordinado en las hipótesis de colaboraciones “organizadas”, es representada por la falta de un poder unilateral del empleador, en lugar de la consensual determinación del objeto del contrato propia de la autonomía y de la coordinación¹⁵.

¹² El artículo 52, apartado 2 (“*Superamento del contratto a progetto*”) prevé: «*Resta salvo quanto disposto dall'articolo 409 del codice di procedura civile*».

¹³ Art. 3, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015. Cf. S. BINI, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1240-1256; Id., *Contributo allo studio del demansionamento del lavoratore in Italia*, en *Dir. rel. ind.*, 2016, 1, 211-238; G. VIDIRI, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 465-482.

¹⁴ M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1258.

¹⁵ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, en Id., *Le nuove regole del lavoro dopo il Job's Act*, Milán, 2016, 263: «*dalla scarsa disciplina legislativa non si rinvengono elementi sufficienti per delineare un vero e proprio tipo contrattuale e, tanto meno, un tratto distintivo caracterizante di una determinada fattispecie giuridica dotata di propria disciplina, come può essere il concepto de “subordinazione” nell'articolo 2094 del codice civile o il concepto de “autonomia” nell'articolo 2222 del codice civile*». Cf. A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, en *CSDLE “Massimo D'Antona” Working Papers*, 2016, 296, 7: «*l'art. 2 non si presenta come una norma di fattispecie, nel senso abituale del termine; non introduce, cioè, una fattispecie correlandola a una sua disciplina*»; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padua, 2015, 189: «*La disposizione non introduce certamente un nuovo tipo contrattuale*».

Por lo tanto, como se ha ya anticipado, el artículo 2, d.lgs. n. 81/2015 no introduce una nueva “figura” de trabajo subordinado, sino prevé la aplicación de la disciplina propia de la subordinación, con la producción de los relativos efectos jurídicos, si se producen en concreto las circunstancias que caracterizan la “etero-organización”/“etero-dirección”¹⁶.

3. CUESTIONES INTERPRETATIVAS Y PROBLEMAS APLICATIVOS SOBRE LAS “COLABORACIONES ORGANIZADAS”

Con respecto al art. 2, d.lgs. n. 81/2015, muchas son las cuestiones interpretativas que, en el marco de una reflexión crítica y “problemática”¹⁷, tienen que ser consideradas.

En primer lugar, es importante preguntarse si, en la disposición normativa de reciente introducción, se pueda reconocer una hipótesis de presunción legal, en virtud de la cual, al verificarse de una determinada situación concreta (una colaboración “organizada”), se prevé la producción de efectos jurídicos propios de una situación diferente (la subordinación)¹⁸.

Parece de interés la interpretación según la cual: «l’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, per riaffermare la rinnovata centralità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, introduce, però, anche con riferimento a queste collaborazioni, una presunzione relativa di subordinazione (con onere della prova a carico del lavoratore)»¹⁹.

Igual consideración merece también la tesis interpretativa que, en cambio, excluye la posibilidad de configurar una presunción: «il fenomeno in questione non è riconducibile ad una *riqualificazione e/o conversione di un contratto di lavoro autonomo in un contratto di lavoro subordinato né, a ben vedere, implica il coinvolgimento di presunzioni di tipo assoluto o relativo*»²⁰.

¹⁶ *Contra*, G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 2)*, en F. CARINCI, *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Bérgamo, 2015, 48, 16. Cf. también P. ICHINO, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, en www.pietroichino.it, octubre de 2015, que considera la “etero-organización” ex art. 2, d.lgs. n. 81/2015 como una «nuova fattispecie».

¹⁷ Cf. la idea de «pensare problematicamente» en M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, en *Arg. dir. lav.*, 2000, 1, 55. Cf. también L. MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, en *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, 1996, 94.

¹⁸ Cf. art. 2727 c.c.: «Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato».

¹⁹ M. MARTONE, *Lavori e tipologie contrattuali*, en M. PERSIANI – S. LIEBMAN – M. MARAZZA – M. MARTONE – M. DEL CONTE – P. FERRARI – V. MAIO, *Fondamenti di Diritto del lavoro*, Padua, 2015, 37. En el mismo sentido, M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1260: «il legislatore, in questo come in altri casi, prevedendo una presunzione ha stabilito un’equivalenza, quanto agli effetti, tra due fattispecie tra loro diverse».

²⁰ M. MARAZZA, *Le collaborazioni organizzate: problemi applicativi*, en *Giustiziacivile.com*, 29 gennaio 2016, 8.

Otro aspecto de interés es representado por la comprensión de las consecuencias concretas de la aplicación del artículo 2, apartado 1, d.lgs. n. 81/2015: que significación se puede atribuir a la expresión normativa («*si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato*»), en su proyección concreta?

Y, sobre todo: cuales son las instituciones jurídicas que, formando parte de la disciplina general del trabajo subordinado, se aplicaran a las hipótesis concretas de colaboraciones “etero-organizadas”?

Este específico perfil también ha sido objeto de distintas visiones interpretativas en doctrina. Por lo tanto, parece de extraordinaria utilidad el estudio, ante todo, de la Circular Ministerial n. 3/2016 y de las indicaciones operativas que contiene.

«La formulazione utilizzata dal Legislatore, di per sé generica, lascia intendere l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutele avverso i licenziamenti illegittimi ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato»²¹.

Puede por lo tanto decirse que, en caso de “*collaborazioni organizzate dal committente*”, será aplicable toda la disciplina del trabajo subordinado en su conjunto (incluida la materia de la seguridad social²²).

En otras palabras, con referencia a los casos de colaboraciones organizadas *ex art. 2*, d.lgs. n. 81/2015, el legislador quiso prever la producción de las consecuencias jurídicas equivalentes a las que suele producir la recalificación de las relaciones individuales de trabajo autónomo en relaciones de trabajo subordinado.

Este último perfil está fuertemente relacionado con otra cuestión que hay que abordar con prudencia: más en concreto, como la aplicación de la disciplina sobre trabajo subordinado determina el reconocimiento al colaborador de todos los derechos del trabajador asalariado, puede (o debe) “simétricamente” reconocerse al empleador la titularidad de los poderes empresariales típicos (cf., *in primis*, art. 2104 c.c.²³)?

La cuestión es controvertida, pero parece muy apreciable la tesis que excluye esta interpretación: «il legislatore, adottando il modello dell'equivalenza, ha con ciò stesso escluso la trasformazione del lavoro coordinato in lavoro subordinato»²⁴.

²¹ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI – DIREZIONE GENERALE PER L'ATTIVITÀ ISPETTIVA, *Circolare n. 3/2016*, en www.dottorinalavoro.it, 2016, 3.

²² *Contra* M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1265.

²³ Art. 2104 c.c.: «1. Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. 2. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende».

²⁴ *Contra* M. PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1264.

En otras palabras, el *Job's Act* establece un modelo que se funda en la “aplicación” de la disciplina del trabajo subordinado a las colaboraciones organizadas y no en la “transformación” de estas últimas en relaciones individuales de trabajo subordinado.

En consecuencia, no parece poderse ampliar el ámbito del poder empresarial “*direttivo*” (entendido como «potere dinamico di funzionamento dell’organizzazione del lavoro»²⁵) a las situaciones de colaboración organizada.

Al respecto, muy interesante es la contribución de la doctrina que ha aclarado: «il potere direttivo, nella sua pervasività e dinamicità, è il punto di mediazione giuridica tra risultato complessivo dell’organizzazione produttiva e prestazione di lavoro subordinato: è il potere che, in queste sue peculiari caratteristiche, innerva l’organizzazione per quanto concerne il lavoro. Ciò ne segna la netta distanza da ogni altra possibile figura o accezione di potere organizzativo delle energie lavorative»²⁶.

La imposibilidad de reconocer la existencia del “*potere direttivo*” en las relaciones de colaboración organizada confirma, por otra parte, que la nueva disposición normativa tiene que ser incluida en la “zona” de la autonomía (y no de la subordinación), como se ha *supra* ya aclarado²⁷.

Ahora bien, no es éste el lugar para entrar en un análisis más minucioso y específico de las heterogéneas cuestiones teóricas que se pueden considerar planteadas por la disposición normativa de reciente introducción.

En verdad, parece de mayor interés proponer algunas reflexiones caracterizadas por una proyección concreta y, al mismo tiempo, sistemática.

Efectivamente, es importante subrayar que el mismo debate del dualismo “subordinación-autonomía” – nuevamente alimentado por la reciente reforma – se inserta en el marco de un escenario totalmente nuevo, en el cual la misma idea de control empresarial y de organización de la prestación de trabajo ha cambiado su propia identidad.

²⁵ M. NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro oggi*, en *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milán, 1995, 2, 589.

²⁶ A. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2016, 296, 9.

²⁷ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2015, 272, 8; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2015, 266, *passim*; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2015, 282, 10 y ss.; M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2016, 294, *passim*.; M. MARAZZA, *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, en AA. VV., *Contratti e mansioni. Il riordino dopo il D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, Milán, 2015, 8 y ss.

Hoy en día, la relación de trabajo se contextualiza en un ámbito nuevo, emblemáticamente representado por la red, que mitiga la intensidad de los poderes del empleador.

En consecuencia, la reciente reforma de las colaboraciones organizadas – que constituye sin duda expresión de una «postura culturale»²⁸ que mira con sospecha y desconfianza al trabajo autónomo, y que se pone como objetivo la generalización de la subordinación²⁹ – tiene que ser armonizada con una realidad productiva, económica y social en profunda evolución.

Paradigmática resulta ser, a este respecto, la figura del llamado “*smart-working*”, que formará objeto de específica regulación, en Italia, en el futuro próximo, junto al trabajo autónomo (v. *infra*)³⁰.

Pues bien, no puede no sugerirse una reflexión sobre una noción, «la eterorganizzazione della prestazione a livello spazio-temporale che, nell’era del lavoro “on demand” su Internet o della “share economy”, è sempre più rara, almeno in certi settori»³¹.

Efectivamente, muchas son las dudas interpretativas suscitadas por la reciente reforma de las colaboraciones, también con referencia a la dimensión del marco productivo contemporáneo³².

La realidad que tiene que ser considerada es la caracterizada por la imparable expansión de plataformas electrónicas de intercambio de productos y servicios, que comporta la substancial superación del modelo (y de la misma idea) tradicional de empresa.

En este contexto, para poder desarrollar un razonamiento de mayor alcance, resulta indispensable centrar la atención en la misma noción de subordinación, en el proceso de calificación de la relación de trabajo, a la luz de la evolución de las diferentes orientaciones interpretativas al respecto elaboradas en el panorama jurisprudencial.

Antes de eso, parece de especial interés examinar en clave razonada el proyecto de reforma del trabajo autónomo que está pendiente de aprobación en el momento de la publicación del presente estudio: el estudio de éste adicional perfil de investigación puede ofrecer interesantes elementos de reflexión a efectos del presente razonamiento.

²⁸ A. PERULLI, *Un Jobs act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, en CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers, 2015, 235, 6.

²⁹ G. BRONZINI, *Generalizzare i diritti o la subordinazione? Appunti per un rilancio del diritto del lavoro in Italia*, en DD, 2005, 2, 133 y ss.

³⁰ V. d.d.l. n. 2233/2016 AS («Tutela del lavoro autonomo» y «Lavoro agile»).

³¹ G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell’era della share-economy*, en Riv. it. dir. lav., 2016, 3, 88.

³² Cf. *Workers on tap*, en *The economist*, 3-9 de enero de 2015, 7 y ss.: «The rise of the on-demand economy poses difficult questions for workers, companies and politicians».

4. HACIA LA REFORMA DEL TRABAJO AUTÓNOMO NO EMPRESARIAL: EL PROYECTO DE LEY N. 2233/2016

Otro relevante aspecto del tejido normativo italiano que está recientemente atravesando cambios significativos es efectivamente representado por el trabajo autónomo.

El 26 de julio pasado, la Comisión Trabajo del Senado de la República ha concluido el examen de la propuesta de ley n. 2233/2016 sobre “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*”.

No parece impropio considerar la propuesta de reforma del trabajo autónomo – esta también de iniciativa gubernamental, aunque no en forma de decreto legislativo, como en vez, entre otros, el d.lgs. n. 81/2015 – como parte integrante del plano general del *Job’s Act*, que ha contribuido (y está todavía contribuyendo) a la transformación del Derecho del trabajo italiano.

Por supuesto, la entrada en vigor de esta nueva legislación requiere la aprobación del Senado (en el otoño) y, a continuación, de la Cámara de Diputados, pero, como ha ya sido puesto de relieve en doctrina, se trata sin duda de una regulación que, en caso de aprobación, «aprirà un capitolo nuovo assai rilevante del nostro diritto del lavoro»³³.

Pues bien, antes de proponer algunas reflexiones “críticas” sobre este nuevo perfil de reforma, merece presentar un análisis técnico de los principales contenidos del texto aprobado por la Comisión Trabajo del Senado.

En primer lugar, cabe señalar que el artículo 1 del proyecto dibuja un perímetro del ámbito de aplicación de la nueva disciplina que coincide con la “zona” normativa del trabajo autónomo *ex art. 2222*, Código Civil, con inclusión también de las relaciones autónomas reguladas por disciplinas especiales (el pensamiento va, por ejemplo, al contrato de agencia).

Puede por lo tanto decirse que es intención del legislador introducir una disciplina de base de general aplicación para todas las formas de trabajo autónomo, en una lógica de inclusión significativamente innovadora, que excluye sólo las relaciones de trabajo autónomo de los empresarios.

De interés parece también la introducción de distintas disposiciones normativas cuya *ratio* puede identificarse en el contraste de los fenómenos de abuso de posición dominante, en la disciplina de la remuneración, así como en la previsión del carácter abusivo de las cláusulas atributivas al comitente de la facultad de modificación unilateral de las condiciones contractuales y, «nel caso di contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa, di recedere da esso senza congruo preavviso» (artículo 3).

³³ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en www.pietroichino.it, agosto de 2016.

Significativo es, en particular, el apartado cuarto del artículo 3 del proyecto de ley, que prevé una interesante extensión a las relaciones de trabajo autónomo, de la eficacia del artículo 9, ley 18 de junio de 1998, n. 192, sobre el abuso de la posición de dependencia económica (en el marco de la disciplina de la subcontratación de actividades productivas). Se trata de un aspecto relevante que, en doctrina, ha sido eficazmente considerado como «*trait d'union fra diritto commerciale e diritto del lavoro*»³⁴.

Si la previsión del carácter abusivo de las cláusulas atributivas al comitente de la facultad de modificación *ex uno latere* de las condiciones contractuales puede ser considerada como elemento típico que caracteriza el ámbito de la autonomía, otros contenidos del proyecto de ley se colocan en una posición de mayor cercanía (*rectius*, de analogía) con la normativa del trabajo subordinado: piénsese, por ejemplo, a la disciplina de las invenciones implementadas por el trabajador (art. 4).

Omitiendo en este lugar la consideración de aspectos que, aunque relevantes, resultan secundarios para los fines del presente estudio (como la atribución a los trabajadores autónomos inscritos en determinados colegios profesionales de funciones propias de administraciones públicas y los perfiles propiamente pertenecientes al ámbito de la seguridad social, fiscales y administrativas), se señala el artículo 9 del proyecto, sobre el acceso a las informaciones sobre el mercado de trabajo y los servicios de orientación, recalificación y recolocación/transición profesionales.

Se prevé, en síntesis, la activación, en los *Centri per l'impiego* (las agencias de empleo), de una “ventanilla” expresamente dedicada al contacto y al encuentro entre oferta y demanda de empleo autónomo.

Se establece asimismo que el Gobierno tendrá que adoptar una disciplina especial en materia de salud y seguridad en el trabajo autónomo realizado en bufetes y despachos de profesionales, inspirada a una lógica de simplificación (art. 10).

Elemento de significativa diferenciación con el trabajo subordinado se detecta en el artículo 12 del proyecto aprobado por la Comisión Trabajo del Senado Italiano. Esta norma – modificando el art. 64, apartado 2, d.lgs. 26 de marzo de 2001, n. 151 (“*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*”) – prevé la titularidad del derecho de la trabajadora autónoma, inscrita a la gestión separada del INPS (Instituto Nacional de la Seguridad Social), de percibir la indemnización de maternidad durante los dos meses precedentes y los tres meses siguientes al parto, independientemente de la «*effettiva astensione dall'attività lavorativa*».

³⁴ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en www.pietroichino.it, agosto de 2016.

Diferentemente, esta última es imprescindible en el trabajo subordinado, hablándose de una «astensione obbligatoria»³⁵, por lo que parece suscitar preguntas de carácter hermenéutico sobre la *ratio* de la diferenciación entre las dos disciplinas³⁶.

El siguiente artículo 13 disciplina los casos de enfermedad y accidente, así como de embarazo, estableciendo que en estas hipótesis la relación de trabajo autónomo consistente en una actividad prestada de manera continuativa, no se extingue y la suspensión de la misma (sin derecho a la remuneración) está sometida a la condición de la previa solicitud del trabajador, «fatto salvo il venir meno dell'interesse del committente».

Con el consentimiento del comitente, la trabajadora embarazada puede asimismo hacerse sustituir o “flanquear” por familiares o asociados.

El artículo 14, en fin, interviene modificando el art. 409, número 3, Código Procesal Civil, añadiendo una formulación de especial interés, sobre todo a la luz de las reflexiones *supra* ofrecidas, sobre las colaboraciones organizadas *ex art. 2*, d.lgs. n. 81/2015.

Efectivamente, el proyecto de ley en cuestión precisa que: «La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

Pues bien, puede por lo tanto decirse que en esta sintética definición está concentrada la misma esencia de la genuina y auténtica colaboración coordinada y continuada, que no entra en el ámbito de aplicación del artículo 2, d.lgs. n. 81/2015.

5. LA REGULACIÓN DEL “SMART WORKING” EN ITALIA: “FORME DI LAVORO RESE IN MODALITÀ AGILE”

Otro perfil de reforma de especial interés es representado por la introducción de la disciplina del así llamado “*lavoro agile*”, traducción al Italiano del “*smart working*”.

³⁵ O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padua, 2015, 232-233; M. DEL CONTE, *Vicende del rapporto di lavoro*, en M. PERSIANI – S. LIEBMAN – M. MARAZZA – M. MARTONE – M. DEL CONTE – P. FERRARI – V. MAIO, *Fondamenti di Diritto del lavoro*, Padua, 2015, 207 y ss.

³⁶ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en www.pietroichino.it, agosto de 2016: «Questa disposizione assume un significato assai rilevante sul piano sistematico, imponendo che venga prima o poi debitamente motivata la disparità che in questo modo si determina fra la disciplina applicabile alla lavoratrice autonoma e quella applicabile alla lavoratrice dipendente, alla quale la prosecuzione dell'attività lavorativa è invece inibita: anche quest'ultima – soprattutto quando svolge mansioni professionalmente più elevate – può avere un marcato interesse a non interrompere la propria attività, pur in prossimità del parto».

La definición de esta noción nueva e innovadora en el panorama legislativo figura en el artículo 15 del proyecto de ley aprobado por la Comisión Trabajo del Senado.

Se trata de una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

Pues bien, puede decirse que el principal elemento distintivo de esta modalidad de ejecución de la prestación de trabajo subordinado reside en la ausencia de vínculos de tiempo y de lugar, pudiendo la misma prestación desarrollarse, «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa», con la única limitación representada por la duración máxima del tiempo de trabajo, como establecida en la ley y en la negociación colectiva (d.lgs. n. 66/2003 *in primis*).

El alcance de la definición ha sido objeto de observaciones críticas por algunos de los primeros intérpretes, que han subrayado la formulación «ridondante e pleonástica» de la disposición, confiando en una simplificación de la misma³⁷.

Tratándose de una forma de trabajo subordinado, el legislador ha reiterado algunas disposiciones típicas de la disciplina del trabajo subordinado (por ejemplo, la responsabilidad del empresario en materia de salud y seguridad en el trabajo, que tiene que ser garantizada con especial referencia a las peculiares modalidades de ejecución de la prestación).

Significativa parece la previsión del derecho del trabajador a la “desconexión”, que representa una interesante consecuencia de la (posible) elevada utilización de equipamientos tecnológicos de trabajo. Este derecho tiene que ser concretamente asegurado mediante medidas específicas detectadas en un necesario acuerdo entre las partes, de institución de esta modalidad de prestación.

Uno de los perfiles de mayor interés, con referencia al tema de la compleja relación entre autonomía y subordinación en el contexto normativo contemporáneo, es representado por el ámbito de ejercicio del poder empresarial de control, típica expresión de la misma esencia del trabajo subordinado.

Pues bien, el artículo 18 del proyecto de ley que aquí se considera prevé que el acuerdo por el que se establece esta modalidad de trabajo tiene que disciplinar también el ejercicio del poder de control empresarial de la actividad del trabajador desarrollada fuera de los lugares típicos de trabajo. En este acuerdo, las partes tienen que identificar también las conductas y los comportamientos que pueden dar lugar a la apertura de un procedimiento disciplinario.

³⁷ P. ICHINO, *Il disegno di legge sul lavoro autonomo e il “lavoro agile”*, en *www.pietroichino.it*, agosto de 2016.

De toda forma, el límite que el mismo proyecto de ley establece es representado por el artículo 4 de la ley 20 de mayo de 1970, n. 300 (Estatuto de los trabajadores), sobre los controles “a distancia”, que ha sido recientemente reescrito por el legislador del *Job's Act*³⁸, en una óptica de sustancial reducción de la protección de la privacidad del trabajador.

En definitiva, la relevancia de esta modalidad de ejecución de la prestación de trabajo es evidentemente significativa en el marco del contemporáneo contexto productivo, manteniendo al mismo tiempo la centralidad de la ejecución en forma “presencial” del trabajo subordinado.

De especial interés parece, a este respecto, la reflexión propuesta en el ensayo titulado: “*New Geography of Jobs*” (en Italiano: “*La nuova geografia del lavoro*”): «*Le nostre idee migliori sono ancora il riflesso degli imprevedibili stimoli che quotidianamente riceviamo dalle persone che incontriamo e dall'immediato ambiente sociale che ci circonda. Le interazioni per noi decisive restano essenzialmente quelle dirette, e quasi tutto ciò che di utile apprendiamo viene da chi abbiamo intorno a noi, non da Wikipedia. (...) Il telelavoro è ancora una rarità e probabilmente rimarrà un fenomeno di nicchia anche in futuro. L'avvento della videoconferenza, della posta elettronica e di Skype non ha eliminato, per chi si occupa di innovazione, la necessità di un'interazione personale. Lavorare fianco a fianco è, anzi, più importante che mai*»³⁹.

³⁸ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 483-513: «*La riscrittura dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 può essere a ragione considerata uno degli elementi più qualificanti del Jobs Act perché incide in modo significativo sui vincoli e sulle tecniche di esercizio dei poteri di controllo del datore di lavoro senza distinguere tra vecchi e nuovi assunti*». Cf. también ID., *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, en ID., *Contratto di lavoro e organizzazione*, en M. PERSIANI – F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, Padua, 2012, 4, 2, 1271 y ss.; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, en *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1186 y ss.; I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 1-45; M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il “Jobs Act” (art. 23 D.Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, I-XIV. Véase también P. LAMBERTUCCI, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l'attuazione del c.d. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 514-536. En una dimensión comparada, cf. M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *La protección de datos entre el contenido constitucional y su contenido legal*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 28-43; J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS – V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, *Nuove tecnologie e controllo datoriale dei lavoratori in Spagna*, en *Labour & Law Issues*, 2016, 1, 44-74. Véase también el interesante trabajo de E. COLÁS NEILA, *Derechos fundamentales del trabajador en la era digital: una propuesta metodológica para su eficacia*, Albacete, 2012, *passim*.

³⁹ E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Milán, 2013, 246. *Contra*, cf. J. FRIED – D. HEINEMEIER HANSSON, *Remoto: no se requiere oficina*, Barcelona, 2014.

6. LA SUBORDINACIÓN: TODAVÍA REFERENTE JURÍDICO Y SOCIAL?

Como *supra* dicho, la reciente reforma – en particular de las colaboraciones organizadas – ha suscitado un debate de relevante importancia en el escenario doctrinal italiano, sobre todo con referencia a las cuestiones hermenéuticas más especulativas y teóricas de la reforma⁴⁰.

Se pone, con evidencia, un problema que afecta el sentido más “íntimo” de la materia, la subordinación, como «questione che ha un significato ad un tempo culturale e pratico»: «interrogarsi intorno ad essa significa interrogarsi intorno all’“essere” di una disciplina giuridica che fa del lavoro dipendente l’epicentro del proprio interesse»⁴¹.

Pues bien, las reformas que forman parte del *Job’s Act*, en materia de colaboraciones organizadas, trabajo autónomo y trabajo subordinado “*smart*”, representan una valiosa ocasión para desarrollar algunas consideraciones sobre el más amplio tema del posible redescubrimiento del papel de la libertad contractual, con especial referencia al problema de la calificación de la relación de trabajo.

El objeto de esta reflexión afecta substancialmente a la línea divisoria entre trabajo subordinado y trabajo autónomo: una frontera que, como ha sido puesto en luz, «*si è offuscata a ragione dell’inevitabile progressivo appannarsi, anche sul terreno sociale, dell’identità del lavoro subordinato*»⁴².

A este respecto, una significativa contribución a la elaboración hermenéutica es aportada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la delimitación de fronteras del Derecho del trabajo, caracterizada por una heterogeneidad de posiciones.

Las diferentes tesis hermenéuticas pueden ser consideradas en relación con un sistema taxonómico elaborado por prestigiosa doctrina laboral italiana, que ha prestado especial atención a la oposición entre dos tendencias interpretativas diferentes, situadas en una relación cronológica de sucesión temporal⁴³.

⁴⁰ G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell’era della share-economy*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, 88: «La norma “antiabusiva” dell’art. 2 d.lgs. n. 81 ha, comunque, già avuto l’effetto di far polarizzare le posizioni della Dottrina in un crescendo rossiniano di contributi su posizioni tra loro opposte e piuttosto inconciliabili; si tornano a riesaminare gli stessi concetti fondamentali quali prestazione, coordinamento, etero direzione etc., in un confronto che talvolta sempre più vicino all’epoca di Barassi che a quella di Uber».

⁴¹ O. MAZZOTTA, *Manuale di Diritto del lavoro*, Padua, 2015, 177: «il tema si presentò pari pari alla scienza lavoristica agli albori del diritto del lavoro, quando si trattò di incanalare entro schemi giuridici la nascente realtà del proletariato industriale».

⁴² M. PERSIANI, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, en R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Nápoles, 2006, 193-208.

⁴³ M. PERSIANI, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, en R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Nápoles, 2006, 194.

Según una primera orientación, para poder clasificar una determinada relación de trabajo como subordinada o autónoma, debe hacerse referencia exclusivamente a la definición elaborada por el legislador⁴⁴.

En cambio, una segunda “fase” interpretativa – que se difundió en particular a partir de los años 90 del siglo pasado (también con motivo de las nuevas formas de trabajo, fruto de las profundas modificaciones en el general contexto productivo y social de referencia) – considera central la dimensión concreta del contenido de la relación de trabajo y de las efectivas modalidades de desarrollo de la misma⁴⁵.

Según esta última concepción, resulta indispensable «interpretare il voluto delle parti in ordine all’assetto obbligatorio del rapporto sulla base della rilevazione delle modalità con cui esso è stato di fatto eseguito, piuttosto che delle dichiarazioni rese dalle parti nelle varie fasi dello stesso, e in specie in quella genetica»⁴⁶.

En este sentido, una pronuncia del Tribunal Constitucional italiano de especial interés es la n. 30 de 1996, en la cual la *Corte costituzionale* ha dejado claro que, para que se pueda considerar como subordinada, una relación de trabajo tiene que caracterizarse por el «concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l’alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata e l’alienità dell’organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce»⁴⁷.

A este respecto, no se puede descuidar un perfil de perplejidad con referencia a la idoneidad de este último parámetro de identificación de la subordinación, para la distinción entre trabajo autónomo y asalariado⁴⁸.

Pues bien, considerando que «la subordinazione (come fattispecie degli effetti protettivi) non è un dato naturale, ma la conseguenza di una qualificazione nella quale si stabilisce il rapporto tra il fatto e la valutazione normativa che vi riconduce gli effetti appropriati»⁴⁹, puede comprenderse que la compleja cuestión de la identificación de los criterios de clasificación de las relaciones individuales

⁴⁴ V. Corte cost., 24 de abril de 1967, n. 51 (sentencia inédita); Corte cost., 11 de febrero de 1982, n. 32, en *Mass. giur. lav.*, 1983, 3 y ss.; Corte cost., 28 de julio de 1976, n. 199 (sentencia inédita).

⁴⁵ Corte cost., 31 de marzo de 1994, n. 115, en *Mass. giur. lav.*, 1995, 523 y ss. Cf. también Corte cost., 21 de junio de 1996, n. 211, en *Giur. it.*, 1997, 26; Corte cost., 12 de febrero de 1996, n. 30, en *Giur. cost.*, 1996, 289.

⁴⁶ R. DEL PUNTA, *Verso l’individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, en L. CORAZZA – R. ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 27.

⁴⁷ Corte cost., 12 febrero 1996, n. 30, en *Giur. cost.*, 1996, 289.

⁴⁸ M. PERSIANI, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, en R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Nápoles, 2006, 206.

⁴⁹ M. D’ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, en *Arg. dir. lav.*, 1994, 66.

de trabajo – bien representada por la anteriormente descrita heterogeneidad de posiciones interpretativas jurisprudenciales – la proyección natural de la crisis de la misma idea de subordinación.

De todos modos, no cabe la menor duda que resulta fundamental comprobar el contenido concreto de la relación laboral⁵⁰, también a la luz de la «proiezione espansiva» del fenómeno “trabajo subordinado”, «suscettibile di comprendere tutte le forme di lavoro continuativo alle dipendenze di un soggetto utilizzatore della prestazione»⁵¹.

Ahora bien, en la reciente reforma de las colaboraciones, puede en verdad reconocerse la oportunidad para reflexionar sobre el papel de la autonomía privada en la calificación de una relación individual de trabajo, en un marco de generalizada metamorfosis, normativa, social y productiva.

Pues bien, el tema parece de interés, sobre todo si se considera como expresión de la cuestión “clásica” de la relación entre Derecho del trabajo y Derecho civil y, metafóricamente, entre la dimensión del “ser” y la del “haber”: «*Se tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver per l'imprenditore, ma l'essere per il lavoratore*»⁵².

Esta relación interdisciplinaria también ha experimentado a lo largo del tiempo un proceso evolutivo importante: inicialmente ha sido caracterizada por una substancial emancipación del Derecho laboral con respecto al Derecho civil y, posteriormente, ha conocido una fase de substancial acercamiento entre los dos ámbitos del Derecho.

En este marco, la sentencia n. 76/2015 del Tribunal Constitucional italiano representa una contribución importante en el debate sobre la individuación de los criterios de identificación de la subordinación.

«*Tratto caratterizzante del lavoratore subordinato è il suo assoggettamento a direttive costanti ed analitiche sul modo e sui tempi in cui deve essere eseguita l'attività lavorativa*»⁵³.

⁵⁰ V. O. RAZZOLINI, *The need to go beyond the contract: “economic” and “bureaucratic” dependence in personal work relations*, en *Comp. Labour Law & Pol’y Journal*, 2010, 267, 299.

⁵¹ G. FERRARO, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, en *CSDLE “Massimo D’Antona” Working Papers*, 2005, 30, 4. Véase también: M. DELL’OLIO, *Il lavoro subordinato*, en P. RESCIGNO, *Trattato di Diritto Privato*, Turín, 1986, XV, y en M. DELL’OLIO, *I soggetti e l’oggetto del rapporto di lavoro*, Turín, 1986, 10: la subordinación «è caratteristica che si appunta immediatamente sulla prestazione». Cf. M. PERSIANI, *Esistenza nei fatti di un rapporto di lavoro subordinato e necessaria applicazione della tutela dell’uomo che lavora*, en *Giur. it.*, 2011, 1, 134.

⁵² V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, en *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, 1947-1948, 5.

⁵³ M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, en AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padua, 2000, 113.

En la perspectiva presentada en la sentencia en parola, la intensidad de los poderes propios del empleador representa la clave de identificación del trabajo subordinado: el «potere direttivo pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, si sostanzia nell’emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d’indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un’ingerenza, idonea a svilire l’autonomia del lavoratore»⁵⁴.

Efectivamente, en el trabajo autónomo *ex art. 2222 c.c.*⁵⁵, la prestación tiene que ser realizada según las condiciones contempladas en el contrato («secondo le condizioni stabilite dal contratto»⁵⁶) y el cliente (el “*committente*”) no es titular del poder de “especificar” el contenido de la misma prestación.

Diferentemente, en el trabajo “coordinado”, al “*committente*” se reconoce un poder de coordinación que puede también «influire sulle modalità di esecuzione dell’attività promessa, così come sulle caratteristiche dell’opera o del servizio, al fine di adeguarle alle mutevoli esigenze dell’organizzazione del committente e, al limite, può comportare una modifica del programma contrattuale o, se si vuole, dell’oggetto dell’obbligazione del lavoratore coordinato»⁵⁷.

Pues bien, también a la luz de esta distinción, parece poderse reconocer en la reciente pronuncia n. 76/2015 del Tribunal Constitucional italiano, una forma de “valorización” del criterio “cuantitativo” en la calificación de la relación individual de trabajo, basado en la diferente gradación de la intensidad de los poderes propios del empleador (en el trabajo subordinado) o del cliente (en el trabajo autónomo).

Además, en la sentencia n. 76/2015 puede detectarse también un perfil de interés para una reflexión de carácter general, acerca del papel de la autonomía contractual en la calificación de las relaciones individuales de trabajo⁵⁸.

El panorama jurídico laboral italiano se caracteriza, también a este respecto, por la coexistencia de dos distintas posiciones teóricas⁵⁹.

⁵⁴ Corte cost., n. 76/2015, § 7.2, “*Considerato in diritto*”.

⁵⁵ Art. 2222 c.c.: «Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un’opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV».

⁵⁶ Art. 2224, apartado 1, c.c.

⁵⁷ M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, en AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padua, 2000, 115.

⁵⁸ R. PESSI, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato*, en *Dir. lav.*, 1980, 516. Cf. M. MARAZZA, *Saggio sull’organizzazione del lavoro*, Padua, 2002, *passim*.

⁵⁹ Cf. R. SCIOTTI, *Art. 2094*, en G. BONILINI - M. CONFORTINI - C. GRANELLI, *Codice civile commentato*, Milán, 2009, 2, 4513. V. también ID., *La subordinazione come fattispecie unitaria complessa*, Turín, 2014, 191 y ss.

La primera valoriza el comportamiento efectivo de las partes en el concreto desarrollo de la relación de trabajo, prescindiendo del contenido “formal” del contrato de trabajo, a fin de reequilibrar la desigualdad “empleador-trabajador”.

La segunda reconoce el carácter fundamental del *nomen iuris* elegido por las partes, argumentando la importancia de la «ripresa dell’individualismo nel diritto del lavoro», así como de la «necessità di valorizzare e riscoprire il soggetto e l’autodeterminazione a seguito dei profondi mutamenti economici, politici e sociali»⁶⁰.

Sin duda, en las hipótesis caracterizadas por la falta de datos objetivos decisivos para la calificación, la voluntad de las partes, como expresada en el *nome iuris* del contrato de trabajo, juega un papel crucial⁶¹.

La «originaria volontà delle parti, intesa come programma negoziale pattuito e non come mera utilizzazione di un nomen iuris, rileva fino a quando non sia comprovato uno scostamento consensuale da tale programma nella concreta fase di attuazione del rapporto, manifestandosi in tal caso per fatti concludenti una volontà successiva che prevale sulla precedente»⁶².

7. OBSERVACIONES FINALES

Habida cuenta de lo anterior, llama la atención el tema central de la incertidumbre que sigue caracterizando la calificación jurídica del contrato y de la relación de trabajo en Italia.

Por tanto, es necesario preguntarse: «in che modo la “subordinazione giuridica” è utile al fine di qualificare i nuovi lavori? Può essa continuare a svolgere la fondamentale opera d’inclusione e d’esclusione del diritto del lavoro che ha realizzato fino ad ora?»⁶³.

Las últimas fronteras de la revolución tecnológica en acto han determinado y siguen determinando modificaciones sustanciales de la organización y de la ejecución del trabajo⁶⁴, que las recientes reformas interpretan de manera objetivamente innovadora.

Estas innovaciones se inscriben necesariamente en el marco de un mercado de trabajo (nacional, europeo, así como global), que dibuja una «nuova

⁶⁰ O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, en *Dir. rel. ind.*, 2014, 974.

⁶¹ A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2007.

⁶² A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2011, 2, 6.

⁶³ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *La “subordinazione tecnologica” nella giurisprudenza spagnola*, en *Lav. dir.*, 2005, 3, 538. El autor se pregunta: «I cambiamenti nell’organizzazione del lavoro e nel modo di lavorare, conseguenze in gran parte delle trasformazioni tecnologiche in corso, hanno eliminato la distinzione tra lavoro dipendente e autonomo?».

⁶⁴ S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, en *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 79, 617: «la nueva organización del trabajo está produciendo una desorganización del Derecho del Trabajo».

geografia del lavoro»⁶⁵ y que resulta cada vez más caracterizado por imperantes segmentaciones y dualismos (en primer lugar, se recuerda la contraposición entre *core y contingent forms of work*)⁶⁶.

Efectivamente, en este marco, el pluralismo tipológico «no es ya más un episodio coyuntural, sino una nueva realidad estructural que se extiende imparablemente a costa del decrecimiento del trabajo estable y protegido, mermado también por el nuevo aliento tomado por el trabajo autónomo y cooperativo»⁶⁷.

Precisamente con respecto a este último, interesantes claves de lectura para la interpretación del escenario social contemporáneo Italiano se encuentran en el 50° Informe sobre la situación social del País, elaborado por el CENSIS (*Centro Studi Investimenti Sociali*), que ha sido presentado en Roma el 2 de diciembre pasado.

En el estudio, a propósito de la compleja materia del trabajo autónomo y de su relación con el trabajo subordinado, se lee: «Il mercato del lavoro continua, anche nel corso del 2016, a essere segnato, oltre che dalle sue dinamiche quantitative, anche da un progressivo avvicinamento qualitativo tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo e professionale. (...) Viene progressivamente meno la netta distinzione tra lavoro autonomo e professionale e lavoro dipendente a tempo determinato o indeterminato (...). In altri termini, il progredire dell'economia basata sulla conoscenza e il permanere della tendenza alla stagnazione economica scuotono alla radice il mondo del lavoro autonomo e delle libere professioni e ne confondono limiti, caratteristiche e dinamiche evolutive»⁶⁸.

Pues bien, la línea entre trabajo autónomo y trabajo subordinado se presenta más y más delgada y, a este respecto, numerosas son las preguntas que las recientes reformas de las colaboraciones organizadas, del trabajo autónomo y del trabajo subordinado ejecutado en forma ágil ponen. En el objeto de las reformas de 2016 puede en verdad reconocerse el perfil esencial de una materia cuya identidad está evolucionando de manera significativa.

⁶⁵ E. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Milán, 2013, *passim*.

⁶⁶ J. CRUZ VILLALÓN, *Claves de la relación entre negociación colectiva y segmentación laboral*, en ID., *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Valencia, 2015, 1: «la segmentación laboral viene a mostrar una forma de estructuración del mercado de trabajo conforme a la cual se percibe que el mismo se encuentra subjetivamente fragmentado, debido a una integración en el mismo marcadamente diferenciada de diversos grupos de trabajadores, de modo que cada uno de estos grupos asumen posiciones laborales muy diversas en lo que afecta a su acceso al empleo o a las condiciones de trabajo en el desarrollo de su actividad profesional». Cf. ILO, *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects*, en www.ilo.org, 2016, *passim*. Véase J.M. GÓMEZ MUÑOZ, *Re-addressing self-employment: Spain and the new entrepreneurship*, en E. ALES, *Core and Contingent Workers Within The Company*, Oxford, 2016, *passim*.

⁶⁷ M.E. CASAS BAAMONDE – F. VALDÉS DAL-RÉ, *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*, en *RL*, 1989, 7-8, 80.

⁶⁸ CENSIS, *50° Rapporto sulla situazione sociale del Paese 2016*, Milán, 2016, 178-179.

Al centro de esta evolución y de la compleja cuestión de la incertidumbre de la calificación jurídica de la relación de trabajo, se pone paradigmáticamente la para-subordinación, como zona gris caracterizada, especialmente en Italia, por una multitud de perfiles críticos, en términos jurídicos así como sociales.

En relación con estos últimos, puede decirse que el aspecto de mayor relieve es lo del fenómeno – ampliamente generalizado no sólo en Italia – muy bien conocido con la expresión inglesa de *woorking poors*: «una vasta zona “grigia” di contratti che, sotto la mentita veste di collaborazioni autonome, nascondono in realtà un lavoro privo di ogni autonomia organizzativa del collaboratore: un mondo parallelo, fatto di finto lavoro autonomo, per lo più popolato da giovani disponibili a una occupazione purchessia, pagati una frazione dei minimi previsti dai contratti collettivi e impropriamente utilizzati dalle imprese come lavoro a perdere»⁶⁹.

En otras palabras, la para-subordinación – objeto privilegiado de la reciente reforma – sigue representando una zona jurídica indefinida, generadora de precariedad, incertidumbre, inseguridad, por razón de la substancial falsedad de numerosas relaciones autónomas que, en realidad, ocultan y disimulan relaciones laborales subordinadas.

Ya en el año 2000, Alain Supiot prefiguraba el «rischio di vedere moltiplicarsi i “falsi autonomi”, che andranno ad aumentare i ranghi dei working poors»⁷⁰.

Este riesgo es atentamente considerado por la reforma del *Job's Act*, cuya *ratio* es indudablemente inspirada en la intención de establecer una protección efectiva y eficaz para las colaboraciones autónomas morfológicamente más próximas a la subordinación.

Al respecto, vienen a la mente las palabras del Padre de la Escuela Andaluza de Derecho del trabajo, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer que, en un estudio publicado en la prestigiosa revista *Relaciones Laborales* en 2009, afirma: «El fenómeno de la pobreza trabajadora es, en parte, consecuencia de la propia evolución de la normativa laboral, y en parte, reflejo de un fracaso del Derecho del Trabajo y una constatación de su bajo nivel de eficacia y efectividad»⁷¹.

⁶⁹ M. DEL CONTE, *Premesse e prospettive del Job's Act*, en M. TIRABOSCHI, *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milán, 2016, 19.

⁷⁰ A. SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, en *Dir. rel. ind.*, 2000, 2, 235.

⁷¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Trabajadores pobres y Derecho del trabajo*, en *RL*, 2009, 17, 27, también en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Tres décadas de relaciones laborales en España. Editoriales y estudios*, Sevilla, 2015, 404. No se puede en verdad olvidar que «el Derecho del trabajo surgió como crítica frente a un sector del ordenamiento, el Derecho de la Codificación, que a lo largo del siglo XIX había generado un fenómeno de la “proletarización” y de la pauperización de grandes masas de trabajadores, una llamada cuestión social, que el movimiento obrero y la intervención estatal trataron de corregir. La pobreza del trabajador está, pues, en el origen del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social».

Pues bien, las recientes reformas de la para-subordinación, así como del trabajo autónomo y del trabajo subordinado ágil representan una señal indudablemente relevante, cuya eficacia tendrá pero que ser necesariamente evaluada con cuidado en el tiempo, a la luz de las transformaciones económicas y sociales que caracterizan la contemporánea realidad y que afectan a las trayectorias evolutiva del mismo Derecho del Trabajo.

EFFECTOS DEL USO DE LA APLICACIÓN “WHATSAPP” EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

M^a JOSÉ CERVILLA GARZÓN

Pfra. Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Relaciones laborales; nuevas tecnologías; “whatsapp”

El objeto del presente estudio se centra en el análisis de la doctrina judicial que está resolviendo las principales cuestiones que se están planteando en relación al uso del servicio de mensajería “whatsapp” en el ámbito de las relaciones laborales. Y ello en aras a determinar que los importantes efectos que el uso del mismo está teniendo en la relación de trabajo y la ausencia, en muchos casos, de una doctrina judicial uniforme, hacen aconsejable un replanteamiento del contenido de las normas jurídico-laborales y una mayor atención por parte de los agentes sociales en la negociación colectiva. Así, las posibilidades del empresario en cuanto a prohibición u obligación para los trabajadores de poseer dispositivos móviles, el valor probatorio que se va a otorgar a las conversaciones mantenidas a través de esta aplicación, la posible trasgresión de la buena fe contractual que se puede derivar de su uso o la posibilidad de que pueda ser aceptado como cauce para comunicar la finalización de la relación de trabajo, necesitan de un marco regulatorio que contribuya a limitar los posibles abusos empresariales y a la creación de mecanismos de información al trabajador sobre sus efectos.

ABSTRACT

Key Words: Labour relations; new technologies; “whatsapp”

The purpose of this study focuses on the analysis of judicial doctrine that is solving the major issues that are being raised regarding the use “whatsapp” in the field of labor relations. And this in order to determine that the important effects that the use of it is having on the employment relationship and the absence, in many cases, a uniform judicial doctrine, make it advisable to rethink the content of labor law standards and greater attention from the social partners in collective bargaining. The possibilities of the employer regarding prohibition or obligation for workers to own mobile devices, the probative value to be granted to the discussions through this application, the possible transgression of contractual good faith derivable use or the possibility that it can be accepted as a channel to communicate the end of the working relationship, need a regulatory framework that contributes to limit possible corporate abuses and the creation of mechanisms for information workers about their effects.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y DIFERENCIA CON OTRAS VÍAS DE COMUNICACIÓN RELACIONADAS CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
2. LA PROHIBICIÓN U OBLIGACIÓN DE UTILIZAR UN TELÉFONO MÓVIL EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO
3. LA TRASGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL
4. EL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DEL “WHATSAPP”
5. VALOR PROBATORIO DE LOS MENSAJES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL
 - 5.1. Obtención de la prueba: incidencia en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones
 - 5.2. Aportación de la prueba al proceso y valoración judicial de la misma
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y DIFERENCIA CON OTRAS VÍAS DE COMUNICACIÓN RELACIONADAS CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

El término “whatsapp” hace referencia al nombre de una aplicación que, una vez instalada en los denominados “teléfonos inteligentes” (o “smartphones”), permite enviar y recibir mensajes, tanto escritos como de voz, imágenes y fotografías, de forma instantánea. A diferencia de los más antiguos SMS, esta aplicación permite la comunicación simultánea entre grupos de personas a través de la creación de los denominados grupos o “chats”. El hecho de ser de carácter cuasi-gratuito y la rapidez con que se transmite la información ha provocado que su uso se haya convertido en una tendencia social muy generalizada, es más, en la actualidad en determinados ámbitos casi no se conciben las relaciones sociales y familiares al margen de esta aplicación. Y ello está teniendo su correlato, como no podía ser de otra manera, en el ámbito de las relaciones laborales, de tal forma que igualmente se está generalizando el recurso a esta aplicación como vía de interrelación entre el empresario y los trabajadores, y entre éstos entre sí, ya sea de forma bilateral o configurando los denominados “chats” corporativos.

Al igual que sucedió cuando comenzó a normalizarse el recurso a los correos electrónicos como forma de comunicación en el ámbito de la empresa, con el consiguiente abandono de la mensajería escrita tradicional, esta nueva tendencia en el mundo de las comunicaciones va a plantear, y de hecho ya está planteando, nuevos retos a los que deberá enfrentarse el Derecho del Trabajo. Precisamente nuestro estudio tiene su razón de ser en el hecho de que ya está abriendo camino en ello la doctrina de los Tribunales de lo Social. No es novedoso afirmar que nuestro Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo no han tenido su origen en este contexto tecnológico y social ni están, por lo tanto, adaptadas a las problemáticas derivadas de las nuevas formas de comunicación surgidas al amparo de las nuevas tecnologías. Por ello, son los Tribunales los que, partiendo de

nuestros principios constitucionales y los que puedan derivarse de dicha norma, van creando una doctrina que intenta adaptar el ordenamiento jurídico-laboral en el marco de estas nuevas relaciones de trabajo.

En esta alusión a la auténtica revolución que han impuesto las nuevas tecnologías en las formas de comunicación que se pueden utilizar en la sociedad actual, ya sabemos que el “whatsapp” no es la única. Básicamente, hay tres nuevas vías de comunicación que nos parece están alterando, de forma fundamental, las relaciones de trabajo por su posible impacto en el desenvolvimiento de las relaciones profesionales y en el alcance y conservación de los derechos del trabajador: el uso del correo electrónico, la presencia de las denominadas “redes sociales” y el recurso a las vías de mensajería instantánea a través del teléfono móvil, siendo el conocido “whatsapp” el más utilizado en la actualidad. Estos tres recursos tienen puntos en común, pero no son exactamente iguales y, por ello, la problemática derivada de su utilización puede tener matices diferenciales. Así, el correo electrónico permite una comunicación bilateral empresario –trabajador y también multilateral si hay reenvíos del mismo, mucho más inmediata y de carácter formal que evita el recurso al papel y exige el uso de medios telemáticos en red (ordenador o Smartphone, si éste tiene habilitada la opción de correo electrónico), que pueden estar protegidos con una clave de acceso. La mensajería “whatsapp” que tiene su origen, no en el uso de ordenadores, sino de “smartphones”, también agiliza las vías de comunicación pero no permite unos escritos de carácter formalizado pudiendo, también, compartirse su contenido mediante la configuración de grupos o “chats” en el que pueden participar varias personas e incluir mensajes de voz. En definitiva, su acceso es mucho más rápido y menos seguro que el correo electrónico (puesto que el teléfono puede no estar protegido por ningún tipo de clave de seguridad), es un recurso de carácter informal y puede ser una vía de comunicación con más de dos destinatarios. Mayores diferencias con estas dos vías de comunicación presentan las denominadas “redes sociales” (Facebook, twitter, Instagram...) caracterizadas, precisamente, por su vocación de informalidad y universalidad en las comunicaciones, no teniendo ningún sentido su utilización para transmitir mensajes a un único sujeto y que éste sea de contenido estrictamente profesional. No tiene, por lo tanto, el mismo alcance el contenido de un mensaje “whatsapp” que las conversaciones que se mantienen a través de las redes sociales en relación al número de sujetos que van a conocer su contenido, mucho más numerosos en el segundo caso.

Delimitadas estas tres nuevas formas de comunicación social y partiendo de que existen diferencias claras entre ellas, nuestro estudio se va a centrar en las disfunciones que la utilización de los “whatsapp” puede producir en el ámbito de las relaciones de trabajo asalariadas, realizando un análisis de la jurisprudencia reciente. Como hipótesis de partida, entendemos que la existencia de estas formas

tan accesibles e inmediatas de comunicación no pueden llegar a constituir un instrumento de precarización de las relaciones laborales, de forma que se llegue, incluso, a la vulneración de derechos constitucionales como la intimidad, la no discriminación, el derecho al secreto de las comunicaciones o la tutela judicial efectiva¹. En definitiva, se trata de reflexionar sobre el hecho de que la generalización en el uso de canales de comunicación cada vez más informales entre el empresario y los trabajadores, y entre éstos entre sí, no puede suponerla creación de una vía para trasgredir la buena fe contractual, tanto por parte del empresario como por parte de los trabajadores.

Los factores esenciales en la problemática que el “whatsapp” puede presentar se encuentran, a nuestro juicio, en éstos elementos que lo caracterizan:

- La facilidad en el acceso. No hay que abrir, ni siquiera, un ordenador, sólo encender un teléfono móvil. Ello implica que, por una parte, el trabajador puede comunicarse con muy poco tiempo para procesar lo que escribe y, por otra, que el empresario puede controlar muy fácilmente el uso por el trabajador si está en su centro de trabajo, sólo tiene que mirar su teléfono. Con ello se relaciona el hecho de que el teléfono puede utilizarse tanto en horas de trabajo como fuera de la jornada laboral, por lo que debe valorarse si sólo son relevantes las comunicaciones que se producen durante el tiempo de trabajo, y que es muy frecuente que entre compañeros de trabajo se disponga del número móvil de todos ellos para gestionar cuestiones profesionales, lo cual implica un acceso inmediato a la aplicación “whatsapp” de cualquiera de ellos.

- La propiedad del teléfono puede ser de la empresa o del trabajador, elemento diferencial muy importante respecto a otras vías de comunicación que, generalmente, utilizan los ordenadores propiedad del empresario.

- La rapidez con que se transmite la información sin que, prácticamente, exista posibilidad de arrepentimiento respecto del contenido antes de que llegue al receptor. En el caso de los correos electrónico, al ser de carácter formal y de acceso más lento, parece que la intencionalidad sobre lo que se comunica es mayor

- El hecho de que se deja constancia escrita de lo transmitido de la misma forma que con los correos electrónicos o las cartas manuscritas, lo cual implica que puede probarse lo manifestado por el trabajador o el empresario a través de este medio, de forma fehaciente. En caso de que se transmitan mensajes de voz, a diferencia de las llamadas telefónicas éste queda grabado y puede volver a re-

¹ Ya han alertado sobre ello autores como Sempere Navarro, A.V. y Mateos de Cabo, O. “Nuevas herramientas informáticas y derecho”, en *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico* (C. San Martín Mazzucconi, Dir.), ediciones Eolás, 2014, pp. 23 y ss.

producirse, lo cual facilita su uso como medio de prueba y su tratamiento como tal será diferente.

- Por último, la posibilidad de que la información transmitida llegue en el mismo momento a un colectivo de personas integradas en un “chat”, lo cual multiplica el impacto que pueda tener el contenido del mensaje y, por ende, repercute en la posibilidad de que se pueda atentar contra derechos como la intimidad o el honor de forma pública. No llega, sin embargo, a tener el amplio alcance que tiene el uso de las redes sociales en cuanto a número de sujetos receptores de un mensaje.

Actualmente las resoluciones de los Tribunales están configurando un marco jurídico que ya tiene entidad propia en relación a los problemas jurídico-laborales derivados del uso del “whatsapp” en un entorno profesional. En este sentido, debemos destacar la gran cantidad de sentencias en las cuales el “whatsapp” se convierte en un aspecto fundamental de la controversia objeto del procedimiento, aun cuando en nuestro estudio sólo vamos a hacer referencia a aquellas que nos parecen más ilustrativas de las materias que vamos a abordar.

En esta panorámica que pretendemos trazar sobre los problemas jurídico-laborales derivados del uso del “whatsapp”², vamos a centrarnos en las controversias derivadas de las cuestiones siguientes:

- El margen que tiene el empresario para prohibir al trabajador el uso del teléfono móvil o, a “sensu contrario”, para imponer al trabajador la obligación de proporcionar a la empresa su número de teléfono.

- El posible uso del “whatsapp” como instrumento para transgredir la buena fe contractual y como manifestación del poder de dirección del empresario.

- La utilización del “whatsapp” como cauce para comunicar la extinción de la relación laboral, ya sea por parte del empresario como por parte del trabajador.

- El valor probatorio que tienen los mensajes “whatsapp” en la jurisdicción social como forma de acreditar incumplimientos de la normativa laboral, ya se hayan remitido dentro o fuera de la jornada de trabajo.

- El alcance del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones que tienen los trabajadores en relación al posible control de los mensajes por el empresario.

² Sobre el particular, vid. Cuadros Garrido, M.E “El uso del whatsapp en las relaciones laborales”, Revista Española de Derecho del Trabajo, 171/2014.

2. LA PROHIBICIÓN U OBLIGACIÓN DE UTILIZAR UN TELÉFONO MÓVIL EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Como cuestión inicial que nos planteamos, pues de ella derivan todas las siguientes consideraciones que podamos hacer, es si es posible limitar el recurso a este servicio de mensajería en el ámbito de las relaciones laborales o, dicho de otro modo, si puede el empresario prohibir el uso del “whatsapp”, bien sea como instrumento de trabajo o como prohibición del uso del teléfono durante el tiempo de trabajo. Frente a esta posible prohibición también habrá que valorar la legitimidad de la opción empresarial opuesta, es decir, que su intencionalidad podría ser, no la de prohibir, sino la de obligar al trabajador a proporcionar su número de móvil a la empresa para poder mantener comunicaciones con él, ya sea de voz o a través de servicios de mensajería instantánea. Esta opción no parece que vaya a ser inusual hoy en día dada la generalización existente en la instalación de estas aplicaciones y la rápida y gratuita comunicación que permiten. Y tiene no poca incidencia en los planteamientos actualmente en vigor sobre la posible necesidad de delimitar el derecho de los trabajadores a la desconexión laboral, entendiendo tal derecho como el que deben tener los trabajadores a disfrutar de los tiempos legales de reposo, sin obligación de estar conectado a la empresa a través de medios tecnológicos como el ordenador o el teléfono móvil³. En este sentido, comienzan a ser referentes los acuerdos de empresa adoptados en países como Francia o Alemania, relativos al derecho de los trabajadores a la desconexión laboral⁴, y la muy significativa modificación del Código de Trabajo francés incluyendo el reconocimiento de este derecho⁵. Así, su art. 2242-8 incorpora un nuevo epígrafe 7, en virtud del cual la negociación colectiva anual sobre igualdad profesional entre mujeres y hombres y la calidad de vida del trabajo, incluirá: “Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar”⁶.

³ Sobre el particular, vid. Mella Méndez, L. “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, Trabajo y Derecho, 16/2016.

⁴ Mayoritariamente acuerdos de empresa (Atos, Volkswagen...) en los cuales se pone fin a la emisión de correos electrónicos durante el tiempo de trabajo.

⁵ Previamente incluida en el Proyecto de Ley presentado el 24 de marzo de 2016 “*visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs*”, art. 25, en el cual se incluye un capítulo gráficamente titulado “Adaptación de la legislación laboral en la era digital”. La aprobación de la Ley 216-1088, de 8 de agosto de 2016, “*relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*”, introduce en su art. 55 la modificación del citado precepto.

⁶ Ciertamente, los denominados “dispositivos digitales” no está claro si incluirán el uso de los smartphones, pero lo que sí es cierto es que la reforma normativa es indicativa de que en Francia

Comenzando por las posibilidades de prohibición que pueda tener el empresario, en este aspecto entra en juego una cuestión que, entendemos, va a tener una relevancia fundamental. Se trata de la determinación de si el dispositivo móvil en el cual esté instalada la aplicación es propiedad o no del empresario (es decir, si se trata de un teléfono de empresa). Si es propiedad de la empresa, entendemos que es posible que el empresario prohíba instalar en él la aplicación puesto que está legitimado para delimitar las funcionalidades del teléfono. Si no es propiedad de la empresa, aquí la cuestión nos plantea más problemas.

Por una parte, evidentemente no puede haber una prohibición al trabajador para instalar el servicio de mensajería, puesto que éstos son de carácter privado y el empresario ni siquiera tendría derecho a tener la información de si el trabajador lo tiene o no. Cuestión distinta es que el empresario prohíba el uso de este servicio en el desarrollo del trabajo, ya sea un móvil particular o de empresa, existiendo incluso cláusulas de convenio colectivo en las que se refleja esta prohibición⁷. Pero, aunque así fuera, escaparían posibilidades de uso al control del empresario, pues no podría impedir que entre compañeros de trabajo se comunicasen por esta vía fuera del horario laboral, o incluso dentro en sus periodos de descanso.

En definitiva, aun cuando exista una prohibición expresa de uso de esta aplicación durante el tiempo de trabajo, es posible que se produzcan incumplimientos laborales, sobre todo relacionados con la trasgresión de la buena fe contractual, si entre compañeros de trabajo se utiliza este servicio de mensajería de forma voluntaria y privada (por ejemplo, que se den situaciones de acoso).

Analizando la situación inversa, es decir, la posible imposición al trabajador de estar conectado con la empresa a través el teléfono móvil, debemos traer aquí a colación una importante sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015⁸ en la que, si bien es cierto no se hace referencia literal al servicio “whatsapp”, puede resultar igualmente aplicable, pues la cuestión esencial debatida por el Tribunal es si en un contrato de trabajo se pueden incluir cláusulas en virtud de las cuales el trabajador acepta que cualquier tipo de comunicación relativa al contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, pueda ser enviada vía SMS o correo electrónico, mensaje de texto o documento adjunto al mismo. Y ello según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto. Los preceptos cuya vulneración

hay una inquietud por las consecuencias derivadas de la introducción de nuevas tecnologías en la relación laboral, que deben comenzar a ser abordadas por los interlocutores sociales.

⁷ En este sentido, convenio colectivo provincial para el sector de oficinas y despachos de Zamora, resolución de 28 de abril de 2014, art. 30 n), en el que se califica como falta grave ya sea desde el móvil personal, empresa u ordenador.

⁸ Sentencia que resuelve un Recurso de Casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, de 28 de enero de 2014, y que confirma en todos argumentos.

se valora se encuentran en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal⁹ (en adelante LOPD) y su Reglamento de desarrollo¹⁰, concretamente sus previsiones en cuanto a que no es necesario el consentimiento del afectado “cuando los datos de carácter personal ...se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”¹¹ y la exclusión de su aplicación a los ficheros que incorporan datos de personas físicas que prestan servicios para personas jurídicas, consistentes en “...dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”¹². Estas previsiones se relacionan, según la sentencia del alto Tribunal, con el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 Constitución Española al secreto en las comunicaciones (“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”).

El Tribunal Supremo entiende que prima la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores¹³ y determina la nulidad de estas cláusulas en base a que debe existir consentimiento del trabajador para aportar los datos relativos al teléfono móvil al no ser necesarios para el mantenimiento del contrato, “mucho menos imprescindibles”, como exige el art. 6.2 LOPD. Como el Tribunal indica, en absoluto se niega a que el trabajador pueda voluntariamente aportar estos datos al empresario, incluso entiende que “podiera resultar deseable”. Lo que considera ilegítimo es que existan estas cláusulas/tipo, puesto que la debilidad contractual del trabajador puede viciar su consentimiento, que no sería totalmente libre y voluntario. Resuelve el Tribunal, por lo tanto, que estas cláusulas son abusivas.

Ahora bien, el supuesto de hecho del que parte la citada sentencia no contempla las situaciones en las cuales la empresa es la que da el teléfono móvil al trabajador, siendo titular del contrato y asumiendo sus costes. En tales casos no parece que pueda alegarse un incumplimiento de la LOPD y, si el uso de ese dispositivo forma parte de las condiciones que debe asumir el trabajador al firmar su contrato, parece que sí va a estar sujeto a la obligación de comunicarse a través del mismo. De hecho, el art. 2.2 Real Decreto 1720/2007 excluye la aplicación de la protección a el teléfono y número de fax “profesionales”¹⁴.

⁹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

¹⁰ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

¹¹ Art. 6.2 LOPD

¹² Art. 2.2 Real Decreto 1720/2007.

¹³ Con alusión a su ya reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en relación a que el contrato de trabajo no es un título legitimador del recorte en el ejercicio de los derechos fundamentales, debiendo su modulación ser imprescindible, proporcional y adecuada. Por todas, sentencias 126/2003, 213/2002, 20/2002 y 80/2001.

¹⁴ A lo cual alude expresamente la sentencia en su Fto.Jco. tercero, apartado 2 “in fine”, excluyendo así de su doctrina a los móviles corporativos.

En resumidas cuentas, para el Tribunal Supremo es legítimo que el trabajador voluntariamente le indique su número de teléfono al empresario, cuando no se trate de un móvil de empresa, siempre y cuando no se le imponga como cláusula preestablecida en su contrato de trabajo y tenga libertad para cancelarlo cuando quiera¹⁵. Y también es legítimo que se conozca el número por el empresario cuando éste sea el propietario del teléfono móvil.

Ya no como cláusula contractual, sino incluida en los propios Convenios colectivos, encontramos que hay algunos en los que se prevé como posible medio de comunicación de cuestiones laborales el uso específico del “whatsapp”. Así sucede en el convenio colectivo de la Comunidad Foral de Navarra del sector de transporte de viajeros por carretera¹⁶ y de la provincia de Sevilla del sector de aderezo, relleno, envasado y exportación de aceitunas¹⁷, aun cuando en ambos casos también se contemplan mecanismos alternativos de comunicación con el trabajador¹⁸. La cuestión a delimitar será si esta doctrina del Tribunal Supremo también hay que hacerla extensible a las previsiones negociadas en convenio colectivo. En caso afirmativo, que parece lo más ajustado a derecho, habrá que interpretar el contenido de estas cláusulas en el sentido de que la comunicación que implica una obligación para el trabajador de aportar su número de teléfono tiene que ser expresamente consentida por el trabajador y deben existir otros medios alternativos previstos en el propio convenio.

3. LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Sobre la posible utilización de este servicio de mensajería instantánea como circunstancia que pueda suponer una trasgresión de la buena fe contractual y, por lo tanto, una causa legítima de despido “ex” art. 54.2 d) Estatuto de los Trabajadores, debemos diferenciar entre dos situaciones posibles, ambas contempladas en resoluciones de los Tribunales. Por una parte, que el mero uso del teléfono móvil en la empresa y, por ende, de esta aplicación, pueda ser considerada como un factor de incumplimiento de la jornada laboral y de los deberes profesionales del trabajador. Por otra parte, que estos mensajes puedan tener un contenido en el cual esté inserto este incumplimiento contractual por motivos diversos. A la luz

¹⁵ Este último extremo puntualizado por la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2014.

¹⁶ De 25 de mayo de 2015, en su art. 3.5 prevé avisar por este medio la ejecución de los servicios a realizar.

¹⁷ De 21 de mayo de 2014, en cuyo art. 24 se prevé como instrumento para preavisar la llamada a los trabajadores fijos-discontinuos.

¹⁸ En el segundo caso el e-mail, y en el primero el tablón de anuncios de la empresa o el correo electrónico.

de las resoluciones analizadas podemos afirmar, sin duda, que el contenido de los mensajes está siendo valorado y tenido en cuenta por los Tribunales como un elemento que puede interferir en la buena fe contractual, tanto si los mensajes se redactan y envían dentro de la jornada de trabajo como fuera de la misma. Y tanto si son mensajes con un único receptor como si están insertos en un “chat” al cual tenga acceso más de una persona.

En cuanto al mero uso de este servicio de mensajería durante el tiempo de trabajo, ya hay resoluciones judiciales que apoyan el despido de un trabajador por esta circunstancia cuando en las empresas existía una prohibición, bien de su uso o bien del uso de correo electrónico, para cuestiones particulares¹⁹. También hay supuestos en los cuales se legitima el despido debido a que el uso del teléfono móvil implicaba un peligro para la integridad física del trabajador o de otros sujetos, estando incluso prohibido su uso por otras legislaciones (caso de los conductores de vehículo), en cuyo caso es obvio el abuso de confianza y la extralimitación de la buena fe contractual²⁰.

Por otra parte, las posibilidades de que el propio contenido de los mensajes pueda dar lugar a la trasgresión de la buena fe contractual se está manifestado de forma positiva en diversas resoluciones. El supuesto de hecho que, en mayor número de ocasiones, se está teniendo en consideración, son los insultos o descalificaciones realizados a otro compañero a través de estos mensajes, dentro y fuera de la jornada laboral²¹.

Y, en este mismo ámbito de lo que pudieran ser agresiones “verbales”, ya hay resoluciones en las que la apreciación de existencia o no de acoso moral o sexual en el trabajo se está valorando teniendo en cuenta, entre otros factores, el contenido de los mensajes “whatsapp” que se hayan podido remitir a la persona afectada por el supuesto acosador. Y ello tanto en aras a considerar la existencia de acoso como para demostrar que no ha existido²². Es decir, que si los términos de las conversaciones mantenidas en el periodo de tiempo al que alcance la ale-

¹⁹ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 22 de enero de 2015, legitima el despido porque hay una prohibición expresa en el convenio colectivo y las conversaciones son privadas. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sentencia de 9 de junio de 2015, legitima el despido aun cuando lo prohibido en la empresa es el uso privado del correo electrónico, por usar este servidor en el trabajo de forma habitual.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 29 de septiembre de 2015.

²¹ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 16 de marzo de 2015 (en cuyo supuesto de hecho la discusión se inicia en un “chat” de un grupo de trabajadores), de Cataluña de 20 de enero de 2015 y de 30 de septiembre de 2015 (en esta última, incluso admitiéndose que es un “medio de comunicación personal”).

²² Son prueba de la existencia de acoso en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2014 y de Castilla-la Mancha de 12 de febrero de 2015.

gación han sido normales, este factor también puede ser relevante para acreditar la falta de acoso²³. Este medio, por lo tanto, puede ser un elemento positivo en los casos en los que se den situaciones reales de acoso si éste se manifiesta en los mensajes pero, “a sensu contrario”, también podría llegar a perjudicar a las víctimas si existen conversaciones normales, como medio para acreditar la ausencia del mismo.

Hay otras resoluciones en las cuales la trasgresión de la buena fe contractual no deriva del contenido “insultante” de los mensajes, sino del hecho de realizar conductas que el Tribunal entiende van más allá de la buena fe que es obligatoria para el trabajador. Así, en el caso de cuidadoras de menores en guarderías, los mensajes jocosos vertidos en un “chat” de trabajadores de la empresa sobre circunstancias relativas a los menores, acompañados de fotos del menor, son considerados como trasgresión de la buena fe contractual y justifican el despido de las trabajadoras²⁴. Igualmente, en el caso de un trabajador dedicado a la actividad de conservación de carreteras que subió a un grupo “whatsapp” de trabajadores de la empresa unas fotos de un vehículo accidentado y del conductor fallecido²⁵. Y el hecho de que se produzca fuera del horario laboral no es una circunstancia que para el Tribunal sea valorable²⁶, pues lo que tiene en cuenta es el hecho en sí del comportamiento impropio.

El contenido de estas sentencias es muy destacable, pues implica que el trabajador debe mantener un comportamiento respetuoso con las obligaciones propias de su contrato de trabajo, tanto dentro como fuera de la empresa, si lo ponemos en relación al uso del “whatsapp”. Así, un comentario como el que se contempla en estas resoluciones, que se haga en un entorno privado y de forma verbal, no tendrá ningún tipo de sanción, pero si queda transcrito en un grupo de “whatsapp” de trabajadores de la empresa ya trasciende del ámbito de lo estrictamente privado y cae dentro de las conductas laborales sancionables. De alguna manera, estas aplicaciones están haciendo trascender el concepto de centro de trabajo y jornada laboral como espacios en los que el trabajador está sujeto a las implicaciones que conlleva la buena fe contractual, sobre todo cuando se crean “chats” de grupos de trabajadores en los que se puede multiplicar el efectos de los comentarios, videos o fotografías publicados.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 27 de noviembre de 2014 y Auto del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2016.

²⁴ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de julio de 2014 y 3 de febrero de 2015.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, de 2 de julio de 2015.

²⁶ Como expresamente indica el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de 11 de julio de 2014.

4. EL EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO A TRAVÉS DEL “WHATSAPP”

En relación al ejercicio del poder de dirección del empresario a través de esta aplicación, nos parece obvio que, cuando el art. 20.2 Estatuto de los Trabajadores determina que, en relación al cumplimiento de las órdenes del empresario, los trabajadores cumplirán “las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección”, se está permitiendo que el empresario transmita sus indicaciones a través de los medios que considere oportunos, siempre que el trabajador tenga acceso a ellos. Así, el correo electrónico, los mensajes telefónicos o estos servicios de mensajería electrónica pueden ser, en principio, instrumentos válidos para el ejercicio del poder de dirección²⁷.

Sobre el uso de los mensajes como cauce para ejercer el poder de dirección es destacable que, como indicamos en epígrafes anteriores²⁸, ya hay negociados convenios colectivos en los que expresamente se contempla la posibilidad de informar al trabajador de determinados aspectos relacionados con la ejecución de su trabajo a través de aplicaciones instaladas en el teléfono móvil.

Pero, al margen de que esté o no prevista su utilización en el convenio colectivo aplicable, a la vista de las sentencias analizadas el uso del “whatsapp” está bastante generalizado en lo que a instrumento de impartición de órdenes del empresario se refiere, pues son numerosas aquellas en las que se aportan este tipo de mensajes enviados entre el empresario (o persona en quién éste delegue) y sus trabajadores como prueba indiciaria de la existencia de una determinada orden empresarial o, incluso, de la dependencia que caracteriza a la relación laboral. Por lo tanto, el intercambio de estos mensajes, en función de su contenido o intensidad, pueden llegar a ser considerados por los Tribunales como un elemento probatorio de la laboralidad que preside una determinada relación profesional²⁹.

²⁷ Destacamos, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 1997, en la que se establece la legalidad del uso del teléfono móvil como instrumento de ejercicio del poder de dirección, pero con limitaciones en cuanto a que no puede obligarse al trabajador a una comunicación continua, incluso fuera de las horas de trabajo. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 5 de febrero de 2016, también alude al uso de esta aplicación como medio legítimo para recordar sus obligaciones al trabajador.

²⁸ Vid. convenios citados en epígrafe 2, notas al pie 15 y 16.

²⁹ En este sentido, por todas aludimos al contenido de dos resoluciones. Por una parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de febrero de 2014, determina la falta de laboralidad en una relación de trabajo en base al contenido de las conversaciones “whatsapp”, de las que no se podía deducir esa circunstancia. En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 21 de mayo de 2014, afirma la existencia de relación laboral en base a las instrucciones recibidas por la trabajadora vía “whatsapp”.

Otra posible funcionalidad que parece estar adquiriendo este servicio de mensajería en el entorno laboral, en relación al ejercicio del poder de dirección del empresario, es la de servir como cauce formal para notificar sanciones al trabajador, en concreto para extinguir la relación laboral. El Estatuto de los Trabajadores, según el origen de la extinción del contrato, tiene mayores o menores exigencias en relación a los requisitos formales que deben acompañarla, lo cual, lógicamente, parece debería tener su incidencia en la admisión de los mensajes “whatsapp” como procedimiento formal elegido. Y ello porque no puede considerarse, en principio, como un medio que tenga las mismas garantías y formalidad que otros como el correo electrónico o la carta escrita tradicional.

Si la extinción la provoca el trabajador contratado, en caso de dimisión es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que no es necesario una declaración de voluntad formal y que la ruptura se puede manifestar de forma expresa o tácita. Si se tratase de un abandono la informalidad todavía es mayor, pues éste se caracteriza por la ausencia de preaviso al empresario y, por lo tanto, por la ausencia de comunicación de la decisión extintiva. Por otra parte, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que admite la extinción del contrato por voluntad del trabajador en caso de incumplimientos empresariales “ex” art. 50 Estatuto de los Trabajadores, sin que sea exigible que permanezca en su puesto de trabajo hasta que recaiga sentencia firme, no encontramos en la norma ninguna previsión legal en relación a la forma en que deba el trabajador comunicar al empresario su voluntad de dejar de prestar servicios, ni siquiera podemos afirmar que exista dicha obligación³⁰.

Sin embargo, si la extinción es provocada por una decisión unilateral del empresario, en determinados supuestos (fundamentalmente los relacionados con el despido disciplinario que debe notificarse “por escrito... haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”³¹, en la extinción por causas objetivas se precisa “comunicación escrita expresando la causa”³²) los requisitos formales son más exigentes y habría menos posibilidad para el uso de estos mensajes como vía de transmisión. En otros, en cambio, existe un amplio

³⁰ Tradicionalmente los Tribunales venían estimando que dicha extinción implica la solicitud mediante demanda ante el Juez de Lo Social y manteniéndose la prestación de servicios del trabajador, criterio modificado por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012, en la cual no se especifica la forma en la cual debe producirse el cese en el trabajo. Sobre el particular, Del Val Tena, A.L. “Extinción del contrato por dimisión del trabajador: incumplimiento del plazo de preaviso comprometido en la comunicación dirigida al empresario”, *Aranzadi Social*, 3/2000, p. 1 y Azagra Solano, M. “Extinción del contrato por incumplimiento del empresario ¿es necesaria una resolución judicial?”, *Aranzadi Doctrinal*, 11/2013.

³¹ Art. 55.1 Estatuto de los Trabajadores.

³² Art. 53.1 a) Estatuto de los Trabajadores.

margen de flexibilidad en la exigencia de formalismos (por ejemplo, en la denuncia del fin de los contratos temporales) que sí podría dar cabida a esta forma de comunicación.

Atendiendo al contenido de las resoluciones judiciales que han valorado la eficacia de estos mensajes en caso de dimisión del trabajador, hay que traer a colación, en primer lugar, la consolidada doctrina judicial que establece la diferencia entre la declaración, expresa o tácita, de la voluntad extintiva del trabajador que obligatoriamente debe producirse. Así, la declaración expresa se produce cuando “se utilizan signos, por lo comunes escritos u orales”, y la tácita cuando “lleva a cabo un comportamiento o conducta de los que se infiere inequívocamente su voluntad”³³.

En aplicación de esta doctrina, es bastante significativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de octubre de 2015, en la cual se admite la validez de la manifestación de la voluntad extintiva de la trabajadora vía “whatsapp”³⁴. Ciertamente es que el supuesto de hecho enjuiciado parte de la existencia de hechos concluyentes anteriores al envío del mensaje relacionados con la decisión de no volver al trabajo, cuales son la manifestación verbal directa y el posterior despido de los compañeros de trabajo. Es la suma de todo ello lo que hace que el Tribunal entienda que ha habido una manifestación “clara e inequívoca” de la voluntad de romper la relación laboral. Por ello, entendemos que, en principio, esta sentencia no debe interpretarse como una admisión de que los mensajes “whatsapp” vayan a ser, a partir de ahora, el único indicio a tener en cuenta para interpretar la voluntad extintiva de un trabajador. La evolución de las resoluciones judiciales, sin embargo, parece ir en la línea de considerar que el mero contenido del mensaje ya es válido para considerar existente la voluntad extintiva, como así se deduce de la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, de 15 de abril de 2016. En sentido contrario, también alguna resolución admite el contenido de estos mensajes para probar que un trabajador no ha cesado ni abandonado en su prestación de servicios, pues se puede acreditar el mantenimiento de relación entre empresario y trabajador³⁵.

³³ Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2001, y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 4 de noviembre de 2014. Sobre el particular, vid. Palomino Saurina, P. “Manifestación clara de la voluntad del trabajador: un requisito imprescindible para que la relación laboral se considere extinguida por dimisión o abandono”, *Aranzadi Social*, 20/2007.

³⁴ Hay otra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 23 de junio de 2014, relacionada con esta cuestión, pero en ella el mensaje lo que hace es apoyar es ratificar el cese en el trabajo, pues el abandono ya se había producido anteriormente.

³⁵ Sentencia de 23 de febrero de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en este caso por el cruce de SMS.

En definitiva, puesto en relación con la extinción del contrato por el trabajador, este servicio de mensajería comienza a adquirir valor jurídico probatorio en todos los sentidos, de lo cual debe ser muy consciente el trabajador teniendo en cuenta la doctrina judicial en virtud de la cual la retractación posterior no tiene validez jurídica³⁶.

Si la extinción del contrato proviene de una decisión empresarial, cuando esta decisión se toma durante el periodo de prueba las resoluciones analizadas admiten unánimemente el uso de este servicio de mensajería para comunicar el fin de la relación laboral al trabajador³⁷. Probablemente porque, como literalmente se afirma en la doctrina del Tribunal Supremo, el cese en este periodo “no exige...ninguna clase especial de comunicación”. La fecha de inicio de cómputo de la caducidad, en caso de recurso, sería la fecha en que se envía el mensaje al trabajador³⁸.

En los supuestos en que la decisión empresarial vaya a constituir un despido del trabajador que ya ha superado el periodo de prueba, encontramos resoluciones judiciales que se pronuncian en sentido contradictorio. Así, de la sentencia de 19 de marzo de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía parece deducirse que la improcedencia del despido deriva del incumplimiento de los requisitos formales exigidos por el art. 55.1 Estatuto de los Trabajadores, al ser comunicado vía “whatsapp” por el empresario³⁹. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 14 de abril de 2015, no determina la improcedencia de un despido disciplinario que se comunica por mensaje “whatsapp”. Por otra parte, en la sentencia de 20 de febrero de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias también parece reconocerse cierta validez a este medio de comunicación de la extinción de la relación laboral, cuando es el trabajador el que obstaculiza el envío de la carta de despido a su domicilio particular. En este caso, el Tribunal argumenta aludiendo a la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual la notificación del despido se produce “cuando la empresa ha puesto todos los medios a su alcance para hacer llegar la notificación al trabajador despedido”⁴⁰.

³⁶ Por todas, sentencias de 7 de noviembre de 1989 y 6 de febrero de 2007. Precisamente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 22 de enero de 2015, la retractación del trabajador, cuya validez no se admite, se comunica por el trabajador a través de un mensaje “whatsapp”.

³⁷ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, de 16 de junio de 2014, y de Galicia de 5 de junio de 2015.

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de junio de 2015.

³⁹ En el supuesto enjuiciado, una comunidad de propietarios comunica el despido, por este medio, a una jardinera que prestaba servicios en ella, siendo posteriormente declarado nulo porque la trabajadora estaba embarazada en la fecha del despido.

⁴⁰ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1990 y de 9 de noviembre de 1998.

En definitiva, si la extinción del contrato se produce durante el periodo de prueba, los Tribunales no encuentran impedimento para utilizar los mensajes “whatsapp” como forma de comunicación al trabajador. Si se trata de un despido disciplinario, la legalidad vigente y una consideración hacia las garantías jurídicas de los derechos de los trabajadores, entendemos imponen la exigencia de uso de medios de comunicación que aporten una mayor fiabilidad. Sin embargo, a falta de puntualizaciones legales la doctrina de los Tribunales no es firme, en este sentido.

Este mismo criterio debería hacerse extensivo a la comunicación de otras sanciones a los trabajadores, si son graves o muy graves, pues similares requisitos formales les exige el art. 58 ET: “requerirán comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan”. A falta de resoluciones judiciales que se hayan pronunciado sobre la validez de los mensajes “whatsapp” como forma de comunicación al trabajador, en estos casos, entendemos que, en primer lugar, primará lo previsto en el convenio colectivo y, en segundo lugar, entendemos que debería ser exigible un medio fiable y en el que, en todo caso, puedan hacerse constar los requisitos exigidos por el precepto legal de forma clara y precisa.

5. VALOR PROBATORIO DE LOS MENSAJES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL E INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Sin duda uno de los temas que está generando mayor controversia en relación a los efectos de los mensajes “whatsapp” es el de su posible validez como medio de prueba, no sólo en el marco de la jurisdicción social, sino también civil y, sobre todo, penal. En términos generales, los medios de reproducción de palabras, sonidos o imágenes son admitidos como medios de prueba, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴¹ como en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴², en virtud de la cual “Las partes...podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados...incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio del soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

La problemática suscitada, en este ámbito, por los mensajes “whatsapp”, se va a plantear en las tres fases que se pueden diferenciar en la aportación de prue-

⁴¹ Arts.299.2 y 382 y ss.

⁴² Art. 90.1.

bas en un procedimiento judicial, esto es: la obtención de la prueba, la aportación de la prueba en el proceso y la valoración judicial de la misma⁴³.

5.1. Obtención de la prueba: incidencia en el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones

Comenzando por los medios de obtención de la prueba, lo previsto en el art. 90.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es que no serán admisibles la pruebas que se hayan obtenido violando derechos fundamentales o libertades públicas. Reiteradamente la doctrina viene advirtiendo sobre la incidencia que los avances tecnológicos pueden tener sobre los derechos fundamentales de los trabajadores⁴⁴, así como es reiterada la doctrina constitucional en cuanto a que la condición de “trabajador” no despoja al ciudadano de su protección⁴⁵. Básicamente los derechos que van a poder verse afectados cuando los ponemos en relación con la obtención de las pruebas aportadas al proceso judicial van a ser el derecho al secreto de las comunicaciones⁴⁶, el derecho a la intimidad⁴⁷ y el derecho a la protección de datos. Atendiendo al contenido de la jurisprudencia constitucional, el derecho al secreto de las comunicaciones no va a poder ser alegado como argumento para restar validez a la prueba en base a los mensajes cuando sean aportados por alguno de los propios comunicantes⁴⁸, aun cuando ésta sea una forma de comunicación que pueda implicar su vulneración pues “la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo, cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada⁴⁹”. La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ha acogido, en diversas resoluciones, dicha doctrina cuando uno de los intervinientes en la comunicación a través de “whatsapp” ha aportado el contenido del mensaje como prueba en el juicio⁵⁰.

Cuestión distinta es que sea una de las partes de la relación laboral no interviniente en la comunicación, normalmente el empresario, el que pretenda aportar el contenido de mensajes “whatsapp” cuyo contenido se conoce por el análisis de un teléfono móvil que puede no ser de su propiedad. En tales casos, puesto que

⁴³ Delgado Martín, J. “La prueba del whatsapp”, Diario La Ley, 8605/2015, pp. 2 y ss.

⁴⁴ Gude Fernández, A., “La video vigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad”, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, 34/2014, p. 1.

⁴⁵ Por todas, sentencia 197/1998, de 13 de octubre.

⁴⁶ Art. 18.3 Constitución española: “*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas*”.

⁴⁷ Art. 18.1 Constitución Española.

⁴⁸ Sentencias 281/2006, de 9 de octubre y 114/1984, de 29 de noviembre, en función de las cuales “el derecho alcanza frente a terceros ajenos a la propia comunicación”.

⁴⁹ Sentencia 281/2006

⁵⁰ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 22 de enero de 2016, de Galicia de 25 de abril de 2014 y de Cataluña, de 15 de julio de 2014.

la doctrina del Tribunal Constitucional viene ampliando el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones tanto a la interdicción de la interceptación como al conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas⁵¹, se puede producir la vulneración, tanto del derecho al secreto de las comunicaciones, como del derecho a la intimidad de los trabajadores.

Actualmente existe ya un abundante número de resoluciones judiciales que abordan el alcance y los límites del derecho a la intimidad de los trabajadores en el marco de la relación laboral, cuando median comunicaciones mediante aparatos de tipo electrónico, como pueden ser los ordenadores⁵² o los teléfonos móviles, aun cuando bien es cierto que, de forma minoritaria, se refieren a la problemática planteada por los mensajes enviados y recibidos a través de un “Smartphone”. Esta cuestión entendemos que se puede abordar de dos formas distintas según quién sea el propietario del mismo, la empresa o el trabajador afectado⁵³. En este aspecto es donde radica una de las principales diferencias con la problemática jurídica que se ha venido planteando en relación al alcance del derecho a la intimidad cuando se proyecta sobre el contenido de los correos electrónicos remitidos por los trabajadores durante su tiempo de trabajo, o en relación a determinados medios de vigilancia como las videocámaras. Así, si estos medios electrónicos de vigilancia son siempre propiedad del empresario, y normalmente los ordenadores que se ponen al servicio de los trabajadores en las empresas también, el teléfono móvil puede, bien ser propiedad del empresario (los conocidos como teléfonos de empresa) o bien propiedad del trabajador, que no es nada infrecuente en la mayor parte de los casos. Incluso es posible que el uso sea mixto, si el trabajador ha consentido en dar su número privado como medio de comunicación con la empresa.

Cuando el teléfono móvil es propiedad del trabajador, aun cuando ponga su número de teléfono a disposición de la empresa éste tiene una expectativa de confidencialidad⁵⁴ que no puede ser compatible con la posibilidad de que el empresario registre su contenido para hacerlo valer como prueba judicial. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de junio de 1992⁵⁵, ya determinó que se vulnera el derecho a la intimidad de un trabajador si se graban sus conversaciones telefónicas mantenidas en un teléfono privado de su

⁵¹ Sentencia 115/2013, de 9 de mayo y 241/2012, de 17 de diciembre.

⁵² Como más significativa, sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre.

⁵³ Distinción que también realiza Cuadros Garrido, M.E “El uso del whatsapp en las relaciones laborales”, op.cit., p. 6.

⁵⁴ Criterio utilizado por las resoluciones de diversos Tribunales en varias resoluciones. Por todas, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido), del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2011, y del Tribunal Constitucional 170/2013.

⁵⁵ Caso Haldford contra Reino Unido.

despacho⁵⁶. El mismo criterio nos parece debe mantenerse si lo interceptado es el contenido de mensajes “whatsapp”.

Si el teléfono es propiedad de la empresa, el acervo jurisprudencial que se ha configurado sobre el posible acceso del empresario al contenido de los ordenadores de los trabajadores parece que va a poder ser aplicable para valorar la legitimidad del acceso al contenido de los mensajes emitidos desde el teléfono. Tomando como referentes las sentencias más recientes y relevantes en esta materia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el elemento determinante para la valoración de las vulneraciones posibles del derecho a la intimidad se encuentra en la existencia o no de prohibiciones empresariales expresas de uso privado de los instrumentos electrónicos propiedad del empresario en el ámbito de la relación laboral. Este factor se ha convertido en determinante para que sea o no aplicable la razonable expectativa de confidencialidad que pueda tener un trabajador cuando hace uso de un elemento tecnológico que el empresario pone a su servicio⁵⁷. Si tomamos como referencia, en primer lugar, los hechos que motivan el importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia 170/2013, se trata de un trabajador que proporcionaba información confidencial de la empresa utilizando, tanto el correo electrónico como el teléfono móvil, que era propiedad de la empresa. El empresario había examinado el contenido del teléfono en sede notarial quedando acreditada esta circunstancia, pero la tipificación de infracción del Convenio Colectivo aplicable incluía la “utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, internet...) para fines diferentes de los relacionados con el contenido de la prestación laboral”. Es decir, esta expresa prohibición de uso para fines privados no alcanzaba, expresamente, al teléfono móvil, aunque fuese propiedad de la empresa. Por este motivo, y sin que se haya cuestionado por ninguna de las partes en el recurso presentado ante el Tribunal Constitucional, el pronunciamiento previo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de abril de 2010, estableció que no era prueba válida en contenido del acta notarial puesto que la prueba se había obtenido con vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, al tener éste una expectativa fundada y razonable de confidencialidad.

⁵⁶ Sobre el contenido de la sentencia vid. Sempere Navarro, A.V. y Mateos de Cabo, O. “Uso y control de herramientas informáticas en el trabajo (marco legal, pautas judiciales y convencionales)”, en AA.VV. *Tecnologías de la información y la comunicación de las relaciones de trabajo: nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas, 2014, pp. 97 y ss.

⁵⁷ Por todos, Gil Plana, J. “Control empresarial del uso personal por el trabajador de los medios tecnológicos de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164/2014 y Moneréu Pérez, J.L. y López Insúa, B. “El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013”, *Aranzadi Social*, 11/2014.

En definitiva, en aplicación de esta doctrina, no existiendo prohibición empresarial de posible uso privado del teléfono móvil corporativo, es nula la aportación como prueba de mensajes “whatsapp” obtenidos por registro de su contenido por el empresario. Pero, a raíz de una sentencia posterior (de 3 de marzo de 2016), ya no referida al contenido de los ordenadores sino a la posible instalación de cámaras de videovigilancia de los trabajadores, se está diluyendo la exigencia de prohibición considerándose cumplida, no ya con la existencia de infracciones previstas en el convenio colectivo aplicable, sino con la mera colocación de un distintivo informativo en un cristal de la sede de la empresa. Es decir, no hay ni siquiera exigencia de comunicación formal a los trabajadores o previsión en una norma jurídica, criterio que nos parece rompe con las reglas de proporcionalidad siempre exigidas por este Tribunal⁵⁸. Este devenir en el criterio del Tribunal Constitucional está motivando que sea cada vez más necesario, en aras a una mayor protección de los derechos de los trabajadores, la intervención del legislador para determinar el alcance de las facultades de control del empresario de forma que se impida la aplicación de la doctrina expuesta⁵⁹, aun cuando sea necesaria una revisión de los ya obsoletos arts. 18 y 20 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁰. Como referente, es muy interesante, en este sentido, la regulación que el ordenamiento jurídico italiano tiene establecida en la Ley 300/1970, de 20 de mayo “*sulla tutela della liberta' e dignita' dei lavoratori, della liberta' sindacale e dell'attivitá' sindacale, Neil luoghi di lavoro e norme sul collocamento*”, pues sus arts. 3 y 4 establecen una clara diferencia entre el control ordinario del trabajador y el establecimiento de equipos audiovisuales. En este último caso, el art. 4 establece que sólo pueden ser utilizados con fines de organización y producción, seguridad laboral y la protección de los activos de la empresa y se puede instalar previa previsión en convenio colectivo. En caso de no existir convenio, puede autorizarlo la Dirección Territorial de Trabajo o el propio Ministerio de Trabajo.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de enero de 2016, nos parece que está en la misma línea argumental. En el caso en ella

⁵⁸ Esta controvertida sentencia contó con dos importantes votos particulares de los Magistrados Valdés Dal-Re y Xiol Ríos, básicamente argumentado en contra de la resolución mayoritaria por la separación de esta doctrina respecto de la ya establecida por el Tribunal Constitucional con anterioridad (sentencia 29/2013), la ausencia de un juicio estricto de proporcionalidad de la medida adoptada y la exigencia del art. 5 LOPD, de que el interesado sea informado de modo “expreso, preciso e inequívoco”.

⁵⁹ González González, C. “Control empresarial de la actividad laboral, videovigilancia y deber informativo. A propósito de la STC de 3 de marzo de 2016”, *Aranzadi Doctrinal*, 6/2016, p. 12.

⁶⁰ Esta redacción es fruto de la reforma introducida en esta norma por el Decreto Legislativo de 14 de septiembre de 2015, núm. 151. Por todos, Dagnino, E. “Tecnologie e controlli a distanza”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4/2015, pp. 988 y ss.

enjuiciado no existía convenio colectivo pero sí normas internas de la empresa que prohibían el uso privado de ordenadores y teléfonos, y por ello se da validez como medio de prueba al resultado del registro del ordenador del trabajador. Eso sí, se añade un importante (y preocupante) matiz adicional a las argumentaciones anteriormente analizadas del Tribunal Constitucional: no se produce vulneración del derecho aun cuando no se alegue que el uso cause perjuicio al empresario. Se prescinde, por lo tanto, de cualquier juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada, cuya exigencia es tan reiterada por nuestro Tribunal Constitucional⁶¹, puesto que la mera existencia de prohibición parece va a hacer admisible y, por lo tanto, respetuoso con los derechos fundamentales, todo tipo de control por parte del empresario del contenido de los teléfonos móviles.

5.2. Aportación de la prueba al proceso y valoración judicial de la misma

En relación a la aportación de la prueba en el proceso, debemos partir de la diferenciación entre las fuentes y los medios de prueba a los efectos de ubicar a los mensajes de forma correcta en el marco de los procesos judiciales. Si consideramos las fuentes como la realidad que se quiere probar y que permite justificar los hechos que se afirman, y los medios de prueba como aquellos que la normativa establece como válidos para aportar en el procedimiento⁶², los mensajes “whatsapp” entrarían en la categoría de fuentes de la prueba en cuanto imágenes, sonidos o palabras almacenadas en un soporte electrónico (que sería el teléfono móvil). Los medios de prueba a través de los cuales pueden utilizarse en el procedimiento judicial serán los previstos en la legislación vigente, dándose la circunstancia de que los mensajes se pueden aportar a través de varios de los medios previstos⁶³. El art. 299 Ley de Enjuiciamiento Civil determina que los medios de prueba admisibles serán el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos, así como cualquier otro a criterio del Tribunal que permita obtener certeza sobre hechos relevantes. En relación al valor probatorio de la reproducción de palabras, imágenes o sonidos captados por instrumentos electrónicos, su art. 382 puntualiza que la propuesta de prueba debe acompañar la transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte y, en su caso, también puede aportar dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. Es decir, podemos deducir que la denominada “prueba electrónica” debe, de alguna manera, reconducirse a alguno de los medios de prueba previstos en el art. 299.

Dichos medios de prueba pueden adaptarse al contenido de los mensajes “whatsapp” en los términos siguientes:

⁶¹ Por todas, sentencias 99/1994, 6/1995 y 98/2000.

⁶² Pérez Palací, J.E. “La prueba electrónica: consideraciones”, *openaccess.uoc*, 2014, p. 3.

⁶³ Delgado Martín, J. “La prueba del whatsapp”, *op.cit.*, p. 2.

- Como documento privado, incorporando al proceso una transcripción de su contenido o los denominados “pantallazos” de los mensajes.
- Como documento público, aportando acta notarial sobre su contenido.
- Como dictamen pericial, si se aporta informe de perito para constatar la autenticidad de los mensajes en cuanto a fecha de emisión, teléfono móvil desde el cual se han emitido...etc., que puede acompañar a otros medios de prueba o ser aportado de forma autónoma.
- Como reconocimiento judicial, llevando el propio teléfono a la sede judicial para que se examine de forma directa.
- Como interrogatorio de testigos, si se propone la testifical de algún sujeto que haya sido parte de la comunicación vía “whatsapp” para que verifique su contenido.

Además, hay que tener en cuenta que es posible aportar uno sólo de los medios de prueba citados o varios de ellos a la vez (por ejemplo, documental, pericial y testifical).

Por último, admitido el mensaje “whatsapp” como medio de prueba, según el art. 382.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal “valorará las reproducciones...según las reglas de la sana crítica”, es decir, se producirá la valoración, por parte del Tribunal, de la autenticidad (la comprobación de la autoría del mensaje) e integridad (la comprobación de la no alteración no autorizada del mensaje) de los datos aportados y de la incidencia de los mismos en la resolución del supuesto de hecho planteado. En este aspecto, el hecho de que el acceso a los teléfonos móviles puede ser relativamente fácil por cualquier sujeto que no sea su legítimo propietario, así como las reales posibilidades existentes de modificar el contenido e, incluso, la fecha en que los mensajes se emiten, van a ser, sin duda, factores bastante relevantes en la postura adoptada por los Tribunales en relación a la admisión del mensaje “whatsapp” como medio de prueba. Si tomamos con referencia la doctrina de los Tribunales en el ámbito penal, su contenido es bastante cauto y no llega a admitirse el contenido de estos mensajes como medio probatorio, de forma general. Tomando como referente la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015⁶⁴, en materia penal la mera aportación en juicio de los “pantallazos” de los mensajes “whatsapp” no se considera como prueba legítima. Como afirma el propio Tribunal, la posible manipulación de los archivos digitales “forma parte de la realidad de las cosas”. Por ello, si se impugna la autenticidad de los mensajes, la carga de la prueba se va a desplazar hacia el que afirme su idoneidad probatoria, y será indispensable a juicio del Tribunal, en estos casos,

⁶⁴ Reiterada en sentencia de 27 de noviembre de 2015.

la práctica de una prueba pericial que identifique el origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido.

En el orden jurisdiccional social no hay manifestación, todavía, del Tribunal Supremo, sobre el valor probatorio a otorgar a los mensajes “whatsapp”. Sí existen diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia en los cuales, aun cuando existen dispares criterios en la valoración de la posible admisión de esta prueba, se puede vislumbrar una cierta tendencia hacia la convergencia con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el orden penal, manifestándose las mismas cautelas sobre los riesgos de manipulación que tienen estos mensajes. Si tomamos como referencia una de las más recientes sentencias que se han pronunciado sobre este tema, cual es la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de enero de 2016, los argumentos manifestados en la misma son bastante similares a los expresados por el Tribunal Supremo. Dicha sentencia afirma que, siendo los mensajes “whatsapp” un medio de prueba válido, su aportación debe cumplir una serie de reglas sin que sea posible admitir la mera copia en papel de la impresión de la pantalla. Este Tribunal entiende que es necesario un “plus” de garantía de la fiabilidad del contenido del mensaje, a través de la comprobación de que la conversación se corresponde con el número correspondiente, lo que entiende se puede conseguir aportando el propio móvil y dándose fe pública de su contenido (lo que sería un reconocimiento judicial), aportando acta notarial (lo que es igual a aportar la prueba como documento público) o aportando prueba pericial informática. Y todo ello “sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación – a través de múltiples programas informáticos-...lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria”, lo cual parece sólo puede evitarse a través de la prueba pericial. En definitiva, esta significativa sentencia rechaza la validez inmediata de los mensajes “whatsapp” aportados como documento privado y exige para garantizar su fiabilidad la prueba pericial o, al menos, la existencia de fe pública sobre su contenido.

Esta doctrina, en cualquier caso, no tiene, todavía, un reconocimiento unánime en las resoluciones jurisprudenciales. Algunos Tribunales no admiten como medio de prueba los mensajes cuando sólo se aporta la copia de los “pantallazos”, en algún caso esgrimiéndose la poca fiabilidad de los mismos por su fácil manipulación⁶⁵ y, en otros, simplemente denegándose que pueda ser un medio de prueba hábil a efectos del recurso extraordinario de suplicación⁶⁶. En otras resoluciones, sin embargo, la validez de los “pantallazos” como prueba aportada como documento privado se admite sin que se cuestione ni su autenticidad, ni su

⁶⁵ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 de abril de 2015.

⁶⁶ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de junio de 2014, y de Castilla-León, de 8 de abril de 2015.

integridad y, por lo tanto, sin la exigencia de que se deba aportar a través de un medio de prueba distinto⁶⁷. Por último, también existen criterios jurisprudenciales similares al expresado en la comentada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 28 de enero de 2016, por cuanto condicionan la admisión de la prueba a que se aporte a través de un medio diferente al mero documento privado, como puede ser la prueba testifical⁶⁸ o el reconocimiento judicial del propio teléfono móvil. En relación a esta posibilidad es significativa, por sus similitudes con la aludida sentencia, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de septiembre de 2014, en la cual se argumenta que, aun cuando la valoración de la prueba incluida en nuevas tecnologías como facebook, e-mails o smartphones tiene como dificultad la garantía de que esté garantizada la seguridad de la información, no por ello “pueden ser desbancados o denegados cuando nuestra sociedad tecnológica los presenta como herramientas o necesidades casi vitales”.

Probablemente nos parece que esta argumentación va a ser, poco a poco, la imperante en las resoluciones de los Tribunales, en la línea de considerarse que ya no tiene sentido denegar la eficacia probatoria a los indicios aportados por el contenido de los mensajes “whatsapp”, al margen de que el Tribunal exija medios de prueba que garanticen la autenticidad y fiabilidad de su contenido. Y ello, en aras a la defensa de la tutela judicial efectiva, nos parece un criterio que debe extenderse y contemplarse con mayor unanimidad por los Tribunales, sobre todo cuando los indicios existentes recaigan, mayoritariamente, sobre este tipo de pruebas. Con ello también se logrará la convergencia entre los criterios aplicados en el orden jurisdiccional social y penal, que sería lo jurídicamente razonable, sin perjuicio de que el orden penal, por la entidad de los bienes jurídicos protegidos, deba ser más exigente en la valoración de la prueba.

En conclusión, aun cuando no hay un criterio unánime en los Tribunales, comienza a aceptarse el valor probatorio de la transcripción de las conversaciones “whatsapp” en el planteamiento de los recursos de suplicación del orden social, con cautelas, en ocasiones, sobre el medio de prueba a través del cual se debe aportar, y también parece abrirse camino la legalidad de la revisión de su contenido por parte del empresario, en los términos establecidos para el correo electrónico. Todo ello incide, que duda cabe, en las importantes implicaciones que hoy en día tiene para un trabajador el uso de este servicio de mensajería instantánea en el marco de la relación laboral, que deberían ser advertidas a éste de forma más

⁶⁷ Sentencias del Tribunal Superior de Cantabria, de 4 de septiembre de 2015, de 15 de julio de 2014 (en este caso, es una grabación de mensaje en “whatsapp”) y de Cataluña, de 16 de octubre de 2015. Esta última, afirma que este medio de prueba “responde a la realidad social de nuestro tiempo”, y que es la dificultad que tiene la prueba de la existencia de laboralidad en las relaciones de trabajo la que determina el que sea necesario admitir estos indicios.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 22 de diciembre de 2014.

explícita a través de los cauces normativos apropiados en aras a procurarle una mayor seguridad jurídica.

6. CONCLUSIONES

El empresario tiene un mayor margen legal para prohibir el uso del teléfono móvil durante el tiempo de trabajo que para imponer su utilización al trabajador. Así, esto sólo será posible si el teléfono es propiedad de la empresa y su uso es imprescindible en el marco de la prestación de servicios. Si el teléfono es propiedad del trabajador, este sólo está obligado a indicar a la empresa el número de forma voluntaria y con posibilidad de cancelarlo.

Por otra parte, a la luz de las resoluciones analizadas, es evidente que no puede obviarse la influencia que el uso de los mensajes “whatsapp” está teniendo en el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo, con la consiguiente necesidad de que el legislador comience a abordar y aclarar la legitimidad de su uso en determinadas circunstancias. Particularmente, nos referimos a la determinación de su legalidad como medio de prueba en el procedimiento laboral o como cauce para la extinción de la relación laboral, en este último caso entendemos que con una determinación restrictiva para los supuestos de despido disciplinario. Por otra parte, la incidencia de estos mensajes en la delimitación de la buena fe contractual y las posibilidades de inspección que tiene el empresario, desde luego son factores que aconsejan que los trabajadores tengan conocimiento de las implicaciones que puede tener el uso indebido o descuidado del “whatsapp” en el marco de una relación de trabajo, ya sea dentro o fuera de su jornada laboral. Así, aun cuando sea ésta una aplicación creada para agilizar la comunicación informal entre sujetos privados, cuando su uso está inmerso en un contexto de relaciones profesionales su contenido trasciende la mera relación entre particulares y debe ser acorde con las obligaciones dimanantes del deber de buena fe contractual al que están sujetos empresario y trabajador. Cierto es que el legislador no puede abordar todas las posibles implicaciones derivadas de la aplicación de las nuevas tecnologías a las relaciones laborales, pues su constante evolución determinará la corta duración de su posible eficacia y porque no es posible tratar toda su problemática de forma genérica. Pero sí es cierto que, en cuestiones puntuales, la incidencia del recurso a las nuevas formas de comunicación debe tener presencia en la legislación y en la negociación colectiva, en aras a limitar la posible desprotección de los trabajadores ante las negativas consecuencias que su uso le puede reportar.

El papel de la negociación entre los agentes sociales va a ser, probablemente, el más determinante para establecer los cauces de información más adecuados para los trabajadores sobre los efectos que el uso del “whatsapp” en el ámbito

de la relación laboral⁶⁹. La mera negociación de infracciones en los convenios colectivos relacionadas con el uso de los teléfonos móviles durante el desarrollo de la relación de trabajo queda ya muy obsoleta para proteger al trabajador frente a todas sus posibles implicaciones, es más, es un mecanismo que sólo es útil para el ejercicio del poder empresarial. Será necesario, y a corto plazo, el establecimiento de normas internas, códigos de conducta o acuerdos empresariales que comiencen a delimitar los derechos de los trabajadores, sobre todo en lo relativo a la protección del derecho a su intimidad, y a informar sobre las negativas repercusiones que su utilización puede tener, incluso fuera del contexto del lugar y el centro de trabajo.

La reforma normativa acometida en el Código de Trabajo francés, incluyendo el reconocimiento a los trabajadores de su derecho a la desconexión laboral, ya comienza a abrir camino en este sentido, imponiendo la “Adaptación de la legislación laboral en la era digital” sobre todo a través de la negociación colectiva. Y es que su reforma incide en la necesidad de que ésta sea la que elabore una política de actuación al respecto, que deberá definir las modalidades para su ejercicio y la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización dirigida a mandos intermedios, trabajadores y dirección. No cabe duda de que el uso de los teléfonos móviles es uno de los factores decisivos que será necesario controlar si se pretende una implantación real y efectiva de medidas para impedir la confusión entre tiempo de descanso y de trabajo que está acarreado el uso intensivo de los nuevos medios de comunicación impulsados por las nuevas tecnologías.

⁶⁹ Coincidimos con el criterio manifestado por Mella Méndez, L. “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, op.cit., p. 16.

LA GESTIÓN DEL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN TRABAJADORA EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD Y SALUD

JUAN MANUEL MORENO DÍAZ

Prof. Dr. Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla (E.U. Osuna)

EXTRACTO

Palabras Clave: Envejecimiento de la población, trabajadores de edad avanzada, seguridad y salud, desarrollo tecnológico.

Los datos demográficos que los estudios estadísticos presentan en relación con la población, prevén hasta 2050 un escenario de envejecimiento de las personas, en general, que va a tener su repercusión en la población trabajadora en particular.

En este contexto, caracterizado igualmente por un alto desarrollo tecnológico en los procesos de trabajo, las organizaciones empresariales tienen que adoptar medidas para que los trabajadores mayores no sufran las consecuencias que pudieran derivarse de la implementación de la tecnología en los lugares de trabajo, sobre todo en lo que respecta a su seguridad y salud.

ABSTRACT

Key Words Ageing population, older workers, safety and health, technological development

Demographic data that statistical studies presented in relation to the population provide 2050 a scenario of aging people in general, that will have its impact on the working population in particular.

In this context, also characterized by a high technological development in work processes, business organizations need to adopt measures to ensure that older workers do not suffer the consequences that may arise from the implementation of technology in the workplace, especially in regard to their safety and health.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ENVEJECIMIENTO GENERAL DE LA POBLACIÓN: ASPECTOS DEMOGRÁFICOS
 - 2.1. Cada vez más personas de edad avanzada
 - 2.2. El envejecimiento de las plantillas de las empresas
3. REPERCUSIONES DERIVADAS DEL ENVEJECIMIENTO DE LAS PLANTILLAS DE LAS EMPRESAS
 - 3.1. Cuestiones generales
 - 3.2. Algunas consideraciones críticas al respecto
4. LAS FORMAS DE GESTIÓN DEL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN TRABAJADORA
 - 4.1. El punto de vista organizativo y laboral
 - 4.1.1. La prolongación en el empleo de los trabajadores de más edad
 - 4.1.2. La formación y entrenamiento del trabajador y empresario
 - 4.1.3. El establecimiento y ajuste de planes de carrera
 - 4.1.4. La mejora de las condiciones de trabajo
 - 4.2. La óptica de la seguridad y salud en el trabajo
 - 4.2.1. La evaluación de riesgos
 - 4.2.2. Adaptación de puestos de trabajo
 - 4.2.3. El papel del médico de empresa
 - 4.2.4. La promoción de la salud de los trabajadores
5. BUENAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES DE GESTIÓN DE LA MANO DE OBRA DE EDAD AVANZADA
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo trata de indagar en un tema que preocupa cada vez más a los distintos agentes implicados en las relaciones de trabajo, y, por supuesto, a las autoridades nacionales e internacionales, como es el progresivo envejecimiento de la población en general, y, más en concreto, de la población trabajadora en particular.

Desde hace ya algún tiempo, se vienen publicando unos datos demográficos demoledores para la actual concepción de nuestro estado de bienestar, ya que tales datos prevén, por un lado, un crecimiento de la población mundial, pero, sobre todo, un aumento importante de las personas mayores (si entendemos por tal a las que tienen 65 años o más) y, por lo que interesa a nuestro trabajo, un enorme crecimiento de las personas trabajadoras de edad avanzada, es decir, aquellas que se sitúan en el tramo de edad entre 55 y 64 años.

No cabe duda de que los avances médicos han ayudado mucho porque ello sea así, dado que, además, el crecimiento del número de personas mayores ha ido acompañado de un aumento de la buena salud con la que esas personas llegan a tales edades.

Esto, que de por sí es positivo, tiene un aspecto negativo si lo ponemos en relación con la conformación actual del mercado de trabajo y de las relaciones laborales en su conjunto. En efecto, son cada vez más las personas que están en

edades de jubilación (y esto no es malo per se), pero esto va a su vez acompañado de un retraso en el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo, y, por tanto, de una disminución de personas jóvenes en edad de prestar servicios, todo ello acompañado de una disminución de la tasa de natalidad y de un aumento de la esperanza de vida.

Lo anterior ha conformado un panorama que está haciendo reconsiderar, por un lado, si las tradicionales políticas de gestión de la mano de obra siguen siendo válidas, sobre todo, en lo que conciernen a las personas de edad avanzada, y, por otro lado, en qué medida la normativa de seguridad y salud en el trabajo, que está pensada para una cohorte de sujetos trabajadores de un perfil de edad determinado, puede seguir siendo válida en las nuevas circunstancias. Todo ello será analizado en el presente trabajo, empezando por repasar los datos demográficos que se han mencionado.

2. EL ENVEJECIMIENTO GENERAL DE LA POBLACIÓN: DATOS DEMOGRÁFICOS

2.1. Cada vez más personas de edad avanzada

El punto de partida de esta reflexión en torno a la relación que existe entre la edad de la población trabajadora, en general, con el desarrollo tecnológico y la influencia que tiene dicha relación en la seguridad y salud de los trabajadores tiene que partir, necesariamente, de la exposición de unos breves apuntes demográficos, que versan, en primer lugar, sobre la evolución de la población española en general, y del efecto que ésta ha tenido sobre la población trabajadora, en particular.

A este respecto, los últimos años en nuestro país han mostrado, primer lugar, un aumento global de la población española, fundamentalmente en los últimos años del siglo pasado y los primeros años de este siglo, fenómeno que fue favorecido por la bonanza económica de esos años, que trajo consigo la llegada masiva de inmigrantes en la primera década de la centuria, aunque dicha tendencia se invirtió a partir de ese año, por la grave crisis que azotó a la economía mundial a partir de entonces¹. Es decir, el aumento de la población que se produjo entonces,

¹ CEOE (2016): Informe *El envejecimiento de la población y sus efectos en el mercado laboral español*, p. 4, donde se señala que “el análisis de la evolución de la población en España revela que el crecimiento fue intenso entre 2002 y 2008, favorecido por la llegada de inmigrantes, debido a la buena situación de la economía. Entre 2008 y 2012, con la crisis económica, se invierte la tendencia de los saldos migratorios, y el crecimiento de la población es cada vez menor. Entre 2013 y 2015, la población ha descendido y el Instituto Nacional de Estadística (INE) apuntan a que esta tendencia continuará en los próximos años”.

más que estar causado por un incremento neto de nuestra población, fue producido por un aumento de personas trabajadoras extranjeras, que vinieron a nuestro país atraídos por las buenas circunstancias de la economía mundial, que también se manifestaron aquí. Es por ello por lo que, en el momento en que asomaron las primeras manifestaciones de la crisis, a finales de la primera década de este siglo, dicho crecimiento poblacional empezó a remitir, hasta que se convirtió en un crecimiento negativo.

No obstante, el dato anterior, siendo importante, tiene que ponerse en relación con un fenómeno cuya suerte ha corrido pareja a la anterior. Nos estamos refiriendo al envejecimiento general de la población. En efecto, el horizonte temporal y vital del que disfrutaban las personas de nuestro país ha ido creciendo con el paso del tiempo, aumentando de una manera importante el número de personas octogenarias. En España, además, este crecimiento ha sido especialmente acelerado, ya que en menos de treinta años se ha duplicado el número de personas mayores de 65 años, y esa tendencia no ha terminado aún, sino que se prevé proseguirá especialmente en nuestro país en los próximos años, donde el envejecimiento poblacional tendrá una incidencia especial², por encima de la media de los países de la UE.

Las causas fundamentales que podrían explicar ese hecho son básicamente dos: por un lado, el aumento de la esperanza de vida, y, por otro, la disminución de la tasa de natalidad. La esperanza de vida, como se ha dicho, viene experimentando desde hace años un paulatino ascenso, situándose en 2011 en España en 82,1 años para ambos sexos, con previsión de seguir aumentando en lo sucesivo³.

Por añadidura, este incremento de la edad general de la población va acompañado de una buena salud de las personas en ese tramo de edad, es decir, “hay un incremento de personas de mayor edad disfrutando de buena salud, estimando las previsiones más reales que la esperanza de vida con buena salud se situaría en el peor de los casos en los 74 años de edad⁴.

² El Informe de la CEOE (2016) *El envejecimiento...*, op. cit. (p. 4) señala, además, que “las proyecciones de población del INE apunta a que España será uno de los países en los que el envejecimiento será más acusado (...), dado que en 2050 España será el segundo país del mundo con la ratio más elevada (69,5 personas de 65 o más años por cada 100 personas con entre 15 y 64 años), tan solo por detrás de Japón y muy por encima de la media de las economías avanzadas (45,8)”.

³ RIMBAU, C. (2007): “Employment and labour market policies for an ageing workforce and initiatives at the workplace, National Overview report: Spain”, EUROFOUND, Dublin, p. 4.

⁴ GARCÍA NINET, J Y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, p. 13 (http://contenidos.ceoe.es/resources/image/1-Estado_de_salud_y_factores_de_riesgo_laboral.pdf).

Por tanto, las previsiones demográficas son claras en el sentido de mostrar un claro signo de envejecimiento de la población en general, por todas las razones mencionadas, y eso va a repercutir también en un envejecimiento de la población trabajadora, dado que el número de personas en el tramo de edad de 15 a 64 años va a reducirse notablemente hasta el año 2050.

Esto, con independencia de otras consecuencias para el estado de bienestar, en general, como la afectación al sistema de pensiones, puede tener su repercusión también en la concepción de los métodos de trabajo, en los hábitos de los trabajadores, en la forma en que las empresas tienen que afrontar el paulatino envejecimiento de su mano de obra, por ejemplo, con una progresiva formación a lo largo del tiempo que prepare a los trabajadores jóvenes a prolongar su vida laboral más allá de los 65 años, estableciendo planes de formación permanente a lo largo de la vida, etc.

Por tanto, de lo que se trata es de asumir este hecho demográfico, y de empezar a tomar a tiempo las medidas oportunas para afrontar con éxito el cambio inexorable que se avecina en nuestra población, en general, y de nuestra población trabajadora, en particular en los próximos años.

2.2. El envejecimiento de las plantillas de las empresas

Los fenómenos demográficos comentados en el apartado anterior, relativos, por un lado, al crecimiento general de la población española en los últimos años, y, por otro, al envejecimiento global de dicha población, va a tener su reflejo en lo que se refiere al mercado laboral.

En efecto, aplicando la lógica a los hechos demográficos relacionados con la población tenemos que, a mayor número de personas de edad avanzada, corresponderá un mayor número de trabajadores en este mismo tramo de edad. Así lo confirman los estudios al respecto⁵. Así, por ejemplo, la población activa española entre los 55 y 64 años de edad ha crecido desde 2002 a 2015 en más de un 30%, dado que ha pasado de 4 a 5,5 millones de personas activas en esa franja de edad, y ese número irá en aumento, según las previsiones, por el descenso de la tasa de natalidad y por el descenso del número de trabajadores que se han incorporado recientemente al mercado de trabajo.

Junto a lo anterior, hay dos hechos que se suman a este progresivo envejecimiento de la población activa en nuestro país. Por un lado, la edad de las personas que se incorporan al mercado de trabajo es cada vez más tardía, dado que los procesos formativos de nuestros jóvenes se ven alargados más que antes, y dicha incorporación se retrasa cada vez más por la excesiva competitividad que tiene

⁵ INSHT (2013): Informe *Análisis del mercado de trabajo, condiciones de trabajo y siniestralidad*, Madrid, p. 8.

lugar actualmente con carácter previo al ingreso en el mercado de trabajo. Por otro lado, la salida más prematura del mercado de trabajo de personas en torno a los 60 años, principalmente entre los varones, especialmente en los años de bonanza económica, dado que el mercado ha expulsado a trabajadores con edades comprendidas entre los 55 y 65 años, para poder cambiarlos por trabajadores más jóvenes, con más flexibilidad laboral y con más capacidad de adaptación a las nuevas filosofías de empresa.

Todo ello ha desembocado, como decimos, en un envejecimiento de la población activa en nuestro país, que tendrá sus consecuencias, desde el punto de vista de la organización empresarial y en relación con los procesos y formas en los que se lleva a cabo el desempeño del trabajo en nuestras empresas, tal y como veremos en los apartados siguientes.

3. REPERCUSIONES DERIVADAS DEL ENVEJECIMIENTO DE LAS PLANTILLAS DE LAS EMPRESAS

3.1. Cuestiones generales

Las cuestiones que se plantean con el envejecimiento de las plantillas en las empresas tienen una dimensión variada y distintas manifestaciones, relacionadas, fundamentalmente con determinados estereotipos que se han dado en relación con las personas trabajadoras de edad avanzada, tanto positivos, como negativos. Así, se considera que estos trabajadores “son más experimentados, más leales y merecedores de confianza, con mejores capacidades de interacción, conscientes y efectivos en sus trabajos, reflexivos y mejores trabajadores en grupo. Pero, por otra parte, también se les considera que son más reacios ante las nuevas tecnologías, tienen menor capacidad de adaptación a los cambios y de aprender nuevas ideas, por lo que son menos receptivos a la formación, gozan de peor salud y forma física, carecen de creatividad y son más costosos para las empresas y menos productivos que los trabajadores más jóvenes”⁶.

Todo esto ha influido en la gestión de la edad que se ha hecho en nuestras empresas hasta la primera década de este siglo, consistente básicamente en la amortización de plantillas a base de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas de los trabajadores mayores, y, por otra, de la sustitución de esos trabajadores por trabajadores jóvenes, los cuales presentan una mayor facilidad al cambio, y tienen una disponibilidad casi absoluta para adaptarse a cualquier política de empresa y a las condiciones de trabajo que se les asignen.

⁶ ÁLVAREZ SUESCUN, E. y QUEVEDO CANO, P. (2014): “Hacia un nuevo modelo de dirección de los trabajadores mayores”, *Revista ICE*, N° 879, p. 146.

Si a eso le unimos los problemas relacionados con la seguridad y salud de los trabajadores, respecto de los cuales se ha dicho que tienen una mayor incidencia en trabajadores de edad más avanzada, el cóctel es perfecto para considerar que esos trabajadores tienen que desaparecer del mapa de nuestra población trabajadora, como efectivamente ha sucedido.

3.2. Algunas consideraciones críticas al respecto

Sin embargo, a pesar de lo anterior, se ha dicho que algunas de estas afirmaciones que se han hecho en este apartado respecto de las personas de edad avanzada tienen una escasa fundamentación⁷. Así, desde el propio INSHT (1995, NTP 367) ya se advirtió hace tiempo que “el declive de las capacidades funcionales no implica necesariamente que los trabajadores de más edad desempeñen las tareas peor que los más jóvenes, o que el desempeño del trabajo siempre va disminuyendo a medida que aumenta la edad. No sólo no significa esto, sino que algunos estudios sobre trabajadores de edad han mostrado que, en ciertos aspectos, los resultados son, al menos, tan buenos como en los grupos de menos edad, por ejemplo, en tareas de oficina. En aspectos como absentismo, accidentes o rotación, los índices que presentan los trabajadores de edad son más bajos que en los trabajadores jóvenes”, y, por otra parte, mientras algunas capacidades funcionales de los trabajadores de edad pueden declinar, el desempeño de ciertos tipos de tareas puede mejorar. En general, el desempeño en tareas que demandan un alto nivel de destreza, experiencia y necesidad de toma de decisiones no suele declinar con la edad, pudiendo incluso mejorar con ésta.

Por otro lado, en relación con los problemas de seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada, existen también determinadas creencias que no son del todo exactas, y que han servido de excusa para la adopción de determinadas decisiones empresariales, conducentes a la sustitución de trabajadores en estos tramos de edad por otros más jóvenes. En efecto, se ha partido de la creencia errónea de la mayor accidentalidad de la población trabajadora situada en la franja de edad entre los 55 y 64 años, dado que las capacidades funcionales de los mismos y sus reflejos hacen que estén más expuestos a sufrir accidentes. Sin embargo, se ha comprobado que el problema no es que haya más accidentes y enfermedades profesionales a esa edad, sino que los que existen son más graves, derivados de la realización de determinadas tareas por personas envejecidas⁸. Las estadísticas

⁷ ÁLVAREZ SUESCUN, E. Y QUEVEDO CANO, P. (2014), *op. cit.*, p. 146, quienes después de enumerar los estereotipos relativos a los trabajadores de edad avanzada, acaban por afirmar que, “a pesar de la amplia difusión de estas ideas, en muchos casos la evidencia científica no las ha confirmado”.

⁸ Así se pone de manifiesto en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 (p. 15), según la cual “la población laboral de mayor edad, a pesar de la experiencia acumulada, puede ser más vulnerable a determinados riesgos, en gran parte influida por los cambios

laborales ponen de manifiesto que los trabajadores mayores o seniors se accidentan menos, pero la gravedad de los accidentes es mayor⁹. Así, en el año 2012, la siniestralidad laboral de los trabajadores mayores de 55 años representaba un 11,3% de siniestralidad laboral total referida a accidentes no mortales. La tasa de incidencia de los accidentes de trabajo en jornada laboral con baja (excluidos los accidentes producidos al ir o volver al centro de trabajo) sufridos por los asalariados mayores de 55 años, en 2012, era de 2692,8, menor que la tasa del conjunto de los asalariados (2865,4). Sin embargo, la tasa de incidencia de accidentes de trabajo mortales entre trabajadores mayores de 55 años era de 7,2 accidentes mortales por 100.000 asalariados, es decir, más del doble de la mortalidad para el total de los asalariados (cuya tasa de incidencia de accidentes mortales sería de 3,2)¹⁰. Por tanto, como decimos, datos inexactos que han servido de excusa para la toma de unas determinadas decisiones que, de otra manera, podrían no haberse dado.

Y todo ello, con independencia de otros problemas de tipo psíquico o mental, que tienen que ver con el estrés o el nerviosismo que se produce en el trabajador al tener que llevar a cabo tareas que no domina o para las cuales está escasamente preparado, o de la falta de actividad que se produce por la baja y no retorno al trabajo de dichos trabajadores por los accidentes producidos.

Por tanto, da la impresión de que todas las políticas mencionadas están basadas en afirmaciones y creencias erróneas, y que la situación en la que actualmente nos encontramos podía no ser así de haber existido una información fiable y exacta de las circunstancias reales. Todo ello ha llevado, como decimos a la implementación de una serie de prácticas relacionadas con la gestión de la empresa, que han sido unas, y que, a la vista de la refutación de las afirmaciones tradicionales en torno a los trabajadores de edad avanzada, deberían ser, probablemente, otras. Eso es lo que haremos a partir de ahora.

4. LAS FORMAS DE GESTIÓN DEL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN TRABAJADORA.

Por lo visto hasta ahora, el envejecimiento de la población, en general, y de la población trabajadora, en particular, obliga a una nueva visión de la gestión

fisiológicos de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas. Los trabajadores de edad avanzada son los que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media”.

⁹ V. TORRES LACALLE, M.C., et al (2014): “Gestión de la edad en la empresa: buenas prácticas con trabajadores mayores”, Seguridad y Salud en el Trabajo 77/2014, p.20-27, en concreto, p. 21-22.

¹⁰ “Informe anual de accidentes de trabajo en España, 2012” (www. oect.es)

de la mano de obra en la empresa, y ello por los diversos retos que este hecho presenta para todos los que intervienen en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo:

1. La prolongación de la vida laboral puede derivar en la prolongación de la exposición a riesgos laborales.
2. Habrá más trabajadores con problemas de salud crónicos y necesidades específicas.
3. Los trabajadores mayores pueden ser más vulnerables a determinados peligros relativos a la seguridad y la salud.
4. El elevado índice de problemas relacionados con el trabajo que se observan en determinados sectores y puestos que implican una pesada carga de trabajo físico y/o mental, trabajo manual u horarios de trabajo atípicos ha de tenerse en cuenta.
5. La importancia de la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la reincorporación al trabajo va en aumento.
6. A escala social, es necesario abordar la discriminación por motivos de edad¹¹.

Por ello, será importante poner de manifiesto cómo se ha llevado a cabo esta gestión hasta ahora, y cómo se propone que se haga a partir de los contundentes datos que se presentan en relación con un hecho demográfico de trascendental importancia, que va a alterar en los próximos años la composición de las plantillas de nuestras empresas y que, de no remediarlo, podría suponer un aumento importante de los riesgos relacionados con el trabajo.

Las actuaciones llevadas a cabo hasta ahora para la gestión de la edad han tenido que ver con la escasa cultura organizacional existente al respecto en nuestras empresas. En efecto, hasta ahora, los empresarios se han enfrentado a los problemas derivados del envejecimiento de la población trabajadora con acciones negativas. El hecho de no tomarse en serio del todo las realistas previsiones demográficas, junto con otros hechos, como la crisis económica que ha azotado a la economía mundial en los últimos años, ha llevado a los empresarios a actuar a golpe de impulso e improvisadamente. Esto ha traído, fundamentalmente, la reducción del tamaño de las plantillas de nuestras empresas, a base de amortizaciones de puestos de trabajo, despidos colectivos y objetivos y de jubilaciones anticipadas, básicamente, que ha afectado, mayoritariamente, como era de esperar, a la

¹¹ Campaña de la OSHA sobre “Trabajos saludables a cada edad” (puede verse en <https://www.healthy-workplaces.eu/es>).

población trabajadora de edad avanzada¹². En definitiva, aprovechando la coyuntura económica, el empresariado español ha ajustado las plantillas, incorporando mano de obra joven y muy preparada, en detrimento de aquellos trabajadores que, con edades avanzadas para el trabajo, han sido los principales pagadores de todo este proceso, lo que ha sido relacionado con la mayor flexibilidad de los nuevos contratados, así como a su menor coste laboral¹³.

Sin embargo, el reto demográfico al que nos enfrentamos, con una pirámide poblacional que muestra datos muy preocupantes, como se ha visto, y que tendrá una incidencia clara en el envejecimiento progresivo y constante de la población trabajadora, va a tener que cambiar la mentalidad y la forma de hacer de nuestros directivos, porque estos se van a encontrar cada vez más con trabajadores de más edad, con unos hábitos adquiridos, y que, si no se actúa a tiempo y planificadamente, el cambio de actitudes puede llegar a ser traumático.

Ahora bien, una vez que parece que se ha tomado conciencia de que el problema existe y de que serán cada vez más los trabajadores mayores, esta política llevada a cabo hasta ahora por los dirigentes empresariales no puede perdurar mucho, sino que tiene que cambiar radicalmente. Es decir, la gestión de la edad, entendida como “el conjunto de intervenciones, tanto desde el ámbito privado como desde el público, orientadas a integrar los factores relacionados con la edad en la gestión diaria de las empresas y centros de trabajo de manera que todas las personas, independientemente de su edad, se sientan capacitadas para cumplir sus objetivos personales y empresariales”¹⁴, va a convertirse en pieza fundamental de todo este proceso de envejecimiento de la mano de obra trabajadora, de forma tal que una buena gestión de la misma permitirá sacar de esos trabajadores todo lo mejor que tienen, no solo de conocimientos, sino también de experiencia adquirida después de tantos años trabajando, conjugando esto con la adquisición de otras destrezas y habilidades que le permitan continuar en activo durante más tiempo y en iguales o mejores condiciones que antes. En definitiva, se trata de preparar al trabajador de edad avanzada para el cambio, físico, psíquico y sensorial que se produce a esas edades, a través de toda una estrategia empresarial que deberá co-

¹² Como comentan CARRERO DOMÍNGUEZ, C. Y MORENO MÁRQUEZ, A. (2009): *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros*, en MERCADER UGUINA, J. (coord.): “Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social”, Lex Nova, Valladolid, “, una clara tendencia en la sociedad actual directamente conectada con el tratamiento de la edad en las empresas ha sido la de sustituir a los trabajadores maduros por otros trabajadores más jóvenes, en lugar de adoptar soluciones específicas para mantener a estos trabajadores en activo en condiciones laborales óptimas. Es decir, la clave en esa gestión de la edad ha sido la de prescindir de estos trabajadores maduros”.

¹³ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2011): *Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*, Lan Harremanak/24, vol. I, p. 28.

¹⁴ TORRES LACALLE, M.C., et al (2014): “Gestión de la edad en la empresa...”, op. cit., p. 23.

menzar mucho antes de alcanzar el trabajador esas edades. En definitiva, se trata de implementar toda una estrategia de dirección de los trabajadores mayores, holística, estratégica y con un enfoque a largo plazo¹⁵, y ello con independencia de las medidas que, desde la normativa laboral española, se han ido implementando para favorecer la continuidad de los trabajadores de edad avanzada y la promoción del envejecimiento activo¹⁶.

Por otra parte, no puede olvidarse un aspecto, también esencial, de todo este proceso de gestión relativo a la mano de obra trabajadora, puesto que, siendo esto importante, no lo es menos el que la propia empresa sea también consciente de los verdaderos problemas del envejecimiento. A tal efecto, se ha dicho que “las reticencias actuales para asignar ciertos trabajos, contratar o dedicar recursos a la formación de trabajadores de edad están basadas más en creencias y estereotipos culturales que sobre hechos contrastados por la evidencia empírica. Siendo verdad que el envejecimiento genera una serie de problemas que afectan a la capacidad de trabajo, sobre todo a nivel fisiológico (visión, audición, aparato motor), también lo es que a nivel cognitivo no existen cambios significativos o que la propia edad supone un importante bagaje de experiencia que, en muchos casos, hace del trabajador un experto en la materia, capaz de encontrar estrategias adecuadas y de suplir ciertas carencias generadas por el envejecimiento natural”¹⁷. Es decir, las propias empresas que van a tener que dar forma a la mano de obra que ha envejecido tienen que formar e informar, como luego veremos, a los trabajadores de la estrategia a seguir a esas edades para que estos mantengan al día todas sus capacidades para seguir siendo eficientes y eficaces, pero antes que eso, serán los mismos empresarios los que tendrán que aprender cuáles son los pros y los contras de tener trabajadores con esas edades, para así marcar toda una política empresarial adecuada a las necesidades y que sepa, por un lado, corregir los defectos y actitudes negativas adquiridas con el tiempo por esos empleados,

¹⁵ ÁLVAREZ SUESCUN, E. Y QUEVEDO CANO, P. (2014): “Hacia un nuevo modelo...”, op. cit., p. 148-150.

¹⁶ A este respecto, debe tenerse en cuenta fundamentalmente el RDL 5/2013, de 15 de marzo (BOE 16-03-2013), de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, que establece medidas de compatibilidad entre la pensión de jubilación y trabajo, y modificaciones normativas relativas a la jubilación anticipada y parcial, con el objetivo último de conseguir la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y de retener en el mercado de trabajo a esos trabajadores que llegan a la edad madura, estableciendo medidas que favorezcan dicha permanencia. Por otra parte, debe también mencionarse el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre 2011, que aprobó la Estrategia 55 y +, que, aunque extinguida su vigencia, sirvió en su día para establecer el marco general de actuación de las Administraciones Públicas, tanto a corto, como a medio plazo, en el periodo 2012-2014, y también para establecer el marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad.

¹⁷ INSHT (NTP 367), op. cit., p. 3.

pero también, aprovechar todas las fortalezas que tienen esos trabajadores después de tantos años prestando servicios en el mercado de trabajo, en general, y en esa empresa en particular¹⁸.

Los pasos a dar al respecto tendrían dos vertientes: una relativa a los aspectos organizativos y laborales, y otra relacionada con la seguridad y salud y la promoción de la salud de los trabajadores.

4.1. El punto de vista organizativo y laboral

4.1.1. La prolongación en el empleo de los trabajadores de más edad

Como se ha dicho anteriormente, el aumento del desempleo y la crisis económica que azotó a la economía española en la primera década de este siglo, provocó que las empresas aprovecharan esta coyuntura para hacer ajustes fuertes de plantilla, fundamentalmente, a través de los procedimientos de los despidos objetivos y colectivos. Este proceso ya se inició en Europa a finales de la década de los setenta, también con base en el aumento del desempleo y la reestructuración de las industrias tradicionales, ante lo cual “las empresas adoptaron la práctica habitual de efectuar ajustes de plantilla mediante regímenes de jubilación anticipada”¹⁹.

Tanto en uno y otro caso, los trabajadores que salían en primer lugar del mercado de trabajo eran los trabajadores con edades más avanzadas, con el objetivo fundamental de dar entrada en el mismo a mano de obra más joven, en el entendimiento de que esta fuerza de trabajo es más flexible, está más preparada y puede servir mejor a un mayor crecimiento de la economía.

Sin embargo, pronto se vio que esta tendencia no era adecuada, fundamentalmente por tres razones: en primer lugar, porque los regímenes de jubilación anticipada “son respuestas a corto plazo a coyunturas económicas desfavorables y reestructuraciones empresariales, pues acarrearán para la economía una pérdida permanente de capital humano y de potencial de crecimiento”²⁰. Además, esta política de flexibilización en masa de las plantillas, que puede tener sentido en un momento determinado, no es sostenible en el tiempo, entre otras razones, por la pérdida de capital humano que conlleva y porque el sistema de pensiones necesita

¹⁸ QUEVEDO CANO, P. Y ARRIETA CARRILLO, T. (2014): “Gestión de la experiencia orientada a la creación de valor”, *Economía Industrial*, n° 392, p. 23-30, quienes utilizan el concepto de “activos de gran

experiencia”, considerándolos como un recurso estratégico en la vida de las empresas.

¹⁹ COM(2004) 146 final Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo (p. 12).

²⁰ COM(2004) 146 final, p. 8.

del mantenimiento en el empleo de estos trabajadores; en segundo lugar, porque “no está demostrado que los trabajadores de más edad no puedan participar plenamente en el crecimiento del empleo en los sectores en expansión”²¹, y, por último, “porque no hay pruebas empíricas de que los trabajadores más jóvenes y los de más edad sean intercambiables”²².

Por todo ello, desde comienzo del presente siglo, la Comisión Europea reclamó la necesidad de un cambio de tendencia en cuanto a estas políticas favorables de la expulsión del mercado de trabajo a los trabajadores de más edad, invirtiéndolas, de forma que se incentivara la permanencia en el mercado de los mismos, a través de la promoción del envejecimiento activo²³, y reformando los incentivos para trabajar y la admisibilidad y acceso a la jubilación anticipada y otros regímenes de prestaciones, no solo porque la aportación que estos trabajadores pueden hacer a la economía, en general, y al mercado de trabajo, en particular, es grande, sino porque está en juego también la sostenibilidad de los sistemas de pensiones de los Estados Miembros.

Como consecuencia de lo anterior, la propia Comisión Europea promovió varias iniciativas en este sentido, fundamentalmente, el “Libro Blanco 2012: Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», que luego vendría a complementarse con otros dos documentos: el «Informe de envejecimiento 2012» y la «Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050», los cuales recogen la conclusión básica de que el incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad suponen elementos básicos para la adecuación y sostenibilidad de las pensiones.

Estos documentos comunitarios tuvieron su refrendo normativo en España, a través de la Ley 27/2011²⁴, que estableció medidas tendentes al sostenimiento del sistema de Seguridad Social en el futuro, y con la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), por la que se estableció el marco general de las políticas dirigidas a favorecer el empleo de las personas de más edad.

²¹ COM(2004) 146 final, p. 9.

²² COM(2004) 146 final, p. 9.

²³ TULLINI, P.: (2016) *Trabajadores en edad avanzada y mercado de trabajo en Italia*, en <http://grupo.us.es/sej322/congresofinal/ponencias/tullini-italia.pdf>, p. 133, ha afirmado que “las instituciones europeas proponen adoptar un concepto más amplio de envejecimiento activo según la fórmula “trabajo sostenible a lo largo de la vida”, que aprovecha el potencial de las personas de edad avanzada según un modelo de desarrollo económico y social más inclusivo”.

²⁴ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2/08/2011).

Posteriormente, y como complemento de lo anterior, nacería el RD Ley 5/2013²⁵, que vino a establecer normativamente en nuestro país medidas favorecedoras del mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad avanzada, tanto en el plano positivo²⁶, admitiendo la posibilidad de la compatibilidad entre pensión y trabajo, tanto por cuenta propia, como ajena, sin necesidad de celebrar un contrato de relevo, como en el plano negativo, desincentivando las jubilaciones anticipadas de los trabajadores que aún no han alcanzado la edad de jubilación (a través de los correspondientes coeficientes reductores), y estableciendo unas condiciones de acceso menos favorables a las jubilaciones parciales, retrasando la posibilidad de acceder a la misma, dado que se eleva la edad para poder acceder a ella, incrementándose los años de cotización con el mismo objetivo.

Asimismo, el RD Ley estableció medidas protectoras de la discriminación de trabajadores de más edad en los despidos colectivos²⁷. Así, las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el art. 51 del TRET deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores; b) Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa²⁸. La norma también establece la forma de cálculo de los trabajadores de mayor edad despedidos en relación al resto²⁹.

²⁵ Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE 16/03/2013).

²⁶ De la misma forma, el RDL establece la implementación de medidas de políticas activas de empleo para los trabajadores mayores de 55 años que hayan perdido su empleo y que hayan agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo o cualquiera de los subsidios por desempleo establecidos en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, convirtiéndolos en colectivo prioritario para su participación en las acciones y medidas de políticas activas de empleo que desarrollen los Servicios Públicos de Empleo a los efectos previstos en el artículo 19 octies de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (D.A. 8ª).

²⁷ A través de la modificación de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, relativa a las aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios.

²⁸ Los supuestos en los que deberán tener lugar dichas aportaciones vienen reguladas en el art. 10 del RD Ley 5/2013.

²⁹ El mismo artículo 10 del RD Ley 5/2013 señala que “a los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del tra-

Además de todo lo anterior, en el mismo sentido que establece el título del propio RD Ley 5/2013, sería necesaria la implementación de políticas de envejecimiento activo, entendido éste como el proceso en que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. El envejecimiento activo permite que las personas realicen su potencial de bienestar físico, social y se centra en las personas mayores y en la importancia de dar una imagen pública positiva de este colectivo³⁰. Se trata, por tanto, de que las personas de edad avanzada cumplan años pero con vida, o, como se ha dicho también por la OMS, “se trata de añadir vida a los años y no años a la vida”. Y eso debe traducirse, no solo en la mejora de la salud física de los trabajadores de esa edad, sino también de la salud mental, lo que es más importante aún a partir de un determinado tramo de la vida. Por ello, las distintas autoridades, comunitaria y nacionales, deberán establecer políticas de envejecimiento activo para que el paso de los años sea cada vez más saludable para las personas que los cumplen y para la sociedad en general.

En este contexto, la Comisión Europea consideró oportuno declarar el año 2012 como el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional³¹. El objetivo general del mismo era facilitar la creación en Europa de una cultura del envejecimiento activo, basada en una sociedad para todas las edades, a través de la implementación de medidas para favorecer el envejecimiento activo de las personas, pero muy en relación con su faceta laboral, y teniendo en cuenta los esfuerzos que, al respecto, llevaran a cabo las organizaciones empresariales y los interlocutores sociales. Por tanto, no cabe duda de que todas las medidas que hayan de implementarse tienen que tener en cuenta la mejora de los aspectos físicos y mentales de los trabajadores en su puesto de trabajo y en relación con el resto de la organización para la que prestan servicios, mejorando, por ejemplo, los canales de información entre la empresa y trabajadores y facilitando las vías de participación del trabajador en la compañía.

En este sentido, como también se indica desde la Comisión Europea, se tendrán en cuenta las perspectivas de género y la intergeneracional. A tal efecto, hay

bajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. Para el cálculo del porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa, se tendrá en cuenta la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo”.

³⁰ La Organización Mundial de la Salud definió así el envejecimiento activo con motivo del Año Europeo del Envejecimiento Activo (2012).

³¹ DECISIÓN n° 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012).

que partir de la base de que en el mercado de trabajo europeo (y también en el español) es cada vez más frecuente el encuentro en la misma empresa de dos trabajadores con edades muy distintas (fruto de los procesos de salida del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad comentados anteriormente): uno joven, con más formación y menos experiencia laboral, y otro, con edades avanzadas, menos habilidades tecnológicas, pero con más experiencia. En este escenario, el fomento de acciones de convivencia entre estos dos generaciones de trabajadores sería fundamental, dado que la mezcla de ambos podría enriquecer mucho el trabajo en la empresa. Por otra parte, hay que seguir trabajando por conseguir la igualdad real entre mujeres y hombres de más edad, con el objetivo último de combatir la pobreza y la exclusión social de ambos, y, prioritariamente, de las mujeres, a través de acciones normativas reguladoras del aprendizaje permanente a lo largo de la vida, de una mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo y de una mejora de los sistemas de protección social³².

4.1.2. La formación y entrenamiento del trabajador y empresario

Además de todo lo anterior, habrían de implementarse acciones formativas a lo largo de toda la vida activa del empleado o, al menos, a partir de una determinada edad. La formación permanente del trabajador conduce a crear hábitos en el trabajo y costumbres saludables, y, en definitiva, a mejorar la salud y el bienestar físico y psíquico de los empleados de una empresa. Hay muchas circunstancias en el día a día de una organización empresarial que hacen que la salud del trabajador pueda sufrir si no se toman paulatinamente las medidas oportunas. La formación, en tal caso, se vuelve pieza imprescindible para el aprendizaje de estrategias individuales y colectivas relativas a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo.

El papel de la formación, junto con el de la información, se torna básico cuando se trata de adquirir hábitos laborales que permitan a los trabajadores que alcancen una determinada edad continuar con las mismas facultades psíquicas y físicas que a lo largo de toda su vida laboral, habiéndose señalado los bene-

³² La DECISIÓN n° 940/2011/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012) así lo ha estableciendo, considerando que “se fomentará la solidaridad y la cooperación entre las generaciones, teniendo en cuenta la diversidad y la igualdad entre las mujeres y los hombres. Promover el envejecimiento activo consiste en crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad. Esto supone, entre otras cosas, adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos”

ficios que las políticas de formación relativas a la edad traen, no solo para los trabajadores, sino también para las organizaciones³³. Estos beneficios serían: a) El incremento del nivel general de habilidades y competencias de la fuerza de trabajo y la capacidad de innovación; b) La mejora de la calidad de los productos y servicios de la organización; c) Aumento de la empleabilidad de los trabajadores de edad avanzada, lo que además conlleva el que estén más predispuestos y motivados para una mayor movilidad dentro de la empresa, tanto vertical, como horizontal; d) Cuando los empleados son formados en edades tempranas, luego son más receptivos a recibir acciones formativas a lo largo de toda su vida laboral en la empresa³⁴.

Si de lo que se trata es de evitar las situaciones de tensión y de estrés producidas por la obsolescencia de los conocimientos del trabajador por la incorporación a la empresa de nuevos equipos o la falta de preparación del mismo respecto del manejo de máquinas y útiles de trabajo, se trataría únicamente de llevar a cabo por parte de la empresa de cursos de formación y entrenamiento que sirvan para mantener al empleado al día de esos conocimientos en todo momento.

A este respecto, es importante resaltar que se ha extendido una creencia errónea en cuanto a la capacidad de aprender que tienen los trabajadores de edad avanzada, negándoles la capacidad de aprendizaje a partir de una determinada edad. Es por esta razón por la que los empresarios se niegan a establecer acciones formativas para estos empleados. Sin embargo, como se ha dicho, “lo más habitual es que estos problemas de aprendizaje residan, más que en las propias capacidades del adulto, en un mal diseño de los métodos pedagógicos, alejados de lo que debería ser la formación de trabajadores adultos, es decir, una formación práctica, relacionada en la medida de lo posible con el trabajo realizado hasta el momento y que permita la participación activa de los formandos”³⁵. Por tanto, habría que adaptar estos métodos, utilizando metodologías propias de las enseñanzas de adultos, y con unos docentes expertos en estas enseñanzas, desechando aquellas acciones de formación tradicionales³⁶.

³³ La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 (p. 27), afirma la necesidad de implementar en las empresas una cultura preventiva, en cuyo ámbito juega un papel fundamental la formación e información de los trabajadores, señalando algunas líneas de actuación a seguir a estos efectos, tales como “el diseño y la potenciación de la formación de colectivos específicos”. Entre esos colectivos se está pensando a los trabajadores de edad avanzada.

³⁴ EUROFOUND (2006): *A guide to good practice in age management*, Office for Official Publications of the European Commission, Luxembourg, p. 9-12.

³⁵ INSHT (NTP 367), op. cit., p. 5.

³⁶ V. a este respecto Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales (2014): *Guía para el Abordaje del Envejecimiento en la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales*, donde se establecen medidas tendentes a implementar una formación adecuada a los trabajadores de edad. Dichas medidas deberían: a) Garantizar que para la detección de necesidades formativas se tenga

Por otra parte, habría que anticipar el momento en el que dan comienzo tales acciones a partir de una cierta edad, para predisponer al trabajador a lo que se le avecina. Así, muchos Estados de la UE han puesto el énfasis en la empleabilidad, que pone el acento en la formación y desarrollo continuo de habilidades y competencias de los trabajadores, para asegurar que ellos tienen las adecuadas habilidades para el empleo³⁷. Países como Austria, Hungría y Lituania han promovido incentivos, tanto para los empleados como para los empresarios, para asegurar un aprendizaje permanente a lo largo de la vida³⁸.

4.1.3. *El establecimiento y ajuste de planes de carrera*

Como se ha dicho anteriormente, es importante concienciar a la empresa para que ésta, a su vez, ofrezca a sus trabajadores planes de carrera adaptados al perfil de cada uno, de forma tal que cuando aquellos lleguen a una edad cercana a la edad de jubilación, puedan estar lo mejor preparados posibles, física y psíquicamente, para afrontar los problemas que se presentan a esas edades para los trabajadores.

Por ello, como se ha dicho, el desarrollo de estos planes de carrera es un importante instrumento para asegurar las perspectivas de promoción y seguridad en el trabajo de los trabajadores de edad avanzada, e implementar buenas prácticas al respecto suponen determinados beneficios para las empresas, tales como la reducción de tensiones físicas y psíquicas del trabajador, la consecución de objetivos por cada fase laboral, con la consiguiente motivación, compromiso, flexibilidad y productividad del empleado; y, por último, la posibilidad de utilizar a los trabajadores de edad avanzada, después de haber sido entrenados

en cuenta a los propios trabajadores de + 55 y a sus mandos intermedios; b) Garantizar que en el programa de formación se incluyan formaciones específicas para trabajadores +55; c) Garantizar que el contenido de las formaciones sea comprensible para los trabajadores de +55; d) Garantizar que los medios utilizados para realizar las sesiones de formación sean adecuados para personal de +55; e) Garantizar que el material de aprendizaje esté organizado y bien estructurado para reducir la complejidad del mismo; f) Garantizar que las instalaciones dónde se realizan las sesiones formativas sean adecuadas para personal de +55; h) Aprovechar la experiencia laboral de los trabajadores +55; i) Incorporar en las formaciones el conocimiento previo de los participantes de +55.

³⁷ El Informe CES (2014) *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad* (p. 78) señala que “no es irrelevante, en este sentido, que entre los fines que debe perseguir el subsistema de Formación Profesional para el Empleo (FPE) se sitúe, en lugar destacado, la formación a lo largo de la vida que mejore la capacitación profesional de los desempleados y ocupados. Garantizar oportunidades de formación permanente a lo largo de la vida debería ser considerado por tanto un objetivo prioritario, particularmente en dichas edades, estrechamente conectado con otro de los fines consistente en mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral”.

³⁸ EUROFOUND (2012): *Employment trends and policies for older workers in the recession*, Dublin, Publication Office, p. 9.

adecuadamente, en tareas de tutorización y mentoría de otros trabajadores más jóvenes³⁹.

4.1.4. *La mejora de las condiciones de trabajo*

La llegada a una determinada edad laboral, como se ha dicho, aunque no conlleva necesariamente una pérdida de las facultades del trabajador para el desempeño de su trabajo, sí puede acarrear un incremento de las posibilidades de riesgos laborales para esos trabajadores, dado que es evidente que, de entrada, hay una merma en las aptitudes físicas del trabajador, causadas por el envejecimiento.

Por ello, la adopción de determinadas medidas por parte de la empresa, que no conllevan ningún tipo de trastorno a su organización podrían servir para paliar o reducir significativamente tales riesgos. Así, por ejemplo, la flexibilización del horario de trabajo de los empleados en sus últimos años de vida laboral podrán ayudar a los mismos a soportar mejor esa disminución de facultades producidas por la edad⁴⁰. De la misma manera, una adaptación de la jornada de trabajo o del turno establecido por la organización empresarial, también servirá de acicate y estímulo al trabajador de edad avanzada a mantener los niveles de productividad y eficiencia que venía prestando a lo largo de toda su vida laboral.

4.2. **La óptica de la seguridad y salud en el trabajo**

Junto a todas las medidas citadas anteriormente, no hay que olvidar que el hecho de tener cada vez más en nuestras empresas trabajadores de más edad, debería suponer la aplicación estricta y adaptada de todos los mecanismos con los que cuenta nuestra legislación en prevención de riesgos laborales a lo largo de toda la vida de los trabajadores en nuestras empresas.

³⁹ EUROFOUND (2006): *A guide to good practice in age management*, Office for Official Publications of the European Commission, Luxembourg, p. 12-14.

⁴⁰ La Recomendación nº 162 OIT(1980) sobre los trabajadores de edad, estableció determinadas medidas posibles a adoptar en el ámbito de la empresa para suavizar las condiciones de trabajo a los trabajadores de edad, por ejemplo: a) reducir la duración normal del trabajo, diaria y semanal, de los trabajadores de edad dedicados a ocupaciones penosas, peligrosas o insalubres; b) fomentar la reducción progresiva de la duración del trabajo de todos los trabajadores de edad que así lo solicitaren, durante un período prescrito anterior a la fecha en que los interesados alcancen la edad normal de admisión a las prestaciones de vejez; c) incrementar las vacaciones anuales pagadas en función de la antigüedad o de la edad; d) permitir que los trabajadores de edad organicen a su propia conveniencia el tiempo de trabajo y el tiempo libre, en particular facilitándoles empleo a tiempo parcial y previendo horarios flexibles; e) facilitar la asignación de los trabajadores de edad a empleos de horario normal diurno, tras cierto número de años de actividad en un sistema de trabajo por turnos en régimen continuo o semicontinuo.

Así lo ha entendido la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en su campaña prevista para los años 2016-17, y que ha recibido el nombre de “Trabajos saludables a cada edad”⁴¹. Para este organismo, unas condiciones de trabajo seguras y saludables a lo largo de toda la vida laboral son buenas para los trabajadores, las empresas y la sociedad en su conjunto.

Por ello, la mencionada campaña prevista para este año persigue cuatro objetivos principales: a) promover el trabajo sostenible y el envejecimiento saludable desde el inicio de la vida laboral; b) evitar los problemas de salud a lo largo de la vida laboral; c) facilitar vías para que empleados y trabajadores gestionen la seguridad y la salud ocupacional en el contexto de una mano de obra que envejece y d) fomentar el intercambio de información y buenas prácticas.

Claro que para que todo esto pudiera ser así, debe haber un trabajo previo de concienciación para todos los sujetos implicados, es decir, empresarios, trabajadores, administraciones públicas e interlocutores sociales, que haga que todos estos sujetos puedan asumir cada uno su papel en el cuidado de la salud del factor humano en la empresa.

Llegados al punto de considerar que esto último efectivamente se da, habría que arbitrar las medidas de seguridad y salud previstas en la normativa preventiva y aplicarlas realmente en el día a día de las empresas, junto con otras medidas que tuvieran en cuenta, efectivamente, el hecho del envejecimiento de nuestras plantillas.

Todo ello con independencia de la consideración de estos trabajadores como especialmente sensibles, a los efectos de poder aplicarles el art. 25 de la LPRL, que lleva a crear un ámbito más intenso de protección de la seguridad y salud de algunos trabajadores, los especialmente sensibles a determinados riesgos. En tal sentido, parece probable dicha consideración, dado que, como se ha dicho por la doctrina⁴², aunque en principio este colectivo no está específicamente incluido dentro del art. 25, “la lista no es cerrada y se podrían incluir todos aquellos otros que cumplan con las premisas que establece la norma para ser considerados como sensibles”. Claro que esto no está relacionado, única y exclusivamente, con la edad, es decir, la consideración del trabajador de edad avanzada como trabajador sensible tiene que tener como premisa el cumplimiento de una determinada edad, pero ello solo no bastaría para la mencionada calificación, sino que para que ello pudiera tener lugar tendrían que darse los requisitos establecidos en la propia norma.

⁴¹ La campaña puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.healthy-workplaces.eu/es>

⁴² CARRERO DOMÍNGUEZ, C. Y MORENO MÁRQUEZ, A. (2009): *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros...*, *op. cit.*, p. 16.

En este sentido, la calificación de los trabajadores de edad avanzada como sensibles estaría en función de sus características personales, pero también de su estado biológico, y de su situación física, psíquica o sensorial. Por tanto, siendo la edad una característica personal que predispone a una mayor vulnerabilidad en general para la vida y para el desempeño del trabajo, ella por sí sola no sería suficiente para la calificación del trabajador como especialmente sensible si ello no va unido a una disminución importante de las demás características y del estado del sujeto trabajador.

Sin embargo, dando por hecho que se dan tales circunstancias, el art. 25 establece la protección específica en que se debería concretar dicha calificación. En particular, la evaluación de riesgos que tenga en cuenta la edad como factor específico que puede predisponer a contraer determinadas enfermedades o dolencias o a sufrir determinados accidentes⁴³ y la imposibilidad de emplear a tales trabajadores en puestos de trabajo que pongan en peligro su estado físico, psíquico o sensorial o el de sus compañeros. Todo ello con independencia de las medidas que puedan ser adoptadas a través de la negociación colectiva, por ejemplo, en relación con el rediseño y adaptación de los puestos de trabajo y con la flexibilización de las condiciones y formas de prestación del trabajo.

4.2.1. La evaluación de riesgos

Así, en primer lugar, tendría que efectuarse una evaluación de riesgos en la que se tenga en cuenta la edad del trabajador⁴⁴. No bastaría, pues, la genérica evaluación de riesgos que normalmente se propone en función del sector al que pertenece la empresa. Dicha evaluación debería considerar como factor general de la empresa y específico de los puestos de trabajo el que existen trabajadores de edad avanzada, cuya presencia en la organización va a condicionar los riesgos allí existentes, dado que está comprobado estadísticamente que existe un mayor número de siniestros laborales de gravedad, e incluso mortales, en las empresas con trabajadores en estos tramos de edad avanzados⁴⁵.

⁴³ El Informe Anual de Accidentes de Trabajo en España 2015 (p. 14) ha puesto de manifiesto que la edad es un factor muy a tener en cuenta cuando se habla de siniestralidad laboral, ya que los trabajadores jóvenes (16 a 24 años) son los que presentan unas tasas superiores de accidentalidad laboral, mientras que en la franja de edad de los trabajadores de edad avanzada (55 a 64 años), aunque las tasas de siniestralidad son bajas, los accidentes muy graves y mortales son los que presentan una mayor incidencia.

⁴⁴ V. a este respecto el punto 4.2.3 de este mismo artículo, relativo al papel del médico en la empresa.

⁴⁵ Como se afirma en el Informe Anual de Accidentes de Trabajo en España 2015 (2016), INSHT, (p. 14), “cuando se analiza la incidencia de accidentes de trabajo mortales la situación es completamente distinta (a la de los trabajadores jóvenes), ya que el índice de incidencia de accidentes mortales aumentó de forma constante al aumentar la edad (...). Se advierte la tendencia constante y acentuada de aumento de la mortalidad con la edad, en los varones. En las mujeres la

Además, con independencia de la mayor tasa de accidentes mortales que se producen a edades más avanzadas, los cambios en las capacidades físicas, psíquicas y sensoriales que se producen en los trabajadores con el paso del tiempo hacen también necesario que la edad sea un factor a tener en cuenta cuando se trata de llevar a cabo una buena gestión de la seguridad y salud en la empresa⁴⁶.

Los factores a tener en cuenta a la hora de hacer una evaluación de riesgos adecuada, considerando, por tanto, como factor importante de riesgo a la edad, habría de considerar tanto los factores físicos, como los psicosociales.

Dentro de los primeros se habrían de analizar los riesgos ergonómicos (movimientos repetitivos, manipulación manual de cargas, posturas incómodas o forzadas, posturas estáticas), el trabajo a turnos, entornos laborales con calor, frío o ruido, vibraciones y el trabajo en altura. Por su parte, dentro de los riesgos psicosociales habría que tener en cuenta las destrezas obsoletas, la falta de formación y desarrollo profesional, la discriminación por edad, la mala conciliación entre trabajo y vida privada (p.e., necesidad de prestar cuidados a otras personas)⁴⁷, etc.

4.2.2. Adaptación de puestos de trabajo

El trabajador que, llegada una determinada edad, no puede seguir desempeñando las mismas funciones en el mismo puesto de trabajo tal como lo hizo durante el tiempo en que se lo permitieron sus circunstancias personales, debido, como se ha dicho, a sus circunstancias personales o a su estado biológico y a su situación física, psíquica o sensorial, tendría así la oportunidad de seguir desempeñando funciones en la empresa, a través de la adaptación o el rediseño de su puesto de trabajo.

Por otra parte, en otras ocasiones, lo que hace viejo al trabajador no son sus circunstancias psicofísicas, sino el propio diseño del puesto de trabajo. Bastaría por tanto con adaptar el puesto de trabajo para que dicho trabajador pudiera seguir trabajando. Es decir, lo que se está planteando en este supuesto no es más que la aplicación en la realidad de uno de los principios de la acción preventiva en la empresa, tal como está configurado en la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Dir. 89/391/CEE o Directiva Marco, el principio de adaptación del trabajo a la persona.

tendencia al alza es mucho más suave, de manera que las líneas van divergiendo, y la diferencia entre ambos sexos en los grupos de mayores es la más marcada”.

⁴⁶ Así puede verse en el documento de la OSHA (2016): *Gestionando el envejecimiento de la población activa en Europa* (p. 14), donde se afirma que “el entorno laboral se debe ajustar a los cambios en las capacidades, sobre la base de una evaluación de riesgos. Dicha evaluación debe tener en cuenta la edad, entre otros aspectos de la diversidad”.

⁴⁷ OSHA (2016): *Gestionando el envejecimiento de la población...*, p. 15

Por último, si no fuera posible la adaptación del puesto de trabajo en el que venía prestando funciones dicho empleado, puede plantearse también el cambio a otro puesto de trabajo de la misma empresa que sea compatible con la formación del trabajador y con sus circunstancias psíquicas y físicas, siempre que ello fuera posible.

4.2.3. *El papel del médico de empresa*

En relación con la prevención de riesgos específicos que puedan afectar a los trabajadores de una determinada empresa o un puesto de trabajo concreto, el papel del médico puede convertirse en determinante de una buena planificación de actividades que estén dirigidas a la preservación de la salud de los trabajadores, sobre todo, en lo relativo a la promoción de la salud de éstos⁴⁸.

En efecto, en la actualidad, las grandes empresas parece que han tomado conciencia colectiva de la importancia de promocionar la salud de sus trabajadores, y muchas de ellas están adoptando acciones que ayuden a aquellos a mantener una buena salud física y psíquica. Por ejemplo, el establecimiento de dietas saludables en los comedores de la empresa ayudará a aquellos trabajadores que comen en las instalaciones de la empresa a diario a mejorar su salud y su bienestar, y en este campo juega un papel muy importante el médico de la empresa. Lo mismo ocurrirá con el fomento de la actividad física desde la organización, estableciendo horarios que permitan conjugar lo laboral con el ejercicio físico, o bien articulando instalaciones deportivas dentro de la propia empresa (un pequeño gimnasio, por ejemplo), etc. El médico, en tal caso, podría establecer ejercicios aeróbicos o anaeróbicos que ayuden al trabajador en sus ratos libres (al final de la jornada o entre la jornada de mañana y tarde) a realizar la tabla de ejercicios que ha dispuesto aquél para cada día de la semana.

Todo esto hay que ponerlo en conexión con la normativa vigente al respecto, en concreto, el RD 843/2011, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. En dicha norma, se encarga a los servicios sanitarios de los servicios de prevención distintas obligaciones, entre ellas, las de impulsar programas de promoción de la salud en el lugar de trabajo, el desarrollar programas de formación, información e investigación en su ámbito de trabajo y la de efectuar la

⁴⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (2015): *Los trabajadores de edad avanzada en el sistema de relaciones laborales: aspectos normativos y factores humanos*, en Revista General del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 41, p. 28, señala que sería preciso “reforzar el papel del médico del trabajo, formar a los médicos del trabajo en la práctica de la negociación de la organización de los puestos de trabajo (dado que) actualmente, el papel del médico de empresa en la gestión del envejecimiento en el trabajo suele reducirse a dar la calificación “apto/no apto” para la realización de una tarea determinada o a pedir cambios de puestos de trabajo”.

vigilancia colectiva de la salud de los trabajadores, en función de los riesgos a que estén expuestos los distintos colectivos de la empresa⁴⁹.

Es por ello por lo que se ha dicho que las actuaciones a llevar a cabo en la empresa para los trabajadores de 55 años y más, promovidas desde el servicio sanitario de los servicios de prevención de las mismas, serían los siguientes⁵⁰:

1. Vigilancia de la salud colectiva
 - a) Epidemiología de los trastornos de salud en función de la edad y el puesto de trabajo, fundamentalmente, patologías osteomusculares, salud mental, hipoacusia, alteraciones visuales, etc.
 - b) Planificación de las actividades preventivas y de promoción de la salud en función de la epidemiología y de los riesgos laborales, incluyendo la variable de edad como factor a tener en cuenta en la planificación. Por ejemplo, espalda sana, higiene del sueño o motivación en el trabajo.
2. Vigilancia de la salud individual
 - a) Evaluar individualmente el factor edad en relación al puesto de trabajo.
 - b) Valorar específicamente los trabajadores especialmente sensibles según la edad, riesgos del puesto de trabajo y condición de salud.
 - c) Aplicar los protocolos de vigilancia sanitaria específica.
3. Promoción de la salud
 - a) Programas de prevención de los principales trastornos crónicos, en concreto, trastornos musculoesqueléticos, cardiovasculares y mentales.
 - b) Programas específicos de promoción de la salud en función de la edad, fundamentalmente los relativos al cuidado de la alimentación, a la actividad física y a la planificación del recambio generacional.

4.2.4. *La promoción de la salud de los trabajadores*

Además de todo lo anterior, sería importante establecer medidas encaminadas a la promoción de la salud de los trabajadores en el seno de las organizaciones productivas⁵¹. A este respecto, cabe decir que, en relación con el concepto de pre-

⁴⁹ RD 843/2011 (art. 3).

⁵⁰ Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales (2014): *Guía para el Abordaje...*, op. cit., p. 43 ss.

⁵¹ Así se establece en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 (p. 16), según la cual “determinados hábitos de vida pueden poner en riesgo la seguridad y salud del propio trabajador y la de terceros, (por lo que) es preciso el desarrollo de políticas públicas que incidan en el bienestar de la población en general, y que fomenten hábitos de vida saludables y

vención de riesgos laborales, pero más allá de él, se han arbitrado en los últimos tiempos estrategias empresariales tendentes a promocionar la salud del trabajador en el lugar de trabajo.

Dichas estrategias tienen su base en la Declaración de Luxemburgo, sobre la Promoción de la Salud en el Trabajo (PST), que conceptuó a la misma como una “estrategia empresarial moderna”, que aspira a la mejora de la prevención de riesgos profesionales, y, sobre todo, al aumento de la capacidad individual de la población trabajadora para mantener su salud y calidad de vida.

Las relaciones laborales en el siglo XXI presentan grandes cambios respecto del mismo escenario en épocas anteriores, dado que hay fenómenos como la globalización, el downsizing, el incremento de personal en las pequeñas y medianas empresas y el envejecimiento de la población trabajadora, que han hecho considerar que “el futuro de las empresas depende, en gran medida, de que su personal esté bien preparado, motivado y sano”⁵².

La Declaración de Luxemburgo establece que la PST consiste básicamente en “aunar los esfuerzos de los empresarios, los trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de los trabajadores en el lugar de trabajo”. Esa definición defiende la integración de la promoción de la salud en las intervenciones de prevención de riesgos laborales, intenta establecer un marco conceptual que ayude a organizar y emprender programas de salud en la empresa que consideren actuaciones a todos los niveles (individual, entorno y organización) y busca la participación y colaboración de todos los actores intervinientes (administraciones competentes, expertos, empresarios y trabajadores). Es decir, la consecución de trabajadores y empresas saludables se ha convertido en uno de los grandes objetivos de la UE y de todos los países comunitarios en materia social, pero es cierto que para ello hace falta una implicación directa de todos los actores que intervienen en las relaciones de trabajo, desde los propios gobiernos (comunitario y nacionales), los empresarios, los trabajadores y los interlocutores sociales⁵³. Y, a su

preventivos, tanto laborales como extralaborales”. A tal efecto, la propia Estrategia ha establecido como línea prioritaria de actuación la promoción de la salud y el fomento de la cultura de la salud, a través de la potenciación de hábitos saludables en el entorno laboral (p. 32).

⁵² Declaración de Luxemburgo sobre Promoción de la Salud en el Trabajo. En el año 1997, la Red Europea de Promoción de la Salud en el Trabajo (ENWHP) elaboró la Declaración de Luxemburgo, documento de consenso en el que se establecían los principios básicos de actuación y el marco de referencia de una buena gestión de la salud de los trabajadores en la empresa.

⁵³ La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 (p. 16), establece que “determinados hábitos de vida pueden poner en riesgo la seguridad y salud del propio trabajador y la de terceros. Es preciso el desarrollo de políticas públicas que incidan en el bienestar de la población en general, y que fomenten hábitos de vida saludables y preventivos, tanto laborales como extralaborales”.

vez, la implicación de todos los miembros de la organización en la consecución de los objetivos preventivos pasa necesariamente por atribuir responsabilidades individuales a todos ellos, con independencia de las que se puedan atribuir a los directivos y a los servicios de prevención. Y todo esto, finalmente, ha de enfocarse según las directrices de la propia Declaración sobre la Promoción de la Salud en el Trabajo, dado que todo esto, además, va a repercutir finalmente en la mejora de la productividad de la empresa.

Todo lo anterior permitiría, en un futuro, el tener unas organizaciones empresariales con personas cada vez con más edad, pero saludables y con una conciencia clara de su papel en la empresa y con un sitio en la misma claro, definido y en unas buenas condiciones de salud físicas y psíquicas, al haber contado con medidas apropiadas de preservación de su salud, y dirigidas a la promoción de la salud de los mismos y del envejecimiento activo⁵⁴.

5. BUENAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES DE GESTIÓN DE LA MANO DE OBRA DE EDAD AVANZADA

Más allá de todo lo anterior, es decir, de todo lo que se ha venido haciendo desde el punto de vista normativo en relación con una buena gestión de la mano de obra trabajadora, que ha ido envejeciendo poco a poco (y que seguirá haciéndolo según las previsiones demográficas), hay que poner de manifiesto también algunas otras actuaciones que se han hecho y que se proponen para que, en un futuro más o menos inmediato, crezca en todas las partes implicadas la concienciación del valor que los trabajadores de edad avanzada tienen y de lo que pueden aportar en las organizaciones en las que trabajan. Es lo que se ha dado en llamar “buena práctica” la cual ha sido definida como “una serie de posibles intervenciones, pequeñas y grandes, que contribuyen a fomentar los intereses tanto de los trabajadores de edad avanzada como de las organizaciones”⁵⁵.

Todas estas actuaciones tienen en común la tendencia a procurar un cambio cultural que tenga como finalidad recuperar el valor del trabajador de edad como alguien que puede seguir aportando a la empresa. Tal como se ha afirmado, “lo primero que hay que recuperar, por tanto, es la consideración de la persona de edad, el respeto a su forma de ser y de trabajar y a las singularidades personales,

⁵⁴ También a este respecto cabe destacar las medidas previstas por la COM (2014) 332 final, que establece el Marco Estratégico de la UE en materia de seguridad y salud en el trabajo (2014-2020).

⁵⁵ WALKER, A. (1999): *Gestión de una mano de obra que envejece. Guía de buena práctica*, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, Dublín, p. 3.

familiares y sociales propia de su situación”⁵⁶, de tal forma que se desarrolle “en el pensamiento y en la conducta de los miembros de la empresa una actitud positiva y de adaptación a las particularidades del grupo de trabajadores de edad que deben seguir disponiendo de oportunidades en la empresa”⁵⁷. Para ello, “es condición *sine quae non* un cambio profundo en las empresas respecto al empleo de los trabajadores mayores (siendo) el primer paso la implicación de la dirección en dar adecuada respuesta a esta demanda de la sociedad, abordándolo desde sus múltiples aspectos”⁵⁸.

Todo ello pasa por una serie de actuaciones, tanto desde el ámbito público, como privado, tendentes a conseguir dicha concienciación. Y, en tal sentido, cabe decir que así se ha hecho desde la Unión Europea y sus Estados miembros, “impulsando actuaciones dentro de la Estrategia 2020 y realizando las modificaciones legislativas correspondientes para incentivar la contratación, flexibilizar la jubilación, etc.”⁵⁹, llevando a cabo campañas de sensibilización (como el Año Europeo del envejecimiento activo e intercambio intergeneracional 2012; o la que se llevó a cabo en Francia en 2006 con el ánimo de cambiar la cultura sobre las jubilaciones anticipadas), estableciendo incentivos económicos para retrasar la jubilación y animar a continuar en el trabajo (tal como se hizo en Italia en 2008, exonerando de las cotizaciones para la jubilación a los mayores con derecho a su pensión completa pero que continuaban trabajando), implementando medidas que permitan compatibilizar la jubilación con el trabajo (tal como se ha hecho en España recientemente, a través del RD Ley 5/2013) y de la jubilación progresiva, etc.

Sin embargo, más allá de todas estas medidas normativas, habría que aludir a otro tipo de acciones que podrían tener lugar a través de otros instrumentos genéricos. En primer lugar, propiciar instrumentos de soft law sobre gestión de la edad en las empresas. Dado que ya contamos en nuestro país con medidas normativas al respecto, y que, como se ha afirmado, “realizar una legislación específica que regule con carácter general las obligaciones de las empresas en gestión de la edad no resulta aconsejable sin que exista previamente una conciencia social asentada sobre el problema y una práctica positiva de las empresas sobre gestión de edad”⁶⁰, sería más adecuado proceder a la elaboración y divulgación de ins-

⁵⁶ VIII Informe Randstad, op. cit, p. 31.

⁵⁷ VIII Informe Randstad, op. cit, p. 31.

⁵⁸ TORRES LACALLE, M.C., et al (2014): “Gestión de la edad en la empresa...”, op. cit., p. 21.

⁵⁹ TORRES LACALLE, M.C., et al (2014): “Gestión de la edad en la empresa...”, op. cit., p. 24.

⁶⁰ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. (2016): *El envejecimiento de la población trabajadora. Protección de derechos fundamentales. Gestión de la edad. Políticas de empleo*, (en <http://www.ehu.eus/documents/1393062/3915597/EI+envejecimiento+de+la+poblaci%C3%B3n+trabajadora>), p. 108.

trumentos de soft-law como guías y directrices sobre gestión de la edad en las empresas. A tal efecto, en la Unión Europea y también en nuestro país ya han sido elaboradas distintas guías que tienden a sensibilizar a los diferentes agentes implicados en la mencionada gestión, para facilitar la toma de conciencia colectiva lo más rápidamente posible al respecto⁶¹.

En segundo lugar, la negociación colectiva también podría servir como instrumento que ayudara a la adopción de buenas prácticas en materia de gestión de la mano de obra. En tal sentido, ya ha habido convenios colectivos en nuestro país que han adoptado medidas tendentes a implementar en los distintos sectores y empresas medidas favorecedoras de una mejor gestión de la mano de obra de edad avanzada⁶². Dicha funcionalidad de la negociación colectiva se ajusta muy bien a su carácter propio, dado que lo que se persigue con ello es cubrir espacios donde la ley, o no puede llegar, o la respuesta que se recibe en la implementación de tales medidas por las empresas no es la adecuada, dado que no existe aún demasiada conciencia al respecto.

Por último, podría utilizarse la responsabilidad social empresarial (RSE) para implementar políticas favorecedoras de una buena gestión de la edad avanzada⁶³. En tal sentido, más que del establecimiento de obligaciones empresariales en materia de gestión de la edad y favorecedoras de la adopción de políticas que favorezcan a los trabajadores de edad avanzada, estaríamos hablando de compromisos asumidos por cada organización, en relación con esta materia.

A este respecto, podría pensarse en la implementación por parte de las empresas de medidas que vayan más allá de lo que establece la ley y de los pactos al-

⁶¹ EUROFOUND ha editado la guía elaborada por WALKER, A. (1999): *Gestión de una mano de obra que envejece. Guía de buena práctica*, Dublín. También fueron editadas por la propia Fundación *A guide to good practice in age management* (2006), Dublín y *Employment and labour market policies for an ageing workforce and initiatives at the workplace* (2007), Dublín. Por otro lado, en nuestro país también han visto la luz otras guías del mismo estilo, tales como RECIO, E. (2007): *Gestionar la edad en la sociedad del conocimiento* (VIII Informe Randstad), IEL-ESADE; GARCÍA LOMBARDÍA, P. (2015): *Cómo gestionar personas en una sociedad madura. Los efectos de la pirámide de edad*, IESE Business School-Universidad de Navarra. Y otras que centran el estudio en las repercusiones de la edad en la prevención de riesgos laborales, tales como la editada por Foment del Treball Nacional: *Guía para el abordaje del envejecimiento en la gestión de la prevención de riesgos laborales* (2013).

⁶² V. a este respecto CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MÁRQUEZ, A. (2009): *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros...*, *op. cit.*, p. 25 ss., que recogen distintas prácticas contenidas en la negociación colectiva española relacionada con la gestión de los trabajadores maduros en materia de prevención de riesgos laborales.

⁶³ La Comisión Europea en su Libro Verde para *fomentar un marco europeo para la RSE de las empresas*, (2001), definió la RSE como “un concepto a través del cual la empresa integra de forma voluntaria las dimensiones social y ambiental en sus operaciones de negocio y en sus relaciones con los grupos de interés”.

canzados a través de la negociación colectiva, de modo que con tales medidas se consiga un mayor beneficio y bienestar para los trabajadores, con la consiguiente rentabilidad que ello produce también en las empresas, no solo en cuanto al reforzamiento de la imagen de la compañía, sino también en lo puramente cuantitativo. Así, “algunas empresas que prestan una atención adecuada a los aspectos sociales y medioambientales indican que tales actividades pueden redundar en una mejora de sus resultados y generar crecimiento y mayores beneficios”⁶⁴. Del mismo modo, el hecho de que una empresa sea catalogada como responsable en el ámbito social, por ejemplo mediante su inclusión en un índice de valores éticos, puede favorecer su cotización y aportarle beneficios financieros. dado que las instituciones financieras recurren cada vez más a listas de control social y medioambiental para evaluar los riesgos de los préstamos concedidos a las empresas y las inversiones efectuadas en las mismas”.

Por todo lo dicho, las empresas podrían ir más allá de sus obligaciones legales, estableciendo buenas prácticas de gestión de la edad socialmente responsables. Por ejemplo, en materia de contratación, podrían facilitar la contratación de personas pertenecientes a colectivos desfavorecidos (minorías étnicas, mujeres, desempleados de larga duración) y de trabajadores de mayor edad. De la misma forma, en el ámbito de la formación, las empresas deben jugar un papel importante, más allá de lo establecido por la ley, creando un entorno que estimule el aprendizaje permanente de todos los trabajadores, en particular de los trabajadores con un menor nivel educativo y de cualificación, así como de los trabajadores de mayor edad⁶⁵.

6. CONCLUSIONES

Después de todo el recorrido por el tema analizado pueden llegarse a las siguientes conclusiones:

1. Los datos demográficos a nivel nacional e internacional muestran un alarmante envejecimiento generalizado de la población y particularizado de la población trabajadora.
2. Las relaciones laborales, tal como están concebidas actualmente, pueden verse alteradas por ese hecho demográfico, dado que cada vez más serán las personas de edad avanzada en edad de trabajar, en detrimento del porcentaje de jóvenes que se incorpora al mercado de trabajo, que son cada vez menos (por el descenso de la natalidad) y lo hacen cada vez más tardíamente.

⁶⁴ Libro Verde para *fomentar un marco europeo para la RSE de las empresas*, p. 8.

⁶⁵ Libro Verde para *fomentar un marco europeo para la RSE de las empresas*, p. 9.

3. El desarrollo tecnológico puede incidir también en la forma de concebir la forma de trabajar en el siglo XXI, sobre todo, si ese trabajo es llevado a cabo por personas de edad avanzada.

4. Hay que actuar a tiempo para que las repercusiones que puede conllevar para el mercado de trabajo el envejecimiento de la población trabajadora sean las menores posibles. Es decir, la gestión de la mano de obra deberá incorporar nuevos métodos y nuevos procesos, que hagan posible la adaptación de todo este bagaje de personas de edad avanzada al mercado de trabajo, siendo necesario el trabajo constante con los trabajadores en nuestras organizaciones a lo largo de toda su vida laboral, para que éstos estén preparados y actualizados, en su formación técnica y en su aptitud física y psíquica cuando lleguen a la franja de edad avanzada.

5. Además de las medidas oportunas de gestión de la mano de obra, que ayudarán a que el trabajador sufra lo menos posible en su aptitud física y psíquica cuando llegue al último tramo de su edad trabajadora, se deberá actuar apropiadamente desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, implementando de una manera real y efectiva todas las obligaciones empresariales establecidas en la normativa preventiva, tales como la formación a lo largo de la vida laboral, la evaluación de riesgos correspondiente a personas de edad avanzada, los correspondientes reconocimientos médicos, etc.

6. Será importante también incorporar a la organización acciones de promoción de la salud de los trabajadores y de envejecimiento activo a lo largo de toda la vida de los empleados, para que el creciente número de trabajadores que llegan a los tramos más avanzados de edad laboral lo hagan de la mejor manera posible desde el punto de vista de su salud, física y mental.

7. Las empresas van llegando al convencimiento del problema que puede plantearse con el progresivo envejecimiento de la población trabajadora de aquí a unos años, y están implementando estrategias que hagan posible una adaptación progresiva de los trabajadores a las nuevas circunstancias laborales que pueden plantearse en un escenario más o menos cercano, a través de la formación en hábitos flexibles de trabajo desde edades tempranas y, por otra parte, están llevando a cabo buenas prácticas con los trabajadores mayores para aprovechar que la organización pueda beneficiarse de toda su experiencia y su buen hacer acumulados a lo largo de tantos años. Esto puede hacerse a través del cumplimiento de la normativa legal y convencional existente al respecto, pero también sería necesario establecer obligaciones añadidas de soft law, y, por último, implementar estrategias empresariales de responsabilidad social corporativa, que recojan medidas encaminadas a la mejora de la gestión de la mano de obra envejecida.

VIDEOVIGILANCIA LABORAL Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS

INMACULADA JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS

Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: protección de datos personales; intimidad; videovigilancia laboral

La Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016 contiene un nuevo pronunciamiento sobre la videovigilancia en el ámbito laboral. Partiendo de esta resolución, se analiza el derecho fundamental a la protección de datos personales. En el ámbito laboral, se abandona definitivamente la doctrina de la protección de la intimidad. Sin embargo, surgen nuevas cuestiones en relación con el derecho a la protección de datos en los supuestos de videovigilancia. Esta sentencia supone un cambio en la doctrina que hasta el momento había mantenido el Tribunal Constitucional en la STC 29/2013.

ABSTRACT

Key Words: personal data protection; privacy; workplace video surveillance

The sentence of the Spanish Constitutional Court 39/2016 contains a new pronouncement on the video surveillance at the work place. Starting from this resolution the personal data protection fundamental right is analyzed. In workplace, The Court leaves definitively the doctrine of the privacy protection. Nevertheless, new questions arise in relation with personal data protection right in workplace surveillance. This sentence supposes a change in the doctrine that up to the moment had supported the Constitutional Court in the STC 29/2013.

ÍNDICE

1. LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL
2. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD
3. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN: LA IMAGEN COMO DATO PERSONAL
4. EL DEBER DE INFORMACIÓN A PROPÓSITO DE LA STC 39/2016
 - 4.1. EL FIN JUSTIFICA EL CONTROL OCULTO.
 - 4.2. LA POSICIÓN MAYORITARIA: LA CONEXIÓN ENTRE LA DISPENSA DEL CONSENTIMIENTO AL TRATAMIENTO DE DATOS Y EL DEBER DE INFORMACIÓN A LOS TRABAJADORES
 - 4.3. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL INTERÉS DEL EMPRESARIO, EN VIGILAR EL CUMPLIMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL
5. CONCLUSIONES

1. LA VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

En la actualidad, la aplicación de las nuevas tecnologías al ámbito laboral y la magnitud del alcance del poder de control empresarial plantean problemas jurídicos que pueden poner en cuestión valores tan importantes como la libertad y la dignidad del trabajador. No en vano, nuestra Carta Magna encabeza el Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, con el artículo 10 que consagra la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social.

No es ocioso recordar cómo las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten formas de control nuevas y «casi ilimitadas» que, de facto, están siendo utilizadas por los empleadores para intensificar las formas de conocimiento del comportamiento de los trabajadores, creando centros de «trabajo virtuales» en los cuales la profecía orweliana del gran hermano adquiere dimensiones laboralizadas («el inmenso poder del ojo mecánico» empresarial) en las que la realidad vuelve a superar a la ficción¹.

Del control presencial se ha pasado al tecnológico a través de los más sofisticados instrumentos de acceso y localización, mediante el empleo de datos biométricos o sistemas GPS, entre otros. Asimismo, resultan cada vez más habituales los registros del ordenador utilizado por el trabajador, su correo electrónico o el rastro de su navegación por Internet. Entre estos nuevos dispositivos de fiscalización empresarial se encuentra la videovigilancia, que podemos definir como el mecanismo de control basado en un sistema de captación de imágenes y/o grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Como afirma Goñi Sein, el Estado y el ciudadano recurren a la videovigilancia porque es fuente de información y porque procura una mayor seguridad (se sienten más protegidos). En efecto, no se puede negar que la vigilancia por video-

¹ Tascón López, R. “El lento (pero firme) proceso de decantación de los límites del poder de control empresarial en la era tecnológica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 17/ 2007, p.2.

cámara puede estar justificada para la protección de las personas y de sus bienes. Incluso ha sido decisiva para la conclusión de investigaciones criminales². Este argumento defensivo se viene imponiendo también en la empresa, pues en muchos casos el recurso a la videovigilancia responde a la prevención de delitos o a la verificación de una conducta ilícita por parte del trabajador.

Sin perjuicio de las ventajas que estos métodos representan para satisfacer las exigencias de seguridad, la videovigilancia contribuye a que el trabajador pierda el control de sus informaciones y datos personales.

En nuestro ordenamiento jurídico no hay ninguna normativa específica sobre el uso de videocámaras en el ámbito laboral³. En el marco de la libertad de empresa (art.38 de la Constitución Española, en adelante CE), el empleador, en el ejercicio de su función de control y dirección de la actividad laboral, podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia e inspección para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad⁴.

Esta situación de inseguridad jurídica provoca que la decisión de instalación de sistemas de videovigilancia quede al arbitrio del empresario, sin más restricción que la del respeto a la dignidad del trabajador, la cual adolece de gran vaguedad.

El poder de control empresarial debe traer aparejado el deber de utilizar medios respetuosos con los derechos fundamentales del trabajador y la necesidad de circunscribir esta actividad a la comprobación de aquellas cuestiones estrictamente vinculadas con la prestación de trabajo.

En este punto, la laguna legal ha provocado que sean los jueces y tribunales quienes asuman la misión de establecer las pautas de adecuación entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales. En este sentido, «la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, *quasi* legislativa, de los tribunales, capaz de propiciar, en ocasiones, notables contradicciones, lo cual provocará, a la postre, un evidente grado de inseguridad jurídica»⁵.

² Goñi Sein, J.L. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p.16.

³ La utilización de la videovigilancia por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos se regula en la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto. En el ámbito privado, la Ley 5/2014, 4 de abril, de Seguridad Privada.

⁴ Artículo 20.3 ET hecho “necesario para la buena marcha de la organización productiva” (STC 98/2000, de 10 de abril y STC 186/2000, de 10 de julio).

⁵ Sala Franco, T. “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA VV, *Trabajo y libertades públicas* (Borrajó Dacruz, Dir.), La Ley, Ma-

En último término, ha sido la doctrina general emanada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Norma suprema, la que ha venido a aportar más dudas al problema de la colisión entre el poder de control empresarial consagrado en el art. 20.3 del Estatuto de los trabajadores (en adelante ET) y los derechos fundamentales de estos.

Precisamente, la STC 39/2016, de 3 de marzo, contiene un nuevo pronunciamiento sobre el tratamiento de imágenes obtenidas por videovigilancia en el ámbito laboral. La demanda de amparo parte de la admisión en un proceso por despido de las grabaciones presentadas por la empresa, prueba de cargo que la trabajadora estima nula al haberse obtenido vulnerando sus derechos fundamentales. El Tribunal aprecia la especial trascendencia constitucional del recurso, con la intención de perfilar y aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa.

El supuesto presenta similitudes con el que diera lugar tres años antes a la STC 29/2013, de 11 de febrero. Esta resolución vino a romper con la doctrina que enfocaba el debate de la videovigilancia en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la intimidad que consagra el artículo 18.1 CE. Por el contrario, el Tribunal Constitucional dirimió el asunto desde la óptica de la autodeterminación informativa. No obstante, en la sentencia de 2016, el Alto Tribunal se aparta de aquella línea jurisprudencial sin aportar argumentos que fundamenten el abandono de tal precedente.

A lo largo de estas líneas vamos a intentar abrir un dialogo entre las distintas resoluciones traídas a colación por la STC 39/2016, en relación al deber de información a los trabajadores en los supuestos de videovigilancia en el ámbito laboral.

2. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La tradicional permisividad de los dispositivos de videovigilancia en el ámbito laboral quedó desautorizada por la doctrina del Tribunal Constitucional, que proclamó el respeto a la intimidad del trabajador como límite al poder de control empresarial. Ello obligó a contemplar las facultades empresariales desde la posición preeminente de los derechos fundamentales⁶.

Así quedó reflejado en dos sentencias cuyos supuestos de hecho pasamos a

drid, 1999, p. 205.

⁶ «Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes» (STC 98/2000 de 10 de abril, FJ7)

exponer. En la primera resolución⁷ se cuestionaba si la instalación por la empresa Casino de la Toja de un sistema de captación y grabación de sonido en determinadas zonas del centro de trabajo en concreto la caja y ruleta francesa, había vulnerado el derecho a la intimidad personal del trabajador, consagrado en el art. 18.1 CE.

El Tribunal Constitucional rebatió la tesis que limitaba apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos. Según su argumentación, en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral, pueden producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores. En tal sentido, señala como ejemplos la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, o la captación de aquellas en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral. En definitiva, «habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.), para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores»(STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6).

En aplicación del principio de proporcionalidad, el Tribunal apreció que el sistema no superaba el criterio de la necesidad, teniendo en cuenta que la empresa ya disponía de otras medidas de seguridad por videovigilancia. Por tanto, la medida resultaba desproporcionada para el sacrificio que implica al derecho a la intimidad de los trabajadores dado que permitía captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde una perspectiva de control del cumplimiento laboral. Todo lo cual condujo al Tribunal Constitucional al otorgamiento del amparo.

La segunda sentencia⁸ de nuestro Alto Tribunal trajo causa de la admisión en un proceso por despido, como prueba de cargo, de las grabaciones de video presentadas por la empresa. Para el recurrente, esta prueba era nula de pleno derecho, al haberse obtenido vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador (artículo 18.1 CE).

⁷ La STC 98/2000 de 10 de abril

⁸ La STC 186/200 de 10 de julio

Como consecuencia de un llamativo descuadre contable, la dirección de la empresa contrató la instalación de un circuito cerrado de televisión que enfocase únicamente las cajas y el mostrador de paso de las mercancías donde el recurrente prestaba servicios. Las cintas de vídeo grabadas revelaron que el actor sustrajo de forma reiterada diferentes cantidades de la caja. Por esta razón fue despedido.

Según el Tribunal Constitucional, la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión estaba justificada ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo. Asimismo, era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, esto es, verificar si el trabajador cometía efectivamente tales desviaciones de efectivo y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. De igual manera era necesaria, ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades. Y finalmente era equilibrada pues se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal y determinada, suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada. Por todo lo dicho, el Tribunal Constitucional descartó que se hubiera producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE y, en consecuencia, desestimó el amparo.

El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesto en conocimiento del Comité de empresa ni de los trabajadores afectados estaba justificado por el temor de la compañía de que frustrara la finalidad perseguida y, al mismo tiempo, carecía de trascendencia desde la perspectiva constitucional. En suma, era una cuestión de legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo.

En síntesis, no había habido vulneración del derecho a la intimidad personal del trabajador porque el empleo de las imágenes no había sobrepasado el juicio de proporcionalidad. No se hizo referencia alguna en la sentencia al derecho fundamental a la protección de datos aunque si se alegó por el recurrente la falta de información de la instalación del sistema de seguridad.

De los fundamentos jurídicos de estas sentencias podemos extraer la conclusión de que el Tribunal Constitucional confirma que el empresario no está habilitado para llevar a cabo intromisiones en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 ET. Y no cualquier interés empresarial es suficiente. La mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima la instalación de aparatos de grabación.

En la STC 98/2000, la empresa, aun existiendo un sistema de grabación de imágenes, decidió instalar un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad. Sin embargo no se justificó que este nuevo sistema se instalase como conse-

cuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad ya existentes. De la misma manera no resultó acreditado que el nuevo sistema, que permitiría la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, resultase indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino.

Por el contrario, en el caso que resuelve la STC 186/2000, la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente la actividad laboral. Previamente se habían advertido irregularidades en el comportamiento de los cajeros y un acusado descuadre contable. La sentencia justifica la restricción del derecho a la intimidad mediante la utilización de las imágenes captadas en la tutela del interés empresarial de conseguir pruebas de tales irregularidades. Y se adoptó la medida de vigilancia de modo que las cámaras únicamente grabaron el ámbito físico estrictamente imprescindible, como eran las cajas registradoras.

El Tribunal llegó al convencimiento de que motivos de seguridad suficientemente graves respaldaban el interés empresarial relevante que justificaba la restricción del derecho fundamental. En consecuencia, acepta la utilización de las imágenes como prueba incriminatoria para justificar un despido disciplinario.

Por consiguiente, debe existir un interés suficientemente relevante que garantice el principio de intervención mínima cuando se trata de medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

En cualquier caso la imposición de límites al derecho a la intimidad debe respetar el principio de proporcionalidad. Dicho principio comporta el triple juicio previo: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El criterio de la idoneidad, entiende el Tribunal Constitucional, queda satisfecho porque el medio -la restricción del derecho a la intimidad- es adecuado para la consecución del fin que se persigue esto es, el interés empresarial relevante. El juicio de necesidad adolece de mayor imprecisión. Es indiscutible que las cámaras de videovigilancia son sistemas mucho más eficaces que cualquier otra vía alternativa de fiscalización porque multiplican la facultad de control del empresario. Sin embargo estas medidas solo serían constitucionales y por tanto necesarias, si el fin que se persigue con ellas no se puede lograr de otro modo menos lesivo para los derechos fundamentales.

Por último el principio que analizamos obliga a considerar el valor que se le debe dispensar desde el punto de vista constitucional al derecho fundamental limitado y al interés empresarial protegido. En tal sentido, el Tribunal no aprecia más circunstancias para ponderar la proporcionalidad de la videovigilancia que la del lugar de ubicación de las cámaras y la duración temporal limitada, «suficiente como para poder comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de un

malentendido», sin tener en cuenta la posible intromisión en otros aspectos de la intimidad del trabajador.

3. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN: LA IMAGEN COMO DATO PERSONAL

Habrà que esperar una dècada para apreciar una mutaci3n en la jurisprudencia constitucional expuesta. La STC 29/2013 de 11 de febrero, colm3 las expectativas de un sector doctrinal que abogaba por contemplar los asuntos de videovigilancia en el àmbito laboral desde la perspectiva de la protecci3n de datos. La relevancia que supuso este cambio de orientaci3n exige que nos detengamos en su anàlisis.

Los hechos de los que trae causa la demanda en fueron los siguientes: el recurrente en amparo prestaba sus servicios en la Universidad de Sevilla. Ante las sospechas de irregularidades en el cumplimiento de su jornada laboral, el director de recursos humanos de esta instituci3n dispuso que se emplearan las càmaras de video instaladas en la entrada del recinto para el control de acceso de personas al campus universitario con la finalidad de comprobar aquellas circunstancias. La instalaci3n de estas càmaras estaba advertida con la debida seànalizaci3n.

El sistema de videovigilancia constat3 unas jornadas laborales muy diferentes de los horarios consignados en las hojas de control de asistencia de la unidad administrativa. Como consecuencia, se inici3 la tramitaci3n de un expediente disciplinario contra el trabajador en cuesti3n en el que se le impusieron por parte de la Universidad tres sanciones de suspensi3n de empleo y sueldo, de tres meses cada una, por varias faltas muy graves.

El recurrente manifest3 ante el Juzgado de lo Social, entre otros extremos, que en el expediente disciplinario se presentaron como prueba las imàgenes de las grabaciones de video, pese a no existir autorizaci3n expresa para tal control laboral, ni explicaci3n de ese seguimiento individualizado.

Para el Juzgado, sin embargo, la Universidad tenìa autorizaci3n de la Agencia Espaàola de Protecci3n de Datos (en adelante AEPD) para hacer uso de los ficheros grabados por sus videocàmaras para el control de acceso de los miembros de la comunidad universitaria y el actor formaba parte de la misma. Añadìa a lo anterior que el uso que se hizo de los medios tècnicos de videograbaci3n y de sus soportes informàticos respet3 el principio de proporcionalidad exigido por la doctrina constitucional para toda medida restrictiva de los derechos fundamentales. La resoluci3n por tanto se situ3 en la lÌnea jurisprudencial defendida por el Tribunal Constitucional en la STC 186/2000, que justificaba el control oculto con el fin de comprobar unas concretas actuaciones irregulares.

La resolución de instancia fue recurrida por ambas partes ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La Sentencia se remitió a lo resuelto por el juzgador *a quo*, y declaró adicionalmente que la cámara utilizada se encontraba en el vestíbulo que daba acceso al puesto de trabajo del actor, sin grabar por tanto ningún aspecto íntimo que afectase a su esfera personal. Del mismo modo, la resolución puso de manifiesto que la existencia de una relación laboral justifica la obtención, cesión y tratamiento de datos personales sin necesidad de consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 Ley Orgánica de Protección de datos (en adelante LOPD). No obstante, era obligado informar previamente a los trabajadores, lo que no se hizo, incumpléndose con ello el deber regulado en el art. 5 LOPD, al procederse a la recogida de los datos sin proporcionar la información que ese precepto requiere. De ahí que la AEPD declarara que la Universidad de Sevilla había incumplido lo prescrito en la normativa de Protección de Datos.

En el recurso de amparo, el demandante invoca entre otros los derechos fundamentales de los arts. 18.1 y 18.4 CE. Particularmente, el tratamiento de las imágenes obtenidas mediante las grabaciones había vulnerado su derecho fundamental a la protección de datos, ya que no se le ha facilitado información sobre la videovigilancia, lesión que apoya en la doctrina sentada en la STC 292/2000, de 30 de noviembre.

El Tribunal Constitucional viene a aclarar que pese a existir la invocación de los párrafos primero y cuarto del artículo 18 CE, la demanda se circunscribe exclusivamente a considerar si resultó vulnerado el derecho del recurrente a la protección de datos de carácter personal. Por consiguiente, no considera necesario detenerse en el derecho a la intimidad personal y, en consecuencia entiende que no resulta de aplicación la doctrina de las SSTC 186/2000 y 98/2000, en las que por otra parte, no fue objeto de alegación el derecho del art. 18.4 CE.

Asimismo, el Alto Tribunal argumenta que concurren notables diferencias entre los precedentes que desembocaron en aquellas resoluciones y los examinados ahora. En efecto, en la STC 186/2000, nos encontramos ante un caso de videovigilancia dirigida específicamente a determinadas posiciones del lugar de trabajo. La instalación del sistema no había sido comunicada a los trabajadores, pero esta cuestión no fue tenida en cuenta. El examen se centró en la proporcionalidad de la medida, cuya finalidad era la de servir de prueba para el despido del trabajador. En la STC 98/2000, se juzgaba la instalación de micrófonos en las dependencias que constituían el lugar de trabajo, con conocimiento de los trabajadores y del comité de empresa. De la vigilancia auditiva, por tanto, se había informado al trabajador pero la medida no superó el criterio de la necesidad, al existir ya cámaras de seguridad que cubrían esta finalidad.

Tal como se ha dicho, la cuestión crucial para el Tribunal será discernir si el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE) fue vulnerado por la utilización de las grabaciones con el fin de control de la actividad laboral sin información al trabajador. Para ello tomará como punto de referencia la doctrina emanada de la STC 292/2000 de 30 de noviembre.

La primera duda que viene a resolver el Tribunal es si las imágenes grabadas constituyen un dato de carácter personal protegido por el artículo 18.4 CE. La respuesta es positiva puesto que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil (ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole) lo que «incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, Fj6). En palabras del Tribunal Constitucional, «estamos, en definitiva, dentro del núcleo esencial del derecho fundamental del art. 18.4 CE» (STC 29/2013, FJ5).

En segundo lugar, se detiene en el examen de la actuación empresarial desde la perspectiva del derecho a la información del trabajador. Es aquí donde radica la *ratio decidendi* del presente caso. El tribunal vuelve a hacer hincapié en la distinción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos. Con referencia a las SSTC 98/2000, 186/2000 y la doctrina sentada en la 292/2000, traza las diferencias entre ambos derechos, subrayando el fundamento jurídico 6 de esta última: «La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado... Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin».

Por tanto, de lo expuesto por el Tribunal Constitucional se desprende que el derecho a la información (la facultad de saber quién dispone de los datos y a que uso los está sometiendo) es un elemento caracterizador de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE, de su núcleo esencial. Este derecho de información opera incluso cuando existe habilitación legal para recabar datos sin necesidad del consentimiento del titular.

Como todos los derechos fundamentales y este no es una excepción, tal exigencia de información no es absoluta, sino que admite límites. Sin embargo, solo por ley, que deberá respetar el contenido esencial, podrán imponerse límites a los derechos fundamentales. El tribunal reconoce que en el ámbito laboral no hay una habilitación legal que permita al empresario la omisión del derecho a la información a través de sistemas sorpresivos y no informados de tratamiento de datos. El tratamiento de los datos es legítimo porque responde a una finalidad que también lo es la vigilancia empresarial (art.20.3 ET), aun sin el consentimiento del afectado (art.6.2 LOPD). No obstante, la falta de la información exigible, vulneraría el artículo 18.4 CE.

No fue suficiente que existieran distintivos colocados en las diferentes puertas de acceso a la Universidad, anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la AEPD; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

Además de lo expuesto, el Tribunal añade otra precisión: tampoco había evidencia de que el control de la actividad laboral fuera el objetivo del tratamiento de las imágenes. Las cámaras no estaban instaladas en el lugar de trabajo, sino en los vestíbulos y zonas de paso públicas. Por lo tanto, la finalidad del fichero era la de controlar el acceso al recinto universitario por motivos de seguridad. Se aprecia en este caso una vulneración del principio de calidad de los datos (art.4 LOPD), puesto que se emplearon para una finalidad distinta para la que fueron recogidos, aunque aparentemente no incompatible. En cualquier caso, hubiera sido exigible el consentimiento del trabajador, a tenor del art.15 RLOPD.

En este sentido, Goñi Señi opina que la toma en consideración de imágenes o sonidos para objetivos diversos de aquellos que justificaron la medida supone una transgresión del principio de finalidad. Es más, atribuir relevancia disciplinaria a unos comportamientos irregulares conocidos de forma accidental, cuando la finalidad de la vigilancia era otra, equivaldría a asumir también entre los fines de la videovigilancia el control del comportamiento del trabajador.

A mayor abundamiento, el autor apunta que cuando la ley exige la compatibilidad, no solo está imponiendo un criterio restrictivo que alcanza a la finalidad del control perseguido sino que está además creando una «razonable expectativa

de intimidad» en los trabajadores, en el sentido de que la intromisión consentida en su ámbito reservado (imagen y sonidos) se va a limitar a la estricta satisfacción de los intereses invocados y de que todo lo que no esté orientado hacia ese fin (hechos, actos, expresiones, etc. con los que proyecta su personalidad) va a quedar a cubierto por la reserva. Al utilizar la información obtenida con fines distintos de los que justificaron la adopción, se está obligando a soportar una comprensión del ámbito de lo íntimo mayor que el acreditado y justificado por la adopción del mecanismo de control. Esa instrumentalización de la información adquirida supone en última instancia un acto lesivo para la dignidad del trabajador, pues limita su libertad⁹.

El tribunal solo apunta esta cuestión para constatar que no se cumplió con el deber de información. En definitiva, concluye la sentencia, que las sanciones impuestas con base a esa única prueba, lesiva de aquel derecho fundamental, debían declararse nulas. Por consiguiente, el recurrente al haber sido privado de las facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo fue también de su derecho fundamental de autodeterminación informativa¹⁰.

4. EL DEBER DE INFORMACIÓN A PROPÓSITO DE LA STC 39/2016

4.1. El fin justifica el control oculto

En términos similares a los expuestos en la STC 186/2000 de 10 de julio, y por tanto de nuevo bajo el prisma del derecho a la intimidad, se repasan en la jurisdicción ordinaria como paso previo a la interposición del recurso de amparo que daría lugar a la STC 39/2016, de 3 de marzo, los criterios que avalan la superación del juicio de proporcionalidad.

La empresa, a raíz de la instalación de un sistema de control informático de caja, había detectado irregularidades contables en la tienda donde prestaba servicios la recurrente en amparo. Ante la sospecha de una apropiación dineraria indebida por parte de alguno de los trabajadores, la entidad había encargado a

⁹ Goñi Sein, J.L. *op.cit.* p.179.

¹⁰ La sentencia no estuvo exenta de críticas. Para algunos autores resulta incomprensible por qué la utilización por el empresario de medidas de videovigilancia en condiciones como las descritas en este pronunciamiento no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio) y, si en cambio lo son desde la perspectiva del artículo 18.4 de la Norma suprema. Y de igual modo, les resulta inexplicable porqué la obligación de informar previamente al trabajador es una cuestión de legalidad ordinaria en el caso del derecho a la intimidad (STC 186/2000, de 10 de julio) y, en cambio, forma parte del contenido esencial de la llamada libertad informática. *Vid.* Gude Fernández, A. “La videovigilancia laboral y la protección de datos de carácter personal”, *Revista de Derecho Político de la Uned*, núm.91/2014, pp..70-72.

una compañía de seguridad el establecimiento de un sistema de videovigilancia. Al comprobarse, a través de la cámara situada en la tienda y que controlaba la caja, que la trabajadora había sustraído dinero fue despedida por transgresión de la buena fe contractual.

De la instalación de la cámara había dejado constancia un distintivo informativo en un lugar visible del escaparate del establecimiento, pero no se había comunicado previamente a los trabajadores.

Esta circunstancia se puso de manifiesto por la trabajadora en la demanda solicitando la nulidad del despido por atentar contra su honor, intimidad y dignidad y subsidiariamente la declaración de improcedencia. En su argumentación sostuvo que en el centro de trabajo no existía información al público ni cartel que advirtiera de la existencia de cámaras de videovigilancia. Tampoco se había comunicado su instalación ni a la AEPD, ni al Comité de Empresa. De igual modo, no constaba que se hubiera solicitado autorización a la sección de seguridad privada de la Policía.

La sentencia del Juzgado de lo Social no atendió las pretensiones de la trabajadora. Los motivos del despido quedaron plenamente acreditados en el juicio. En lo relacionado con la instalación y grabación de la cámara de seguridad, la sentencia recalca que cumplía escrupulosamente la normativa vigente. Hecha la observación anterior, la falta de notificación de su utilización a los trabajadores, según la resolución, resultaba justificada por ser el único medio posible para satisfacer el interés del empresario en saber fehacientemente quién estaba realizando los actos defraudatorios. Para fundamentar esta necesidad de un control empresarial oculto, el fallo trae a colación la STC 186/2000 de 10 de julio.

De nuevo la doctrina constitucional de referencia se empleó como pauta interpretativa en la resolución del recurso de suplicación que la trabajadora interpuso ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Para la empleada, las pruebas que justificaron su despido se obtuvieron con vulneración de su derecho fundamental a la intimidad. No obstante, a juicio de los magistrados, la decisión empresarial de colocar una cámara de videovigilancia en el centro de trabajo vino a satisfacer el juicio de proporcionalidad constitucionalmente exigido para poder afirmar su legalidad y legitimidad, en sede de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

En primer lugar, la actuación empresarial viene respaldada por una ley, en este caso el artículo 20.3 del ET. En segundo lugar, la medida es idónea en tanto que la misma es útil para exteriorizar, conocer e identificar al responsable de las irregularidades detectadas en la caja del centro comercial, en el que prestaba sus servicios la trabajadora despedida, irregularidades detectadas tras la implantación de un nuevo sistema de control informático; necesaria, por cuanto se trataba de probar las operaciones de apropiación dineraria y por último proporcional en tan-

to que su adopción tenía como exclusivo destino las dependencias de caja de la tienda, espacio donde se llevan a cabo conductas que no exigen, según el tribunal, preservación de su conocimiento por terceras personas.

En relación a la información sobre la instalación de la cámara de seguridad, la sentencia señala que tal circunstancia vino acompañada de la colocación de un anuncio informativo de que el centro de trabajo estaba siendo videovigilado.

Por todo lo anterior, a juicio de la Sala la decisión empresarial no fue lesiva de los derechos fundamentales.

4.2. La posición mayoritaria: la conexión entre la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos y el deber de información a los trabajadores

A partir de la interposición del recurso de amparo se procede a razonar sobre la posible lesión del derecho a la protección de datos personales como categoría autónoma del derecho a la intimidad (art.18.4 CE).

Hasta este momento no se había hecho referencia expresa a la autodeterminación informativa. Esta circunstancia será puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal para apoyar la inadmisión de la demanda de amparo desde el punto de vista formal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (STC 39/2016, FJ2) aprecia que la recurrente si había invocado el derecho fundamental vulnerado, si bien no explícitamente. Por consiguiente, sus testimonios habrían permitido desde el principio a los órganos judiciales ordinarios pronunciarse sobre el problema de la vulneración del derecho fundamental de la protección de datos.

Sobre la base de estas consideraciones, partiendo de que la sanción que se le impuso se basó en las imágenes captadas por la cámara de videovigilancia y tomando como referencia la STC 29/2013, la recurrente afirma que el derecho a la información previa al trabajador integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del artículo 18.4 CE, sin que sea suficiente que el tratamiento sea lícito y persiga un fin proporcionado. La necesidad de información previa, expresa, clara e inequívoca a los trabajadores debe referirse a la captación de imágenes, a su finalidad de control de la actividad laboral y a su posible utilización para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. De no ser así, se vulnera el artículo 18.4 CE.

La demandante explica que, en lugar de esto, el tratamiento de datos se llevó a cabo sin informar al trabajador sobre su utilidad para la supervisión laboral; sin la existencia de distintivos anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes; y sin comunicar a la AEPD la creación del fichero.

El recurso de amparo viene a tratar de aclarar el alcance de la información a facilitar a los trabajadores: si es suficiente una información general o si, como

se había pronunciado la STC 29/2013 de 11 de febrero, es necesaria una información específica.

Centrando la cuestión en el derecho fundamental a la protección de datos y tras recordar que la imagen se considera como dato personal, el máximo intérprete de la Constitución reitera la doctrina consagrada en la STC 292/2000 en su fundamento jurídico 7. El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos, que se concreta en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales. Este derecho requiere, como complemento indispensable, la facultad de saber quién los posee y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Como principio general, el tratamiento de datos solamente será posible con el consentimiento de su titular, salvo que exista una habilitación legal que disponga otra cosa. Esto último ocurre en el ámbito laboral, pues, en base al art. 6.2 LOPD, el consentimiento se entiende implícito en el contrato laboral siempre que el tratamiento de datos sea necesario para su mantenimiento o cumplimiento. Esta excepción, señala el Tribunal, abarca sin duda un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral, en definitiva dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí sería necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato.

Esto no obsta para que, como ya puso de manifiesto la anterior STC 29/2013, aunque no sea necesario el consentimiento, el deber de información siga existiendo, pues este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO) y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante (art. 5 LOPD).

Sin embargo, en palabras del Alto Tribunal, a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho a la protección de datos por incumplimiento del deber de información, la dispensa del consentimiento al tratamiento de datos en determinados supuestos debe ser un elemento a tener en cuenta, dada la estrecha vinculación entre el deber de información y el principio general de consentimiento.

Aquí es donde el Tribunal Constitucional se aparta de la doctrina recogida en la STC 29/2013, porque en aquella ocasión dejaba claro que el derecho a la información (la facultad de saber quién dispone de los datos y a que uso los está destinando) es un elemento caracterizador de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE. Este derecho de información opera incluso cuando existe habilitación legal para recabar datos sin necesidad del consentimiento del titular.

En cambio en la STC 39/2016 después de afirmar que el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, el Tribu-

nal lo vincula estrechamente al principio general del consentimiento del afectado. En consecuencia, en aquellos supuestos en los que la ley ha excepcionado el consentimiento para el tratamiento de datos, tal circunstancia debe tenerse en cuenta a la hora de valorar si se ha vulnerado el derecho fundamental a la protección de datos por incumplimiento del deber de información.

Aplicando esta doctrina al tratamiento de datos obtenidos mediante videovigilancia en el ámbito laboral, el Tribunal deduce que el empresario no necesita el consentimiento del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o supervisión laboral (art.6.2 LOPD) ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral ex art.20.3 ET.

La relevancia constitucional de la ausencia o deficiencia de información, en los supuestos de videovigilancia laboral exige ponderar los derechos y bienes constitucionales en conflicto; a saber, por un lado, el derecho a la protección de datos del trabajador y, por otro, el poder de dirección empresarial, reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE.

Serán las circunstancias de cada caso las que determinen si las facultades de control empresarial han vulnerado el derecho fundamental en juego. A estos efectos el Tribunal trae a colación la jurisprudencia sobre el conflicto entre los derechos fundamentales a la intimidad y el secreto de las comunicaciones y el control empresarial del uso de los medios informáticos de la empresa por parte del trabajador.

Para estos casos, se exige eliminar la expectativa de privacidad que pudiera tener el trabajador, imponiendo a la empresa un deber información a los trabajadores sobre la existencia del control empresarial y de los medios utilizados¹¹.

Esta doctrina puede apreciarse en la STC 170/2013, de 7 de octubre, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por un empleado que resultó despedido por haber proporcionado indebidamente información confidencial de la empresa a personal de otra entidad mercantil, a través del correo electrónico de aquella. En este supuesto, el convenio colectivo tipificaba como infracción la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de los derechos sindicales.

Para el Tribunal Constitucional, el derecho del empresario a vigilar la manera en que los empleados usaban los ordenadores de la empresa en el

¹¹ STEDH de 3 de abril de 2007, asunto *Copland vs. Reino Unido*. la expectativa de intimidad y confidencialidad de los trabajadores sólo desaparece si la empresa advierte de la fiscalización.

trabajo, formaba parte de su derecho más amplio de supervisar la forma en que efectuaban sus tareas profesionales. Por esta causa, en la STC 170/2013 lo que se planteó fue el conflicto entre esta manifestación de la libertad de empresa y los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Al considerar que aquella previsión del Convenio colectivo, implicaba la facultad de la intervención empresarial de las comunicaciones electrónicas sin necesidad de previa información a los trabajadores, el Tribunal Constitucional concluyó que no se vulneraron los derechos fundamentales del art. 18.1 y 3 CE al no existir una expectativa de privacidad.

En términos similares se pronunció el Tribunal de Estrasburgo en la STEDH de 12 de enero de 2016, caso Barbulescu contra Rumania. En este asunto, la empresa había vigilado las comunicaciones del trabajador a través de una cuenta de correo electrónico y había descubierto que había estado utilizando internet con fines personales. Las normas internas de la compañía prohibían el uso de estos recursos empresariales para fines personales.

El tribunal de Estrasburgo sin entrar en la cuestión de si el trabajador había sido avisado o no de una posible vigilancia de su correo electrónico, dió por hecho que la empresa estaba legitimada para acceder a aquella información. Estimó que era razonable que un empresario quisiera comprobar que sus empleados estaban llevando a cabo sus tareas profesionales durante sus horarios laborales. Y, por tanto, que la vigilancia fue proporcionada y de alcance limitado.

En el marco de estas observaciones el Tribunal Constitucional se ocupa de determinar si en este supuesto se ha producido la vulneración o no del deber de información.

Según quedó acreditado, en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se había colocado el distintivo informativo exigido por la Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre de la AEPD de datos sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Conforme a esta normativa, el distintivo informativo deberá incluir una referencia a la «Ley orgánica 15/1999, de protección de datos» y a la finalidad para la que se tratan los datos («zona videovigilada»), y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos a los que se refieren los artículos 15 y siguientes de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional afirma que el trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, *“sin que haya que especificar, mas allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control... En consecuencia, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través*

del correspondiente distintivo informativo...no puede entenderse vulnerado el artículo 18.4 CE". (STC 39/2016, FJ4, la cursiva es nuestra)

El deber informativo previo al trabajador se entiende cumplido con la colocación de los distintivos informativos. En consecuencia, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE. Para el Alto Tribunal, lo importante será determinar si se ha cumplido el principio de calidad de los datos, es decir, si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral porque solo en este caso el empresario no estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados. Al haber sido instaladas las cámaras a raíz de las sospechas de que algún trabajador se estaba apropiando del dinero de la caja, y al haber captado la apropiación de efectivo por parte de la recurrente, por lo cual fue despedida se ha cumplido plenamente el requisito de que el tratamiento de datos responda a una finalidad legítima, como ha sido en este caso el control de la relación laboral. Lo sustancial es el fin no el medio.

El control que debe realizarse consistirá en determinar si la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado el derecho a la intimidad personal, de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad.

En síntesis, concluye que en el caso que nos ocupa la instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja era una medida justificada por las razonables sospechas de que alguno de los trabajadores se estaba apropiando de dinero; idónea para verificar quién cometía las irregularidades y adoptar las medidas disciplinarias; necesaria como prueba de tal circunstancia y proporcionada, pues la grabación se limitó a la zona de caja. Por todo lo dicho, no se puede hablar de vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE).

4.3. El contenido esencial de los derechos fundamentales como canon de constitucionalidad frente al interés del empresario en vigilar el cumplimiento de la relación laboral

Para una acertada visión del problema del deber de información a los trabajadores en los supuestos de videovigilancia en el ámbito laboral desde la perspectiva del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos es imprescindible la lectura de los votos particulares con los que cuenta esta sentencia uno del magistrado Valdés Dal-Ré al que se adhiere la magistrada Adela Asua Batarrita, y otro del magistrado Xiol Ríos.

La sentencia parte de una noción del poder de dirección empresarial que no encaja en el modelo de relaciones laborales que instaura la Constitución. De acuerdo con nuestra Norma Suprema, los poderes del empresario quedan delimitados por el contenido esencial de los derechos fundamentales de los trabajado-

res. Por consiguiente, las facultades de vigilancia y control empresarial pueden ejercitarse siempre que no se opongan a la garantía sustantiva de tales derechos.

Partiendo de esta premisa, Valdés Dal-Ré rechaza que, a los efectos de la resolución del recurso de amparo, las facultades de vigilancia y control empresarial ex art. 20.3 ET, se hayan elevado a manifestaciones de los derechos de propiedad y libertad de empresa de los arts.33 y 38 CE, para plantear así una supuesta colisión con los derechos fundamentales de los trabajadores.

De acuerdo con su razonamiento, la clave de su discrepancia reside entonces en la desviación del juicio de constitucionalidad que «sortea y da de lado» el examen del contenido esencial de los derechos fundamentales. En el enjuiciamiento de si la medida se ajusta o no a la Constitución, la facultad de control empresarial ex art.20.3 ET no puede servir de parámetro para limitar los derechos fundamentales de los trabajadores. Una argumentación de este tipo conduce a que una decisión de supervisión empresarial que no respeta el deber de información a los trabajadores (art.5 LOPD) prevalece sobre el derecho fundamental a la protección de datos del art.18.4 CE y sobre la doctrina del Tribunal Constitucional consagrada en las SSTC 292/2000 de 30 de noviembre y 29/2013 de 11 de febrero.

En el presente recurso, se parte de la base de que, en el marco de las relaciones laborales, la instalación de una cámara de videovigilancia, enfocando directamente a la caja ante la sospecha de que un trabajador se está apropiando de dinero, exige el deber de información al trabajador que establece el art.5 LOPD.

En consecuencia la cuestión es aclarar si el deber de información requiere especificar la finalidad de control de la actividad laboral como estableció la STC 29/2013 de 11 de febrero; o si por el contrario, bastaría para entender cumplido dicho deber, un anuncio hecho al público sobre la existencia de cámaras de seguridad en el establecimiento

El parámetro utilizado para decidir si ha habido o no vulneración del derecho fundamental a la autodeterminación informativa ha sido el contenido de la Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre de la AEPD, olvidando que solo por ley se pueden fijar límites a un derecho fundamental (art. 53.1 CE).

Como afirma con claridad el voto particular de Valdés Dal-Ré, el derecho de los trabajadores a ser informados de los datos obtenidos por el empresario forma parte del núcleo fuerte del *habeas data*, que comprende entre sus contenidos el derecho a conocer el uso y destino de las imágenes captadas y la finalidad perseguida por el sistema de video-vigilancia. Así lo recuerda la primera parte de la Sentencia, cuando afirma que el deber de información forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Pese a ello, el Tribunal Constitucional afirma a continuación que, una vez insertado el distintivo informativo

y cumplidos los anexos que exige la Instrucción de la AEPD, ya no es preciso especificar la finalidad exacta del control empresarial. Lo único importante será determinar si el dato obtenido se ha destinado a esta finalidad pues de lo contrario el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores. A juicio de Valdés Dal- Ré se confunde el requisito del consentimiento con el deber de información.

Para Xiol Ríos no se puede afirmar que la Constitución autoriza al empresario ante cualquier sospecha a instalar sistemas de videovigilancia para el control de los trabajadores, sin informarles de tal medida. Y no se puede alegar que tal deber se ha cumplido a través de un aviso al público en el entorno sobre la existencia de cámaras de seguridad. Esto, en palabras del Magistrado, «dinamita» el derecho fundamental a la protección de datos. No es aceptable que la información dirigida al público sea suficiente para entender cumplido el requisito del art.5 LOPD. A juicio de Xiol Ríos, la omisión de toda información a los trabajadores sobre la existencia de cámaras específicamente orientadas a sus puestos de trabajo supone una lesión del derecho fundamental a la autodeterminación informativa que afecta a su contenido esencial, porque lo hace ineficaz, carente de todo sentido práctico e irreconocible.

La sentencia debería haber declarado que no hay en la ley una habilitación que permita incumplir el deber de información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales. Tampoco se puede fundamentar esta omisión en el interés del empresario en controlar la actividad laboral a través de sistemas sorpresivos de tratamiento de datos. La lógica de la solución aceptada por la mayoría vulnera el derecho fundamental a la protección de datos personales del trabajador en su núcleo esencial. Confunde, como ya decía la STC 29/2013 (FJ7) y reitera Valdés Dal-Ré en su voto discrepante, la legitimidad del fin con la constitucionalidad del acto; si bien es cierto que el objetivo del control de las obligaciones laborales a través del tratamiento de imágenes, es legítimo ex art.20.3 ET incluso sin consentimiento del trabajador (art. 6.2 LOPD). Simultáneamente, la utilización de medios que niegan al trabajador la información expresa, precisa e inequívoca que exige art. 5 LOPD lesionan el derecho a la autodeterminación informativa consagrado en el art.18.4 CE.

En resumen, según se extrae de los votos particulares, la orientación que subyace en este pronunciamiento es regresiva en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Estos derechos se ven modalizados en su efectividad cuando no suprimidos a fin de reforzar los intereses del empresario con el apoyo de los art.33 y 38 de la CE; además de evidenciar una concepción de la empresa incompatible con la definición de Estado social y democrático de derecho que consagra nuestra Carta Magna en su artículo 1.1.

5. CONCLUSIONES

La doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado claro que el contrato de trabajo no puede considerarse un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador. Este no pierde su condición de ciudadano por insertarse en el ámbito de una organización privada. El ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir, en ningún caso, para producir resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni para sancionar el ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél¹². Los derechos fundamentales son límites al poder del empresario que tienen su fundamento último en la dignidad humana. En nuestro ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales alcanzan una posición prevalente¹³.

El empresario en el ejercicio del poder de dirección que tiene su fundamento en el artículo 20 ET, puede adoptar las medidas que estime oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. La instalación de cámaras de videovigilancia para el control empresarial de la relación laboral aporta indudables ventajas al poder de vigilancia del empresario pero al propio tiempo supone un riesgo para los derechos fundamentales del trabajador, ya que implica la sumisión de ciertos aspectos de su vida privada a las necesidades de la organización productiva. El alcance de la videovigilancia supera con creces la simple verificación del cumplimiento de los deberes derivados de la prestación laboral, pues la intensidad de este control tecnológico invade la privacidad del sujeto y supone la obtención de información estimable sobre su persona.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional había asumido inicialmente que los problemas jurídicos derivados del control audiovisual de la prestación laboral debían analizarse desde la óptica de la protección del derecho fundamental a la intimidad del trabajador. Entre los motivos que justifican tal proceder se encuentra el hecho de que el reconocimiento jurisprudencial del derecho a la protección de datos personales ha sido muy reciente. El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos fue delimitado definitivamente por el Tribunal Constitucional a partir de las SSTC 290 y 292/2000, de 30 de noviembre. De ahí que los amparos, resueltos con anterioridad a esta fecha, se fundaran primordialmente en el derecho a la intimidad. Sin embargo, el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental autónomo e independiente del derecho a la intimidad. De ahí la importancia de la jurisprudencia que puso de manifiesto que los avances tecnológicos han puesto en riesgo no ya nuestra intimidad, sino

¹² STC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5.

¹³ STC 99/1994 de 11 de abril, FJ 7.

nuestra propia identidad y libertad. Derivado del artículo 18.4 CE, este precepto constitucional es la base sobre la que el legislador construyó su régimen jurídico. Nos encontramos por tanto ante un derecho fundamental nuevo y de configuración legal. Por ello, su tutela a través del recurso de amparo supone que el juicio de constitucionalidad de cualquier medida que suponga tratamiento de datos personales del trabajador se transforma inevitablemente en un juicio de legalidad.

Hay que tener en cuenta esta idea para desligar la resolución de los supuestos de videovigilancia en el ámbito laboral de la esfera del derecho a la intimidad. Las imágenes grabadas constituyen «datos personales» que pueden servir para deducir perfiles del trabajador. La función del derecho fundamental a la protección de datos no es la de proteger un ámbito propio y reservado, libre de intromisiones ajenas, sino la de que el empleado pueda ejercer un control jurídico pleno sobre el uso y destino de su información personal, evitando que se emplee para fines distintos de los que motivaron su obtención. Además, a diferencia del derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa reclama específicos deberes jurídicos derivados de los principios del consentimiento para la recogida de los datos y de la información sobre el uso y destino de los mismos. Estos deberes son imprescindibles para que el afectado pueda ejercer los derechos ARCO que la ley le reconoce. Cualquier medida que restrinja estas facultades hasta hacerlas irreconocibles devalúa el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos.

La información es un derecho del interesado que se regula como una obligación del responsable del tratamiento. En relación con el modo de suministrar esa información esta ha de ser expresa, precisa e inequívoca. Y debe precisar el objeto y la finalidad de la recogida de los datos.

El derecho del trabajador a la información previa actúa como garantía del control y la disposición de los propios datos personales. Con este derecho, se salvaguarda la libertad y la autodeterminación del trabajador, evitando un potencial uso ilegítimo de sus datos personales. El empresario debe asumir la obligación de informar, tendente a facilitar al trabajador el ejercicio de sus derechos.

Solo cuando el trabajador sea informado previamente de los datos personales que se intentan recabar o de los obtenidos por el empresario, podrá valorar la repercusión del sistema de videovigilancia respecto de su vida privada y ejercer un control sobre su información personal, de conformidad con lo previsto en la normativa sobre protección de datos.

La importancia del principio de transparencia ha sido puesta de manifiesto por el recién aprobado Reglamento de la Unión Europea 2016/679, que ha resaltado entre los deberes del responsable del tratamiento la transparencia en la infor-

mación y comunicación al interesado¹⁴. Esta obligación se concreta en el artículo 5.1 LOPD: «Los interesados a los que se soliciten los datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante».

Por su parte, la obligación general de recabar el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos personales tiene, entre otras excepciones la de que esta operación se lleve a cabo con ocasión de una relación laboral de la que sea parte el afectado y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Esta singularidad no puede implicar una renuncia por parte del trabajador al derecho a ser informado del tratamiento de sus datos personales, pues quedaría al arbitrio del empresario decidir cuándo habría información por tratarse de un control rutinario y cuando por tratarse de un control oculto sería oportuna una información al público en general.

Por el contrario, el deber de información persiste aunque no haya obligación de solicitar el consentimiento del trabajador, pues como puso de manifiesto la STC 39/2016 «este deber permite al afectado ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y conocer la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante (...) El deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos». De no cumplirse, se está vulnerando no ya la ley, sino el derecho fundamental que esta ha venido a desarrollar. El artículo 18.4 CE asegura a la persona un poder de control sobre sus datos, su uso y destino. Sin embargo «ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin»¹⁵.

¹⁴ Artículo 88.

¹⁵ STC 29/2013 de 11 de febrero, FJ 6.

La cuestión objeto de debate en la STC 39/2016 ha sido la de aclarar el alcance de la información a los trabajadores en los supuestos de control audiovisual de la prestación laboral. La posición que el Alto Tribunal había defendido en la STC 29/2013 puede resumirse en que la omisión del deber de información previa al trabajador supone una lesión del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos pues restringe el ejercicio de las facultades que lo conforman. Por el contrario en la STC 39/2016 el máximo intérprete de nuestra Carta Magna parece dejarse llevar por la postura de quienes entienden que una información expresa, precisa e inequívoca que contemple la finalidad del tratamiento, las consecuencias de su obtención y la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO, frustraría el interés del empresario en la obtención de un medio de prueba de conductas ilícitas.

La videovigilancia en el recurso de amparo resuelto por esta sentencia tenía el propósito de controlar el cumplimiento de la relación laboral ante las sospechas del empresario por las irregularidades contables que había detectado un nuevo sistema informático. Con el pretexto de no frustrar la obtención de un medio de prueba de tales desviaciones, no se informó a los trabajadores de la instalación de la cámara. En su lugar se cumplieron las exigencias de la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos. En el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó un distintivo informativo. La intención última de este rótulo era la de informar al público en general que el establecimiento estaba siendo videovigilado.

Esta circunstancia, sin embargo, es apreciada por el Tribunal Constitucional como suficiente para considerar cumplido el deber de información que impone el derecho fundamental a la protección de datos. El trabajador conocía la existencia de las cámaras y, por lo tanto, no podía tener una «expectativa de privacidad». El trabajador podía advertir que la zona estaba sometida a videovigilancia, y podía dirigirse a la entidad responsable identificada también en el distintivo, para solicitar la información necesaria sobre el destino, el uso y el tratamiento de los datos. Pero en ningún caso se le había informado que sus imágenes podían ser utilizadas con la finalidad del control de la prestación laboral. En consecuencia el distintivo convierte el derecho del trabajador a la información sobre el tratamiento de datos personales y el correlativo deber del empresario a proporcionarla en la obligación del trabajador de ser lo suficientemente diligente como para deducir que sus datos están siendo objeto de tratamiento, eso sí, ignorando con qué finalidad.

En este supuesto, las cámaras sirvieron para la constatación de un incumplimiento de la relación laboral. La pregunta es si el interés del empresario de sorprender *in fraganti* al empleado justifica el recurrir a un sistema de videovigilancia que no garantiza la finalidad última para la que puedan ser empleadas las imágenes en el futuro. Los datos de carácter personal solo pueden ser recogidos

para el cumplimiento de finalidades determinadas, explícitas y legítimas del responsable del tratamiento, como establece el principio de calidad de los datos¹⁶. No serían válidas finalidades tan generales que admitieran cualquier propósito, aunque fuera legítimo, pues con ello se frustraría el poder del afectado de controlar la recopilación, archivo y tratamiento de su información personal.

La sentencia no tiene en cuenta que el principio de transparencia y el de calidad de los datos forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, y no solo para que el interesado preste su consentimiento sino especialmente cuando este no es necesario como ocurre en las relaciones laborales. El deber de información previa al trabajador o si se quiere al Comité de Empresa, con indicación de la finalidad del tratamiento, es un requisito de inexcusable legitimidad de cualquier sistema de videovigilancia, porque garantiza el poder de disposición del empleado sobre sus datos personales, en este caso sus imágenes. El uso de las videocámaras para controlar el cumplimiento de la relación laboral no se ve satisfecho con la existencia de rótulos indicativos anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes. Es necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida.

Con este fallo, el Tribunal va a apartarse de su jurisprudencia anterior, al diferenciar los supuestos del empleo de la videovigilancia para control específico de la actividad laboral, siempre que el empresario tenga sospecha de irregularidades, de los hallazgos casuales derivados de grabaciones de cámaras orientadas al control de la seguridad en la STC 29/2013. No obstante, en ambos casos, había indicios de quebrantamiento de los deberes laborales. En un supuesto se emplearon las cámaras previamente instaladas que vigilaban el acceso al recinto universitario, para el control de la jornada laboral y en el otro, se instalaron con ocasión de la apreciación de las irregularidades contables. El fin común era la obtención de una prueba que justificase la sanción o el despido. No obstante la solución dada por el Tribunal Constitucional es distinta. En la STC 29/2013, el objetivo de obtener una prueba del incumplimiento de la jornada laboral no es excusa de la falta de información previa al trabajador de que las imágenes se iban a utilizar para la supervisión laboral. En la STC 39/2016, el fin de comprobar y obtener prueba de una apropiación indebida, justifica la sustitución de la obligación previa de informar al trabajador por la colocación de un distintivo informativo que, sin embargo, a la luz del derecho fundamental a la protección de datos es manifiestamente inconstitucional pues la información forma parte de su contenido esencial.

¹⁶ Artículo 4 de la LOPD.

En mi opinión, el fin de comprobar y obtener prueba de una apropiación indebida no puede justificar el medio, la falta de información previa al trabajador. La vulneración del derecho a la autodeterminación informativa del trabajador resultó de la privación de las facultades y principios que conforman el poder de control sobre sus datos personales. El deber de información no está vinculado al consentimiento, sino que es imprescindible para el ejercicio de los derechos ARCO. En consecuencia, si falta la información, se corre el riesgo de que los datos personales del trabajador se destinen a una finalidad distinta de aquella para la que fueron recabados, con lo que se frustraría del derecho de oposición; puede incluso que sean incorrectos y, en consecuencia, el trabajador, al desconocerlos, no podría rectificarlos. Incluso podría el empresario cederlos sin que se informe al trabajador sobre su cesión y por tanto de forma irregular. Los sistemas de videovigilancia ofrecen posibilidades de mantenimiento, conservación y recuperación en cualquier momento de las imágenes y sonidos. Estos tratamientos de datos permiten la elaboración de perfiles del trabajador, con el riesgo que supone no saber qué aspectos de su vida privada son conocidos, conservados y grabados por el empresario, sin tener en cuenta su relevancia con las obligaciones derivadas de la prestación laboral con total ignorancia por parte del trabajador afectado. Las imágenes tratadas y grabadas pueden servir para confeccionar perfiles ideológicos raciales, sexuales y económicos o para discriminar al trabajador.

En consecuencia, la obligación del empresario de informar a los trabajadores del tratamiento de sus datos personales debe determinar la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podría ser dirigida; una información que concrete las características y el alcance del tratamiento de datos que va a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podrían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podrían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

Lo importante es que el empresario no posea más datos de los estrictamente necesarios para su derecho de defensa, que sean veraces y que se facilite la identidad de los responsables del tratamiento, con restricciones en cuanto al modo, tiempo y forma de conservación, así como que se guarde la debida proporcionalidad.

No obstante lo dicho, como los derechos fundamentales no son absolutos, no me parece desacertada la opinión de Xiol Ríos, en el segundo voto particular, cuando afirma que podría justificarse una restricción del derecho a la información si la instalación de la cámara se notificase únicamente al Comité de Empresa, para evitar la frustración de la finalidad de la videovigilancia. Lo cual debería limitarse, en mi opinión, a aquellos supuestos en los que se trata de la comprobación de ilícitos penales especialmente graves, como el acoso sexual y para la ob-

tención de pruebas. Una interpretación semejante debería exigir que, en cualquier caso, se garantizara el ejercicio de los derechos ARCO por parte del trabajador. Una medida de este tipo exigiría que la empresa que quiera instalar videocámaras informase a los representantes de los trabajadores sobre cómo se va a realizar el control, las pautas que se van a seguir en la instalación de la videovigilancia, sus objetivos, si se van a grabar o no las imágenes y sobre el acceso a las mismas, su conservación y cancelación.

En relación con el deber de información sobre la instalación de las videocámaras, la buena fe contractual vendría a avalar estas conclusiones, lo cual se refleja en el Estatuto de los Trabajadores, que regula en su artículo 64 los derechos de información y consulta y competencias del Comité de Empresa. Este derecho es aplicable de igual modo, a los delegados sindicales, en aplicación del art.10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

En cualquier caso, los límites al deber de información deben respetar siempre el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos. De lo contrario, si se restringe de tal manera que se impida el derecho a la información del trabajador, se estaría denegando el derecho de acceso a los propios datos. El derecho a la información es el núcleo del *habeas data*.

La Sentencia analiza el supuesto desde la perspectiva del derecho a la intimidad. Equipara el deber de información que pesa sobre el empresario para eliminar la expectativa de confidencialidad, en el ámbito del derecho a la intimidad en el control del uso de los medios informáticos de la empresa, con el derecho del trabajador a ser informado como presupuesto del ejercicio de las facultades ARCO, contenido esencial de la autodeterminación informativa.

La Constitución exige que la ley sea la que fije los límites a un derecho fundamental. Como pusieron de manifiesto las SSTC 292/2000 y 29/2013, no hay habilitación legal expresa para limitar el derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales. El deber de información al trabajador debe ser previo al tratamiento de datos. No se puede fundamentar el incumplimiento de esta obligación de informar en el interés empresarial de controlar la actividad laboral, a través de sistemas sorpresivos de tratamiento de datos. La lógica de la argumentación de la mayoría de los Magistrados en la STC 39/2016 ha sido la conveniencia empresarial del uso estos sistemas de videovigilancia. Pero esa interpretación no puede sostenerse a costa de quebrantar el derecho fundamental del 18.4 CE.

En resumen, la doctrina constitucional que se extrae de este pronunciamiento olvida el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos. Asimismo, el pronunciamiento desorienta, por cuanto no deja clara las diferencias entre el derecho a la intimidad y el de autodeterminación informativa. Y por

último, resaltaría, dada su trascendencia, que la resolución desconoce los graves riesgos que para la privacidad se derivan de los avances tecnológicos de nuestro tiempo con medios y sistemas de control empresarial que se perfeccionan a un ritmo vertiginoso.

Mercado de Trabajo

LA ESTADÍSTICA DE CONVENIOS COLECTIVOS Y LA MEDICIÓN DE LA COBERTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

JOSÉ IGNACIO PÉREZ INFANTE

Economista

EXTRACTO

Palabras Claves: Negociación colectiva, estadística de convenios, tasa de cobertura y propuestas de mejora

El objetivo del artículo es el análisis de la Estadística de Convenios Colectivos, tanto en lo que respecta a sus características y contenido como a los problemas y deficiencias de la misma, con especial referencia a la medición de la tasa de cobertura. Para ello, en primer lugar, se consideran los indicadores básicos de la negociación colectiva, obtenidos de la estadística de convenios, en relación con la evolución del número de convenios y de empresas y de empresas y de trabajadores cubiertos, con la conclusión inicial del carácter acusadamente procíclico de esa evolución. A continuación se analiza el método de elaboración de la estadística y las características de la misma, así como las modificaciones introducidas en los últimos años, haciendo hincapié en los distintos problemas y dificultades que pueden condicionar sus resultados. Una cuestión muy relevante de la estadística es la contribución al cálculo de la tasa de cobertura, porcentaje de trabajadores potencialmente cubiertos por los convenios que realmente lo están, que corrige la incidencia de la evolución del empleo en la variación del número de trabajadores cubiertos. En el artículo se explica detalladamente el método y fuentes estadísticas que se utilizan para el cálculo de esa tasa y se repasan las alternativas que recientemente se han planteado para estimar la tasa de cobertura. Por último, se proponen algunos cambios en la estadística de convenios colectivos con la finalidad de mejorarla y, en concreto, de superar los problemas detectados en la tasa de cobertura.

ABSTRACT

Key words: Collective bargaining, statistics, rate coverage and improvement proposals

The aim of the paper is the analysis of statistics of collective agreements, both in regards to its features and content to the problems and shortcomings of the same, with special reference to the measurement of the rate of coverage. To do this, first of all, are considered basic indicators of collective bargaining, obtained from statistics of conventions, in relation to the evolution of the number of conventions and of companies and of companies and of workers covered, with the initial conclusion of the sharply pro-cyclical nature of this evolution. Then analyzes the method of statistic and the same characteristics as well as modifications in recent years, with emphasis on the various problems and difficulties that may condition its results. A very relevant question of statistics is the contribution to the calculation of the coverage rate, percentage of workers potentially covered by the conventions that actually are, that fixes the incidence of the evolution of employment in the variation of the number of covered workers.

ÍNDICE

1. INDICADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. LA ESTADÍSTICA DE CONVENIOS COLECTIVOS: PROBLEMAS Y LIMITACIONES
3. EL CÁLCULO DE LA TASA DE COBERTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. ALTERNATIVAS A LA ESTADÍSTICA DE CONVENIOS COLECTIVOS Y PROPUESTAS DE REFORMA
5. RESUMEN Y CONCLUSIONES

1. INDICADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El análisis económico de la evolución y situación actual de la negociación colectiva exige una información de suficiente desagregación y amplitud temporal sobre determinadas magnitudes, principalmente sobre el número de convenios y de empresas y de trabajadores cubiertos por esos convenios, así como sobre el contenido primordial de la negociación, crecimiento salarial pactado y jornada laboral acordada. Asimismo, será necesario disponer de información sobre diferentes cláusulas principalmente cualitativas, como la distribución del trabajo, la importancia de las horas extraordinarias, la estructura salarial con la especificación de los distintos complementos salariales, las medidas dirigidas a la igualdad y la lucha contra las distintas formas de discriminación, la existencia o no de prestaciones sociales complementarias a las de la seguridad social, la utilización y limitación de las distintas modalidades contractuales, la política de empleo y de formación profesional, la actividad sindical en la empresa o los medios de resolución de los conflictos sociales y laborales.

La información disponible en materia de negociación colectiva, que se obtiene de la Estadística de Convenios Colectivos, que elabora mensualmente el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con base en la Hoja estadística que tienen que cumplimentar las comisiones negociadoras de los convenios cuando los suscriben, es la única estadística existente relacionada directamente con esa negociación y la única que obtiene resultados de la misma. Pues bien, ciñéndonos a los datos disponibles sobre el número de convenios y de empresas y de trabajadores cubiertos por los mismos, que servirá para analizar la importancia y extensión de la negociación colectiva, se obtienen unas primeras impresiones sobre la evolución y situación actual de esa negociación.

Y la primera constatación que se obtiene con esas cifras es, como cabía esperar, el carácter procíclico de las mismas, creciendo durante los procesos de recuperación y de expansión económica tanto en lo que respecta a la evolución del número de convenios como a su cobertura en relación con el número de empresas y de trabajadores afectados por los convenios colectivos, y disminuyendo en las crisis y procesos de recesión económica en todas esas variables. Y, además, el carácter procíclico es todavía más intenso que en el número de convenios en el de empresas y de trabajadores con convenio, sobre todo en este último caso. Así, el

número de convenios vigentes, con efectos económicos en el año, bien porque se firmaron en años anteriores con carácter plurianual, con varios años de vigencia, bien porque se firmaron en el año de referencia o en años posteriores pero con efectos retroactivos, evoluciona de una forma estrechamente relacionada con la actividad económica, el PIB, y el empleo. Y lo mismo ocurre con las empresas y los trabajadores correspondientes a esos convenios.

Si consideramos la evolución de ese número de convenios vigentes desde 1994, año en el que finaliza la crisis económica de principios de la década de los noventa del pasado siglo, que, aunque muy intensa, duró solo dos años, menos que otras anteriores, y sobre todo que la más reciente iniciada en 2008, se distinguen varias etapas. La primera, de evolución creciente de esa cifra, coincidente con el inicio de la recuperación económica, primero, y con el período de expansión económica, después, que se prolongó durante más de diez años, hasta 2007, en la que el número de convenios aumentó desde 4.581 en el primer año, 1994, hasta 6.016, el máximo histórico de la serie disponible de convenios, en el segundo año, 2007. A partir de ese año se produce una fase decreciente coincidente con la última crisis, en la que el número de convenios colectivos retrocedió hasta 4.376 en 2012. A partir de 2013, coincidiendo con el final de la recesión económica y con el comienzo de la recuperación económica, el número de convenio colectivos vigentes con efectos económicos en el año creció, hasta situarse en 5.185 en 2014, último año para el que se dispone de información definitiva, cifra ya superior a la de 2010, aunque sigue siendo todavía muy inferior a la del máximo de 2007.

En cuanto al número de empresas con convenio colectivo, la evolución es similar, aunque el crecimiento se mantuvo hasta 2008, lo que implica un cierto desfase temporal en relación con el ciclo, pero también con el número de convenios, que se explica porque antes de la crisis casi el 57% de los convenios eran plurianuales, firmados en años anteriores a la crisis. Así, el número de empresas con convenio creció desde menos de un millón en 1994 a más de un millón seiscientos mil en 2008. Desde ese año, el número de empresas cubiertas por convenios disminuyó hasta menos de un millón doscientos mil en 2012 y volvió a aumentar a partir de 2013, situándose todavía en 2014 por debajo de un millón y medio de empresas, lo que significa que todavía se estaba en ese año lejos de superar el efecto de la crisis económica en el número de empresas con convenio.

Y en lo que respecta al número de trabajadores, la evolución también es de carácter anticíclico y con un cierto desfase temporal como en el caso de las empresas, alcanzándose así mismo en este caso el máximo histórico en 2008, por la ya citada importancia de los convenios plurianuales firmados en años anteriores en los que la situación económica era mucho más favorable, ya que más del

60% de los trabajadores tenían vigente en 2008 un convenio colectivo plurianual firmado antes de la crisis. En efecto, el número de trabajadores con convenio se incrementó desde siete millones y medio en 1994 hasta doce millones en 2008, lo que supone un avance relativo de más del 70% en esos catorce años. A partir de 2009 la cifra cayó hasta situarse en algo más de diez millones en 2012, pero cambió la tendencia en 2013, creciendo en ese año hasta alcanzar la cifra de casi diez millones trescientos mil. En 2014 vuelve a aumentar, aunque solo ligeramente, al situarse algo por encima de esa cifra de diez millones trescientos mil, lo que todavía estaba muy por debajo del número de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva antes de que se constataran los efectos de la crisis en la evolución del número de trabajadores con convenio.

Para el análisis de la importancia de la negociación colectiva la cifra más significativa es la del número de trabajadores cubiertos por los convenios colectivos, ya que el número de convenios puede estar influido por la mayor o menor dispersión o concentración de los convenios colectivos y el número de las empresas por la distribución del tamaño de las empresas con convenio. Pero el número de trabajadores cubiertos por los convenios colectivos, que está muy influido por la evolución del empleo, es una cifra absoluta sin relacionar con la población potencialmente cubierta por la negociación colectiva, comparación que sería la verdaderamente relevante para el análisis de la importancia de esa negociación en cuanto a los trabajadores cubiertos y para cuantificar la dimensión de su cobertura real. Por lo tanto, en vez de la cifra absoluta de trabajadores afectados por los convenios colectivos es recomendable (y diríase que necesario) utilizar la cifra relativa de trabajadores cubiertos.

Es decir, la tasa de cobertura, que puede definirse como el porcentaje de los trabajadores potencialmente cubiertos por la negociación colectiva que realmente lo están. Y, por consiguiente, hay que calcularla comparando el número de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva, que, como luego se explicará, por ahora solo puede obtenerse con los datos de la Estadística de Convenios Colectivos, con el número de trabajadores que potencialmente pueden estar cubiertos por la negociación colectiva, lo que supone considerar únicamente a los asalariados y excluir a los trabajadores que no tienen derecho a la negociación colectiva, como los funcionarios públicos, o que de hecho no se vean cubiertos por la negociación colectiva como los empleados de hogar. Y la población de trabajadores asalariados potencialmente cubiertos por la negociación colectiva puede obtenerse de la población asalariada ocupada de la Encuesta de Población Activa (EPA) o de la estadística de Afiliaciones a la Seguridad Social, restando de las afiliaciones de asalariados las de aquellos colectivos de trabajadores que no tienen potencialmente de hecho o de derecho negociación colectiva.

Si se utiliza la estadística de Afiliaciones (más adelante se explicará por qué y cómo se obtiene la cifra de trabajadores potencialmente cubiertos por la negociación colectiva), la tasa de cobertura desde el inicio de la última crisis económica ha tenido una evolución no exactamente igual a la de la cobertura estimada según la cifra absoluta de trabajadores con convenio colectivo.

En efecto, la tasa de cobertura, calculada con base en las afiliaciones de asalariados a la seguridad social para el denominador y la Estadística de Convenios Colectivos para el numerador, que había ascendido en 2007, antes del inicio de la crisis económica, al 76,2%, se incrementó en 2008 hasta el 77,1% y en 2009 hasta el 80,3%. Posteriormente, en 2010 disminuyó, situándose al final del año en el 76,3%, se mantuvo casi estable en 2011, con el 76,6%, y volvió a reducirse hasta el 75,8% en 2012. En 2013 se produjo un notable avance en la tasa de cobertura, hasta superar, incluso, el nivel de 2009, con el 80,4%. Y, por último, en 2014 disminuyó casi en un punto porcentual, aunque entonces la tasa de cobertura era, con el 79,5%, bastante superior a la de 2007, lo que contrasta con el número de trabajadores cubiertos, que, con los últimos datos definitivos, no recupera el nivel anterior a la crisis.

La evolución de la tasa de cobertura calculada con los datos de las afiliaciones a la Seguridad Social se explica por una serie de factores diferentes. En primer lugar, el aumento de 2008 y de 2009, a pesar de la crisis económica y del retroceso del número (cifra absoluta) de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva que ya se produce en 2009, se justificaría porque la disminución del número de trabajadores con convenio colectivo no recoge todo el descenso de número de asalariados ocupados porque parte de los trabajadores con convenio proceden de los convenios plurianuales firmados en años anteriores y todavía vigentes y cuya cifra, como luego se comentará, no se actualizaba en la mayoría de esos convenios plurianuales, manteniéndose durante todos los años de vigencia del convenio la misma cifra estimada en el momento de la firma.

En segundo lugar, porque, aunque el retroceso de la tasa de cobertura de 2010 a 2012 recoge la pérdida de importancia de los convenios plurianuales firmados en años anteriores no compensada con los nuevos convenios firmados posteriormente al inicio de la crisis, el aumento que se produce después, sobre todo en 2013, se puede deber a que una de las reformas laborales más trascendentes y radicales, la de 2012 (el final de la ultraactividad cuando haya transcurrido un año desde la denuncia del convenio por alguna de las partes firmantes por finalizar su vigencia)¹ se convierte en un elemento que estimula la firma de nuevos con-

¹ La ultraactividad, uno de los principios básicos de la negociación colectiva establecidos en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, consiste en el mantenimiento hasta la firma de un nuevo convenio de la vigencia del contenido normativo del convenio colectivo, cuando haya transcurrido

venios que sustituyan a los anteriores, y, por lo tanto, puede provocar el aumento del número de convenios vigentes (ya que los convenios en ultraactividad no se consideraban entonces en esa cifra) y el consiguiente aumento del número de trabajadores cubiertos, cuando en 2013 la cifra de ocupados (y, por lo tanto, de afiliaciones) seguía disminuyendo en media anual.

Más adelante se analizarán con mayor detalle las dificultades y problemas existentes para analizar la evolución de las cifras relacionadas con los convenios colectivos y, en consecuencia, de la misma tasa de cobertura. Pero ahora conviene seguir con la descripción de los datos disponibles sobre la negociación colectiva. Y otro aspecto importante a tener en cuenta tiene que ver con la estructura de la negociación colectiva, según su ámbito, funcional, de empresa o superior (grupo de empresas o sectorial) y territorial (local, comarcal, provincial, autonómico o nacional) cuando el convenio sea aplicable a un sector de la actividad económica. Según esa distribución, en 2014, último año en el que se consideran definitivas las cifras de la Estadística de Convenios Colectivos, más de las tres cuartas partes de los convenios (el 77,2%) eran convenios de empresa, el 2,3% convenios de grupo de empresas y el resto, 20,5%, convenios sectoriales. Dentro de estos convenios sectoriales, el 13,6%, del total eran convenios provinciales, el 4,8% convenios autonómicos y el 1,7% convenios nacionales².

Las proporciones son muy diferentes para la distribución de las empresas y de los trabajadores cubiertos. En concreto, pese a que más de las tres cuartas partes de los convenios son de empresa, esos convenios propios solo cubren al 0,3% de las empresas con convenio y a menos del 10% de los trabajadores con convenio. Por su parte, los convenios provinciales cubren con los últimos datos disponibles relativos a 2014 a algo menos del 50% de las empresas con convenio y a menos del 40% de los trabajadores con convenio. Los convenios autonómicos afectan a alrededor del 20% de las empresas y de los trabajadores con convenio y las nacionales a algo más del 30% de las empresas y de los trabajadores con convenio.

Si se compara con la situación anterior a la crisis, en 2007, apenas se producen cambios en la cobertura de empresas y de trabajadores de los convenios de empresa. Pero sí que se producen cambios notables en la distribución de esas dos magnitudes de los convenios sectoriales, ya que los convenios provinciales,

el período inicialmente previsto de vigencia del convenio. Desde 1994, este mantenimiento de la vigencia del convenio se producía siempre que no se previera lo contrario en el propio convenio colectivo.

² Los convenios sectoriales, locales o comarcales y los inter autonómicos, que afectan a varias provincias de distintas Comunidades Autónomas representan en conjunto un porcentaje muy reducido del total, el 0,4%.

que en 2007 representaba más de las dos terceras partes de las empresas con convenio y más de la mitad de los trabajadores con convenio, pierden peso relativo (al situarse en 2014 tanto en empresas como en trabajadores en porcentajes muy inferiores a los de 2007) en beneficio de los convenios nacionales y autonómicos, sobre todo de estos últimos.

La situación de los convenios de empresa, que representan un porcentaje muy elevado sobre el total de los convenios, superior a las tres cuartas partes, pero que, en cambio, absorben una parte insignificante de las empresas con convenio, cercana al cero, y muy reducida, en torno al 10% de los trabajadores con convenio, está relacionada con aspectos como la dispersión de la negociación colectiva española y el tamaño de las empresas del tejido productivo español. En efecto, la ratio del número de empresas por convenio que para los convenios de grupo de empresas y sectoriales supera la cifra de 1.000 se reduce a menos de 300 para el total de los convenios vigentes cuando se consideran también los convenios de empresa (piénsese que esa ratio es la unidad para los convenios de empresa). Con apenas mil convenios de ámbito superior al de empresa (alrededor de 4.000 son convenios de empresa) se cubre a prácticamente todas las empresas con convenio, más de un millón cuatrocientos mil, el 99,7% del total.

Por su parte, la ratio de trabajadores por convenio, cercana a 2.000 en 2014 para el total de los convenios, apenas supera la cifra de 200 para los convenios de empresa, mientras que se acerca a 8.000 en los convenios de ámbito superior al de la empresa. Ahora, con apenas mil convenios de ámbito superior al de la empresa, menos de la cuarta parte del total, se cubre al 90% de los trabajadores con convenio, más de nueve millones en 2014, y, en cambio, con algo más de 4.000 convenios de empresa no se llega a cubrir a un millón de trabajadores. Por último, la ratio de trabajadores por empresa con convenio es, en coherencia con el tamaño de las empresas españolas, muy bajo, de alrededor de siete, cifra que es inferior, incluso, al tamaño medio de las empresas del régimen general de la seguridad social, que es de diez. Además, el tamaño medio de las empresas con convenio de ámbito superior al de la empresa es todavía menor al no llegar a siete y, en todo caso, muy inferior al tamaño medio de las empresas con un convenio propio, algo mayor de doscientos, aunque, en este caso, con tendencia a decrecer en relación con la situación anterior a la crisis económica, cuando la ratio se acercaba a 300, lo que es sintomático de que cada vez firman más convenios propios empresas de menor tamaño.

2. LA ESTADÍSTICA DE CONVENIOS COLECTIVOS: PROBLEMAS Y LIMITACIONES

Ahora conviene analizar con algo de detenimiento el origen y la naturaleza de las cifras utilizadas, la Estadística de Convenios Colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, estadística que, como se ha señalado, se publica mensualmente, con base en la Hoja Estadística que debe cumplimentar la comisión negociadora de cada convenio colectivo y registrar, junto con el mismo, ante la autoridad laboral correspondiente, según el ámbito territorial del convenio, y que puede estar adscrita a la correspondiente Comunidad Autónoma o al Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Tanto en la propia configuración de la Hoja Estadística como en todo lo relacionado con el registro de los convenios se introdujeron importantes cambios en 2010 con el Real Decreto 713/2010, de 29 de mayo, de registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, que creó el conocido como REGCON (Registro de Convenios Colectivos). Pero, a pesar de los cambios de 2010, la cumplimentación de la hoja estadística sigue siendo, en general, deficiente, al no completarse en muchos casos y, lo que es peor, porque la información de las comisiones negociadoras sobre la cobertura de los convenios colectivos, es decir, sobre el número de empresas y de trabajadores cubiertos por los convenios, se aleja mucho de la que sería necesaria y hasta conveniente, en particular en los casos de los convenios que afectan a más de una empresa, por ser convenios de grupo de empresas o de sector. Esta insuficiencia y deficiencia de la información disponible por parte de las comisiones negociadoras explica que las cifras aportadas en la Hoja Estadística muchas veces no se ajusten a la realidad y que, incluso, en algunos convenios se repita la cifra de empresas y de trabajadores de convenio anteriores, aunque entre la firma de los dos convenios la situación económica se haya modificado y el número de empresas y de trabajadores difiera sustancialmente, como ya se explicaba detalladamente en Giráldez, M.T, Pérez Infante, J.I. y Simón H (2002), situación que, aunque haya podido mejorar algo desde entonces, no parece que se haya resuelto plenamente.

Y el problema es que las cifras de empresas y de trabajadores con convenio, sobre todo de estos últimos, son muy necesarias y no solo para evaluar la importancia de los convenios colectivos y conocer su cobertura sino también para el cálculo de los crecimientos salariales pactados y de la jornada laboral acordadas para el conjunto de los convenios y para distintas agrupaciones y desagregaciones de esos convenios, ya que los correspondientes datos medios de los salarios y jornadas laborales se obtienen a través de las cuantías correspondientes para cada convenio colectivo ponderadas por el número de trabajadores que corresponde a cada convenio³.

³ Aunque en el caso del crecimiento salarial, como se explicaba en Giráldez, Pérez Infante

Estos problemas de fiabilidad de los datos relacionados con la cobertura de los trabajadores de cada convenio de ámbito superior al de la empresa se intentó superar en el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, aprobada por el gobierno socialista de entonces, que en sus disposiciones transitorias preveía que antes del 31 de diciembre de ese año se deberían efectuar las modificaciones normativas necesarias para considerar como dato de cumplimiento obligatorio (desde hacía algo más de un año era voluntaria y el grado de cumplimiento muy limitado) en las transacciones de las empresas con la Tesorería General de la Seguridad Social el código del convenio aplicable por la empresa. El cruce del código del convenio de aplicación a cada empresa con los datos de afiliaciones de cada empresa (número de trabajadores por cada convenio de aplicación) podría superar esa insuficiencia, pero esta exigencia legal no se cumplió, ya que en noviembre de ese año se celebraron las elecciones generales y cambió el gobierno en diciembre. Por lo tanto, el porcentaje de los trabajadores que pertenecían a empresas que comunicaban la clave del convenio sobre el total de los trabajadores afiliados de la seguridad social seguía siendo muy reducida, bastante inferior al 50% todavía en 2014.

Aunque esa situación se ha alterado sustancialmente con el Real Decreto 708/2015, de 24 de julio, por el que se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social para la aplicación y desarrollo de la Ley 32/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingresos de cuotas de Seguridad Social que, con un retraso de casi cuatro años, cumple lo establecido en el Real Decreto-ley de 2011. En efecto, en su artículo primero se establece que en lo relativo a la inscripción de empresas y afiliaciones, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social será obligatorio para las empresas indicar el código o los códigos de convenios colectivos aplicables en la empresa.

A raíz del establecimiento de esta obligación ha comenzado a aumentar la cumplimentación de la clave de los convenios por parte de las empresas, de forma que actualmente se dispone de esa información para alrededor del 90% de los trabajadores afiliados a la Seguridad Social. Pese a que esta información todavía no se ha publicado oficialmente, al estar sometida a un proceso de control, depuración y análisis, es de esperar que en el futuro se pueda disponer de ella para complementar la obtenida de la Estadística de Convenios Colectivos y utilizarse, en su caso, como complemento y hasta alternativa a la misma para conocer la

y Simón (2002), la incidencia de las desviaciones motivadas por la errónea cuantificación del número de trabajadores cubiertos para el total de los convenios era muy reducida, prácticamente despreciable, por la distribución sectorial de sobrevaloraciones e infravaloraciones de ese número de trabajadores que se pueden compensar entre sí.

cobertura de empresas y de trabajadores por parte de los convenios colectivos en los supuestos, sobre todo, en los que los convenios afecten a más de una empresa.

Pero, además, la Estadística de Convenios Colectivos tiene otros problemas, aunque algunos sean de carácter procedimental y más fácil de resolver en el futuro. En este sentido, destacarían cinco⁴:

- El primero, que la serie disponible desde la creación de la estadística se refiera solo a los convenios vigentes con efectos económicos en cada año, lo que implica que debe conocerse el crecimiento salarial para el año correspondiente, excluyendo, por lo tanto, a aquellos convenios para los que no se dispone de esa información del crecimiento salarial, aunque sí puedan conocerse las tarifas salariales acordadas para el año. Por consiguiente, incluye a los convenios plurianuales firmados en periodos anteriores para los que se conoce la revisión salarial del año al que se refiere la estadística y a los convenios firmados en el año que permiten calcular la variación del salario pactado, excluyendo a los convenios plurianuales para los que no se conocen la revisión del año, y que con las circunstancias desfavorables de la crisis han podido crecer notablemente, y a los nuevos convenios firmados en el año, correspondientes muchos de ellos a nuevas unidades de negociación, que no proporcionan información sobre las tarifas salariales del año anterior a la firma del convenio y, en consecuencia, no permiten calcular el crecimiento salarial pactado en el año de referencia. Algo similar ocurre en los casos de convenios ultraactivos cuando no se proporciona información sobre las tarifas salariales de los años en que se encuentran en esa situación.
- El segundo, que, en general, la estadística de convenios no facilita por desconocerse la información en los casos en que habiendo finalizado la vigencia prevista en el propio convenio se encontraba en situación de prórroga, por ejemplo por ultraactividad, que, en cualquier caso, se ha limitado a un año en la reforma laboral del 2012⁵. Ahora bien, esa carencia se ha podido corregir, al menos, en parte a partir de 2010 con el cambio de la Hoja Estadística y la creación ese año del Registro de Convenios Colectivos (REG-CON), cuyo desarrollo, deficiente en un principio, ha ido mejorando paulatinamente. En efecto, en la nueva hoja estadística se incluye la posibilidad de que exista o no prórroga (y si esta es o no por ultraactividad), aparte de

⁴ El análisis de los problemas de la Estadística de Convenios Colectivos y los cambios introducidos en 2013 sistematiza, amplía y ordena lo expuesto en Pérez Infante, J.I (2014) y (2015).

⁵ Salvo pacto en contrario, el convenio colectivo se prorrogará automáticamente de año en año cuando haya finalizado la vigencia prevista si no media denuncia de cualquiera de las partes. Si mediara denuncia el convenio se entenderá que se encuentra en situación de ultraactividad, con el límite de un año establecido en la reforma de 2012.

que cualquier situación nueva debe notificarse y registrarse en el REGCON. Pero el incumplimiento de esas obligaciones puede explicar la existencia de convenios colectivos prorrogados no computados como vigentes con efectos económicos, sobre todo en los convenios que iniciaron su vigencia con anterioridad a la creación del citado registro en 2010.

- El tercero, que existe la posibilidad de duplicación en el caso de algunas empresas y, por consiguiente, de algunos trabajadores cubiertos por más de un convenio colectivo, lo que, pese a los procedimientos de control y depuración establecidos y el desarrollo del REGCON, puede tener alguna importancia todavía por la posibilidad de que concurren varios convenios en una misma empresa, acentuada esa posibilidad por la prioridad aplicativa de los convenios de empresa incorporada en la reforma de 2012, y la dificultad, en ocasiones, de identificar a las empresas con convenio de ámbito superior al de la empresa.
- El cuarto, porque en muchos casos de convenios plurianuales solo se cumplimentan en la hoja estadística el número de empresas y de trabajadores del primer año de vigencia, sin que se actualicen posteriormente (a pesar de que lo prevea la Hoja Estadística) los datos citados para los posteriores años de vigencia. La obligación de actualizar los datos cada año de vigencia se estableció en 2010, pero ante los incumplimientos de esta obligación se suprimió en 2013, con lo que subsiste el problema del desfase de los datos declarados en el momento de la firma del convenio plurianual.
- Y el quinto problema, más difícil de solucionar que los cuatro anteriores, que la estadística de convenios tiene carácter provisional durante bastante tiempo, ya que se pueden firmar convenios colectivos que tienen vigencia y efectos económicos en un año en años posteriores a ese, algo que se puede intensificar no solo por la posibilidad de prórroga al finalizar la vigencia del convenio, sino, porque, además, sobre todo, en situaciones de dificultad económica puede retrasarse la negociación de muchos convenios. Y, en relación con este problema, la provisionalidad se mantiene en torno a dos años y medio, pues es cuando la estadística se considera definitiva y entonces se publican en el Anuario de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social para el conjunto del año. Y el problema, además, es que en los últimos años la fecha a partir de la cual el Ministerio de Empleo y Seguridad Social considera definitiva la estadística de un año ha ido variando. Así, si hasta 2009 se consideraban como definitivos los convenios registrados hasta el 31 de mayo de dos años después, posteriormente a 2010 se ha ido modificando esa fecha. Para los convenios de 2010 se consideraron definitivos los registrados hasta el 30 de junio de 2012, para los de 2011 los registrados hasta el 30 de septiembre de 2013, para los de 2012 los registrados hasta el 31 de octubre de 2014, para los de 2013 los registrados hasta el 30 de junio

de 2015, y por fin, para los de 2014, últimos datos que se consideran definitivos, los registrados hasta el 31 de mayo de 2016, volviendo, de esta forma, después de cinco años, a considerar como definitivos los datos cuanto hayan transcurrido dos años y cinco meses desde el final del año.

Además, de las modificaciones ya señaladas, se han producido en los últimos años otros cambios en la Estadística de Convenios Colectivos, los más importante en 2013. Algunos de ellos supusieron mejoras muy notables, como la nueva información mensual (anteriormente solo se publicaba anualmente) relativa a la inclusión en los convenios de cláusulas de garantía salarial; la consideración separadamente de los convenios que tienen crecimiento salarial nulo o negativo; la inaplicación de los convenios colectivos; la concreción de la duración media de los convenios firmados por año de firma y la información relativa a los convenios firmados en el año, que se añade a la de los convenios vigentes con efectos económicos en el año, independientemente de cuando se hayan firmados, que era la única de que se disponía hasta entonces.

Pero, pese a estas positivas mejoras, en relación con la situación anterior, algunos de los cambios introducidos en 2013 son insuficientes y problemáticos. En cuanto a la inaplicación de los convenios porque, aunque se proporciona información mensual sobre el número de las inaplicaciones y el de las empresas y los trabajadores afectados, los sectores y el tamaño de las empresas, el tipo de convenio inaplicado (de empresa o de otro ámbito), las condiciones de trabajo inaplicadas y el procedimiento seguido para la inaplicación o descuelgue, la estadística no permite conocer el ámbito del convenio sectorial (local, comarcal, provincial, autonómico o nacional) en el que se produce la inaplicación ni tampoco permite conocer, lo que parece de mayor trascendencia, el crecimiento salarial pactado definitivo después del correspondiente descuelgue salarial, al no proporcionar la estadística información sobre esa cuantía final del aumento salarial pactado. Algo, esto último, que, en cambio, sí se proporciona en los supuestos de la aplicación de las cláusulas de salvaguarda salarial, cuando la inflación final del año se desvía de la prevista, que modifica el crecimiento salarial del convenio y que permite diferenciar entre el inicialmente acordado y el pactado finalmente después de la aplicación de esas cláusulas de salvaguarda.

En lo que respecta a la nueva información de los convenios firmados, que solo se conoce desde 2011, se produjo, sobre todo al principio de la publicación de estos datos en 2013, cierta confusión, al no explicar claramente la diferencia con los convenios con efectos económicos en el año, una confusión de cierta importancia, pues se utilizaron como síntoma de una dinámica de carácter positivo de la negociación colectiva, cuando, sobre todo, durante la primera mitad de ese último año, los convenios vigentes, con efectos económicos en el año continuaban disminuyendo o, en cualquier caso, aumentando muy ligeramente,

menos que los convenios firmados. Y, por último, en relación con la duración de los convenios, la información se limita a los convenios firmados en el año y no a todos los convenios vigentes, que sería la información verdaderamente relevante para conocer la duración media de la negociación colectiva y que, según distintos estudios efectuados por la Comisión Consultiva Nacional hace unos años, superaría los 3,5 años, cuando, por ejemplo, con los convenios firmados hasta el 30 de noviembre en 2016 solo se alcanzaba la cifra de tres años.

De las distintas cuestiones señaladas es muy importante distinguir claramente entre los convenios vigentes, con efectos económicos en el año, que son los publicados tradicionalmente y con los que es posible elaborar series estadísticas largas, desde finales de la década de los setenta del siglo pasado, y los convenios firmados en el año, que se publican solo desde 2013, aunque se disponga de la información desde 2011. Estas diferencias no se explicaban suficientemente y el Ministerio utilizó la información sobre los convenios firmados, como se ha señalado, para defender la potenciación de los convenios colectivos desde la reforma laboral de 2012, ya que en ese año y en la primera parte de 2013 los convenios vigentes disminuían y los firmados aumentaban.

Las dos diferencias más notables entre las dos cifras, convenios vigentes y convenios firmados, son que una parte importante de los convenios con efectos económicos en el año se firmaron en años anteriores y que algunos de los convenios firmados en el año se considera que no tienen efectos económicos en ese año y, por lo tanto, no se incluyen entre los convenios vigentes. Eso último ocurre, como ya se ha indicado, en el caso de los convenios firmados por nuevas unidades de negociación, que ascendieron en 2013 a 662 y en 2014 a 608, el 26,5% y el 32,7% de los firmados en el año, respectivamente. Pues estos convenios firmados por nuevas unidades de negociación no se consideran como convenios vigentes o con efectos económicos en el año por una cuestión que parece meramente formal, porque con los datos disponibles no se puede conocer el incremento salarial para el año inicial de la vigencia del convenio, ya que solo se conocen las tarifas salariales de los años de vigencia del convenio, pero no las del año anterior al de la firma.

Aparte de estos problemas, en 2013 se redujo también la información estadística que antes se proporcionaba al desaparecer todos los cruces entre sectores y ramas de actividad con las comunidades autónomas y las provincias. Asimismo, desapareció toda la información de convenios colectivos en el Boletín de Estadísticas laborales (BEL)⁶, de periodicidad mensual, muy utilizado y considerado muy favorablemente por los usuarios de las estadísticas relacionadas con

⁶ No solo de convenios, sino de la mayoría de las variables antes consideradas en el Boletín, entre las que cabría destacar alguna tan importante como la relativa a las prestaciones por desempleo.

el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Y esta exclusión de los datos de negociación colectiva del Boletín no se resuelve totalmente con la ampliación de la información publicada en Principales Series Estadísticas del Ministerio, que se refiere al número de convenios con efectos económicos en el año y de trabajadores cubiertos, a la jornada laboral y al crecimiento salarial pactados en esos convenio, así como al número de convenios firmados y al de trabajadores afectados por los mismos.

Y no se resuelve, además, porque la información disponible es bastante limitada tanto temporal, puesto que la información anual comienza en 2005, pese a que los anuarios de la estadística del Ministerio se disponen desde 2001, como de contenido, ya que no se considera la información relativa al número de empresas cubiertas, se cruza solo por el ámbito del convenio y los sectores o situación económica, y, además, el ámbito del convenio es solo de empresa y superior, sin que se pueda desagregar, dentro de ese ámbito superior, entre convenio de grupo de empresas o sectorial ni por el ámbito territorial de los convenios sectoriales (local, comarcal, provincial, autonómico o nacional). Y tampoco se incluye en las series estadísticas aspectos como la distribución provincial, la distinción entre los convenios plurianuales o revisados y los firmados en el año o la diferencia entre convenios con cláusulas de garantía salarial y los que no pactan esas cláusulas.

La información más completa se mantiene en la estadística anual (Anuario), cuando se han convertido los datos en definitivos, y en la estadística mensual de convenios colectivos, aunque esta información solo se proporciona en la página web del ministerio desde 2011 en el caso de los datos anuales y desde septiembre de 2007 en el de los datos mensuales, lo que, junto a la insuficiencia y también limitaciones temporales de los datos de las Series Principales de la negociación colectiva, explica la dificultad para elaborar series históricas largas en esa materia.

3. EL CÁLCULO DE LA TASA DE COBERTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Ya se ha señalado en el epígrafe I de este artículo que, posiblemente, el aspecto más significativo para la medición de la importancia de la negociación colectiva sea la cobertura en el número de trabajadores de la misma. Esta cobertura puede medirse por el número de trabajadores con convenio vigente en cada momento. Pero esta cifra absoluta está influida por la evolución de la población ocupada y, en ocasiones, puede ser de interés eliminar esa influencia o, al menos, corregirla, por lo que puede ser necesario la obtención de un valor relativo, es decir, de una tasa o porcentaje, la tasa de cobertura, que sea independiente de esas cifras absolutas. La tasa de cobertura de la negociación colectiva la podemos definir como el porcentaje de los trabajadores que potencialmente pueden

tener negociación colectiva que realmente la tienen, comparando así el número de trabajadores con convenio colectivo con el colectivo que puede tenerlo, pues no todos los trabajadores tienen derecho a la negociación colectiva (por estar excluidos por la ley) o de hecho (por no existir partes, trabajadores o empresas, legitimadas para suscribir convenios colectivos).

Para el numerador se utilizará el número de trabajadores con convenio colectivo obtenido, a pesar de todos los problemas e insuficiencias señalados, de la Estadística de Convenios Colectivos, ya que es la única estadística existente por ahora que tiene como finalidad proporcionar esta información, que no puede conocerse por ningún otro procedimiento. Y ello porque ninguna otra fuente estadística disponible sirve, por su propia naturaleza, contenido y finalidad, para la obtención de la información relativa al número de trabajadores con convenio.

Y, por su parte, para el cálculo del denominador se estima la población ocupada asalariada que puede ser objeto de la negociación colectiva. La población ocupada asalariada potencialmente cubierta por los convenios colectivos, a diferencia de la realmente cubierta, sí que puede estimarse por la Encuesta de Población Activa (EPA) o por las Afiliaciones a la Seguridad Social (AFI). Este autor ha considerado en múltiples ocasiones que la estadística más adecuada para la medición de la población ocupada y del resto de las variables relacionadas con el mercado de trabajo es la EPA⁷, que tiene criterios de definición internacionales como los de la OIT y Eurostat y que, por lo tanto, sus datos son plenamente comparables con los similares de otros países. Pero para el cálculo de la tasa de cobertura se necesita considerar únicamente el colectivo que potencialmente tiene derecho a la negociación colectiva para lo que debiera excluirse al colectivo de trabajadores ocupados irregularmente, porque, normalmente, no están cubiertos por los convenios colectivos, y este colectivo, entre los que destacan los que no están afiliados a la Seguridad Social, en principio, pueden estar considerados en las estimaciones de ocupados de la EPA, pero no lo están, en cambio, en las afiliaciones de la Seguridad Social.

Por eso, aunque la consideración de los trabajadores irregulares por la EPA sea una de las razones para considerar a la cifra de ocupados de esta estadística como más adecuada, por ejemplo, que la de las afiliaciones para estimar el nivel del empleo, y pese a que pueda parecer paradójico, esa consideración de los trabajadores irregulares por la encuesta se convierte en un motivo importante para que en el denominador de la tasa de cobertura se utilice el dato procedente de la seguridad social, que es una estadística administrativa, y no el de aquella encuesta. Sin embargo, los niveles y la evolución de la tasa de cobertura que se obtiene

⁷ Véase, entre otros trabajos, Pérez Infante, J.I (2006a).

de las dos estadísticas, como puede constatarse comparando las cifras de Cruz Villalón, J. (2016) y Pérez Infante, J.I (2016b), son muy similares.

Por lo tanto, la tasa de cobertura que, se considera en este apartado se calculará, como el porcentaje de los trabajadores con convenio colectivo vigente, con efectos económicos en el año, obtenidos de la Estadística de Convenios Colectivos para los años en que esa estadística es ya definitiva (la última la correspondiente a 2014, elaborada con las cifras de los convenios registrados hasta el 31 de mayo de 2016), en relación con la cifra del año correspondiente de las afiliaciones de asalariados en media anual a la Seguridad Social, excluidos los funcionarios adscritos a la Seguridad Social, que no tienen derecho a la negociación colectiva⁸, y los empleados del hogar, que, aunque, en principio, podrían tener derecho, de hecho no están incluidos en la negociación colectiva por problemas relacionados con la falta de representatividad y legitimidad para negociar. En realidad, el denominador de la tasa de cobertura se ha obtenido restando al total agregado de las afiliaciones de los distintos regímenes de la Seguridad Social el número de afiliaciones que no son de asalariados, es decir, los autónomos y trabajadores por cuenta propia (incluidos en el régimen especial de trabajadores autónomos y en los trabajadores por cuenta propia del régimen especial de trabajadores del mar), y los trabajadores del sistema especial de empleados de hogar (desde el uno de enero de 2012 incluido dentro del régimen general de la Seguridad Social)⁹.

Ahora bien, la tasa de cobertura así calculada¹⁰ puede estar infravalorada porque el denominador estaría sobrevalorado, puesto que se consideran las afiliaciones y no el número de personas afiliadas, por lo que aquellas personas pluri-afiliadas por tener varios empleos estarán computadas más de una vez, y porque, además, no se ha podido excluir, como se acaba de explicar, por no disponer de estimación del mismo, el número de funcionarios adscritos al sistema de la Seguridad Social que estarán excluidos de la negociación colectiva¹¹.

⁸ No se debieran considerar por consiguiente, los funcionarios adscritos al mutualismo administrativo de funcionarios civiles (MUFACE), militar (ISFAS) o judicial (MUGEJU).

⁹ En realidad por falta de información relativa a los funcionarios adscritos a la seguridad social no se han excluido y no se han restado en el denominador de la cifra total de afiliaciones.

¹⁰ En Cruz Villalón, J (2016) se calcula la tasa de cobertura considerando como base del denominador la población asalariada ocupada de la EPA a la que se restan los funcionarios (independientemente de que estén adscritos al sistema de la seguridad social o al mutualismo administrativo) obtenidos del Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas del Registro Central de personal.

¹¹ Ahora bien, la tasa de cobertura calculada con la EPA también estaría algo infravalorada porque el denominador incluiría trabajadores irregulares que no tienen derecho a la negociación colectiva. Según Cruz Villalón, J. (2016) la tasa de cobertura para el último año que la calcula, 2013, sería el 82,3%, mientras que la tasa de cobertura calculada por el autor para ese año en este artículo con base en las afiliaciones de la seguridad social sería el 80,4%. Ambos valores estarían

En cualquier caso, la tasa de cobertura de la negociación colectiva cuando se calcula a partir de las afiliaciones a la seguridad social, pero también cuando se calcula con base en la EPA es muy elevada, en torno al 80%, pero claramente inferior al 100%, pese a la eficacia general automática de los convenios en España. Y ello por varias razones, como que existen sectores y actividades (aparte del caso de los empleados de hogar), en los que alguna de las partes no tienen representatividad ni legitimación para negociarlos, colectivos, como los ejecutivos o directores de empresas, que están excluidos de los convenios, casos en los que los convenios hayan finalizado su período de vigencia y de ultraactividad y todavía no hayan suscrito otro nuevo o situaciones en las existan tales discrepancias entre las partes que no alcancen acuerdos, lo que puede haberse extendido con la crisis económica y con la reforma laboral de 2012, que al permitir la modificación unilateral por parte de los empresarios de las condiciones de trabajo y salariales cuando no estén reguladas por convenio colectivo puede estar obstaculizando la firma de nuevos convenios.

4. ALTERNATIVAS A LA ESTADÍSTICA DE CONVENIOS COLECTIVOS Y PROPUESTAS DE REFORMA

Teniendo en cuenta los problemas y dificultades para la mediación de la cobertura de trabajadores por la negociación colectiva que se detecta en la Estadística de Convenios Colectivos se han diseñado algunos métodos y procedimientos alternativos al basado en la Estadística de Convenios Colectivos, que se pueden clasificar en dos grupos diferentes: encuestas oficiales de periodicidad anual y estudios y propuestas realizados por expertos individuales.

En cuanto a las encuestas de periodicidad anual, se pueden encontrar dos: la Encuesta Anual de Coste Laboral del INE y la Encuesta Anual Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La Encuesta Anual de Coste Laboral, que completa la información y los resultados de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, se basa en una muestra de las cuentas de cotización de la seguridad social, independientemente del tamaño de los centros de trabajo, excluidas las empresas del sector agrario, los empleados del hogar y los funcionarios no adscritos al sistema de la seguridad social por estarlo a las mutualidades Laborales administrativas. La encuesta distingue a los centros de trabajo encuestados, según la forma de regulación de las relaciones laborales, entre los que tienen convenio y los que se regulan por otra forma diferente, sin especificar la pregunta cuáles, teniendo que ser el propio centro de trabajo encuestado el que la señale¹².

infravalorados por lo que la tasa de cobertura real podría acercarse al 85%, porcentaje que excede ligeramente al estimado normalmente por la OCDE.

¹² En realidad la encuesta no pregunta si la regulación de la relación laboral es por convenio

El período de referencia es el año natural y la información se proporciona desde 2010, siendo la última disponible la de 2015. Para ese último año el 94,8% de los centros de trabajo encuestados tendrían las relaciones laborales reguladas por convenio colectivo y sólo el 5,2% por otra forma diferente. Los convenios cubrirían al 88,1% de los trabajadores considerados en la encuesta, mientras que el 11,9% restante tendrían reguladas sus relaciones laborales por otra forma diferente, con una tendencia ligeramente creciente en los dos casos para las relaciones laborales reguladas por convenios desde el primer año para el que se dispone de información, 2010. El porcentaje de trabajadores cubiertos por convenios colectivos sería superior en unos ocho puntos porcentuales a la tasa de cobertura calculada en este artículo y obtenida con base en las estadísticas de convenios y las afiliaciones a la seguridad social. Ahora bien, si la tasa de cobertura tenía una serie de problemas, como se ha explicado en el artículo, el porcentaje de trabajadores que se estima por la Encuesta Anual de Coste Laboral también plantea una serie de dudas y limitaciones, como la exclusión de los trabajadores pertenecientes al sector agrario y, sobre todo, la misma forma de la pregunta relacionada con el tipo de regulación de las relaciones laborales, ya que las otras formas diferentes a los convenios colectivos tienen un carácter residual sin preguntarse específicamente por las mismas, que, además deben de precisar los centros encuestados, lo que plantea dudas sobre la clasificación de situaciones como los acuerdos de empresa realizados al margen del convenio colectivo estatutario por el carácter genérico que muchas veces se da al término convenio.

La otra encuesta, la Encuesta Anual Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, también incluye información sobre los convenios colectivos. El ámbito de la encuesta excluye a Ceuta y Melilla, a las empresas con cuatro o menos trabajadores y, además, de a las actividades de los hogares y al conjunto del sector agrario, como la Encuesta Anual de Coste Laboral, al conjunto de las Administraciones Públicas, lo que supone que deja al margen a todos los trabajadores del sector público, independientemente de que tengan o no derecho a la negociación colectiva por excluir tanto a los trabajadores laborales, con derecho a la negociación colectiva, como a los funcionarios, que no tienen ese derecho. La clasificación de las empresas según la forma de la regulación de las relaciones laborales es muy similar a la de la Encuesta Anual de Coste Laboral del INE, convenio colectivo de empresa, de grupo de empresa o sectorial y otras formas de regulación que, asimismo tiene carácter residual, y que tampoco se delimitan en las pregunta teniendo que ser la empresa encuestada la que las detallen. Solo

u otra forma distinta sino que pregunta directamente por el tipo de convenio (sectorial estatal, sectorial de ámbito inferior al estatal, de empresa o de grupo de empresa y de centro de trabajo) dejando de forma residual a los centros de trabajo que tienen otra forma de regulación diferente, sin especificar la pregunta cuáles son.

se dispone de la información correspondiente a 2013 y 2014 y únicamente se refiere a las empresas sin que se publique información relativa a los trabajadores cubiertos por los convenios, por lo que no permitiría calcular la tasa de cobertura de la negociación colectiva.

Para 2014 el 99,3% de las empresas tendrían reguladas las relaciones laborales por convenio colectivo (el 17,4% por convenio de empresa, en contraste con el dato cercano a cero de la Estadística de Convenios Colectivos, y el 81,9% por convenios de ámbito superior al de la empresa), siendo totalmente residual (el 0,7%) las empresas que regularían sus relaciones laborales por otras formas distintas al convenio, lo que apenas permite la posibilidad de que existan empresas que no tengan convenio por el final de la ultraactividad o por algunos de los otros motivos señalados anteriormente para explicar el por qué podría existir empresas sin convenio.

Aparte de la duda que se puede plantear, como en el caso de la Encuesta Anual de Coste Laboral, acentuada por los resultados obtenidos muy próximos al 100%, de que empresas que tengan las relaciones laborales reguladas por meros acuerdos de empresas sin que tengan el carácter del convenio estatutario se clasifiquen entre las reguladas por convenio, y la exclusión de las empresas del sector agrario, la Encuesta Anual Laboral tiene otros problemas adicionales, como la exclusión de todas las empresas con menos de cinco trabajadores sin posibilidad de convenio colectivo de empresa (pero sí de ámbito superior) por el artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores por falta de representatividad al no ser obligatorios en esas empresas los delegados de personal y, en consecuencia, carecer los trabajadores de legitimidad para negociar convenios colectivos, la de dejar al margen a todos los trabaderos públicos, aunque sean laborables y tengan derecho a la negociación colectivo, la de no proporcionar datos sobre los trabajadores, lo que imposibilita, como se ha indicado, el cálculo de la tasa de cobertura de la negociación colectiva, y la existencia de de información únicamente para dos años 2013 y 2014, lo que impide analizar las consecuencias sobre los convenios colectivos de fenómenos como la crisis económica y la reforma laboral de 2012. Todos estos problemas y carencias limitan considerablemente la utilización de la Estadística Anual Laboral para analizar la evolución e importancia de los convenios colectivos y, desde luego, difícilmente se puede considerar como alternativa a la Estadística de Convenios Colectivos, a pesar de todos los problemas y deficiencias de esta estadística analizados en este artículo.

Y en cuanto a los estudios y propuestas realizados por expertos particulares en relación con la medición de la cobertura de los trabajadores por la negociación colectiva vamos a considerar y analizar dos. El primero, el de Martínez Matute,

M. (2013)¹³, que estima la tasa de cobertura de los asalariados con derecho a negociar a partir de la Encuesta de Población Activa, comparando el número de asalariados cubiertos por los convenios colectivos con el número de asalariados con derecho a negociar, obteniendo ambas cifras con base en las estimaciones de la encuesta, aunque esta estadística tenga como objetivo el cómputo de las situaciones relacionadas con el mercado de trabajo (empleo, paro e inactividad), pero no con la negociación colectiva. Para calcular el denominador, número de asalariados con derecho a negociar, la autora resta del total de asalariados de la EPA los adscritos al sector “hogares domésticos” (servicio doméstico), porque, según expone la autora, no tienen derecho a la negociación colectiva¹⁴, el número de funcionarios públicos que no tienen derecho a la negociación colectiva y el número de trabajadores en prácticas, formación o aprendizaje, que, según la autora, tampoco tienen derecho a la negociación colectiva¹⁵. Y para calcular el numerador, el número de asalariados que, teniendo derecho a negociar, efectivamente lo tienen, resta a la cifra del denominador a aquellos colectivos que teniendo derecho a la negociación no lo ejercen y, que, según la autora, se pueden identificar casi exclusivamente con las personas que desempeñan puestos directivos en empresas, y que estima a partir de los datos de la EPA, aunque explica que la cifra resultante después de este resta subestima el número de los trabajadores con derecho a negociar y que, además, lo ejercen (numerador), pues se estarían restando del denominador para obtener el numerador a los directivos que se pueden considerar como autónomos pues no los puede desagregar de los que son asalariados.

Con esta hipótesis, Martínez Matute estima la tasa de cobertura, cercana al 97% y prácticamente igual en todo el período considerado, primer trimestre de 2008 al cuarto de 2010, aparte de que, como se ha señalado, la tasa así calculada estaría, según la autora subvalorada. El problema de esta alternativa parece que puede ser doble. En primer lugar, porque considera que con la EPA se puede estimar el número de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva, más con-

¹³ Tesis doctoral presentada en la Universidad de Valladolid en junio de 2013 y dirigida por el catedrático de esa Universidad José Miguel Sánchez Molinero.

¹⁴ En realidad no hay ninguna norma legal que excluya a ese colectivo de la negociación colectiva, aunque, por la dificultad de encontrar legitimación para negociar de empresarios y trabajadores, de hecho estén excluidos de esa negociación.

¹⁵ En la norma reguladora de estos contratos no se excluye la posibilidad de que los trabajadores así contratados sean cubiertos por la negociación colectiva y, en concreto, en el artículo 11 del Estatuto, que regula específicamente tanto el contrato para la formación y el aprendizaje como el de prácticas, se prevé que aspectos tales como los puestos de trabajo, la duración del contrato, el período de prueba o la retribución podrán establecerse en convenio colectivo, respetando, eso sí, los mínimos previstos en la ley. La excepción del artículo 15.5 del Estatuto a la que se refiere la autora se limita al encadenamiento de contratos temporales en indefinidos y no tiene carácter general.

cretamente el número de trabajadores que con derecho a la negociación colectiva efectivamente lo ejerce. Y, en segundo lugar, porque la hipótesis que utiliza es que todos los que tienen derecho a la negociación colectiva lo ejercen, salvo unos colectivos muy específicos, el más relevante el de directores de empresa.

Y la cuestión parece estar, por un lado, en que los datos estimados por la EPA no tienen relación alguna con la cobertura de la negociación colectiva. Aunque sí puedan servir para estimar el número de asalariados que potencialmente tienen derecho a la negociación colectiva (denominador), no son, en cambio, adecuados para estimar los trabajadores cubiertos efectivamente por la negociación colectiva (numerador), y, por otro lado, porque no existe ningún motivo aparente para suponer que todos los que tienen derecho a la negociación colectiva efectivamente lo ejercen, salvo los directivos de empresa. Además, existen otras posibilidades de que no se regulen las relaciones laborales por convenio colectivo, pese a su eficacia general automática, máxime después de la reforma laboral de 2012, bien porque haya finalizado el período de vigencia y de ultraactividad del convenio anterior pero todavía no se haya suscrito otro o bien porque puede haber empresas que prefieran otras formas de regulación por la eventualidad de que si las condiciones de trabajo y salariales no están fijadas el convenio el empresario pueda modificarlas por decisión unilateral. Por todas estas problemáticas cuestiones no parece que el procedimiento propuesto Martínez Matute tenga que ser más adecuado que el de los datos obtenidos directamente de los convenios, aunque estos tengan, como se ha señalado en este artículo, problemas y deficiencias de cierta relevancia, pero que pueden ser menos cuestionables que los de estimar la cobertura de la negociación colectiva a partir de la EPA.

Con las hipótesis de la autora parece evidente que la tasa de cobertura así calculada¹⁶ debiera de ser muy alta, muy cercana al 100%, como así ocurre, al estimar una tasa en torno al 97%. Aparte, de que, como también se desprende de los cálculos proporcionados en Martínez Matute, M (2013), con esos supuestos los valores de las tasas de cobertura que son muy similares para todos los años para los que la calcula¹⁷, por lo que apenas dependerán de la evolución cíclica de la economía y, en concreto de las situaciones de crisis económica, como la de los últimos años, ni de las modificaciones del marco normativo de la negociación colectiva, como es el caso de la reforma laboral de 2012, que, como se acaba de

¹⁶ En realidad, la autora, como se explica en un artículo posterior a la tesis doctoral, en el que se mantiene el mismo análisis, Martínez Matute, M (2016), diferencia tres tipos de tasas de cobertura, la global, la ajustada a los asalariados, y la ajustada a los trabajadores con derecho a la negociación colectiva, que es la que correspondería a las estimaciones de este autor, tanto en el presente artículo y en Pérez Infante, J.I (2016b), como en numerosos trabajos anteriores, como, por ejemplo, Pérez Infante, J.I (2013) y (2016a)

¹⁷ Lo que también es cierto con los datos más actualizados de Martínez Matute, M (2016).

señalar, explicaría la posibilidad de que por el final de la ultraactividad algunas empresas no estén cubiertas por convenio.

El segundo método alternativo considerado para calcular la tasa de cobertura, más concretamente en este caso el número de trabajadores en convenio colectivo, es el de Méndez Candela, I. P y Varela Merino, B (2016). En este artículo, publicado en la revista de Estadística Española del INE, se estima el número de trabajadores sujetos a convenios colectivos de ámbito sectorial, que cubre cada uno de ellos a más de una empresa, a partir del registro de las cuentas de cotización de seguridad social obtenido con las anotaciones en los registros de las empresas de las claves de los convenios de aplicación a cada empresa y que no han sido obligatorios, como se ha señalado, hasta 2015. Como en el momento de realización del estudio no era todavía obligatorio el cumplimiento de la clave de los convenios por las empresas en las transacciones con la seguridad social (que se estableció en 2015, mientras que los datos utilizados en el artículo se cierran a mediados de 2014) el porcentaje de ese cumplimiento era bajo, menos del 20% de las cuentas de cotización y algo más del 20% de los trabajadores correspondientes, por lo que las autoras han optado por un procedimiento de estimación indirecta: después de un proceso de depuración han asignado convenios colectivos a los que no lo tenían con base al registro de convenios colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, proceso de asignación complejo y que se explica con detalle en el artículo. Con este procedimiento de imputación indirecta, que afectaría cada vez a menos cuentas de cotización y a un menor número de trabajadores a medida que se vayan cumpliendo la obligación por parte de las empresas de anotar la clave del convenio de aplicación, estiman las autoras finalmente una cantidad de trabajadores con convenio sectorial no muy diferente a la que se obtiene con la Estadística de Convenios Colectivos.

En cualquier caso, este procedimiento de imputación, que tiene interés como método para cubrir las insuficiencias, puede convertirse en un procedimiento necesario, útil y de gran valor, incluso, cuando en el futuro se obtengan datos más completos y reales de las cuentas de cotización por el cumplimiento de la obligación establecida en 2015, porque pueden servir para corregir las imprecisiones y desviaciones entre las claves declaradas y las reales que puedan seguir produciéndose. Ya se ha señalado, que en la actualidad prácticamente el 90% de las cuentas de cotización ya tienen cumplimentada la anotación de la clase del convenio, por lo que cabe esperar que, cuando el Ministerio de Empleo y Seguridad haya procedido al análisis y depuración de los datos del registro de las cuentas de cotización, la estimación de la cobertura de los trabajadores por las cuentas de cotización a la seguridad social será un método de gran utilidad y fiabilidad, que puede convertirse en alternativo al actual de la Estadística de Convenios Colectivos.

Esto era, precisamente, lo que se proponía en las propuestas y recomendaciones de marzo de 2011 del Grupo de Trabajo del Consejo Superior de Estadística sobre Estadísticas de Negociación Colectiva¹⁸ y que han servido de base a las Recomendaciones del Plan Estadístico Nacional de distintos años. En efecto, la recomendación más importante del grupo de trabajo se refería a la generalización de la cumplimentación de la clave de los convenios colectivos en las transacciones y anotaciones de las empresas con la Seguridad Social, lo que, como se ha indicado, ya es obligatorio desde 2015, y que en la situación actual se está a la espera de que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social analice y depure los datos del registro de los cuentas de cotización para que periódicamente obtenga una estimación de la cobertura de los convenios colectivos, alternativa, pero también complementaria a la de la Estadística de Convenios Colectivos.

Además, será necesaria la mejora de la Estadística de Convenios Colectivos para lo que será imprescindible la concienciación de los sindicatos y organizaciones empresariales de la necesidad de cumplimentar correcta y adecuadamente la Hoja Estadística, algo que hasta ahora ha sido muy deficiente e insuficiente. Y para que la información disponible por las comisiones negociadoras para esa cumplimentación sea lo más completa posible se deberá fomentar el intercambio de información entre los agentes sociales y, sobre todo, proporcionar la mayor y mejor documentación e información posible por parte de la administración, en concreto por parte de la Agencia Tributaria y del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En ese sentido, podrá ser de gran utilidad la aportación de otras estadísticas y encuestas, como la Encuesta de Estructura Salarial y la Encuesta de Coste Laboral, ambas del INE, y la Encuesta Anual Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, lo que requerirá la renovación, mejora, ampliación y enriquecimiento de esas estadísticas.

Pero también será imprescindible que el Registro de Convenios Colectivos y la Estadística de Convenios Colectivos introduzcan los cambios necesarios para su mejora, lo que exigirá la necesidad de requerir a las comisiones negociadoras la mejora de la cumplimentación de la Hoja estadística y la actualización, cuando

¹⁸ El Grupo de Trabajo se creó por la Comisión Permanente del Consejo Superior de Estadística en su reunión de 16 de junio de 2010 y presidido por el autor de este artículo estuvo compuesto por funcionarios del INE, del Ministerio de Trabajo e Inmigración (ese era el nombre del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en ese momento) y de la Agencia Estatal Tributaria, así como por representantes de Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales. Su primera reunión se celebró el 20 de julio de 2010 y la última el 4 de marzo de 2011 y el Informe final del Grupo de Trabajo contiene una serie de recomendaciones (que se elevaron por el presidente del grupo de trabajo a la Comisión Permanente del Consejo Superior de Estadística) destinadas a la mejora de la estadística de la negociación colectiva.

ello sea preciso, de los datos necesarios en los casos de prórrogas de los convenios, de revisión de los convenios plurianuales y de cambios o alteraciones del número de trabajadores de las empresas con convenio propio y del número de empresas y de trabajadores de los convenios sectoriales y de grupo de empresas. Para lo cual deberá recuperarse la obligación de las comisiones negociadoras suprimida en 2013, y que ya existía desde 2010, de informar del número de empresas y de trabajadores de cada convenios al principio de cada año, durante todos los años de vigencia del convenio, actualizando esos datos con el cambio de la situación económica de las empresas y de los sectores. Así mismo, será imprescindible mejorar los procedimientos de depuración y control para evitar duplicaciones de los datos de empresas y de trabajadores en los supuestos de aplicación de más de un convenio a la misma empresa.

Pero, además, debe de mejorarse la propia estadística de convenios colectivos y ampliar la información disponible, recuperando algunos de los datos y desagregaciones que se cambiaron y suprimieron en 2013 y estudiando con la participación de las organizaciones empresariales y los sindicatos más representativos los cambios estadísticos que debieran perfeccionar y modernizar la información proporcionada. En ese sentido, en la información sobre los convenios colectivos vigentes o con efectos económicos en el año debieran introducirse cambios significativos, actualizando, como la actualización de los datos de los convenios plurianuales en cada año de vigencia, el establecimiento de mecanismos que puedan controlar las diferencias existentes entre los datos de las Hojas Estadísticas y los de las cuentas de cotización a la Seguridad Social, así como los de la Agencia Tributaria, y la mejora de la información relativa a la existencia de prórrogas de los convenios. Por último, debieran establecerse procedimientos y mecanismos, siempre con la participación de los interlocutores sociales y los distintos ministerios implicados, dirigidos a estudiar e implementar continuamente los cambios puntuales que puedan proporcionar una estadística más correcta y adecuada a la realidad.

Entre estos cambios puntuales alguno puede ser de fácil y de rápida aplicación, como es la inclusión en los convenios con efectos económicos de los firmados en cada año por nuevas unidades de negociación, pues, aunque no se disponga en estos casos de toda la información, como es el crecimiento salarial del primer año, lo que se puede resolver con una simple anotación de dato no disponible, como ocurre en otras estadísticas, sí que se dispone de la información sobre el número de convenios y de empresas y de trabajadores cubiertos por los mismos, con lo que, si se incorporan en la estadística esos datos como convenios vigentes en el año, la información sobre el total de los convenios vigentes, aunque sea incompleta, al no disponerse de los crecimientos salariales pactados, sería más representativa de la situación real, sobre todo en lo que respecta al número

de convenios y al de las empresas y los trabajadores cubiertos por los mismos, a la cobertura, en la que actualmente se excluyen y no se consideran como vigentes esos convenios suscritos por nuevas unidades de negociación.

La introducción de todos estos cambios y mejoras en la estadística de la negociación colectiva, aparte de los que consideren los interlocutores sociales, que son los que realmente debieran protagonizar el proceso respetando el principio de la autonomía de las partes, establecido en el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, y una vez que se haya completado el proceso de depuración y perfeccionamiento del registro de las claves del convenio por parte de las empresas que realicen transacciones con la tesorería general de la seguridad social y que se haya avanzado en el cruce de estas claves con las cuentas de cotización y con las informaciones de las altas y bajas de empresas y de trabajadores en la seguridad social la situación habrá mejorado sustancialmente y los datos resultantes podrán utilizarse sin los problemas actualmente existentes como un medio de estimación de la cobertura y demás variables derivadas de la negociación colectiva. Sin que todo ello tenga que excluir la utilización de encuestas oficiales, como las dos existentes, siempre, claro, que se introduzcan en la misma los cambios necesarios para evitar los problemas y deficiencias actuales, por su valor como complemento y contraste de los resultados de la Estadística de Convenios Colectivos. Aunque el número de empresas y de trabajadores cubiertos por lo convenios colectivos sectoriales deberá obtenerse a partir de las claves de los convenios, la fuente principal para el análisis de la negociación colectiva seguirá siendo la Estadística de los Convenios Colectivos por la riqueza de su información en relación con las características, resultados y efectos de los convenios colectivos, inexistente en otras estadísticas y cuyos objetivos no tienen nada que ver con esa problemática.

5. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Aunque la evolución de los indicadores de la negociación colectiva obtenidos de la Estadística de Convenios Colectivos tienen, como era de prever, una evolución estrechamente procíclica respecto de la actividad económica y el empleo, esa estadística realizada con base en la Hoja estadística de los convenios, que tienen que cumplimentar las comisiones negociadoras de los mismos, tienen una serie de problemas y deficiencias que pueden condicionar los resultados que se obtengan. En concreto, la cobertura de los trabajadores con convenio colectivo por la insuficiente y deficiente información que suelen tener los miembros de esas comisiones respecto del número de empresas y de trabajadores afectados por los convenios colectivos sectoriales, que abarcan a más de una empresa. Asimismo, se han detectado otros problemas que pueden limitar la calidad de las cifras obtenidas, como la falta de consideración en muchas ocasiones de los convenios pro-

rrogados o de actualización en cada año de vigencia de los datos correspondientes a los convenios plurianuales, a lo que debe añadirse la elevada provisionalidad de la estadística, que solo se considera como definitiva hasta transcurridos casi dos años y medio desde la finalización del año correspondiente.

Pero a pesar de estos problemas las posibles alternativas existentes para analizar las variables relacionadas con la negociación colectiva, especialmente el número de empresas y de trabajadores afectados por la misma, no parecen soluciones adecuadas para sustituir a la Estadística de Convenios Colectivos como se deduce de las consideraciones realizadas en el artículo. No lo son las estimaciones efectuadas por las encuestas existentes, Encuesta Anual de Coste Laboral del INE y Encuesta Anual Laboral del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, porque las preguntas correspondientes no recogen bien la realidad de la regulación de las relaciones laborales de las empresas y con la dificultad añadida de que con una o pocas preguntas, como es el caso de las dos encuestas, se pueda reflejar la compleja realidad de la negociación colectiva.

Y, por otra parte, los intentos que se han realizado para utilizar otras fuentes estadísticas alternativas no relacionadas directamente con los convenios colectivos, como la Encuesta de Población Activa (EPA), no resuelven prácticamente ninguna de los problemas planteados e, incluso, esas fuentes pueden ser todavía más cuestionables y discutibles que la Estadística de Convenios Colectivos con todos los problemas que esta tiene, como con detalle se analiza en el artículo, porque las variables consideradas en esas estadísticas alternativas no tienen nada que ver con las variables relacionadas con los convenios colectivos, como ocurre en el caso de la EPA con la población ocupada que no especifica en absoluto si tiene o no convenio colectivo. Y dar por supuesto que salvo el caso de los directivos de empresa todos los trabajadores ocupados están efectivamente cubiertos por un convenio colectivo parece una hipótesis precipitada y que puede alejarse de la realidad, ya que, aunque los convenios españoles se caractericen por la eficacia general automática, existen algunas razones, explicadas en el artículo, para justificar que existan empresas sin convenio en un momento determinado, máxime cuando la reforma laboral de 2012 establece el final de la ultraactividad cuando haya transcurrido un año desde el término de la vigencia del convenio.

Parece más lógico y conveniente profundizar en la mejora de la estadística de convenios en la línea recomendada en el artículo, y, en particular, en las Conclusiones del Grupo de Trabajo creado hace unos años por el Consejo Superior de Estadística, con la participación de los agentes sociales y que, precisamente, tenía como objetivo la mejora de las estadísticas de la negociación colectiva. Una de las conclusiones del Grupo de Trabajo era generalizar la cumplimentación de las claves de los convenios por parte de las empresas en el momento de realizar alguna

transacción con la seguridad social, como, por ejemplo, la alta como empresa o la alta o baja de trabajadores, lo que cruzando estos datos con los del número de afiliaciones de cada empresa puede convertirse en un instrumento fundamental para la estimación de la cobertura de la negociación colectiva, complementando en unos casos y sustituyendo en otros a la Estadística de Convenios Colectivos.

Desde 2015 es obligatoria esa cumplimentación de las claves de los convenios. Y como resultado de esa obligatoriedad se está generalizando las situaciones en las que las empresas facilitan a la seguridad social el dato de la clave del convenio de aplicación, que ya abarca a más del 90% de las cuentas de cotización de la seguridad social. Estos datos que están siendo objeto de análisis y de depuración por parte de los servicios estadísticos del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social serán en un próximo futuro mucho más adecuados que la utilización de estadísticas alternativas con objetivos muy distintos a los de la medición de las variables resultantes de la negociación colectiva.

En todo caso, los datos obtenidos con la Estadística de Convenios Colectivos y, en su caso, con la cumplimentación de las claves de los convenios por parte de las empresas servirán para estimar las cifras absolutas de los trabajadores cubiertos por los convenios colectivos. Cifras absolutas muy estrechamente relacionadas con la evolución cíclica de la actividad económica y el empleo. Si se quiere analizar la influencia en la cobertura de la negociación colectiva de otros fenómenos diferentes a los del ciclo económico, como las reformas laborales, en vez de utilizar cifras absolutas habrá que utilizar cifras relativas de trabajadores cubiertos que eliminen la influencia en la cobertura de los convenios de la evolución del empleo y que comparen el número de los trabajadores cubiertos por la negociación colectiva con el de los que potencialmente pueden estar cubierto por la misma, excluyendo a los que no tengan derecho, como los funcionarios, o a los que por determinadas circunstancias de hecho no están cubiertos por convenios, como los empleados del hogar.

En cualquiera de los dos casos que pueden utilizarse para estimar los trabajadores potencialmente cubiertos por la negociación colectiva, EPA o Afiliaciones de la Seguridad Social, la estimación de la tasa de cobertura es muy similar, del orden del 80-85%, relativamente elevada pero siempre notablemente inferior al 100%. En el artículo se utiliza como base para la estimación de la tasa de cobertura para los trabajadores potencialmente cubiertos por los convenios (denominador) las afiliaciones a la seguridad social, puesto que no considera, como la EPA, a los trabajadores irregulares que suelen estar excluidos de la negociación colectiva, y para el número de trabajadores cubiertos por convenio colectivo (numerador) la Estadística de Convenios Colectivos, ya que, a pesar de los problemas y deficiencias de esa estadística analizados en los apartados anteriores,

la utilización de otras estadísticas diferentes como posibles alternativas, como la EPA, plantea todavía problemas aún más graves y cuestionables, por no tener los datos estimados por la encuesta ninguna relación con la cobertura o no de los trabajadores ocupados por convenios colectivo. Aparte de que las perspectivas para el futuro próximo son bastantes favorables por las expectativas de disponer en un período relativamente corto de tiempo de los datos derivados de las claves de los convenios colectivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cruz Villalón, J (2016): “La nueva regulación de la negociación colectiva: ruptura del equilibrio en las relaciones laborales en aras de una flexibilidad sin consenso”, en Pérez Infante, J. I. Y Ruesga Benito, S.M (Coordinadores) (2016).
- Giráldez, M.T, Pérez Infante, J.I y Simón, H (2002): “Situación actual de la medición de la cobertura sectorial de la negociación colectiva en España”. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección de Informes y Estudios. Madrid.
- Martínez Matute, M (2013): “Negociación colectiva y empleo. Un análisis de la influencia de los convenios sobre las decisiones de empleo de las empresas españolas”. Tesis doctoral. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Valladolid.
- Martínez Matute, M (2016): “La cobertura de la negociación colectiva en España: una nueva propuesta de medición”. Revista de Economía Laboral. Número monográfico dedicado a la Negociación Colectiva.
- Méndez Candela, I. P y Varela Merino, B (2016): “ Estudio para la estimación del número de trabajadores en convenio colectivo de trabajo”. Revista de Estadística Española, vol. 58, número 189/2016.
- Pérez Infante, J.I (2006): “Las estadísticas de mercado de trabajo en España”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios Empleo. Madrid.
- Pérez Infante, J. I. (2013): “Las reformas de la negociación colectiva desde una perspectiva económica: naturaleza y resultados”. Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social 120/2013.
- Pérez Infante, J. I (2014): “La negociación colectiva en 2013: problemática estadística, evolución, características y estructura”, en Objetivo del Trabajo. Anuario de Relaciones Laborales UGT 2014. Marcial Pons, Madrid.

- Pérez Infante, J. I (2015): “La negociación colectiva en 2014: evolución, estructura y salarios”, en *Objetivo del Trabajo. Anuario de Relaciones Laborales UGT 2015*. Marcial Pons, Madrid.
- Pérez Infante, J. I (2016 a): “El impacto económico de la reforma de la negociación colectiva en 2012”, en Pérez Infante, J. I. y Ruesga Benito, S. M (Coordinadores) (2016).
- Pérez Infante, J. I (2016b): “La crisis económica, las reformas laborales y la negociación colectiva”. *Revista de Economía Laboral*, 2017. Número monográfico dedicado a la Negociación Colectiva.
- Pérez Infante, J. I y Ruesga Benito, S. M (Coordinadores) (2016): “Reformas laborales en la Gran Recesión”. Tirant Lo Blanch. Valencia.

Informes y Documentos

EL CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO Y LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS LABORALES FUNDAMENTALES: LUCES Y SOMBRAS, de Fernando Valdés Dal-Ré

Recensión (diálogo con el autor)

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Quizá podría decirse que la segunda mitad del siglo XX fue la edad de los derechos. De hecho así lo hace Fernando Valdés, autor del libro *“El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras”*, y yo no puedo negar que me convence la idea. También podría decirse, y esta idea me persuade asimismo, que el reconocimiento internacional de los derechos, su generalización en determinados contextos culturales, y el desarrollo de mecanismos de garantía eficaces han hecho tanto por la evolución de la humanidad como, en su día, lo hiciera el descubrimiento de los metales que dieron paso sucesivamente, en la protohistoria, de la edad del hierro a la edad del bronce, y posteriormente a la del cobre. Hablamos, sin duda, de una auténtica revolución.

Pero la (r)evolución, en este ámbito, ha parecido sufrir una suerte de estancamiento, si pensamos en que no se ha logrado ir más lejos en la garantía de los derechos más frágiles, los que parecen depender menos de la dignidad humana y más de la marcha de unos mercados que, al finalizar la primera década del S. XXI, entraron en una crisis cuyas consecuencias, sobre todo las políticas, quedan aún lejos de estar superadas si hablamos del impacto de las mismas sobre el efectivo disfrute de los derechos prestacionales de las personas. El libro de Fernando Valdés trata del tiempo y las circunstancias que llevaron a construir una protección formal robusta de los derechos fundamentales de los trabajadores, y del tiempo y las circunstancias que contemplan cómo el sistema multinivel de garantía jurisdiccional de dichos derechos falló (falla todavía) cuando se esperaba que fuera más fuerte.

Obviamente, el objeto del trabajo no se define en esos términos por su autor, que lo describe, más sencillamente, afirmando que el libro se centra en el análisis de la protección multinivel de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco del constitucionalismo europeo, cuestión sobre la cual, la bibliografía en castellano, no es demasiado extensa. A pesar de la austeridad de la descripción,

lo cierto es que la misma esconde toda una declaración de intenciones. El trabajo parte de la asunción como naturales de dos conceptos recientes -*constitucionalismo europeo y protección multinivel de los derechos*- cuyo uso denota una concepción abierta y dialógica de los ordenamientos jurídicos y de los sistemas de poder que conforman y en que se articulan los mismos. Asumir que existe un *constitucionalismo europeo* supone, de algún modo, entender que el constitucionalismo nacional, manifestación de los poderes soberanos que lo formulan, ha dado paso a un constitucionalismo de intersecciones, intercambios y conceptos comunes forjados fundamental, aunque no exclusivamente, en torno al mundo de los derechos y libertades de los individuos. Pretender que existe una *protección multinivel de esos derechos y libertades* supone tanto como confesar que, los fallos de los sistemas nacionales de garantía, son cubiertos por la acción de órganos internacionales o supranacionales que, quizá desde una posición más libre respecto de los poderes soberanos nacionales, son capaces de reconocer vulneraciones y reparar lesiones que escaparon al control de quienes, en el ámbito del Estado, asumieron con carácter previo la custodia de los derechos y libertades individuales.

La particularidad del trabajo del Profesor, y Magistrado, Fernando Valdés Dal-Ré, es que no se limita a analizar, en el marco descrito y escogido por el propio autor, la protección jurisdiccional multinivel de los derechos. Esa opción por el universo jurisdiccional, sería de todo punto excluyente, al dejar fuera de foco los órganos internacionales que no ejercen potestad jurisdiccional, por no ser tribunales ni tener atribuidas este tipo de funciones, pero que están llamados, en la mayoría de los casos, a proteger los “frágiles” derechos económicos, sociales y culturales. De nuevo, en relación esta vez con la selección específica del objeto de estudio, toda una declaración de intenciones que se completa con la crítica al discurso relativo a la imposibilidad de equiparar plenamente los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. El autor, asumiendo que es el discurso segregacionista el que sostiene la judicialización de las garantías de unos frente a la no judicialización de las garantías de los otros, trata de superarlo incorporando como objeto de análisis la Carta Social Europea, y el Comité Europeo de Derechos Sociales, siendo, pese a todo, bien consciente de las distancias que separan a este último del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estos presupuestos de partida, que comparto plenamente, dan paso al análisis de la cuestión en dos grandes bloques temáticos, uno genérico y otro específico. Así, el Capítulo II presenta algunas nociones básicas en torno a la cuestión de la protección multinivel de los derechos fundamentales en el ámbito geográfico europeo, y el Capítulo III se centra en la protección multinivel de los derechos fundamentales de los trabajadores, como subsistema dentro de los derechos económicos, sociales y culturales.

Del Capítulo II se puede decir que es una buena síntesis de la evolución de los tres ejes institucionales sobre los que gravita, en Europa, el sistema de garantía de los derechos fundamentales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales, una evolución que permite hablar tanto de diálogo horizontal entre dichos órganos de control, como de la construcción del sistema a través del diálogo vertical que construye la idea y conforma la esencia de la protección multinivel de los derechos. No parece que tenga mucho sentido, en una recensión sobre un libro de lectura fácil y extensión más que razonable, resumir el contenido de este primer capítulo, pero quizá si lo tenga resaltar algunas ideas que resultan particularmente atractivas.

- La primera alude a la interpretación dinámica del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte del Tribunal de Estrasburgo, en términos progresivos y extensivos, trayendo al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos una noción de interpretación evolutiva de los textos normativos, que surge al hilo de la interpretación de textos formalmente rígidos y, en principio, reactivos a la reforma como son las constituciones nacionales. Se habla, por tanto, de la mutación jurisprudencial del Convenio de Roma que, formalmente, no ha sido modificado desde su aprobación en 1950, si bien se ha visto acrecentado con la aprobación de siete protocolos adicionales de alcance material (los protocolos núm. 1, 4, 6, 7, 12, 13 y 16).

Se hace referencia también a la construcción pretoriana de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario, y por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una construcción basada en la decantación de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros, que terminará por cristalizar en la redacción de la Carta de Niza.

Ahora bien, el interés de esta idea, contenida en el trabajo, no se basa en lo que transmite, sino en lo que no se especifica respecto del peso fundamental de la función jurisdiccional, en la construcción de este complejo y estratificado ecosistema de garantía de los derechos individuales. Y ese peso, enorme también en la formulación de los sistemas constitucionales nacionales, me parece que es digno de ser analizado desde una perspectiva más crítica. No afirmo que el trabajo no sea crítico respecto del contenido de la labor jurisdiccional desarrollada por los órganos de control a los que se refiere, porque la crítica propositiva está presente de forma más o menos explícita en todo el libro. No obstante, lamento que no se ponga en duda el hecho mismo de que sean los jueces, o los miembros de órganos de control no jurisdiccional, quienes actúen como desarrolladores de un modelo basado, *a priori*, en la voluntad de los Estados de ser sujetos a control. Dar esa cantidad de poder a los jueces puede plantear algunos problemas a la filosofía del

sistema de protección de los derechos de la persona. No obstante, una valoración positiva o negativa de tal circunstancia, exigiría entrar en dos cuestiones básicas: una relacionada con el modo de elección de esos jueces; otra referida al efecto “expulsión” o “desapego” que puede provocar su actuación en determinados Estados, particularmente desatentos con los convenios internacionales cuyo cumplimiento supervisan los órganos de control.

Ninguna de las dos cuestiones se tratan en el libro, pero la lectura del mismo me ha hecho pensar en ambas y en cómo, la mayor parte de los autores, nos dejamos llevar, y no es un plural mayestático sino un plural muy consciente, por el entusiasmo de ensalzar un modelo que atribuye un enorme protagonismo al juez. Un modelo elitista, en cierto modo que, a pesar de ello (o quizá precisamente por ello) ha permitido hacer evolucionar el nivel de garantías de los derechos fundamentales, elevando el estándar mínimo de protección común a todos los Estados integrantes, sea de la Unión Europea, sea del Consejo de Europa. La cuestión preocupante es que otros artífices, otros jueces, otros actores pueden hacer evolucionar de otro modo el mismo modelo y no puede perderse de vista ese particular elemento personal, y los juegos de equilibrio de poder en el seno de los órganos a que se viene haciendo referencia, una dinámica a la que los analistas permanecemos ciegos en muchos casos, casi siempre por limitaciones metodológicas. Pero, pese a todo, creo que es una cuestión sobre la que deberíamos detenernos más y que me parece fundamental tener presente en cualquier reflexión sobre este tema.

- La segunda idea que me interesa resaltar tiene que ver con la crítica a la evolución del modelo procesal en que se inscriben los recursos individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La hipertrofia experimentada por el recurso individual, y la subsiguiente sobrecarga de trabajo del TEDH, ha sido la causa de varias reformas del procedimiento y de la interpretación que, en sentido restrictivo, se ha formulado respecto de las normas procesales relativas a la admisión de asuntos. La misma causa, por cierto, que llevó en España a la reforma del recurso de amparo en el mismo sentido. Fernando Valdés se pregunta, en tono quizá un tanto agorero, si todas estas reformas procesales, y en particular el recurso a la noción del respeto al margen de apreciación nacional, como justificación de los límites introducidos al ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, no nos enfrentan al riesgo de difuminar la idea de base que informó la aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto es la de lograr la integración a través del reconocimiento del patrimonio común de las sociedades democráticas. Y, francamente, comparto la duda, en particular la relativa al recurso al margen de apreciación, porque si el mismo llegara a incluir –y no es impensable que lo haga en algún momento–, la motivación económica o política de los Estados para actuar limitando el ejercicio de derechos fundamentales, en abierta contradicción con las prácticas constitucionales comunes en el

seno del Consejo de Europa, ello pondría en solfa la clave del modelo, esto es la garantía, por encima de todo, de los derechos fundamentales de los individuos. Existe una fuerte tendencia en algunos Tribunales Constitucionales, el español es buen ejemplo, a justificar la existencia de una suerte de “margen de apreciación gubernamental” a la hora de establecer límites a los derechos sociales a resultas de la restricción presupuestaria exigida por los pactos de estabilidad. No es deseable que el dialogo vertical entre sistemas traslade esta idea a la jurisdicción de Estrasburgo. Pero tampoco es descartable.

- Una tercera idea relevante alude al dialogo horizontal y vertical entre jurisdicciones. Más allá de explicar el modo en que funciona dicho diálogo, acudiendo para ello, a mi juicio, a las voces más reputadas en la materia (Burgorgue Larsen, Pérez Tremps, Saiz Arnaiz, Queralt Jiménez, Bustos, García Roca), el autor se refiere a la cuestión de la posición de los Tribunales Constitucionales como garantes de la identidad constitucional afirmando, con Laurence Burgorgue Larsen, que dicha proclamación tiene un carácter retórico. Pero yo albergo algunas dudas respecto de esta aserción. A mi juicio la posición de los Tribunales Constitucionales no es ni estática ni inmutable, y entiendo que la comprensión que esos Tribunales tienen de su propia posición o de su papel como garantes de la identidad constitucional viene determinada por la visión que, de ambas circunstancias, posición y papel, tienen los jueces que los integran. Vuelvo pues a una idea ya manifestada. La convicción de que un Tribunal Constitucional es garante de la identidad constitucional patria puede dejar de ser retórica en el mismo instante en que la actitud de ese Tribunal respecto de la jurisprudencia “externa” cambie. Se puede estar de cara, de perfil o de espaldas a dicha jurisprudencia, y esa posición tiene que ver, aunque no solo, con la autopercepción del Tribunal y de sus jueces que, o bien asumen su papel dentro del sistema multinivel de los derechos, o bien se consideran soberanos e independientes, en el peor sentido de ambos términos, para formular su jurisprudencia, en el entendido de que la misma, es manifestación de lo que hemos llamado identidad constitucional patria. La retórica, en estos casos deja de serlo.

Al final del Capítulo II, el autor introduce en la ecuación de la protección multinivel de los derechos fundamentales la Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Tras describir la evolución de funciones y la progresiva judicialización del trabajo del Comité, Valdés Dal-Re valora positivamente que la Carta Social Europea, en particular en su versión revisada de 1996, haya reforzado los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente los de los trabajadores. Pero lamenta, en la misma medida, que el Comité Europeo de Derechos Sociales no haya evolucionado hacia un Tribunal Europeo de Derechos Sociales, a pesar de

que su labor en respuesta a las reclamaciones colectivas tiene naturaleza cuasi-jurisdiccional. Comparto la queja del autor, pero no la solución.

Efectivamente la progresiva judicialización de las garantías de los derechos sociales es uno de los caminos principales de refuerzo institucional de estos derechos, si bien no es la única vía ni de protección, ni de refuerzo. Ahora bien, a mi juicio, transformar el Comité de Derechos Sociales en Tribunal de Derechos Sociales reforzaría la idea clásica de la fractura entre DESC y derechos civiles y políticos, una idea que también es preciso superar como vía de consolidación de los primeros. Es difícil, desde esta posición, justificar la existencia de dos cortes internacionales. En cambio, parece viable atribuir al TEDH la competencia para garantizar la aplicación de la Carta de Turín en aquellos Estados que acepten la judicialización de la garantía de la misma. Nada obsta a la regulación de un procedimiento específico, con legitimados escogidos, o no, en razón de la defensa de intereses colectivos, pero parece más lógico abogar por la unificación de las competencias de control de la aplicación de los tratados básicos de Consejo de Europa en un sólo órgano jurisdiccional, una vez se asuma la integración de la garantía judicial plena de los DESC en el COE. Desde luego la idea de indivisibilidad de los derechos fundamentales avalaría esta opción, que también parece venir avalada por el diálogo judicial existente, y descrito en el trabajo comentado, entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales.

A este diálogo se refiere buena parte del Capítulo III del trabajo, centrando el mismo en lo que hace a la protección de los derechos laborales.

La reflexión que se realiza a este respecto exige sentar algunas bases teóricas que se formulan en los apartados 2 y 3 del Capítulo. De la noción de Constitución laboral y sus vínculos con la idea de cláusula social o Estado social, se avanza hacia la definición, en absoluto sencilla, de qué debe entenderse por derechos fundamentales laborales. Y a partir de esta última definición se describen las fuentes de ordenación jurídica de los mismos, estructurando tal descripción en torno a dos grandes ejes:

- el contenido de los textos normativos y de las mutuas influencias que contemplan (Capítulo III.4), en materia de derechos fundamentales laborales el Convenio de Roma (Convenio Europeo de Derechos Humanos), la Carta de Turín (Carta Social Europea), y la Carta de Niza (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

- y el desarrollo de los contenidos normativos que se produce al hilo de la interpretación jurisprudencial (Capítulo III.5), poniéndose el acento, a la hora de exponer dicho desarrollo, en la construcción convergente de los derechos a partir del diálogo judicial entre las tres instituciones objeto de atención: el Tribunal de Estrasburgo, el de Luxemburgo, y el Comité de Derechos Sociales.

La descripción de los textos normativos internacionales pone de relieve, podríamos decir también que el autor coloca en la crítica el acento, los déficits de reconocimiento de algunos derechos laborales fundamentales. Se lamenta, por ejemplo, que la Carta Social Europea permita a los Estados una ratificación selectiva en la que podrían quedar fuera, sin mayor dificultad, los derechos de libertad sindical y de acción colectiva. También se critica la marginación, en la Carta de Niza, del derecho al trabajo, o a una remuneración equitativa, al tiempo que se saluda la superación en este documento, de la clásica tendencia a la diferenciación normativa de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero el mayor interés de este apartado reside en el análisis de lo que el autor llama “las influencias reguladoras”. En unas pocas páginas, el Profesor Valdés saca a la luz la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del derecho comunitario derivado, sobre la Carta Social Europea Revisada, y de esta última, en su versión inicial, sobre la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (CCDFT). Permite este análisis percibir que los textos no se redactan en escenarios asépticos, sino que los redactores de todos ellos beben de las fuentes ofrecidas por otras fuentes, bien para integrarlas en el nuevo acervo normativo, bien para reaccionar al *statu quo* determinado por dichas fuentes.

Ahora bien, sin negar interés al resto del trabajo, la parte que me ha resultado más interesantes, es sin duda la relativa al diálogo entre los órganos de garantía que, si bien parte la constatación de algunas dificultades metodológicas para establecer dicho diálogo, termina por afirmar la posibilidad de coloquio entre institución es que, finalmente, hablan el mismo idioma, es decir, el idioma de los derechos. A partir de ahí, el texto describe, con ejemplos concretos, las interacciones entre Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Estrasburgo (apartado III.5.2), entre aquel y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (apartado III.5.3) y, finalmente entre este y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado III.5.4). Y la conclusión que puede extraerse, tras una atenta lectura de esta parte del libro, es que el diálogo del TEDH con el TJUE y con el CEDS tiende a ser fluido y a garantizar una cierta confluencia interpretativa, mientras que existen mayores dificultades para asegurar la naturalidad del diálogo entre Luxemburgo y el Comité de Derechos Sociales. Si bien este no tiene inconveniente en inspirarse en el derecho comunitario y en la exégesis que del mismo hace su máximo intérprete, el TJUE se muestra más reacio a incorporar la doctrina del Comité, a pesar de que podría resultar más sencillo, a priori, dada la coincidencia normativa entre La Carta de Turín (Revisada) y la Carta de Niza. Quizá lo anterior demuestra que la coincidencia de textos no garantiza la facilidad del intercambio doctrinal, mientras que si lo hace una actitud abierta de los intérpretes a la glosa de dichos textos. Demuestra el trabajo de Valdés que el TEDH ha encon-

trado la vía, a través de los arts. 6, 11 y 14 CEDH, para abrirse a la garantía, en principio vedada, de ciertos derechos sociales y, con ello, a la doctrina formulada por el Comité, mientras que Luxemburgo insiste en su indiferencia a la labor del CEDS, al tiempo que se abre al Tribunal de Estrasburgo en una evolución hacia la convergencia que ha dejado atrás antiguas rivalidades.

Al final, el problema es de nuevo de actores, de nuevo de jueces. En el apartado 6 de este tercer capítulo, el autor busca las razones de este proceloso escenario de relaciones mutuas, y dice que el diseño institucional es la fuente principal de las asimetrías detectables, porque existe una falta de correspondencia entre la densidad de los derechos reconocidos y la intensidad de su efectiva tutela. Es decir, existe una distancia entre el texto y el contexto interpretativo. Una distancia entre la norma, y el juez que aplica la norma. Valdés lo dice claramente: “ni los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ni el Comité de la CSE han mantenido siempre y sin reservas ni matizaciones, en todos los supuestos sometidos a su conocimiento, las interpretaciones más extensas o favorables de los derechos en juego”. Pero a pesar de hacer esta constatación, insiste el autor en que la falta de equivalencia deriva, de manera directa, de razones estructurales vinculadas a un deficiente diseño institucional.

Yo no estoy tan segura. Creo que el modelo institucional es perfectible, como toda creación humana, pero creo también que existe margen de desarrollo del modelo, a partir de la actuación de los órganos encargados de asegurar el respeto a los textos internacionales. Aunque, claro, y ya me he referido a ello antes, también existe margen para minorar el estándar de protección ya alcanzado, y para cerrar los canales de diálogo abierto.

Así, esta certeza, o más bien esta duda, nos lleva de nuevo, para cerrar mi reflexión y mi comentario, a la cuestión del poder de los intérpretes en el seno de un sistema de protección de los derechos como el que describe el libro de Fernando Valdés. En un momento en que la Europa de los derechos no cesa de recibir ataques, la mayoría de ellos procedentes de quienes debieran asegurar su continuidad, de sus propios garantes, pensar sobre a quién se le entregan las llaves de la casa común de los derechos, exige de una reflexión pausada que no pierda de vista el horizonte hacia el que hemos de mirar. Un horizonte que se encuentra con un Mediterráneo que nos reenvía la medida de lo que hoy somos, y de lo que debemos evitar seguir siendo. Y en medio de todo ello, el ideal del constitucionalismo común, y de la garantía de un nivel de derechos y libertades que nos aproxime, poco a poco, al próximo estadio de evolución de la humanidad. A una nueva revolución histórica.

Comentario de Jurisprudencia

TRASLADO Y MANDATO DEL REPRESENTANTE

Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2016, de 11 de abril

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: Los recurrentes en amparo trabajaban para la empresa FCC Logística S.A, como auxiliares de almacén, en el centro de trabajo de Palau de Plegamans, en el que se realizaban los servicios de logística para cinco clientes de la división de Farmacia. En dicho centro de trabajo fueron elegidos miembros del Comité de empresa por la candidatura del Sindicato CGT. Como consecuencia de la reestructuración orgánica de la empresa, se cierra el centro de trabajo de Palau de Plegamans, con una plantilla de 68 trabajadores, y se abre un nuevo centro en Parets del Vallés en el que son ocupados 14 trabajadores de dicho centro originario, dedicándose su actividad a uno de esos cinco clientes. Los restantes trabajadores son trasladados a otros centros de trabajo de la empresa o son despedidos. En cuanto al comité de empresa, los dos recurrentes fueron trasladados al centro de Parets del Vallés, otros dos miembros fueron destinados al centro de La Granada y el quinto decidió extinguir su contrato cuando le comunicaron su traslado a Guadalajara. Incorporados al nuevo centro de trabajo de Parets del Vallés los actores pretenden hacer uso de su crédito horario, lo que es denegado por la empresa por considerar que han perdido su condición de representantes legales de los trabajadores al cambiar de centro de trabajo.

RESUMEN: No se aprecia vulneración del contenido adicional de la libertad sindical en la negativa empresarial a reconocer a los actores como representantes y su derecho a crédito horario, pues no existe previsión que garantice el mantenimiento de la condición de representante legal en casos de traslado sin transmisión de la titularidad de la empresa o unidad productiva autónoma. **VOTO PARTICULAR:** el caso de autos se enmarca en el contenido esencial de la libertad sindical. Por consiguiente, se impone una garantía mínima: que durante el periodo necesario para la nueva designación de la representación de los trabajadores, debe asegurarse el mantenimiento de los derechos de los representantes.

* Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. REPRESENTACIÓN UNITARIA SINDICALIZADA Y LIBERTAD SINDICAL
2. CONTENIDO ESENCIAL Y ADICIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL Y REPRESENTACIÓN UNITARIA. LA PERVI-
VENCIA REAL DEL CENTRO DE TRABAJO
3. LA PERVIENCIA TRANSITORIA DEL MANDATO DEL REPRESENTANTE TRASLADADO

1. REPRESENTACIÓN UNITARIA SINDICALIZADA Y LIBERTAD SINDICAL

La STC 64/2016 resuelve el recurso de amparo núm. 528-2014, sobre vulneración del art. 28.1 CE, interpuesto contra la STSJ de Cataluña núm. 7648/2013, de 22 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de suplicación núm. 4317/2013, que revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granollers, de 18 de enero de 2013, en autos sobre tutela de derechos fundamentales núm. 952-2012.

En esta sentencia 64/2016 de 11 abril, el Tribunal Constitucional vuelve a abordar el significado de la representación unitaria sindicalizada en nuestro país desde la perspectiva del derecho de libertad sindical. Lo hace por primera vez respecto de la concreta cuestión que se le somete, y aprovecha para confirmar la doctrina sobre legitimación de la representación unitaria respecto del ejercicio de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales por vulneración de la libertad sindical, cuestión que no se discute en el recurso de amparo aún cuando sí ha sido objeto de debate tanto en la instancia como en suplicación.

Progresivamente se ha ido imponiendo una doctrina jurisprudencial coherente con la peculiaridad de nuestro sistema de doble canal de representación en la empresa. Por diferentes razones y con la anuencia de los Sindicatos, la representación unitaria en España se ha erigido en el instrumento por antonomasia de la acción sindical en la empresa por parte del Sindicato. De hecho, la regulación de nuestro doble canal de representación se ha saldado claramente a su favor en contraste con la sindical, tanto en lo que se refiere a estructura de la representación como a sus competencias y prerrogativas². Es cierto que en los últimos años el papel del Sindicato en la empresa se ha visto reforzado en el ámbito del derecho de consultas orientado a la consecución de un acuerdo

² Por todos: A. OJEDA AVILÉS, “La representación unitaria: el “faux ami”, RMTAS, n^o 58, págs. 343 a 347. También en este sentido: F. DURÁN LÓPEZ Y C. SÁEZ LARA, “Representación y participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. (Coords. M^o E. Casas, F. Durán y J. Cruz), Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La Ley, Madrid, 2006, págs. 297 y ss.; C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 98 y 99.

colectivo (arts. 40, 41, 47, 51, 82 ET). Primero, al desprenderse claramente de la regulación de los arts. 40, 41, 47 y 51 a partir de 1994, que por “representaciones legales” debía entenderse tanto la representación unitaria como la sindical³. Posteriormente, tras el RD-L 7/2011, al establecerse una preferencia legal a favor de las secciones sindicales para la negociación de dichos acuerdos como del convenio colectivo de empresa o de ámbito inferior. Sin embargo, estos datos no han alterado la dependencia del Sindicato respecto de la representación unitaria en tanto su intervención preferente está condicionada a que tenga presencia en tales órganos, cuenten en su conjunto con la mayoría de aquéllos y, además, su representatividad en tales comisiones negociadoras como a nivel general se sigue midiendo en función de su audiencia electoral. Por otra parte, y aún cuando puede interpretarse como una revalorización de la representación del sindicato en la empresa frente a la representación unitaria, el hecho de que tras la reforma introducida en 2010 pueda actuar en estos casos en el supuesto de que no exista representación legal, también es verdad que este hecho se ha visto minimizado por la posibilidad de opción por la intervención directa de los trabajadores a través de sus representantes no sindicalizados designados también ad hoc, y sin que se haya previsto su intervención forzosa en caso contrario, dependiendo en todo momento de la voluntad manifestada democráticamente⁴.

El Sindicato en España presenta, por tanto, grandes dosis de dependencia respecto de “su” representación unitaria, tanto para poder realizar actividad sindical dentro de la empresa y aún más en una estructura empresarial de pequeña y mediana empresa, como al exterior, en una suerte de bucle imperfecto.

En este contexto y por tales razones, progresivamente se han ido eliminando las diferencias de tutela entre ambas representaciones puesto que, en definitiva, si la sección sindical es la mano del sindicato en la empresa, la representación unitaria sindicalizada es el sostén de su representatividad con todo lo que ello implica como cuasi-absoluto condicionante de su actividad sindical en los diversos ámbitos y niveles, y la herramienta más poderosa, a menudo la única, de su intervención en el seno de la empresa.

Es conocido que la tesis de partida fue, como declaró la STC 118/83, 13-12, que la libertad sindical (art. 28.1 ET) no alcanza a cubrir constitucionalmente

³ F. NAVARRO NIETO, “Los despidos colectivos”, Civitas, Madrid, 1996, págs. 139, 145 a 147; L.E. NORES TORRES, “El período de consultas en la reorganización productiva empresarial”, CES, Madrid, 2000, págs. 193 a 196.

⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, J.L., “Estado democrático de Derecho, representatividad y afiliación sindicales: lecturas y relecturas desde un modelo de control difuso de convencionalidad”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016, págs. 82 ss.

la actividad de la representación unitaria. El contenido de la libertad sindical integraría aquellos derechos y facultades que por norma legal e incluso reglamentaria se atribuyan a los Sindicatos, no así a otros sujetos colectivos de las relaciones laborales sin reconocimiento constitucional como es el caso de aquélla. Por consiguiente, y según resulta de la referida sentencia, ni el comité de empresa ni sus miembros estarían amparados por dicho derecho fundamental ni tan siquiera, como es el caso, cuando de negociación colectiva de representación unitaria sindicalizada se tratase⁵. O cuando se alegase como tal comité, incluso íntegramente sindicalizado, la vulneración del art. 28.1 CE por la aceptación de pactos individuales en masa (STC. 74/1996, 30-4). La vulneración del derecho a la negociación colectiva de los órganos de representación unitaria puede suponer un atentado contra el art. 37.CE, pero no comporta una violación del art. 28.1

⁵ «La Constitución Española ha partido, en la institucionalización de los derechos colectivos laborales, de un amplio reconocimiento de los titulares de aquéllos eludiendo la consagración de un monopolio del Sindicato, de forma que si el derecho de huelga se atribuye a los trabajadores (artículo 28.2), el de conflictos lo es a los trabajadores y empresarios (artículo 37.2) y el de negociación a los representantes de éstos (artículo 37.1). *Pero si este punto de partida permite en nuestro ordenamiento positivo la existencia de un sistema sindical dual en el que la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, puede ser ejercida, sin entrar ahora en otras posibilidades, tanto por el Sindicato como por el Comité de Empresa, ello no significa ni que exista una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales. Por el contrario, el artículo 7 de la norma fundamental constitucionaliza al Sindicato, no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la ley y sólo puede encontrar, como dijera la sentencia de este Tribunal número 37/1983, de 11 de mayo, una indirecta vinculación con el artículo 129.2 de la Constitución.*

La constitucionalización del sindicato ofrece, como no podía ser menos, su influencia en el problema aquí debatido, porque, atribuyendo el art. 7 a tal organización la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, le atribuye consiguientemente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que constituyen manifestación ineludible de la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 de la C.E., en su vertiente colectiva, de forma que el impedimento o la obstaculización a tal ejercicio constituye no sólo vulneración del precepto constitucional que consagra cada concreto derecho, sino también del propio art. 28.1. De más está señalar que lo mismo no puede ser predicado del Comité de Empresa que, en la medida en que la Ley le atribuya el papel de representante a que se refiere el art. 37.1 de la C.E., podrá ver vulnerado su derecho a la negociación pero no al de libertad sindical, pues ésta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité.»

En esta línea, la negociación colectiva sólo está amparada por la libertad sindical si negocia directamente el Sindicato y no cuando lo hace la representación unitaria aun sindicalizada y aun cuando impugne el sindicato: Auto TC 533/1985, 24-7. En similar sentido, respecto de ERE por fuerza mayor: Auto TC 25/1992, 27-1.

CE con lo que no tiene abierto el recurso de amparo ni el de tutela de derechos fundamentales⁶. Y, por supuesto, tampoco las garantías del representante unitario del que no consta ni su sindicación ni haber sido elegido por una candidatura sindical (STC 95/1996, 29-5). Ni hay vulneración del art. 28.1 CE en la imposibilidad de presentarse como candidato por parte de funcionario no afiliado (STC. 5/2011, 14-2).

Pero si a nivel teórico el Tribunal Constitucional podía sostener la tesis orgánica y subjetiva frente a la alternativa objetiva y funcional respecto del ámbito del art. 28.1 CE⁷, la realidad de la actividad de la representación unitaria como expresión auténtica de la actividad del Sindicato y condicionante de su representatividad exigió también desde el inicio la matización de aquella tesis en determinados supuestos. Uno, en el ámbito de las elecciones sindicales, y como una expresión más de la tesis subjetiva, el derecho de libertad sindical ampara el derecho del Sindicato a participar (convocatoria y presentación de candidaturas)⁸. Pero también en el ámbito de dichas elecciones, desde la perspectiva del contenido individual de la libertad sindical de libre elección de la afiliación y consiguiente actividad sindical, el Tribunal Constitucional ha declarado la tutela del art. 28.1 CE frente al despido del candidato proclamado en lista sindical; la titularidad y protección del derecho de libertad sindical se extiende a todos los trabajadores y reforzadamente frente al despido discriminatorio de sus representantes como injerencia ilícita, obstativa e impeditiva de la actividad sindical (STC 38/1981, 23-11)⁹. Amparo del art. 28.1 CE que desde una perspectiva puramente instrumental a los derechos del Sindicato de presentación de candidaturas y actividad sindical [art. 2.2.d) LOLS y art. 67.1 ET], como de los derechos individuales de libertad

⁶ R.M^a. GONZÁLEZ DE PATIO, “La tutela jurisdiccional del derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales”, en AAVV –dir. J.L. Monereo/N. Moreno-, “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 1170, 1173, 1174, 1192 y 1193.

⁷ F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1992, págs. 143 a 145; J.L. MONEREO PÉREZ, “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, núm. 73, p. 278; M^a M. RUÍZ CASTILLO, “Garantía y tutela de la libertad sindical”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016, pág. 374.

⁸ En cambio, el proceso electoral en sí permanece ajeno a ese derecho fundamental de libertad sindical; la finalidad primaria de las elecciones no se vincula al sindicato sino a la representación unitaria y, por tanto, no todos los actos relacionados con dicho proceso afectarían al citado derecho (F. DURÁN LÓPEZ, *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 146 a 147). Véase también sobre el tema: A COSTA REYES, “Tribunal Constitucional y elecciones a representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n^o 62/2001, págs. 101-126.

⁹ Con apoyo, además, en el art. 10.2 CE, y en el Convenio n^o 135 OIT y Recomendación de la O.I.T. -143.

sindical (art. 2.1.d) LOLS), también alcanza a los actos presindicales preparatorios de una actividad propiamente sindical, como es el caso de trabajadora no afiliada despedida por convocar asamblea para plantear la convocatoria de elecciones sindicales (STC 197/1990, 29-11), tanto más cuando la penetración de los Sindicatos en la empresa se hace muchas veces *«a través de las mencionadas elecciones y la representación unitaria es una vía de importante y muchas veces preferente de actuación de los Sindicatos dada la regulación legal vigente de la acción propiamente sindical»*¹⁰. Y, así mismo, a los trabajadores afiliados a los que la empresa despidió precisamente por motivos sindicales –ej. para impedir que se presenten a las elecciones como candidatos por lista sindical–; con ello se atenta contra su derecho de libertad sindical individual, como, igualmente, impedir o dificultar la participación del Sindicato o de sus miembros en la elecciones a representación unitaria vulnera el derecho de libertad sindical de contenido adicional de dicho Sindicato, y como tal tiene abierto el recurso de amparo (SS. TC 272/1993,20-9; 180/1994, 20-6; 44/2001, de 12-2)¹¹.

En otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en los que el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) ha amparado a representantes unitarios, se ha observado la afectación del derecho individual a la libertad sindical al entrar en consideración diversos datos, como son que se trate de un representante de los trabajadores afiliado a un Sindicato y que su actividad sindical sea la causa de la diferencia del trato empresarial. Desde esta perspectiva se observa la actividad del representante unitario afiliado como una vertiente más de su opción y acción sindical (art. 2.1 LOLS), con lo que en este ámbito, el Tribunal Constitucional ha sido muy flexible a la hora de entender aplicable el art. 28.1 CE¹² y la doctrina sobre la garantía de indemnidad o inmunidad se ha configurado más como vinculada al contenido esencial de la libertad sindical que al adicional, donde parece ubicarse la representación legal¹³. Entonces, ciertamente, la extensión de lo que

¹⁰ S. TC 197/1990, de 29 de noviembre..

¹¹ Más ampliamente, véase estudio jurisprudencial en: AA.VV. (Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO), “Estudios de doctrina judicial II”, Altaban, Albacete, 2006, págs. 7 y ss

¹² F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, cit., pág. 152 y 153. Una muestra de la tutela de la libertad sindical del representante unitario afiliado en caso de despido discriminatorio: S. TC 2/2009, de 12 de enero; S. TC 227/2006, de 17 de julio; STC 1/1998, 12-1. Un sector doctrinal llegó a poner en cuestión que el Tribunal Constitucional mantuviese esta diferenciación entre la tutela de la representación unitaria y la sindical, en tanto la S. TC 79/2004, de 5 de mayo, otorgó tal amparo al representante unitario sin dejar constancia en dicho pronunciamiento ni plantearse si estaba o no afiliado.

¹³ Véase, por ejemplo, sobre libertad de expresión del representante unitario sindicalizado, enmarcada y tutelada por el art. 28.1 CE: STC 203/2015, 5-10.

parecía una excepción es relativamente fácil dado lo extendido del fenómeno de la sindicalización de la representación unitaria y la trascendencia de ésta en la estrategia del Sindicato.

Y algo similar ocurre cuando de derechos del Sindicato se trata, es decir, de los derechos colectivos de actividad sindical, como es el caso de la distribución proporcional de los puestos en el comité intercentros (art. 63.3 ET)¹⁴, o las comisiones creadas en su seno¹⁵ o en el del comité de empresa, o en el derecho a no ser excluido en las comisiones negociadoras o en la distribución proporcionada de los puestos en aquéllas¹⁶. Así, el Tribunal Constitucional sostiene el derecho del Sindicato a participar y a ver respetada su proporcionalidad representativa dentro del comité en relación con las comisiones de regulación de condiciones de trabajo creadas por la representación unitaria. Y ello se fundamenta en que al tener funciones negociadoras, la limitación u obstaculización de la participación de representantes unitarios vinculados al Sindicato supone la violación del derecho a la negociación colectiva de éste y, por consiguiente, del contenido esencial –aun cuando, repárese, la negociación colectiva estatutaria a un nivel más superficial es el adicional- de su libertad sindical (art. 28 CE en relación con el art. 37

¹⁴ STS 10-6-2009, rec 105/2008. P. NIETO ROJAS, “La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función”, tesis doctoral dirigida por J. R. Mercader Uguina, 2015, págS. 56 y ss. Ahora bien, el Comité Intercentros no es titular del derecho de libertad sindical: STS. de 25 de octubre de 1999, RJ. 9498.

¹⁵ El criterio de la proporcionalidad debe jugar también en las comisiones de desarrollo del Convenio Colectivo cuyos miembros son designados por el Comité Intercentros, sin exclusión de las minorías sindicales en las comisiones negociadoras y de más trascendencia, en tanto el Convenio Colectivo no prevé regla alguna al respecto y tan sólo le atribuye esa facultad de designación al Comité Intercentros [SS. TS de 24 de diciembre de 1993, 10010, y de 16 de mayo de 1994, 4202]. Sin embargo, niega el principio de proporcionalidad para las comisiones creadas por el Comité Intercentros sin funciones negociadoras: S. TS de 16 de mayo de 1994, RJ. 4202.

¹⁶ Véase en: F. NAVARRO NIETO, *La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia*, R.L., 2000, págs. 42 y ss. También, conforme al criterio extensivo del Tribunal Supremo, el derecho del sindicato firmante del convenio a participar en la comisión de seguimiento o aplicación del mismo, constituyendo su exclusión también una vulneración del art. 28.1 CE (R.M^a. GONZÁLEZ DE PATIO, “La tutela jurisdiccional del derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales”, cit, págs. 1176 y 1186).

CE)¹⁷. Esta exigencia de respeto de la proporcionalidad parece haberse erigido por el Tribunal Supremo en principio rector en la conformación de la generalidad

¹⁷ STC 73/1984, de 27 de junio de 1984: “*Forma parte del contenido esencial de la libertad sindical el derecho de los sindicatos de participar en la determinación de las condiciones de trabajo cuyo instrumento básico, según se desprende de la Constitución y de los Convenios Internacionales, es la negociación colectiva. Cuando en un sistema social dado el instrumento típico de determinación de las condiciones de trabajo es la negociación colectiva de eficacia general y, más todavía, cuando dicha negociación ya se ha producido y ha diseñado una unidad de negociación -las Cajas de Ahorros en el ámbito nacional que delimita funcional y territorialmente el ámbito de fijación de las condiciones de trabajo, la exclusión de la negociación supone de hecho la exclusión del sindicato de su función de participación en tal fijación y, en consecuencia, de una de sus funciones esenciales. Ciertamente que cabría siempre, en pura hipótesis, una negociación dirigida a la defensa de los intereses de sus afiliados que no se ha negado expresamente al sindicato, pero en un sistema como el nuestro se le ha privado sin duda de su función básica reduciendo su actividad.*”. Vulneración del derecho de libertad sindical que también acontece en los supuestos de pactos en masa en contra de convenio estatutario, admitido el recurso de amparo planteado por los sindicatos por ser la negociación colectiva un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical y constituir aquélla práctica un obstáculo a dicho ejercicio contraria a la fuerza vinculante del convenio que garantiza el art. 37.1 CE (por todas: STC 105/1992, 1-7). En esta dirección, por ejemplo, afirma que cuando la actividad de negociación colectiva la ejerce un sindicato forma parte del contenido esencial de la libertad sindical: F. RODRÍGUEZ SANUDO, “Contenido y alcance de la acción sindical”, en AAVV –Coords. M^oE. Casas, F. Durán, J. Cruz-, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, La Ley, Madrid, 2006, pág. 285. Véase también: P. NIETO ROJAS, “La representación de los trabajadores en la empresa. Estructura, ámbito y función”, págs. 67 y ss.

Con todo, es contenido adicional de la libertad sindical aún cuando cumple una función esencial: STC 184/1991, 30-9 “*Este Tribunal ha entendido que puede incluirse dentro del contenido del derecho de libertad sindical protegible en la vía de amparo la protección de la legitimación legalmente reconocida a un sindicato para negociar un Convenio Colectivo (SSTC 70/1982, 4/1984, 23/1984, 37/1984, 118/1984, 9/1988, 51/1988 y 61/1989) ...esta ampliación de la tutela de la actividad sindical a la negociación colectiva, trata de asegurar la posibilidad efectiva de ejercicio de determinadas facultades legalmente reconocidas a los Sindicatos, que una vez establecidas por la ley se han considerado incluidas en el contenido del derecho de libertad sindical protegible en amparo, en tanto y en la medida en que la ley las reconozca. como en este momento establecen el art. 87 del Estatuto de los Trabajadores y los arts. 6 y 7 L.O.L.S. De este modo, esa especial tutela de la negociación colectiva como elemento de la libertad sindical no puede ser entendida como la constitucionalización de todos y cada uno de los poderes y facultades que corresponden al Sindicato en la fase de negociación misma, y en su ejecución y aplicación, y en la doctrina de este Tribunal ha venido referida fundamentalmente al acceso efectivo a la contratación colectiva, para impedir que los poderes públicos, la organización empresarial, el empresario u otros sindicatos rechacen arbitrariamente la participación en un proceso de contratación colectiva de un Sindicato legalmente legitimado para ello, convirtiendo dicha exclusión no sólo en un ilícito legal, sino también en un ilícito constitucional por contradicción con el derecho reconocido en el art. 28.1 C.E.*”.

de las comisiones aun sin funciones negociadoras¹⁸, salvo con la clara excepción del comité de seguridad y salud laboral¹⁹.

En definitiva, en la vertiente colectiva del derecho fundamental de libertad sindical, la titularidad originaria del mismo pertenece a los Sindicatos y no a otros sujetos colectivos, como los comités de empresa y los delegados de personal. Desde el punto de vista del derecho individual a la libertad sindical, los contenidos organizativos van referidos a los afiliados, y también principal, aún no exclusivamente a éstos, los de actividad²⁰. Por otra parte, la actividad representativa del representante unitario sindicalizado ha sido observada cada vez con mayor convicción como expresión de sus derecho individual de actividad sindical. Tanto, que se alcanza a afirmar con rotundidad en los últimos años que *«cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1»*, lo que exige la valoración de la cuestión que se plantea desde tal dimensión constitucional (si existe un perjuicio o perjudica su actividad sindical) y no desde una mera perspectiva legal (STC 100/2014, 23-6, respecto de la percepción del complemento de productividad por liberado).

En la construcción y consolidación de esta tutela extensiva, la intervención del Tribunal Supremo probablemente ha sido decisiva. Así en sus sentencias de 30-6-2011, rec. 2933/2010, RJ. 2012/671 y 3511/2010, RJ 2011/6100 y de 19-12-2013, rec. 555/2013, se ha hecho eco de esta doctrina del Tribunal Constitucional sobre el amparo de la representación unitaria sindicalizada por el derecho de libertad sindical, formulándola de una forma muy concisa y amplia, que contribuye a clarificar sus límites. Así, ha concluido que la libertad sindical efectivamente protege al representante unitario elegido por una lista electoral sindical cuando ejerce sus pretensiones individualmente y fundadas en su derecho individual de libertad sindical (en los casos analizados, de actividad sindical individual) y no en la mera infracción de la legalidad ordinaria (arts. 28.1 CE

¹⁸ C. SÁEZ LARA, “Representantes del personal y acción colectiva en la empresa”, cit., pág. 358. Propensión a la generalización del principio de proporcionalidad que también detecta en los TSJ: F. NAVARRO NIETO, “La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia”, R.L., 2000, págs. 44 y ss Respecto de comisión negociadora, por ejemplo: S. TS de 13 de marzo de 1995, RJ. 1766.

¹⁹ S. TS de 15 de junio de 1998, RJ. 5702.

²⁰ Vid art. 12 LOLS y, por todas, SSTC 197/1990 y 134/1994, 9-5 –representante unitario que no consta afiliado y es sancionado por participar y apoyar un paro organizado por Sindicatos; STC 95/1996, el crédito horario del delegado de personal no afiliado no está amparado por el art. 28.1 CE-

y 2.1.d y 13 LOLS)²¹. Por tanto, aún cuando sigue siendo cierto que el art. 28.1 CE no ampara a la representación unitaria, resulta evidente que tal afirmación se limita al órgano de representación legal como tal, pero no a los derechos del Sindicato relacionados con aquélla ni a la actividad, garantías y prerrogativas de sus miembros. Y si a lo largo de estos años ha sido un clásico la distinción entre una acción sindical amparada por la Constitución y otra acción sindical en la empresa no amparada por la libertad sindical, tras la doctrina más reciente del Tribunal Supremo y su aceptación de partida por la STC 64/2016, el debate en torno a la tutela de la representación unitaria sindicalizada se ha reducido a una cuestión de fundamentación procesal.

2. CONTENIDO ESENCIAL Y ADICIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL Y REPRESENTACIÓN UNITARIA. LA PERVIVENCIA REAL DEL CENTRO DE TRABAJO

En la identificación de las conexiones entre el Sindicato y la representación unitaria, son varias las sentencias que las han calificado de contenido adicional de la libertad sindical, tanto en su vertiente colectiva como en la individual²². La promoción de elecciones a miembros de comités de empresa y delegados de personal por Sindicato o en nombre de un Sindicato, la presentación de candidaturas, así como la presentación en dichas elecciones como candidato,

²¹ *“De manera que si bien la titularidad del derecho de libertad sindical “no corresponde a los órganos de representación unitaria” sino que la misma reside en los Sindicatos.... es cierto que el Tribunal Constitucional (STC 134/1994 de 9-mayo) y esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo vienen reiteradamente afirmando que “la libertad sindical no ampara la actuación de otros sujetos sindicales a quienes la práctica o la legalidad vigente atribuyen funciones sindicales, como es el caso de los Comités de Empresa” (ATC 731/1986). Por ello, este Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones que la actividad sindical desempeñada por estas organizaciones queda fuera del ámbito del proceso constitucional de amparo (SSTC 118/198 , 98/1985 y 165/1986) “...Pero esa doctrina se refiere a la vertiente colectiva de los derechos de libertad sindical, permaneciendo siempre la posibilidad de ejercicio de tales derechos en la vertiente individual, que podrán hacerse valer por personas físicas en determinados supuestos (STC 134/1994), tal y como se desprende de la literalidad del art. 2.1 LOLS, en el que se describe el contenido individual de esos derechos y en concreto para el supuesto de autos en la letra d), el derecho a la actividad sindical. Además el art. 13 de la misma norma permite que “ cualquier trabajador o sindicato “pueda recabar la tutela jurisdiccional ante la eventual lesión de sus derechos de libertad sindical, de lo que es reflejo también el contenido del art. 175.1 LPL a la hora de regular la modalidad procesal de la tutela de los derechos fundamentales”.*

²² Por todas: SSTC 95/1996, 29-5; 44/2001, de 12-2.

son actividades amparadas bien por la vertiente colectiva, bien la individual del derecho de libertad sindical, formando parte del llamado contenido adicional del mismo²³. Como la garantía de crédito horario²⁴.

A la vista de lo expuesto, considero que en el caso analizado, lo criticable de la STC 64/2016 no estriba tanto en la identificación del supuesto en el contenido adicional de la libertad sindical. La delimitación entre uno y otro contenidos, como señaló DURÁN en su momento, no responde siempre a distinciones claras ni exentas de contradicciones²⁵. Y por esto, también parece tener sentido la disidencia del Voto Particular sobre la calificación del mandato del representante unitario en el contenido esencial de la libertad sindical, puesto que la vulneración de las garantías y actos de represalia del representante unitario se vienen analizando –según hemos visto– como actos contrarios a su libre actividad sindical, lo que sutilmente conecta con su contenido esencial, en los que el Tribunal Constitucional –además– entra de lleno en el análisis de la cuestión y exige a la resolución judicial una ponderación adecuada y respetuosa al derecho fundamental. Laxitudes, solapamientos o lógicas conexiones que también hemos visto, por ejemplo, en la confusión entre ambos en supuestos de vulneración del derecho a negociar el convenio colectivo *erga omnes* (contenido adicional) con la función esencial de negociación del Sindicato (contenido esencial de la libertad sindical). La extinción del mandato del representante unitario y el consiguiente vacío de representación que se provoca en estos casos de reestructuración orgánica de las empresas suponen una restricción de la capacidad real de actuación del Sindicato que bien podría equipararse a la afeción del contenido esencial de la libertad sindical.

Pero, en mi opinión, la clave de la sentencia y lo criticable de ella está en la utilización de dicho calificativo, el de adicional, precisamente para limitar su función revisora al extremo. Límite cognoscitivo, que por lo demás, parece esgrimirse por dicho Tribunal casuísticamente sin un claro criterio que pueda

²³ SSTC 104/1987, 9/1988, 51/1988, 164/1993, de 18 mayo y 1/1994, entre otras.

²⁴ “*Si el delegado sindical de la LOLS no es una figura que venga impuesta por la Constitución, de manera que se integra en el contenido adicional y no en el esencial del derecho de libertad sindical (SSTC 173/1992 y 188/1995; en igual sentido, SSTC 61/1989 y 84/1989), con mayor motivo formará parte de aquel primer contenido el crédito horario retribuido que al delegado le pueda legal o convencionalmente corresponder.*” (STC 95/1996).

²⁵ F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia Constitucional y Derecho del Trabajo”, cit., págs. 130 y 131. Por ejemplo, la STC 272/1993, 20-9, se refiere al derecho de los sindicatos a presentar candidaturas en las elecciones sindicales en términos contradictorios cuando afirma que «*La participación en el proceso electoral de los sindicatos, que se integra sin dificultad en el ejercicio de la actividad sindical en cuanto contribuye a la constitución de sus órganos de dirección, resulta así un derecho derivado de los arts. 7 y 28 de la Constitución...*», para seguidamente admitir su configuración legal

servir de parámetro cierto respecto de sus posibilidades hermenéuticas. Y que como vemos, alcanza la contradicción de permitirse analizar con profundidad y detalle si es o no arbitrario y razonable el criterio de la Administración sobre la determinación del complemento de productividad del representante liberado²⁶, y desechar el análisis profundo desde una perspectiva constitucional de las razones que justifican en este caso la extinción *ante tempus* del mandato representativo. Si es cierto que la existencia de derechos adicionales ha impuesto que la Constitución en cierto modo se tenga que interpretar a la luz de la legalidad ordinaria y convencional²⁷, también ésta tiene que ser observada, necesariamente, bajo el prisma de aquélla tanto en sus límites como en su interpretación.

²⁶ Véase, por ejemplo, STC 148/2015, de 6 de julio de 2015: *"Por lo que se refiere a la concreta cuantificación del complemento de productividad cuando resulta variable de unos trabajadores a otros por tratarse de un complemento vinculado a la calidad y cantidad del trabajo desarrollado, la STC 100/2014, de 23 de junio, ha establecido que si bien no corresponde a esta jurisdicción de amparo revisar la concreta cuantía del complemento de productividad reclamada ante los órganos judiciales, ya que esta es una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la razón o el argumento en virtud del cual las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas niegan al solicitante de amparo el derecho a percibir el complemento en la cuantía reclamada y si el hecho de abonar al trabajador el complemento en una cuantía inferior a la del resto de trabajadores que prestan servicios en las mismas dependencias constituye o no una lesión de su derecho"*.

STC 100/2014, de 23 de junio de 2014: *"A los trabajadores corresponde el derecho a afiliarse o no afiliarse, y una vez que hayan optado por la afiliación, y en tanto que afiliados, el de participar en la actividad sindical (STC 134/1994). En consecuencia, cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 CE por lo que, el órgano judicial no ha valorado adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 28.1 CE de la cuestión que se le planteaba. De esta forma, el reproche que, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical proclamado en aquel precepto merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo, es que no se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado. Como señalamos en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5, una vez que se esgrime para la no concesión del complemento de productividad su condición de liberado sindical, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la no percepción del complemento suponía un perjuicio para el demandante y obstaculizaba o perjudicaba su actividad sindical. En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia se detiene en la mera perspectiva de la legalidad ordinaria, lo que es insuficiente cuando se esgrime la condición de liberado sindical y está involucrado el derecho de libertad sindical."*

²⁷ F. DURÁN LÓPEZ, cit., pág. 132.

La función revisora del Tribunal Constitucional, en cuanto a la aplicación de la normativa que establece el contenido adicional en cuestión de la libertad sindical, está limitada. Como derecho de configuración legal ha de ejercerse en los términos legalmente previstos [art. 2.2 d) LOLS], y no corresponde a este Tribunal determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo, ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline “a priori” por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél, sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente dicha garantía legal. O dicho de otra forma, su función revisora debe limitarse a examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables (por todas: SS. TC 272/1993,20-9; 185/1992, de 16 noviembre). Pues, debe tenerse presente, por ejemplo, que *«la violación del derecho fundamental se dará cuando se impida u obstaculice al Sindicato o a sus miembros participar en el proceso electoral por causas que no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos o valores constitucionales, que el autor de la norma legal o reglamentaria haya podido tomar en consideración al establecer la normativa del proceso electoral»* (por todas, STC 1/1994).

Como se ve, aún esgrimidos estos límites y precisamente por su propia conformación, en absoluto han impedido al Tribunal Constitucional analizar en profundidad la corrección de la decisión judicial impugnada, pues aun cuando no le corresponde determinar cuál es la interpretación más idónea entre las posibles, sí que tiene que analizar si la escogida vulnera o no el art. 28.1 CE, lo que a su vez se apoya en la *«ineludible»* exégesis del/os precepto/s en cuestión y hasta en la detenida valoración casuística de los hechos²⁸. Y así, también ha afirmado el Tribunal Constitucional que *«el hecho de que la regulación del*

²⁸ De “*ineludible*” lo califica, por ejemplo y entre otras, la STC 1/1994, 17-1, sobre exclusión de candidatos de las listas electorales por pertenecer a otra unidad electoral. Es el caso, por ejemplo, de la STC 127/1989, de 13 de julio de 1989, sobre la designación de representante en los tribunales de la Banca prevista en la Reglamentación de Trabajo de la Banca Privada en consideración al antiguo Sindicato Vertical, y en el Convenio Colectivo. También, con claridad, el caso analizado con detalle respecto de la presentación de candidatura fuera de plazo en elecciones sindicales: STC 272/1993, 20-9. Y se entra a valorar también las circunstancias y convenio aplicable en caso de delegados sindicales adicionales previstos por convenio colectivo y facultades de control empresarial del cumplimiento de los requisitos exigidos. Y, por supuesto, tanto en el voto mayoritario como en el particular, se lleva a cabo con minuciosidad la debida ponderación en: STC 18/2001, 29-1 (exclusión de lista sindical por incompleta al no aceptarse la validez de las renunciaciones simultáneas de los miembros de la mesa). Y, por supuesto, también es necesario el análisis del art. 67.1 ET respecto de los sujetos legitimados para convocar elecciones: STC 36/2004, 8-3; 70 y 71/2006, de 13 de marzo; 62, 64 y 66/2004, de 19 de abril; 103/2004, de 2 de junio; 175/2004, de 18 de octubre; 60/2005, de 14 de marzo; 125/2006, de 24 de abril).

mismo corresponda al ámbito de disponibilidad del legislador ordinario no supone que, una vez establecida, tal regulación pueda ser inaplicada o aplicada en términos incompatibles con el sentido del derecho legal, so pena de que la eventual vulneración producida en la aplicación del mismo trascienda al derecho fundamental» (STC 18/2003, 30-1).

Por otra parte, tampoco el hecho de que en este caso se aprecie la existencia de una laguna legal puede justificar la aplicación e interpretación de las normas que regulan el mandato de los representantes y sus garantías de manera incompatible a sus finalidades y objetivos inspiradores. Por el contrario, tal vacío normativo no debía haber sido obstáculo para resolver en atención a semejantes criterios, pudiendo haberse hecho tanto desde la perspectiva casuística, como con un carácter abstracto a partir de la cobertura de ese vacío a través de la analogía y al carácter indebidamente restrictivo de la interpretación seguida por el Tribunal.

Más concretamente, en este caso habría que analizar si verdaderamente nos encontramos ante un cambio de centro de trabajo a efectos de la unidad electoral y, consiguientemente, de su representación. A tales efectos, el “centro de trabajo” se define como «la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral» (arts. 1.5 ET y 5.1 RER). A tenor de una sólida doctrina judicial y científica, y partiendo de que la exigencia de alta constituye una mera presunción *iuris tantum* carente de valor constitutivo, lo verdaderamente relevante para la apreciación de la existencia de un centro es que esa unidad productiva se constituya en una entidad organizativa autónoma con efectos y repercusiones específicas en el ámbito laboral²⁹. Una vez calificado como tal centro, esa identidad como organización específica no se altera por la reducción de su plantilla ni por la reducción cuantitativa –ni aún cualitativa– del volumen de negocio. Y desde luego, tampoco puede considerarse que aquella identidad se vea afectada por un mero cambio de domicilio de la unidad productiva, que es lo que realmente acontece en este supuesto particular,

²⁹ Por todas: STS. núm. 663/2016 de 14 julio, rec. 161/2015; STSJ. de Asturias, núm. 417/2016 de 8 marzo, rec. 158/2016.

Por la doctrina, véase: A ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, REDT 188, 2016, págs. 147 y ss. Identifica el autor como indicios de la existencia de esa “*organización específica*” y que le confieren ese mayor grado de individuación locativa, productiva o económica: que se realice la totalidad del proceso productivo de la empresa, la separación geográfica del resto de la organización, la existencia de un conjunto de medios materiales y de capital con vocación de continuidad, la independencia económica o productiva de la unidad (contabilidad, resultados diferenciados...), el ser un espacio con repercusión en el ámbito laboral, si previamente existían órganos de representación o negociación, la existencia de un grupo humano reconocible con vocación de estabilidad y permanencia, la aplicación de condiciones de trabajo diferenciadas, la dimensión cuantitativa, la existencia de encargado, etc.

tal y como lo califica la propia empresa en su comunicado a los trabajadores³⁰. Por el contrario, en la determinación de si hay “centro sucesor” del desaparecido originario, es decir, de si hay identidad esencial entre ambos, deben barajarse otros criterios materiales que prescindan de los meramente formales. Es cierto que el dato de la ubicación física o geográfica es un indicio de su existencia autónoma, pero en estos supuestos de deslocalización, aquéllos donde el centro originario no desaparece sino que se sustituye, el criterio determinante no puede ser otro que el de la identidad esencial de la unidad productiva. Y es que si permanece aquello que lo definió esencialmente como tal unidad autónoma, que lo individualizó como tal unidad socio-económica, entonces estamos ante el mismo centro. Y será esa identidad sustancial, a su vez, la que determinará el centro al que preferentemente deben adscribirse los representantes (art. 40.7 ET).

En mi opinión, la identidad entre una y otra unidad productiva se hace casi incontestable, si se tiene en cuenta que se trata de un centro de nueva creación cuya razón de ser es, precisamente, la desaparición del anterior al que sucede sin solución de continuidad y al que se trasladan a buen seguro los bienes muebles. Centro que, por lo demás, se sitúa a escasa distancia del centro originario, pues entre Palau de Plegamans y Parets del Vallés, en definitiva entre la localidad originaria y la nueva donde se ubica el nuevo centro de trabajo hay una distancia de aproximadamente 7.5 Km, lo que se traduce en unos 12 minutos en coche. Ambas localidades se encuentran en la misma provincia. Su área de influencia, por consiguiente, es idéntica o extraordinariamente similar y, asimismo, la actividad y clientela es la misma aun cuando se haya perdido parte de la actividad anterior. En cuanto a la identidad de los medios humanos, la integridad de la plantilla procede del centro originario. Este último indicio es además relevante porque nos encontramos en el ámbito de la representación de los trabajadores, con lo que el elemento subjetivo electoral es el más idóneo para resolver dudas en defecto de una clara identidad geográfica de ambos centros de trabajo. En definitiva, como señala en voto particular, tendría que haberse sopesado también en esta “sucesión de centros” la «*coincidencia predominante entre electos y cuerpo electoral*» como indicio elemental para la apreciación de aquélla.

³⁰ Conforme consta en los hechos probados, la razón fundamental que alegó la empresa para la adopción de la medida fue la menor necesidad de capacidad del almacén tras el traslado a otro centro de la actividad relativa a un cliente (Reckitt Benckisser), por lo que «*coincidiendo con la finalización del contrato de arrendamiento de las actuales instalaciones, se ha optado por un posicionamiento en un centro más pequeño, el cual cumple con los requisitos exigidos en cuanto a las características de las instalaciones para el depósito de los productos de clientes pertenecientes al sector farmacéutico y sanitario... Es necesario un cambio de domicilio del centro de trabajo...*».

Por tanto, el caso analizado se trataría de un mero cambio de domicilio del centro de trabajo, de un traslado de las instalaciones que ni siquiera tiene relevancia a los efectos del art. 40 ET y, que por tanto, quedaría exento de la consulta/negociación, exigencia y control de las causas empresariales, para pasar a una mera consulta previa (art. 64.5.c ET). Y sería un supuesto incluso más sencillo, pues aquí hay centro físico y no mera adscripción que pueda determinar circunscripción electoral, que el que examina la Audiencia Nacional en su sentencia de 23-12-2015 (rec 299/2015), en que se concluye que no supone la pérdida de la unidad electoral el cierre de los centros de trabajo físicos y la adscripción virtual de los teletrabajadores a un centro distinto sin modificación funcional o geográfica alguna ni de aquéllos ni de los trabajadores del departamento de ventas³¹. Y similar también a la «artimaña» de dar de baja un centro y continuar con idéntica actividad, con idénticas funciones de venta del cupón y prácticamente con el mismo número de trabajadores (STSJ. de Asturias, num. 417/2016 de 8 marzo, rec. 158/2016)³². O la desaparición de un centro de trabajo físico en Cornellá con adscripción formal a otro centro de trabajo en Madrid, sin alteración alguna de la forma de trabajar y organizarse de los trabajadores técnicos de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad y contra incendios³³.

Por eso, sorprende que el Tribunal Constitucional con su huída haya validado una peligrosísima práctica empresarial. Repárese, ¿acaso cambiar la ubicación de la nave o las oficinas -¿a la acera de enfrente?- altera la identidad de la empresa o del centro de trabajo?. La libertad de empresa (art. 38 CE) y el poder de dirección no pueden alcanzar a condicionar a través de tales decisiones la pervivencia de la representación legal, constituyéndose en caso contrario en una intolerable

³¹ En un supuesto de transmisión de empresa, tampoco la unidad transmitida pierde su autonomía ni, consiguientemente, su representación, si las facultades de gestión de los responsables directos siguen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario, en comparación con la situación existente antes de la transmisión (STJUE 29-7-2010, Caso Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros, asunto C-151/09).

³² Con lo que los trabajadores del centro supuestamente desaparecido y que subsiste de hecho, no se encuentran representados por el Comité del nuevo centro al que formalmente se hayan adscritos, debiéndose convocar las elecciones parciales para la cobertura de los puestos dejados vacantes por las dimisiones de los antiguos representantes pues “*la representatividad no puede quedar afectada por un acto discrecional del empresario, no siendo en definitiva a la Empresa a quien le incumbe, con la artimaña de dar de baja una agencia ante la autoridad laboral, determinar cuándo se produce la extinción de las funciones representativas de los trabajadores, sino a éstos*”.

³³ STSJ Cataluña num. 1088/2015, de 16 febrero, rec. 6932/2014, en tanto el centro de trabajo persiste como tal unidad autónoma se conserva también como unidad electoral, con apoyo también analógico en el art. 44.5 ET, manteniéndose el mandato de los representantes de los trabajadores entre tanto se convocan y eligen representantes en la nueva unidad electoral como interpretación más ajustada a la tutela del derecho de libertad sindical y garantías de los representantes

injerencia en la actividad sindical al privar desproporcionadamente de sus medios de acción –de casi todos, y desde luego de la negociación colectiva- tanto al Sindicato como a los representantes mismos. Y no sólo eso, sino que condiciona gravemente el cómputo de la representatividad, lo que entra en flagrante contradicción con la estricta configuración de la normativa sobre elecciones y configuración de la unidad electoral como derecho necesario, precisamente, para impedir su maleabilidad en función de los intereses electorales del convocante³⁴.

3. LA PERVIVENCIA TRANSITORIA DEL MANDATO DEL REPRESENTANTE TRASLADADO

Quizá un supuesto real, relativamente fácil de resolver, se convierte en complejo si se pretende con ello dotar de un cuerpo de doctrina que ponga coto o, por el contrario favorezca, las tesis judiciales en torno a la pervivencia del mandato de los representantes en supuestos de traslados colectivos por rearticulación orgánica de las empresas.

Es claro que el mandato del representante está vinculado a la unidad electoral en la que ha sido elegido, en definitiva, al centro de trabajo. Por consiguiente, el traslado definitivo a otro centro de trabajo supondría automáticamente la extinción del mismo. Precisamente por ello, con la intención de preservación de la representación de los trabajadores, se prevé la preferencia del representante para la permanencia en el centro de trabajo en los supuestos de traslados o desplazamientos del art. 40 ET. Sin embargo, en los últimos años en que se han llevado a cabo en numerosas empresas profundos cambios orgánicos que han supuesto no ya sólo su uso frecuente y masivo sino la misma desaparición de algunos centros, los planteamientos han cambiado. Y lo han hecho porque en tales tránsitos, donde además la necesidad de representación es particularmente intensa, la experiencia ha demostrado que tales reglas son insuficientes para proteger la representación de los trabajadores y aún más si se contrastan con supuestos asimilables de transmisiones de empresas. Por otra parte, la inestabilidad de tales estructuras orgánicas internas y la proliferación de otras formas de trabajo, organización, dirección y control, han dado pie a una mayor toma de conciencia de que tales son dependientes de los poderes directivos empresariales y que su tratamiento como un factor más de producción exige dotar a la pervivencia de la representación de un elemento racional de independencia respecto del antiguo criterio geográfico. Finalmente, en los supuestos en que el centro receptor carece de representación, la convocatoria de elecciones lleva su tiempo. Concretamente

³⁴ STS 20 de febrero de 2008 y de 28 de mayo de 2009, rec 77/2007 y 127/2008, respectivamente.

en el caso analizado, por ser un centro de nueva creación y considerarse distinto del anterior, la convocatoria de elecciones no podría ser anterior a los seis meses o, excepcionalmente tres, desde su apertura (art. 69.2 ET y art. 1.d) RER).

En los supuestos de transmisión de empresas, la pérdida de autonomía de la unidad transmitida no implica la desaparición de la representación de los trabajadores. Así lo ha afirmado con rotundidad la STJUE 29-7-2010, Caso Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros, asunto C-151/09, sosteniendo que la finalidad de la Directiva 2001/23 es la del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de cambio de empresario por lo que, por regla general, la representación de los trabajadores no ha de verse afectada por la transmisión (ap. 40). Más concretamente, cuando la unidad trasferida pierde su autonomía, la necesaria adaptación de la representación a los cambios que se han producido *«es la razón por la que, en tal supuesto, el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por la transmisión debe limitarse únicamente al período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores»* (ap. 46)³⁵. Por consiguiente, la correcta interpretación del art. 6.1 párrafo 4º de la Directiva 2001/23/CE, de 12-3, lejos de lo que se ha considerado durante largo tiempo³⁶, impide la extinción automática del mandato y la dilución y consiguiente subsunción también automática del antiguo cuerpo electoral en el órgano de representación elegido por los trabajadores de la empresa adquirente. El mantenimiento provisional del mandato no sólo se impone por aquélla en los casos de inexistencia de representación en el nuevo centro de trabajo, supuesto evidente en el que España incumple la Directiva, sino

³⁵ Así parece interpretar también la Directiva la STSJ. de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 417/2016 de 8 marzo, rec. 158/2016: *“Es decir, en casos de sucesión de empresa que pueda implicar subrogación legal en cuanto a los trabajadores, es criterio general que no se extingue el mandato de los representantes legales de aquéllos que deberán seguir ejerciendo sus funciones en los mismos términos y condiciones que regían con anterioridad, y ello, hasta que no se promuevan y celebren nuevas elecciones sindicales, no pudiendo el representante electo ser removido de su cargo ni usurparse la decisión de un representante electo de los trabajadores de continuar en el centro de trabajo en el que fue elegido mientras ese centro funcione.”*. En contra, también *obiter dicta*, considera que en aplicación de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de de 23.07.90: *“si la organización de empresa tomada en consideración como unidad electoral desaparece tras su absorción, fusión o integración en una nueva organización empresarial, los mandatos se extinguen”* [STSJ. Cataluña núm. 2450/2011, de 5 abril, rec 6095/2010].

³⁶ M. DEL JUNCO CACHERO, “Transmisión de empresa: ¿transmisión de representantes de los trabajadores”, Temas Laborales, nº 71/2003, págs. 206 y ss. Expresamente, elude pronunciarse al respecto por no ser objeto del procedimiento: STS. 10-12-2013, rec 635/2012.

en todos los de pérdida de la autonomía tras la transmisión y en tanto se convocan elecciones globales o parciales que integren dicho cuerpo electoral³⁷. De hecho, la idea es tan simple que se vería con claridad a la inversa: los representantes de los trabajadores de la adquirida tampoco podrían actuar en principio como mandatarios de los trabajadores de la adquirente y que en modo alguno fueron sus electores.

Eludiendo la aplicación analógica de una norma que ni tan siquiera está prevista en nuestro Ordenamiento, aun cuando debería, para los supuestos de sucesión de empresa, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 diciembre 2013 (rec 278/2013) ofrece una solución que está en la línea señalada –también por el Voto Particular– de conservación del mandato y elusión de vacíos de representación en un supuesto de traslado de una parte importante de la plantilla y dos representantes del comité de empresa a un centro de nueva creación en el que confluyen trabajadores procedentes de otros centros. Partiendo del art. 67.1 y 3 ET, rechaza la extinción del mandato por el traslado del representante por considerar que ello constituiría un supuesto equivalente a su revocación, única causa prevista legalmente para la extinción *ante tempus* del mandato, imposible para el empresario en tanto sólo está en manos de los representados y en tanto tampoco los ajustes de la representación por reducción de la plantilla pueden hacerse unilateralmente por el empresario³⁸.

La argumentación del Tribunal presenta algunos déficits. Por una parte, aún cuando las razones expuestas son generalistas y que sólo se toma en consideración «a mayor abundamiento» el hecho de que su traslado se haga con una parte significativa de su electorado así como la ausencia de representación en el nuevo centro, esta doctrina no puede sino plantearse como una excepción de la tradicional aceptación de la extinción del mandato por traslado. Por otra, las

³⁷ Para el caso de pérdida de autonomía en que en la empresa cesionaria no haya representación de los trabajadores, todo parece indicar que nuestro Ordenamiento presenta un déficit de traspaso de dicha norma comunitaria, aun cuando no hay consenso en que tenga que solventarse con el mantenimiento de los cargos por el tiempo imprescindible para la elección del nuevo órgano de representación (en contra SSTSJ Madrid 30-6-2008, AS. 1939 y Castilla y León/Burgos núm. 173/2012 de 15 marzo. AS 2012\301). En tal caso de pérdida de la autonomía, se ha considerado que decae el mandato de los representantes de la unidad cedida cuando hay representantes de los trabajadores en la adquirente (STSJ Madrid 30-06 y 27-11-2009. P. NIETO ROJAS, cit., pág. 347).

³⁸ “No puede el empresario revocar a los representantes, cualquiera que sean los avatares acaecidos en la empresa, pues tal posibilidad no está contemplada en la regulación vigente, que la reserva, de forma exclusiva y excluyente, a los propios electores...en ningún supuesto cabe que sea la propia empresa la que unilateralmente decida, a la vista de la disminución del número de trabajadores de la empresa, revocar el mandato de determinados representantes para adecuar su número a la nueva plantilla. Tal proceder podría ser atentatorio al derecho a la negociación colectiva ya que se estaría sustituyendo lo que debió ser regulado en el Convenio colectivo”.

previstas en el art. 67.3 ET no agotan el catálogo de las causas de la extinción *ante tempus* del mandato, derivando la extinción automática de aquél de la pérdida de sus requisitos de elegibilidad con su separación de la unidad electoral³⁹ y no, directamente, de la decisión empresarial. Con todo, cabe apreciar una incipiente tendencia de los Tribunales a negar que el traslado sea una causa de extinción válida del mandato⁴⁰. Además, esta doctrina tiene que ir encajándose en una normativa electoral que no ha previsto tales situaciones.

No obstante, parece obvio que lo que persigue el Tribunal es el vacío de representación o, más ampliamente, la desorbitada injerencia empresarial en la pervivencia de aquélla a través de lo que contextualmente podríamos llamar “revocación impropia”. Siguiendo esta línea doctrinal, la sentencia de la Audiencia Nacional de 23-12-2015 (rec. 221/2015) completa y perfecciona los argumentos señalados para puntualizar que *«La extinción del mandato cuando se produce la separación del representante de la base física del centro de trabajo responde a su apartamiento de la base electoral de los trabajadores que lo eligieron y sobre los que se extiende el mandato representativo, ante la conexión de funcionalidad del mandato representativo a la adecuada realización de las funciones de representación»*. Por consiguiente, nutrida por el tratamiento de la tutela de la representación en los supuestos de transmisión de empresa, lo que sustenta la decisión es una matización en la construcción de la adscripción del representante para pasar de la univocidad del centro de trabajo como unidad electoral a la dimensión subjetiva y funcional de aquélla. Son los trabajadores trasladados, grupo con identidad propia y relevancia colectiva—entre otros motivos por su dimensión—, los que portan la legitimidad del mandato del representante y es a éstos—aún sin exigir identidad absoluta— y en razón de la tutela de su representación a los que se remite la pervivencia transitoria de aquél en tanto se adaptan las estructuras representativas a las modificaciones organizativas de la empresa. Por otra parte, ante la falta de una regulación más específica, son las

³⁹ M. DEL JUNCO CACHERO, cit., pág. 330. R.I. PALOMO VÉLEZ, “La dimensión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores”, REDT, N^o 147, 2010; P. NIETO ROJAS, cit., pág. 413.

⁴⁰ Por ejemplo, obiter dicta en un supuesto de traslado nulo por constituir una vulneración de la libertad sindical en tanto no está justificado el traslado al poder seguir realizando las labores en el centro de trabajo donde las venía realizando: STSJ. de C. Valenciana, núm. 38/2016, de 17 diciembre, rec 2771/2015. También, obiter dicta, en un supuesto de baja de un centro de trabajo que sigue existiendo de hecho como tal organización: STSJ de Asturias, núm. 417/2016, de 8 marzo, rec. 158/2016 [“Por otra parte la jurisprudencia ha señalado que el mandato de los miembros del comité de empresa únicamente pierde eficacia antes de concurrir los cuatro años de duración normal bien por acuerdo de los trabajadores que los hayan elegido, mediante Asamblea convocada al efecto, por dimisión del interesado o por extinción de la relación laboral”].

reglas sobre mandato y reducción/ampliación de la plantilla las que, interpretadas bajo el prisma del art. 28.1 CE, dan respuesta a los problemas que se plantean en torno a la pervivencia del mandato del representante trasladado.

Para concluir, podría decirse que aún queda un hilo de esperanza, pues parece que la problemática aquí abordada no está ni mucho menos cerrada por esta sentencia 64/2016. Por el contrario, y puesto que el propio Tribunal Constitucional ha considerado que es una cuestión de legalidad ordinaria, será a estos Tribunales a los que les corresponda dar la respuesta sobre la pervivencia del mandato del representante en los casos de traslado colectivo, y, en última instancia en unificación de doctrina, al Tribunal Supremo. Quizá, finalmente, prospere la tesis defendida por el Voto Particular que, como se ha podido comprobar a lo largo de estas páginas, comparto.

BIBLIOGRAFÍA:

- AA.VV. (Gabinete de Estudios Jurídicos CCOO), “Estudios de doctrina judicial II”, Altaban, Albacete, 2006.
- A ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, REDT 188, 2016.
- A COSTA REYES, “Tribunal Constitucional y elecciones a representantes de los trabajadores”, Temas Laborales, nº 62/2001.
- E DESDENTADO DAROCA, “Desaparición del centro de trabajo y extinción del mandato de los representantes de los trabajadores: una laguna en la legislación vigente. SAN 23 diciembre 2015 (AS 2016,120), REDT 188, 2016.
- F. DURÁN LÓPEZ, “Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo”, MTSS, Madrid, 1992.
- F. DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LARA, “Representación y participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. (Coords. M^a E. Casas, F. Durán y J. Cruz), Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española, La Ley, Madrid, 2006.
- R.M^a. GONZÁLEZ DE PATIO, “La tutela jurisdiccional del derecho a la negociación colectiva. Aspectos sustantivos y procesales”, en AAVV –dir. J.L. Monereo/N. Moreno- “El sistema de negociación colectiva en España”, Aranzadi, Pamplona, 2015.

- M. DEL JUNCO CACHERO, “Transmisión de empresa: ¿transmisión de representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, nº 71/2003.
- J.L. MONEREO PÉREZ, J.L., “Estado democrático de Derecho, representatividad y afiliación sindicales: lecturas y relecturas desde un modelo de control difuso de convencionalidad”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016.
- J.L. MONEREO PÉREZ, J.L., “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. 73.
- F. NAVARRO NIETO, “La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia”, R.L., 2000.
- F. NAVARRO NIETO, “Los despidos colectivos”, Civitas, Madrid, 1996.
- L.E. NORES TORRES, “El período de consultas en la reorganización productiva empresarial”, CES, Madrid, 2000.
- A. OJEDA AVILÉS, “La representación unitaria: el “faux ami”, *RMTAS*, nº 58, págs. 343.
- R.I. PALOMO VÉLEZ, “La dimisión temporal del mandato de los representantes unitarios de los trabajadores”, *REDT*, Nº 147, 2010.
- F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, “Contenido y alcance de la acción sindical”, en AAVV –Coords. M^oE. Casas, F. Durán, J. Cruz-, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española”, La Ley, Madrid, 2006.
- M^a M. RUIZ CASTILLO, “Garantía y tutela de la libertad sindical”, en AAVV –coord. R. Quesada Segura-, “Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales”, CARL, Sevilla, 2016.
- C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, MTSS, Madrid, 1992.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

SUCESIÓN DE EMPRESA Y REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Sentencia TSJ País Vasco, de 27 de septiembre de 2016

OLGA GARCÍA COCA*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante ha prestado servicios en la empresa AZATRES desde el 11 de enero de 2011. Como consecuencia del contrato administrativo, para la gestión del servicio de balneario, sala de musculación y gimnasio, celebrado entre el Polideportivo de Lasasarre de Barakaldo y AZATRES, su actividad se concentraba en las citadas instalaciones municipales. Con fecha 27 de marzo de 2015, la dirección del organismo administrativo responsable (Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo -IMD-) decide poner fin al contrato de gestión, aspecto que la empresa cesante le comunica a sus trabajadores indicándoles que el día 30 de abril de 2015 se le dará de baja en la empresa y que, por tanto, serán dados de alta en la empresa municipal para continuar su actividad profesional en ésta a los fines dispuestos en el art. 44 del ET. Con el objeto de que sus derechos laborales no se vean perjudicados por la resolución del contrato, se presentará ante el Registro del IMD un escrito acompañando copia de esta comunicación, de la relación de los trabajadores afectados y de los datos necesarios para su subrogación. Finalmente la empresa municipal no se hace cargo de los trabajadores afectados por la resolución del contrato y, por este motivo, una de las trabajadoras decide interponer demanda al Juzgado de lo Social de Bilbao, el cual declaró improcedente el despido de la actora, condenando exclusivamente al Instituto Municipal a que optase en el plazo legal predeterminado entre readmitir a la demandante o a indemnizarle por la extinción.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima el recurso de suplicación y concluye que el Instituto Municipal no está obligado a asumir a los trabajadores de la empresa concesionaria, al entender que no existen indicios suficientes que reconozcan que la situación descrita encaja dentro de los criterios de la sucesión establecida en el art. 44 del ET.

* Doctora en Derecho. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ALCANCE DE LA TRANSMISIÓN PATRIMONIAL EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA
3. LA DETERMINACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA COMO CRITERIO DETERMINANTE PARA LA SUCESIÓN DE EMPRESA
4. REPERCUSIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO Y EL PLIEGO DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS EN LA SUCESIÓN DE PLANTILLA
5. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

La delimitación del ámbito de aplicación del art. 44 del ET¹, que define lo que se entiende por sucesión de empresa, ha tenido muchas disquisiciones interpretativas a lo largo de los años casi todas basadas en lo establecido en las distintas resoluciones jurisprudenciales, las cuales han ido variando dependiendo de lo acordado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es por ello que, atendiendo a la definición de sucesión de empresa se tienen que tener en cuenta algunos requisitos para que exista esta figura y pueda ser aplicable lo establecido en la normativa laboral, relacionado con el destino de los trabajadores una vez que la contrata entre empresa cedente y cesionaria se ha extinguido. Así pues, habrá que calificar si la situación descrita en la Sentencia, objeto de este comentario, es una sucesión de empresa. Para ello, habrá que atender a uno de los criterios más importantes a tener en cuenta, basado en la determinación de la transmisión de la empresa y su afectación a una concreta entidad económica que mantenga su identidad para poder llevar a cabo una actividad productiva principal o accesoría.

Este aspecto es lo que pretende analizar la Sentencia de forma que, si la empresa cesionaria tiene obligación o no de subrogarse en los derechos y obligaciones del empresario cedente respecto a los trabajadores. La Sentencia lleva a cabo una extensa exposición de la evolución del régimen jurídico del art.44 del ET llegando a considerar que la continuación de contratos puede constituir un supuesto de sucesión de empresa, pero dando a entender que ello no significa

¹ Art.44 del ET: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoría”.

que toda sucesión de contrata lo sea, afirmando que tan sólo podrá considerarse como tal aquella situación en la que nueva contratista realice la misma actividad productiva que la anterior y que necesite para ello los medios materiales que ésta utilizaba. De esta manera se preservaría el requisito de identidad de la entidad económica transmitida.

Se podría decir que la Sentencia mantiene como ineludible para la existencia de sucesión de empresa el criterio de la transmisión patrimonial de los elementos materiales que colaboran con la realización de la actividad productiva que sea, ya que en este caso sí podría hablarse de sucesión de empresa con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva para los trabajadores de la empresa cedente. Podría ocurrir que no fuera necesario para el seguimiento de la actividad disponer de esos medios materiales, por lo que habría que analizar si en esos supuestos se hace necesario el mantenimiento de los trabajadores en los puestos de trabajo creados en la empresa cesionaria. También en la citada resolución jurisprudencial se alude a la falta de continuidad de la actividad principal, pues está es interrumpida durante varios meses, sin que en ese tiempo haya sido necesario contar con ninguna plantilla de trabajadores.

Todo ello sin perder de vista una de las cuestiones principales de la citada resolución jurisprudencial que es aquella relacionada con la aplicación en los supuestos de reversión de los servicios públicos, tratados en la Sentencia, de las reglas habidas acerca de la sucesión de empresa analizando si se aplicarían², la forma de hacerlo. Y por último, no hay que olvidar la reflexión que se puede hacer sobre este asunto teniendo en cuenta lo establecido, si existe, en el Convenio Colectivo sobre la sucesión de empresa y en el pliego de condiciones administrativas.

2. ALCANCE DE LA TRANSMISIÓN PATRIMONIAL EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA

Como se ha señalado la importancia de la transmisión de los elementos patrimoniales es esencial para poder determinar la existencia de la sucesión

² Sobre este aspecto la Sentencia de 20 de enero de 2001 del Tribunal de Justicia de la UE viene a dejar, a nuestro entender, definitivamente claro que la Directiva 2001/23/CE, se aplica a personas jurídico públicas y privadas en el ámbito de la sucesión de contrata y define cuáles son los elementos necesarios para que exista tal transmisión. Entre ellos destaca como primordiales en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles; el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión; el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores; el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión; y *la duración de una eventual suspensión de dichas actividades*.

de empresa, tanto que la jurisprudencia ha establecido resoluciones sobre este aspecto que merece la pena destacar para poder aclarar si en el supuesto objeto de la Sentencia a comentar se produce la denominada sucesión de empresa³.

Así pues, existen algunos pronunciamientos que abogan por la necesidad de transmisión no sólo de los bienes materiales para la organización de la actividad productiva, sino también por el traspaso de la posición contractual y de la organización de la empresa. En este aspecto, fue importante la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993⁴, en la cual se concluye que no se dan los requisitos de la sucesión de empresa puesto que "...no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión"⁵.

La jurisprudencia comunitaria también aborda este asunto e incluso considera, además de la transmisión de los elementos organizativos y materiales de la empresa como esencial para encontrarnos ante un supuesto de los definidos en el artículo 1⁶ de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad⁷, la determinación del tipo de empresa o centro de actividad que se tratase. Esta es, por tanto, la idea

³ Vid., el interesante recorrido jurisprudencial realizado en la siguiente publicación: Calvo Gallego, J.: "Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público", *Revista Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pp. 207-221.

⁴ RJ 1190\2906.

⁵ Y fue esta doctrina la que vino a sostener la Sala de manera constante a lo largo de toda la década de los noventa, véase, Sentencia del TS 17 junio 1997 (RJ 1997\4758); Sentencia del TS de 6 febrero 1997(RJ 1997\999); Sentencia del TS de 25 octubre 1996 (RJ 1996\7793); Sentencia del TS de 9 febrero 1995 (RJ 1995\789); Sentencia del TS de 23 enero 1995 (RJ 1995\403).

⁶ Art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero: "La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión".

⁷ Modificada sustancialmente por 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

de la Sentencia Spijkers⁸ que pretende dar una visión de conjunto de todos los medios necesarios para contribuir a una determinada actividad productiva, ya que para algunas resoluciones los trabajadores constituyen una parte principal y los elementos materiales no son tan importantes para conseguir el objetivo de la citada actividad empresarial. En sentido opuesto destaca la Sentencia Schmidt⁹ que concluye que la ausencia de transmisión de elementos patrimoniales no tiene porque provocar la no aplicación del art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, pues

⁸ Sentencia Spijkers, de 18 de marzo de 1986, Asunto C-24/85: “Para determinar si se dan estas condiciones, conviene considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales están, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, conviene precisar que todos estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. Las valoraciones de hecho necesarias para determinar si hay o no una transmisión en el sentido indicado competen al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta los criterios de interpretación especificados anteriormente. Por estas razones, procede responder a las cuestiones planteada que el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977 (LCEur 1977, 67) , debe interpretarse en el sentido de que la noción de «transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario» se refiere al supuesto de que la entidad económica en cuestión conserve su identidad. Para determinar si hay o no una transmisión en el sentido indicado en un caso como el que constituye el objeto del litigio principal, es preciso valorar, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, si se trata de una entidad económica todavía existente que ha sido enajenada, lo que se deduce sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas”.

⁹ Sentencia Schmidt, de 14 de abril de 1994, Asunto C-392/92: “Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse la Sentencia Spijkers, antes mencionada, apartado 11, y la Sentencia de 19 mayo 1992, Redmond Stichting, C-29/91, Rec. pg. I-3189, apartado 23 [TJCE 1992/99]), el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de una empresa o de una parte de una empresa en el sentido de la Directiva (LCEur 1977/67) es el del mantenimiento de la identidad de la entidad económica. Según esta misma jurisprudencia, el mantenimiento de esta identidad es consecuencia en particular de que el nuevo empresario continúe efectivamente o retome las mismas actividades económicas o actividades análogas. Así, en el caso del litigio principal, del que la resolución de remisión aporta todos los elementos relevantes, la similitud de las actividades de limpieza efectuadas antes y después de la transmisión, que además dio lugar a la oferta de empleo realizada a la trabajadora afectada, constituye un elemento característico de una operación que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva (LCEur 1977/67) y que otorga al trabajador por cuenta ajena cuya actividad ha sido traspasada la protección que le ofrece esta Directiva”.

parece que para la citada Sentencia lo novedoso para certificar el ámbito de aplicación de la directiva comunitaria estaba relacionado con la simple continuación de la actividad por parte del nuevo empresario¹⁰.

Antes de abordar como estos criterios jurisprudenciales han marcado la aplicación de la sucesión de empresa a distintas situaciones desde la perspectiva de la jurisdicción española, es preciso reseñar otra importante resolución originada en el Tribunal de Justicia europeo como es la Sentencia Sūzen¹¹ que declara que la ausencia de relación entre empresarios puede ser un indicio claro de que no ha existido transmisión en el sentido de la Directiva¹², por lo que da a entender que una entidad no puede calificarse tan sólo atendiendo a la actividad que ocupa, dando prioridad a otros elementos como pudieran ser la cesión de los trabajadores¹³ que la integran o la organización del trabajo. Por este motivo

¹⁰ Sobre este asunto vid., Valdés Dal-Ré, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2011, pág. 37.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia Sūzen, de 11 de marzo de 1997, Asunto C-13/95 (TJCE 1997/45): “Pues bien, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”.

¹² Sin embargo el TS en su Sentencia de 7 de diciembre de 2011 establece que no es necesario para que exista sucesión empresarial a efectos legales que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad, lo que ha ocurrido en el presente caso, en el que la recurrente ha sucedido en la contrata a la anterior contratista y se le han encomendado las mismas labores. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de «sucesión de plantillas», sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano.

¹³ Esta misma idea es reiterada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96) (TJCE 1998, 309), que señala que señal en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. En igual dirección se pronuncia la Sentencia de 2 de diciembre de 1999, Asunto C-234/98 (TJCE 1999, 283), y la Sentencia de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29) ,

existen actividades en las que los medios materiales presentan una importancia menor como pudieran ser el sector de la limpieza, vigilancia, seguridad, consejería etc., en los que la transmisión se determinaría por la continuidad de buena parte de esa plantilla de trabajadores¹⁴.

De modo que se vuelve a considerar primordial la identificación del tipo de actividad para poder certificar qué papel juegan los trabajadores de la empresa y si éste se convierte en principal y necesario para la continuidad de la actividad empresarial, o más bien para que ésta mantenga su identidad económica¹⁵. A pesar, de ser este criterio el determinante en la doctrina comunitaria para asentar las bases de la transmisión y los requisitos que tienen que darse para que pueda considerarse la misma dentro del ámbito de aplicación de la directiva comunitaria y, por tanto, una sucesión de empresa parece que hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004¹⁶ no se admite la sucesión de empresa por plantilla en sectores como el mantenimiento de las instalaciones¹⁷, por lo que resulta importante determinar el sector de actividad de la empresa que pone fin a la contrata.

3. LA DETERMINACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA COMO CRITERIO DETERMINANTE PARA LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Llegados a este punto, conviene realizar una descripción de lo acontecido en la Sentencia objeto de este comentario en relación a la posibilidad de que exista una sucesión de empresa, y lo que es más importante la asunción de trabajadores por parte de la empresa municipal que ostenta el servicio de musculación, gimnasio y balneario.

asunto TEMCO Service e Industries, S.A. (C-51/2000). De este modo, que el elemento básico a considerar como elemento subjetivo, sea la mano de obra, elimina de facto la consideración a otros factores previstos en la norma, ya que no son necesarios para determinar la existencia de una sucesión empresarial.

¹⁴ En sentido opuesto a lo establecido en la doctrina comunitaria al considerar que la mera sucesión de personal debe realizarse de forma voluntaria por el nuevo empresario o ser impuesta por normativa convencional o por el pliego de cláusulas administrativas que corresponda, véase VV.AA.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág.234.

¹⁵ Gómez Arbos, J.: “La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos de aplicación del art. 44 del ET” *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 185, 2016.

¹⁶ RJ 2004, 7202.

¹⁷ Vid., Sentencia del TS de 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 5736); Sentencia del TS de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 2891); Sentencia del TS de 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1294).

En la misma se exponen de forma clara argumentos que denotan la determinación del tipo de actividad como criterio concluyente para poder tratar las circunstancias allí descritas como sucesión de empresa en los términos previstos en el art. 44 del ET. Otro de los aspectos que trata la Sentencia que han sido abordados, también, por la ingente jurisprudencia nacional y comunitaria que es el relacionado con la suspensión de la actividad desde que se rescinde la contrata hasta que se reanuda de nuevo el servicio ofertado por el IMD de Barakaldo.

Como se ha comentado existen determinados supuestos en los que la concreción del tipo de actividad se considera fundamental para analizar si la empresa cesionaria debe asumir la sucesión de plantilla. En este supuesto, la contrata con la empresa AZATRES tiene como objetivo principal que ésta gestione el servicio de Balneario, Gimnasio y Sala de musculación del Polideportivo Lasasarre del IMD (Barakaldo) y para ello se necesita, además de elementos materiales que la empresa cedente aporta, trabajadores que la empresa cede con la finalidad de atender las necesidades de las personas que acuden al centro para realizar deporte.

Por tanto, parece evidente que sin esos medios materiales la actividad no podría continuar, sobre todo teniendo en cuenta la importancia que tiene para una sala de gimnasio o musculación la maquinaria preparada para llevar a cabo los pertinentes ejercicios deportivos. Por lo que, en este supuesto lo único que se revierte al Polideportivo son las instalaciones, sin que quede claro la actividad que se va a llevar a cabo a partir de la finalización de la contrata¹⁸. Es decir, la sucesión de contrata se da cuando la nueva contratista explote el negocio de la misma forma y con los mismos medios materiales que lo hacía la anterior, aspecto que no ocurre en el supuesto de hecho analizado en la Sentencia del TSJ del

¹⁸ Sobre este aspecto vid., la Sentencia del TS de 21 de abril de 2015 (RJ 2015\2177) en la que entiende que el fin de la explotación de la cafetería de la Intervención general del Estado no describe un supuesto sucesorio porque no se ha transmitido un conjunto organizado de bienes que posea la necesaria autonomía productiva y tampoco se han reanudado los servicios. En el mismo sentido la Sentencia del TS de 19 mayo 2015 (RJ 2015\2886. Ambas resoluciones siguen el mismo criterio que la Sentencia de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29) , asunto TEMCO Service e Industries, S.A. (TJCE 2002\29): “Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, Spijkers [TJCE 1986, 65] , apartado 13, y Süzen [TJCE 1997, 45] apartado 14)”.

País Vasco, ya que el IMD pretende llevar a cabo su actividad contando con sus elementos patrimoniales y personales¹⁹.

De tal forma que con estos argumentos, en este caso, es importante determinar el tipo de actividad y dejar claro que la empresa pública pone a disposición de la contrata la infraestructura de la que es propietaria. Lo único que hace es confiar a la empresa AZATRES, mediante el citado contrato de gestión de servicios, el personal y los medios materiales, por lo que cuando se ha terminado el tiempo establecido por la contrata tiene derecho a no asumir a los trabajadores y explotar su empresa con su propio personal si así lo cree conveniente. Así pues, la Sentencia entiende que no se ha producido transmisión de la identidad económica de la empresa y, por tanto, no se admite la sucesión de empresa basada en este criterio²⁰. Sin embargo, existe una parte de la jurisprudencia que aboga por la valoración en conjunto de todos los elementos transmitidos, teniendo en cuenta tanto los materiales como los personales, para poder así concretar si se trata de unidad económica autónoma que mantiene su identidad tras la transmisión²¹.

¹⁹ Queda demostrado que la actividad del IMD no tiene su parte principal en el personal como ocurriría en otros sectores en los que la mano de obra se considera primordial para la prestación de servicios, y en estos casos existen resoluciones jurisprudenciales que no admiten la existencia de la sucesión de empresa y permiten que una vez que se termine la contrata la empresa contratante pueda ejercitar su servicio con otro personal. Sobre este aspecto vid.; Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011, asunto C463/09 CLECE (TJCE 2011\4): "...en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable".

²⁰ Sobre este aspecto vid., la Sentencia del TS 9 de diciembre de 2016 (JUR 2017\25062).

²¹ En esta misma línea se han pronunciado la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2015 (AS 2015\1847): "Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Sūzen, antes citada). Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Jus-

En cuanto a la continuación de la actividad se observa como en los hechos descritos en la Sentencia del TSJ del País Vasco se paraliza la actividad durante un tiempo, por lo que mal puede sostenerse la existencia de una sucesión de empresa si la actividad no es reanudada de forma inmediata a la extinción de la contrata. Es evidente que, en este supuesto no es necesario mantener a los trabajadores, como consecuencia de la interrupción del servicio, y tampoco estaría obligada la empresa a volverlos a contratar si decide finalmente explotar esa actividad con su propio personal, aspecto que la jurisprudencia admite como se ha comentado²².

Aunque existe algún pronunciamiento contrario a esta doctrina, como es el que aporta la Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 (Asunto C-509/14)²³ que establece que basta que se transmita una entidad económica²⁴ susceptible de continuar con su actividad, aunque no se produzca en el mismo momento de terminación de la contrata, dándole cierta importancia a la mera posibilidad de que el servicio pueda reanudarse aunque luego finalmente no se haga efectivo. De otro modo, la subrogación de empresa estaría supeditada a la mera voluntad del adquirente, pudiendo dar pie a operaciones de fraude²⁵.

ticia de las Comunidades Europeas, antes citadas, Spijkers y Süzen). Es preciso valorar el conjunto de los elementos transmitidos, sumando los elementos materiales, los personales y los de naturaleza inmaterial, para determinar si existe una unidad económica con cierta autonomía y que mantiene su identidad tras la transmisión”. Vid., Sentencia del TSJ de Islas Canarias, núm. 645/2015 de 31 marzo (AS 2015\1994).

²² En la Sentencia del TS de 9 de febrero de 2016 (RJ 2016\1197): “También es piedra angular para la solución del caso nuestra doctrina respecto de que en los supuestos de sucesión de contratas no existe propiamente una transmisión de las mismas, sino la finalización de una y el comienzo de otra -formal y jurídicamente distinta- con un nuevo contratista. Por ello, para que se produzca la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la adjudicataria saliente es necesario: a) que así lo impongan la norma sectorial o el pliego de condiciones; b) en ausencia de tales prescripciones es necesario -conforme al art. 44 ET (RCL 1995, 997) - que se produzca la transmisión de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. De esta forma, la sucesión empresarial resulta inexistente cuando hay sucesión de actividad, pero ninguna norma o prescripción convencional dispongan lo contrario, o no se acompañe la contrata con entrega de soporte patrimonial alguno que merezca la consideración de unidad organizada que sirva de sustrato a una actividad independiente (en tal sentido se manifestaban las SSTs 30/09/99 (RJ 1999, 9100) -rcud 3983/98 -; y 29/01/02 (RJ 2002, 4271) -rcud 4749/00 -)”.

²³ En esta Sentencia se resuelve la cuestión prejudicial planteada acerca de establecer si se aplica las normas de la sucesión de empresa a supuestos en los que una empresa pública, titular de una determinada actividad, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa poniendo a disposición de ésta la infraestructura y servicios necesarios.

²⁴ Sobre el concepto de “entidad económica” vid., Monereo Pérez, J.L.: “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de los servicios públicos”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 290-292.

²⁵ Es obvio que la doctrina comunitaria, plasmada en la Sentencia del TJUE de 26 de no-

4. REPERCUSIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO Y EL PLIEGO DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS EN LA SUCESIÓN DE PLANTILLA

Si se tiene en cuenta las premisas establecidas por el Tribunal Supremo se observa como este, en muchos casos, no ampara la sucesión de plantillas como elemento determinante para la aplicación del art. 44 del ET²⁶ dejando al arbitrio de los Convenios Colectivos o del pliego de condiciones administrativas, en el caso de empresas públicas, esta posibilidad con el objetivo de que los trabajadores pudieran mantener su puesto de trabajo en esta situación, si así lo consideran necesario²⁷.

Es cierto que frente a dichas situaciones podría darse la circunstancia de no incorporar la plantilla anterior, lo cierto es que la inclusión de cláusulas en la negociación colectiva o, en los pliegos de condiciones administrativas, daría lugar a que se mantuvieran la mayoría de los puestos de trabajo, intentando paliar las

viembre de 2015, establece que la transmisión de los elementos materiales carece de pertinencia a la hora de aplicar la Directiva 2001/23 y sin embargo entiende que está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a su disposición los medios materiales y el equipamiento necesarios de los que es propietaria y posteriormente decide poner fin a la contrata sin hacerse cargo del personal porque en lo sucesivo va a prestar los servicios que venía prestando con su propio personal.

²⁶ Sentencia del TS de 30 diciembre 1993 (RJ 1993, 10078) ; Sentencia del TS de 25 octubre 1996 (RJ 1996, 7793) ; Sentencia del TS de 12 marzo 1997 (RJ 1997, 2318) ; Sentencia del TS 14 diciembre 1994 (RJ 1994, 10093) ; Sentencia del TS de 23 enero 1995 (RJ 1995, 403) ; Sentencia del TS de 9 febrero 1995 (AS 1995, 789) ; Sentencia del TS 29 diciembre 1997 (RJ 1997, 641) ; Sentencia del TS de 29 abril 1998 (RJ 1998, 3879) ; Sentencia del TS de 18 marzo 2002 (RJ 2002, 7524) ; Sentencia del TS de 29 mayo 2008 (RJ 2008, 4224) ; Sentencia del TS de 23 mayo 2005 (RJ 2005, 9701) .

²⁷ En la Sentencia del TS de 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005\10100) se hace una exposición de la inexistencia de acuerdo por parte de los trabajadores en un supuesto de sucesión de plantilla en la que se iba a transferir a los trabajadores sin que éstos hubieran consentido esta posibilidad: “Lo que ha habido es una decisión de la empresa denominada Iberia de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que, como es notorio, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso al .del concurso aprobado por la Administración de los aeropuertos es también de todo punto irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para ella la obligación de admitir a los trabajadores de Iberia que decidan pasar a la nueva concesionaria, pero no obliga a los trabajadores que no han participado en ese concurso, y que por su condición de personas tampoco pueden ser objeto del mismo”.

consecuencias que esta doctrina pudiera tener sobre la estabilidad en el empleo al desincentivar la contratación por el nuevo empresario de trabajadores de la anterior empresa. Además, sin duda, en la mayoría de las actividades subrogadas es necesaria la asunción de la plantilla anterior por motivos puramente prácticos. El personal subrogado, ya está formado, conoce la actividad a desarrollar, y lo más importante, conoce a los clientes asumidos por la nueva empresa, por lo que son escasos los supuestos en los que se puede prescindir de una plantilla, al asumir la sucesión de un negocio. Esta interpretación jurisprudencial extensiva repercute positivamente en los derechos de los asalariados que sufren los efectos de determinados procesos económicos, al aumentar el colectivo de trabajadores incluidos en el marco tuitivo comunitario²⁸, iniciado por la citada Sentencia Sözen.

No obstante y a pesar del mantenimiento del criterio patrimonialista por parte de la jurisprudencia española, existen otras Sentencias que abogan por seguir la doctrina impuesta por la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2004²⁹, ya que hasta ese momento la sucesión de plantilla era un aspecto regulado en el Convenio Colectivo o en el pliego de condiciones administrativas pertinentes. Sin embargo, la regulación convencional de no debe realizarse sin contemplar los requisitos establecidos en el art.44 del ET, es más puede que el Convenio Colectivo obligue a asumir a una serie de trabajadores considerados esenciales para la ejecución de la actividad y no a todos, criterio admitido por la jurisprudencia³⁰. Pero en aquellos casos en que no se asuma la mayoría de la plantilla, la situación que se plantea es muy distinta, pues si este aspecto no se ha previsto por el Convenio Colectivo o por el pliego de condiciones administrativas, debemos acudir al resto de requisitos, expuestos en la teoría patrimonialista del Tribunal Supremo. Ahora bien, es en estos casos en los que las cláusulas convencionales y los pliegos de condiciones mantienen su capacidad plena de contribuir a la estabilidad en el empleo, determinando las condiciones de la subrogación³¹.

²⁸ Rentero Jover, J, “La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004», *Revista derecho social* nº 30.2005.pág 168. Merino Segovia, A. «La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral Español: Un marco normativo insuficiente y deficiente», *Revista derecho social*, núm. 45, 2009, pág. 81; Escudero Rodríguez, R., Estévez González, C., y Menéndez Calvo, R., «El tratamiento convencional del trabajo en régimen de contratas y subcontratas», en AA.VV., *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al Profesor Alberto Guanche Marro*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, págs. 239-251.

²⁹ La Sentencia del TS de 27 de octubre de 2004 se adhirió a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y se manifestó abiertamente a favor de considerar como criterio principal en orden a determinar la existencia de una auténtica sucesión de empresa, la asunción voluntaria por el nuevo empresario de las relaciones laborales de un grupo considerable de la plantilla anterior.

³⁰ STS 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 5736); STS 18 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 2891); social; STS 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1294) , sala social.

³¹ Gómez Arbos, J.: La sucesión de empresa..., op. cit., pp. 7-9.

En la Sentencia del TSJ del País Vasco nada se dice, en el Convenio Colectivo o pliego de condiciones administrativas, sobre la previsión de la sucesión de empresa, en lo que a los trabajadores se refiere, y de otra parte, tampoco se considera que los trabajadores constituyan un elemento primordial o relevante para el ejercicio de la actividad. Como se ha comentado el fondo de la Sentencia está en determinar si los elementos materiales son los que aportan la denominada entidad económica o si por el contrario ésta recae sobre la infraestructura o instalaciones, sin que se atienda al criterio de sucesión de plantilla como esencial para la explotación del negocio.

5. VALORACIÓN FINAL

Ante la gran dispersión doctrinal y jurisprudencial habida acerca de los distintos criterios a tener en cuenta a la hora de considerar la existencia de una sucesión de empresa, se puede decir que la Sentencia objeto de comentario no aporta claridad a este asunto dando una solución al caso (inexistencia de subrogación empresarial y asunción de responsabilidades acerca de los trabajadores por parte de la empresa contratada y no de la contratista), cuanto menos bastante discutible. Como se ha comentado en la reversión de los servicios públicos también se aplican las reglas de la sucesión de empresa, pero en este caso ha quedado acreditado que el verdadero elemento objetivo de la contrata es el Polideportivo (balneario, gimnasio y sala de musculación) que son absolutamente determinantes para el servicio que se presta mediante la concesión. Por ello, se puede denotar como el valor de este concreto activo, Polideportivo, es esencial y primordial para que pueda ejecutarse el negocio, pasando la maquinaria a ser un elemento residual comparándolo con la infraestructura en la que se desarrolla la actividad.

De modo que si tales activos han revertido en la Administración y, son tan importantes, a mi entender, para la explotación del negocio podría darse un cambio de criterio y admitir que si se dan los elementos constitutivos de la sucesión de empresa regulados en el art. 44 del ET, ya que la entidad económica del negocio recae sobre la infraestructura y las instalaciones pertenecientes a la Administración Pública.

A pesar de predominar en el momento actual la interpretación del TJUE en relación a la existencia de sucesión empresarial amparada por la normativa comunitaria basada en una concepción organizativa, de manera que para apreciar la subrogación empresarial no será suficiente el traspaso de la actividad sin transmisión de una estructura organizativa, la situación descrita podría considerarse subrogación empresarial y someterse a lo establecido en el art. 44 del ET. Resulta curioso como la Sentencia, objeto de comentario, se desvincula

de otros pronunciamientos como algunos del Tribunal Supremo en el que se establecen unas indicaciones que podrían haber resuelto el supuesto presentado quizás con mayor claridad y precisión.

Estas disquisiciones jurisprudenciales hacen que se tengan que tener en cuenta ciertos matices para una posible modificación del artículo 44 ET, ya que aunque la interpretación aplicada por el Tribunal de Justicia Europeo y Tribunal Supremo, amplía la cobertura de los trabajadores, no resuelve todos los casos que provoca una sucesión de empresas. Esta situación sigue haciendo necesaria la interpretación de los Tribunales, lo que nos sigue garantizando una abundante casuística en las resoluciones emitidas por los órganos judiciales. Por ello, es muy importante que los Tribunales trataran de evaluar, con carácter previo, si se trata de una actividad en la que los medios materiales se consideren básicos para poder continuar con la explotación del negocio, ya que de esta forma se podría delimitar el supuesto de hecho y la afectación de la identidad económica de la empresa, con la supuesta transmisión patrimonial que se diera.

EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO DE LOS LIBERADOS DE PRISIÓN: EL INTENTO DE LIMITAR SU ÁMBITO SUBJETIVO MEDIANTE UNA LA LEY DE PRESUPUESTOS Y SU VALORACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 123/2016, de 23 de junio de 2016

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: El Juzgado de lo Social de Éibar dictó sentencia por la que se desestimó la demanda interpuesta por los dos actores contra las resoluciones del Servicio Público de Empleo Estatal, en las que se les denegaba el subsidio de desempleo previsto para las personas liberadas de prisión por no reunir los nuevos requisitos adicionales que, para causar derecho al mismo, había introducido la Disp. Final 4ª.8 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre (PGE- 2014). Según constaba en las certificaciones emitidas por la Administración penitenciaria, ambos actores habían cometido delitos relacionados con el terrorismo, y ninguno de ellos reunía las exigencias de acceso que la nueva normativa imponía a los liberados de prisión que hubieran sido condenados por este concreto tipo de delitos; entre ellas, haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y haber formulado petición expresa de perdón a las víctimas. Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco dictó Auto en el que acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad contra las modificaciones realizadas sobre el subsidio por la citada ley presupuestaria, al considerar que contradecían los arts. 9.3, 14, 24.1, 25.1 y 25.2 de la Constitución Española (CE).

RESUMEN: La sentencia objeto de comentario resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida, que sostenía que las nuevas condiciones legislativas vulneraban los mandatos constitucionales del principio de igualdad ante la ley, la garantía de indemnidad, el principio *non bis in idem* y el principio de seguridad jurídica; en relación a la necesidad de respetar el contenido constitucionalmente definido de las leyes de Presupuestos Generales del Estado *ex art.* 134.2 CE y el mandato de orientar las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social efectivas. Pesea a la oposición del Abogado del Estado y del Fiscal General, el TC declarará la inconstitucionalidad de la reforma, no por razones relacionadas con su contenido (aspecto que no entró a valorar), sino por considerar que tal cambio normativo no podía ser efectuado a través de una ley presupuestaria.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO DE LOS LIBERADOS DE PRISIÓN Y SU REFORMA MEDIANTE LA LEY 22/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL 2014
2. LAS DUDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD SUSCITADAS POR LA REFORMA DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA LOS LIBERADOS DE PRISION
3. EL INSTRUMENTO LEGAL EMPLEADO PARA EFECTUAR LA REFORMA COMO FACTOR DETERMINANTE DE SU INCONSTITUCIONALIDAD
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO DE LOS LIBERADOS DE PRISIÓN Y SU REFORMA MEDIANTE LA LEY 22/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL 2014

Junto a la protección de naturaleza contributiva, y en complemento de la misma, nuestro sistema de Seguridad Social articula un entramado de medidas de carácter asistencial con las que pretende atender a las situaciones de necesidad de quienes, careciendo de recursos suficientes, se encuentran en una situación de desempleo involuntario. A ello destina principalmente los arts. 274 a 280 del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre¹, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en donde se prevén hasta seis modalidades distintas de subsidios asistenciales que giran en torno a diversas condiciones personales y/o familiares susceptibles de agravar la situación de vulnerabilidad social del desempleado.

Una de estas modalidades es la prevista por el art. 274 LGSS, en su apartado 2, para los liberados de prisión sin derecho a una prestación contributiva por desempleo que hayan cumplido una condena de privación de libertad por tiempo superior a 6 meses y que, además, reúnan el resto de requisitos previstos con carácter común para todos los subsidios asistenciales en el primer párrafo del apartado 1 del mismo precepto legal; estos son: haber permanecido inscritos como demandantes de empleo durante al menos un mes (periodo de espera), no haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales; y carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional (excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias), en los términos establecidos en el art. 275 LGSS.

De otro lado, a los efectos de extender la acción protectora de este subsidio hacia otros colectivos asimilados a los liberados de prisión referidos, la propia norma considera comprendidos en la situación tutelada, en primer lugar, a los

¹ BOE de 31 de octubre de 2015.

menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran estado ingresados durante al menos 6 meses como consecuencia de la comisión de un delito –colectivo incluido por el art. 41 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre²-, siempre que en el momento de la liberación sean mayores de 16 años (edad mínima de incorporación al mercado laboral), y en segundo lugar, a las personas que hubiesen concluido un tratamiento de desintoxicación de duración superior a 6 meses, siempre que hubieran obtenido la remisión de sus correspondientes penas privativas de libertad conforme al art. 87 del Código Penal (CP) –colectivo protegido a raíz del art. 1 de la Ley 36/1999, de 18 de octubre³-.

En lo que respecta a la duración de la prestación, el art. 277.1 LGSS estipula que podrá extenderse hasta un máximo de 18 meses (6 meses iniciales más 2 prórrogas de igual duración), siempre que se mantengan los requisitos para su percibo, y su cuantía será equivalente al 80 por 100 del IPREM mensual vigente a cada momento según el art. 278 LGSS.

De forma que, con la configuración jurídica descrita, el subsidio cuestionado permanecería inalterado (dejando a un lado las modificaciones efectuadas sobre el régimen jurídico común a todas las modalidades de subsidios asistenciales), hasta que la Disp. Final 4ª.8 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre⁴, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, incidió sobre sus condicionantes particulares de acceso incorporando al antiguo Texto Refundido de la LGSS (contenido en el RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio) la nueva Disp. Adicional 66ª (precepto que en la actualidad se corresponde con el art. 274.2 de la nueva LGSS, aprobada por RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

En particular, la novedad de esta modificación normativa residió en introducir requisitos adicionales a los ya exigidos que sólo afectarían a determinados liberados de prisión en razón de la gravedad del delito cometido. Siendo así que:

Para los condenados por delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas, delitos de terrorismo, o delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, a los que se refieren las letras a) y b) del art. 36.2 CP, el derecho a causar el subsidio por desempleo tras la excarcelación quedaba condicionado, conforme a lo previsto en el apartado 1 de la Disp. Adicional 66ª LGSS, a que el liberado acreditara, mediante la oportuna certificación de la Administración penitenciaria, haber cumplido las exigencias del apartado 6 del art. 72 de la Ley

² De Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE de 31 de diciembre de 1997.

³ De concesión del subsidio de desempleo y de garantías de integración socio-laboral para los delincuentes toxicómanos que hayan visto suspendida la ejecución de su pena de conformidad con lo previsto en la legislación penal. BOE de 19 de octubre de 1999.

⁴ BOE de 26 de diciembre de 2013.

Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LGP); estos son: haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, haber colaborado activamente con las autoridades a fin de evitar nuevos delitos, y mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas, a través de una declaración expresa de repudio y abandono de sus actividades delictivas y de una petición expresa de perdón a las víctimas.

Y para el caso de que los delitos cometidos se hubieran correspondido con los de las letras c) y d) del apartado 2 del art. 36 CP, en donde se tipifican, respectivamente, los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores, y los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, cuando las víctimas sean menores de 13 años, el reconocimiento del subsidio quedaba expresamente sometido, *ex* apartado 2 de la Disp. Adicional 66^a LGSS, a que el liberado de prisión acreditara, también mediante certificación de la Administración penitenciaria, haber satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito –considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales- y haber formulado una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito.

Sin embargo, este endurecimiento de los requisitos de acceso al subsidio asistencial por excarcelación, si bien no resultó cuestionado en lo concerniente a los delitos referidos a la prostitución o corrupción de menores, y a los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, sí suscitó críticas sociales por la desprotección que comportaría para los liberados de prisión que hubieran cumplido condena por la comisión de delitos de terrorismo y, en especial, para aquéllos que hubieran actuado en el seno de la banda terrorista de ETA. De ahí que lo establecido en el apartado 2 de la Disp. Adicional 66^a LGSS –en donde se recogían las nuevas condiciones exigidas a los excarcelados por delitos de terrorismo para causar derecho al subsidio-, motivara el planteamiento de una cuestión inconstitucionalidad que fue resuelta por la sentencia tratada en el presente comentario. Y es que, tanto el medio utilizado para efectuar esta reforma en materia de Seguridad Social –a través de una enmienda presentada por el Ejecutivo a la Ley de Presupuestos Generales de 2014-, como el contexto de su advenimiento –tras la decisión del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo) de anular la denominada “*doctrina Parot*”, provocando la salida de prisión de un gran número de presos de ETA- hicieron dudar sobre la adecuación de la misma a determinados principios y garantías constitucionales.

2. LAS DUDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD SUSCITADAS POR LA REFORMA DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA LOS LIBERADOS DE PRISION

Mediante Auto de 27 de enero de 2015, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco fundamentó la inconstitucionalidad del apartado 2 de la Disp. Adicional 66ª LGSS, introducida por Disp. Final 4ª.8 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en varios motivos que, a su vez, fueron rebatidos tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado en el sentido que se expone acto seguido.

En primer lugar, el Auto planteaba una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en su vertiente de «*garantía de indemnidad*». En concreto sostenía que, la disposición cuestionada, había sido aprobada como réplica a la Sentencia del TEDH de Estrasburgo (Gran Sala), de 21 de octubre de 2013 (asunto Del Río Prada contra España), en la que se declaró que la popularmente conocida como «*doctrina Parot*» era contraria al art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, abriendo con ello la puerta a la excarcelación de varios presos de ETA a los que se les había aplicado la referida doctrina.

A lo que el Auto añadía, además, que no existían razones para negar que la garantía de indemnidad pueda operar frente al poder legislativo y que, si bien es cierto que el legislador puede excepcionar la efectividad de cualquier derecho fundamental para salvaguardar otros bienes constitucionalmente protegidos, tal sacrificio debía resultar justificado en tanto que proporcionado, sin que en el caso enjuiciado fuese posible apreciar ese exigible equilibrio y ponderación entre los beneficios que se pretendían obtener con el endurecimiento de los requisitos de acceso al subsidio (reducción del gasto público) y el sacrificio de la garantía de indemnidad.

En cambio, para el Fiscal General y el Abogado del Estado tal motivo de inconstitucionalidad era rechazable al entender que, en esencia, la finalidad del derecho a la garantía de indemnidad es la de proteger a los ciudadanos para que no sufran consecuencias perjudiciales por el ejercicio de acciones penales o por los actos preparatorios o previos a dicho ejercicio, pero no la de constituir un límite para el legislador en la regulación de cuantas materias estime pertinentes, aun en respuesta a nuevas situaciones creadas por pronunciamientos judiciales. Sobre todo cuando lo regulado para nada impedía, como ocurría en el caso planteado, la plena efectividad de la resolución judicial ya dictada; esto es, la excarcelación de las personas afectadas por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La segunda duda de constitucionalidad aludía al art. 25.1 CE en su vertiente de «*prohibición del bis in ídem*». Según exponía la Sala del TSJ del País Vasco en su mencionado Auto, la conducta de los actores de no satisfacer la responsabilidad

civil derivada del delito y de no desvincularse de ETA, además de haberles impedido obtener los correspondientes beneficios penitenciarios –cuya privación ya habría absorbido todo el reproche que su actuación merecía–, desplegó nuevos efectos negativos imposibilitándoles el acceso al subsidio de desempleo en virtud de una Ley aprobada después de su excarcelación.

Citando la STC 121/2010, de 29 de noviembre, referida específicamente a los recargos tributarios y de Seguridad Social, la Sala argumentaba que los requisitos adicionales impuestos por la norma cuestionada constituían claramente una sanción, debido a que su propósito de los mismos no era otro que el de *«represaliar o castigar a los terroristas que no se desvinculan de la organización criminal»*, y que *«no resultando problemática la identidad subjetiva y el fundamento de las medidas punitivas contrastadas»*, también cabía entender que concurría *«la indispensable identidad fáctica, al tratarse de un hecho único aunque mantenido en el tiempo»*.

Sin embargo, tampoco estas consideraciones fueron compartidas ni por la Fiscalía ni por el Abogado del Estado, para quienes debía descartarse la lesión del principio *«non bis in ídem»* porque, entre otras razones, la norma cuestionada no contenía ninguna sanción –sino que tan solo se limitaba a regular las condiciones de acceso a un tipo prestaciones no contributivas de la Seguridad Social–, y porque tampoco se cumplía la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento exigida por la doctrina constitucional, toda vez que, según especificaba el Abogado de Estado, *«el hecho causante del subsidio no era el delito ni la pena, sino el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma para acceder a ese derecho; y el fundamento de la eventual no concesión no lo era tampoco el delito ni la pena, sino la actitud posterior del sujeto en relación con quienes fueron víctimas del delito»*.

En tercer lugar, y tras recordar que, según las SSTC 206/2013 y 217/2013, de 5 y 19 de diciembre, el principio de seguridad jurídica *ex art. 9.3 CE* exige que una ley de contenido definido constitucionalmente, como la de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guarden debida correspondencia con su función específica, el Auto del TSJ del País Vasco reputaba contrario a ese principio constitucional el que, en el supuesto enjuiciado, la Ley de Presupuestos se utilizara de vehículo para efectuar un cambio normativo que, *«aun pudiendo determinar una reducción del gasto público, obedece en exclusiva a una causa, explicitada en el debate parlamentario, completamente alejada de ese objetivo, máxime cuando la reforma operada repercute negativamente en derechos básicos de los ciudadanos»*. Lo que fue igualmente objetado, de un lado por el Fiscal, quien afirmaba que *«la conexión con el objeto del presupuesto [...] aparece directamente pretendida por la norma cuya finalidad clara es imposibilitar que determinados presos cobren la prestación, lo que implica en sí mismo una reducción del gasto público...»*; y de otro lado por el Abogado

del Estado, quien rechazaba que la norma examinada afectase negativamente a la seguridad jurídica *ex art. 9.3 CE*, razonando que la misma se ajustaba al «*contenido eventual*» de la Ley de Presupuestos al guardar una «*relación directa*» con los ingresos y gastos del Estado, e invocando al respecto la STC 65/1990, de 5 de abril, en la que se admitió que la Ley de Presupuestos incluyera una norma que declaraba la incompatibilidad entre la percepción de cualquier pensión de jubilación y el ejercicio de cualquier actividad retribuida en cualquier Administración Pública.

En cuarto lugar, también se plateaba la posibilidad de que la norma cuestionada fuera contraria al art. 25.2 CE «*en tanto contiene un mandato dirigido al legislador para que oriente el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad y las instituciones que lo integran a la reeducación y reinserción social efectivas*». Estimaba el Auto de la Sala que, siendo el art. 25.2 CE parámetro de constitucionalidad de las leyes (SSTC 160/2012, de 20 de septiembre, y 128/2013, de 3 de junio) «*la disposición cuestionada, en tanto excluye de la prestación de desempleo a los penados por determinados delitos con base en exigencias que, o bien resultan imposibles de cumplir por carecer de medios para ello, o bien afectan a aspectos emocionales, ideológicos y morales, no respeta el principio constitucional orientador de la reinserción*», precisando que «*el rumbo que marca el art. 25.2 CE...no puede verse alterado en función de la clase y gravedad del delito...y tampoco por actitudes del excarcelado que no guardan relación con la situación protegida, afectan a aspectos emocionales, ideológicos y morales, y no pueden ser valoradas necesariamente como muestra de la falta de voluntad de reintegración efectiva en una sociedad democrática entre cuyas señas de identidad figura el diálogo, la tolerancia y la convivencia pacífica, y la no utilización de la violencia para imponer las propias ideas, máxime si se tiene en cuenta que en ocasiones no siempre son libres para tomar sus propias decisiones*».

Razonamiento al que se opuso directamente el Fiscal General defendiendo que la norma impugnada no vulneraba el art. 25.2 CE, pues teniendo en cuenta que el precepto se aplicaría «*cuando la fase de ejecución ha finalizado*», no podría éste «*entorpecer ni menoscabar la reeducación y reinserción social de los penados, al no aplicarse a los mismos*».

Y por último, también dudaba la Sala de la conformidad de la norma con el principio de igualdad del art. 14 CE. A este respecto alegaba que «*la diferencia de trato que establece entre los liberados de prisión, en función del tipo de delito por el que han cumplido condena*», no resultaba objetivamente justificada «*por una razón vinculada a la función específica que cumple esa modalidad de subsidio de desempleo y a la situación de necesidad que trata de proteger*», ni tampoco parecía proporcionada «*al privar a los beneficiarios que carecen de rentas del acceso a*

una prestación del régimen público de Seguridad Social que, según ordena el art. 41 CE, debe garantizar la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, estado de necesidad mucho más acusado cuando se ha estado recluso en prisión durante un largo período de tiempo —18 y 26 años en el caso de los actores—, y se ha obtenido la libertad a una edad —53 y 61 años en el caso— que hacen mucho más difícil encontrar medios de vida con los que satisfacer las necesidades más básicas». Y añade el Auto que «si bien el art. 41 CE no obliga a los poderes públicos a establecer una prestación asistencial a favor de los liberados de prisión, una vez que deciden proteger esa contingencia no pueden hacerlo imponiendo requisitos más rigurosos a quienes habiendo cumplido pena por ciertos delitos se encuentran en una situación de necesidad similar, o incluso más acusada, que los restantes, por cuanto que la gravedad del delito no es un criterio que el legislador haya tomado en cuenta a la hora de articular la protección ... lo que además ocasiona un daño desproporcionado, como es la imposibilidad de lucrar la prestación, que no se puede justificar por la falta de acreditación de unos requisitos que, o bien resultan imposibles de cumplir por carecer el interesado de medios para ello, o bien afectan a aspectos emocionales, ideológicos y morales que ya fueron tenidos en cuenta en el momento de cumplimiento de la pena».

Una valoración con la que tanto el Fiscal como el Abogado del Estado mostraron su desacuerdo, defendiendo que la controvertida norma no podía tacharse de discriminatoria debido a que, la diferencia introducida por la misma, tenía una justificación objetiva y razonable en el hecho de que, no todas las personas que han extinguido una pena privativa de libertad, han realizado los mismos hechos, han atacado los mismos bienes jurídicos, han causado los mismos daños y dolor a las víctimas y a la sociedad o han formado parte de los mismos entramados delictivos. De manera que «*el legislador puede tener en cuenta esas desigualdades existentes y otorgarles relevancia jurídica a la hora de otorgarles prestaciones no contributivas, de libre configuración legal, para, además de exigir una determinada situación de necesidad, imponerles algún tipo de comportamiento, ya en relación con el pago de las responsabilidades civiles, ya con la facilitación de la lucha contra esa especial y grave delincuencia, ya con otros comportamientos reparadores para con las víctimas*».

3. EL INSTRUMENTO LEGAL EMPLEADO PARA EFECTUAR LA REFORMA COMO FACTOR DETERMINANTE DE SU INCONSTITUCIONALIDAD

Para resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada, y apelando a razones de orden lógico, el TC comienza examinando a través de su Sentencia

123/2016, de 23 de junio de 2016, la duda de carácter formal relacionada con la idoneidad del vehículo empleado –la Ley de Presupuestos Generales del Estado- para la aprobación del precepto de Seguridad Social cuestionado –Disp. Adicional 66^a. 2 LGSS-. Y a tal efecto, recurre a su doctrina ya consolidada en esta materia partiendo de la advertencia de que, no cualquier regulación, puede ser incluida formalmente dentro de las leyes de presupuestos toda vez que, según lo establecido en el art. 134.2 CE, tales leyes tienen un contenido propio y determinado, cual es el de la previsión de ingresos y la autorización de gastos del sector público estatal.

En particular, el TC recapitula su doctrina sobre los límites de las leyes de presupuestos recurriendo principalmente a su Sentencia 152/2014, de 25 de septiembre, en la que se reiteraba –sobre la base de otras sentencias precedentes- que el contenido de estas leyes, constitucionalmente delimitado *ex art.* 134.2 CE, puede ser de dos tipos. Por un lado estaría el «*contenido propio o esencial*»: integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, así como por las normas que directamente desarrollan y aclaran los estados cifrados. Y por otro lado estaría, junto a aquel contenido que conforma la identidad misma del presupuesto y que es indisponible para el legislador, el denominado «*contenido eventual o no necesario*»: integrado por todas aquellas normas que, sin constituir directamente una previsión de ingresos o habilitación de gastos, guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno, o se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto.

De modo tal que, como prosigue aseverando el Tribunal (con cita a su Sentencia 217/2013, de 19 de diciembre), una norma solo tendrá cabida en la Ley de Presupuestos como parte de su «*contenido eventual*», en la medida que «*guarde una conexión económica –relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno- o presupuestaria – para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto-*», sin que sea posible incluir en este tipo de leyes «*modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico*», a menos que éstas guarden la suficiente conexión económica o presupuestaria antes citada.

Además, recuerda la sentencia objeto de análisis que, partiendo de estas consideraciones, se ha venido admitiendo la posibilidad de que las leyes de presupuestos incluyeran medidas que tuvieran como finalidad directa el aumento o la reducción del gasto público, o la creación de un complemento retributivo para determinados cargos públicos, o bien la sujeción al derecho privado de la red comercial de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado. Mientras que se ha descartado que en tales leyes pudieran tener cabida las normas propias del Derecho

codificado, u otras previsiones de carácter general en las que no concurra dicha vinculación inmediata y directa (como sucedió en relación al establecimiento de un nuevo procedimiento que facilitara la recaudación de las deudas tributarias mediante la entrada automática en el domicilio del deudor), así como algunas normas que integran el régimen de la función pública (entre ellas, las relativas a los procedimientos de acceso de los funcionarios sanitarios locales interinos a la categoría de funcionarios de provisión de los puestos de trabajo del personal sanitario, las referidas a la edad de pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, o las concernientes a los requisitos de titulación necesarios para acceder al Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal).

Por lo que la clave radica, como resalta el TC, en que la conexión con el objeto del presupuesto (habilitación de gastos y estimación de ingresos) sea directa, inmediata y querida por la norma; siendo asimismo doctrina de este Tribunal el que la extralimitación de ese contenido vulnera el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE (STC 32/2000, de 3 de febrero).

Pues bien, partiendo de la doctrina expuesta, el TC estima que la norma cuestionada no puede formar parte ni del «*contenido esencial*» de la Ley de Presupuestos (la previsión de ingresos y la autorización de gastos del sector público estatal *ex art. 134.2 CE*), ni de su «*contenido eventual*».

En concreto argumenta que la simple reducción de gastos que implica la medida introducida no es suficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos, ya que «*es evidente que toda medida legislativa tendrá siempre algún efecto presupuestario, porque requerirá un incremento de gasto presupuestario o la dotación de una partida, o porque supondrá, por el contrario, una reducción del gasto o un incremento de los ingresos*», y no pueden incluirse normas «*cuya incidencia en la ordenación del programa anual de ingresos y gastos es sólo accidental y secundaria y, por ende, insuficiente para legitimar su inclusión en la Ley de Presupuestos*».

Incluso considera que, dejando a un lado ese efecto propio e intrínseco de reducción de gastos, no hay otras razones que puedan justificar la inclusión de la norma cuestionada en la Ley de Presupuestos por guardar con ella «*la suficiente conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)*». Y ello porque:

En primer lugar, de los antecedentes legislativos expuestos en la propia sentencia, resulta evidente que no fue la necesidad de reducir el gasto la que llevó al grupo parlamentario precursor de la medida a introducir las enmiendas que condujeron a su adopción. De hecho, constata el TC que, en la justificación de esas enmiendas (transcrita en parte en el Auto de planteamiento), no se hacía

referencia alguna al ahorro que podría representar la medida, sino a la necesidad de que, a la vista de *«el tiempo transcurrido desde la implantación del subsidio por desempleo a favor de los liberados de prisión a través de la Ley 31/1984, de 2 de agosto»*, se realizara *«una revisión en profundidad de la normativa reguladora de dicho subsidio»* que estuviera dirigida a *«cohonestar debidamente la asistencia social que se presta mediante éste a los liberados de prisión, con la reparación justa y debida a las víctimas del delito y a la propia sociedad mediante la satisfacción previa de la responsabilidad civil derivada del delito»*; es decir, tan solo se aludía a *«exigencias de justicia»* al tacharse de injusto el sistema anterior en relación con *«determinadas manifestaciones particularmente graves de delincuencia como el terrorismo y la criminalidad organizada»*.

Y en segundo lugar porque, según el Tribunal, tampoco se aprecia que la disposición cuestionada responda a *«criterios de política económica del Gobierno»* o se dirija *«a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto»*, que son, a parte de la *«relación directa»*, los otros dos vínculos con el contenido esencial de la Ley de Presupuestos que la doctrina de este Tribunal ha admitido para permitir la inclusión en ella de una norma no estrictamente presupuestaria.

De manera que, sobre la base de tal razonamiento y teniendo en cuenta que, ni en el procedimiento legislativo ni por parte del Gobierno en sus alegaciones ante el TC, se efectuó alegato alguno acerca del ahorro que efectivamente produciría la medida cuestionada (ahorro que, en todo caso y a juicio del TC, aparentaba ser más bien escaso), la sentencia concluye con la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad y la consecuente declaración de nulidad de la disposición impugnada, indicando a su vez que, dicha decisión, conduce a que no haya razón alguna para continuar examinando las restantes dudas de constitucionalidad formuladas por el órgano proponente.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se acaba de hacer constar, el recurso desviado a la Ley de Presupuestos para introducir una reforma de Seguridad Social que obedecía a una opción de política jurídica distinta a la estrictamente presupuestaria o económica, es lo que motivó al TC a declarar, en el supuesto planteado y con fundamento en los arts. 9.3 (principio de seguridad jurídica) y 134.2 de la CE (delimitación del contenido material de las leyes de presupuestos), la inconstitucionalidad de la modificación operada sobre el subsidio por desempleo para los liberados de prisión.

Se trata de una cuestión (la relativa a los límites materiales de este tipo de leyes) sobre la que el propio Tribunal ya se había pronunciado en numerosas ocasiones anteriores (tal y como la sentencia comentada pone de manifiesto) ante

la práctica habitual y tradicional de que las leyes presupuestarias anuales incidan en la configuración jurídica de nuestro sistema público de Seguridad Social.

Sin embargo, esta valoración negativa de la constitucionalidad de la reforma desde un punto de vista procedimental, permitió que el TC eludiera en su pronunciamiento cualquier juicio sobre la constitucionalidad de la misma en lo que respecta a su contenido; es decir, en lo que concierne a los nuevos requisitos adicionales a los que la norma enjuiciada sometía el reconocimiento del subsidio para los liberados de prisión que hubieran cumplido condena por la comisión de delitos relacionados con organizaciones criminales o de terrorismo.

Por lo que no cabe duda de que, el debate sobre la constitucionalidad de esta medida restrictiva del derecho al subsidio para los ex-reclusos por este tipo de delitos, seguirá estando presente en el ámbito político - jurídico, especialmente en caso de que se intente introducir de nuevo en nuestro sistema a través del adecuado cauce normativo.

De hecho, se trata de una cuestión que en la actualidad sigue generando situaciones conflictivas por el inminente sustrato político ideológico que presenta, tal y como lo prueba la denuncia de prevaricación presentada en diciembre de 2016 por el sindicato nacionalista vasco LAB frente a los Servicios Públicos de Empleo de Bizkaia, acusándoles de seguir aplicando la disposición declarada nula por el TC en la sentencia comentada con el fin de denegar los subsidios de desempleo a ex presos de la organización terrorista de ETA.

BIBLIOGRAFÍA

- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: « La persistencia del legislador en no respetar los límites materiales de las Leyes Generales de Presupuestos de Estado», *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.1, 2014, págs. 191-215.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Propuestas de mejora en la protección por desempleo durante la permanencia en prisión y tras la excarcelación. Un análisis de conjunto» *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 167, 2014, págs. 149-175.
- HIERRO HIERRO, F.J.: «Los últimos cambios normativos acerca del subsidio de desempleo a favor de las personas liberadas de prisión ¿constitucionales?. Auto TSJ País Vasco 27 enero 2015 (AS 2015, 299)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.178, 2015, págs. 345-356.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2016

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

RESOLUCIÓN DE 7 DE JUNIO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO DE SEVILLA, POR LA QUE SE DEJA SIN EFECTO LA CONVOCATORIA PARA EL EJERCICIO 2014 DE LAS AYUDAS REGULADAS EN LA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2003, POR LA QUE SE DESARROLLA EL PROGRAMA DE INSERCIÓN A TRAVÉS DEL EMPLEO (BOJA núm. 184, de 23 de septiembre de 2016).

La Orden de 21 de noviembre de 2003, publicada en el BOJA núm. 8, de 14 de enero de 2004, desarrolló el Programa de Inserción a través del Empleo regulado en el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la inserción laboral de la Junta de Andalucía; sin embargo, dado que a la expiración del ejercicio de 2014, ninguna de las solicitudes de ayuda había sido resuelta y concedida, por falta de dotación presupuestaria; mediante esta Resolución se deja sin efecto la citada Orden.

RESOLUCIÓN DE 29 DE AGOSTO DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN LA MODALIDAD DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS PARA EL AÑO 2016, DE LAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 3 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN LAS MODALIDADES DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA PRIORITARIAMENTE A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS Y A PERSONAS TRABAJADORAS OCUPADAS (BOJA núm. 169, de 2 de septiembre de 2016).

Su finalidad es proceder a la apertura de la convocatoria para el año 2016, en régimen de concurrencia competitiva, del plazo de solicitud de subvenciones para realizar, en modalidad presencial, acciones formativas de formación de oferta dirigidas a las personas trabajadoras desempleadas a las que se refiere el artículo

11 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

El plazo para presentar solicitudes se encuentra cerrado a la fecha de publicación de este resumen legislativo, pues fue de 10 días hábiles a computar desde el día siguiente a la fecha de su publicación en el BOJA.

EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES, EN LA MODALIDAD DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS PARA EL AÑO 2016, DE LAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 3 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN LAS MODALIDADES DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA PRIORITARIAMENTE A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS Y A PERSONAS TRABAJADORAS OCUPADAS (BOJA núm. 169, de 2 de septiembre de 2016).

Esta disposición abre la convocatoria de subvenciones para el año 2016, en régimen de concurrencia competitiva, para realizar en modalidad presencial, las acciones formativas de están dirigidas a la personas trabajadoras desempleadas a las que se refiere el artículo 11 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

En texto completo de la convocatoria se publicó en enlace siguiente: <http://www.pap.minhap.gob.es/bdnstrans>

El plazo de solicitudes, a la fecha de publicación de este escrito, se encontrará cerrado, al ser de 10 días hábiles a computar desde el día siguiente al que se publicó el extracto de la Resolución en el BOJA.

RESOLUCIÓN DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE AMPLÍA EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES ESTABLECIDO EN LA RESOLUCIÓN DE 29 DE AGOSTO DE 2016, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES, EN LA MODALIDAD DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS PARA EL AÑO 2016, DE LAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 3 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN

DE SUBVENCIONES PÚBLICAS, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN LAS MODALIDADES DE FORMACIÓN DE OFERTA DIRIGIDA PRIORITARIAMENTE A PERSONAS TRABAJADORAS DESEMPLEADAS Y A PERSONAS TRABAJADORAS OCUPADAS (BOJA núm. 179, de 16 de septiembre de 2016).

Esta disposición tiene por objetivo ampliar en 5 días hábiles el plazo de presentación de solicitudes establecido en el apartado 2, del Resuelto Decimoctavo de la Resolución de 29 de agosto de 2016, por la que se convocan subvenciones, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas para el año 2016, de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, quedando ampliado el plazo de presentación de solicitudes hasta el 20 de septiembre de 2016.

RESOLUCIÓN DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016, DE LA VICECONSEJERÍA, POR LA QUE SE REALIZA LA DISTRIBUCIÓN DE CRÉDITOS CORRESPONDIENTE A LA CONVOCATORIA DE SUBVENCIONES, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, PARA EL EJERCICIO 2016, A PYMES Y AUTÓNOMOS QUE REALICEN PROYECTOS E INVERSIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES (BOJA núm. 184, de 23 de septiembre de 2016).

Los 2.860.000,00 euros de créditos disponibles en la correspondiente convocatoria de subvenciones, se reparten territorialmente en las siguientes cantidades:

Almería	118.933,64 €
Cádiz	167.873,48 €
Córdoba	324.532,83 €
Granada	716.796,31 €
Huelva	100.162,63 €
Jaén	490.302,67 €
Málaga	475.833,35 €
Sevilla	465.565,09 €

RESOLUCIÓN DE 28 DE OCTUBRE DE 2016, DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE DELEGAN LAS COMPETENCIAS PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN Y REINTEGRO DE LAS SUBVENCIONES CORRESPONDIENTES A LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN

PROFESIONAL Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN REGULADO EN LA ORDEN QUE SE CITA, EN ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA AGENCIA (BOJA núm. 213, de 7 de noviembre de 2016).

La finalidad de la disposición es doble:

a) Delegar la competencia para la resolución de los procedimientos de concesión y reintegro de las

subvenciones correspondientes a los Programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción, regulados en la Orden de 18 de octubre de 2016, por la que se aprueban las bases reguladoras en régimen de concurrencia competitiva de las subvenciones concedidas en el marco de los programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción, regulados por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía, en la persona titular de la Dirección General competente en materia de Orientación Profesional, respecto de las solicitudes presentadas que excedan del ámbito territorial de la provincia (ámbito multiprovincial).

b) Delegar la competencia para la resolución de los procedimientos de concesión y reintegro de las subvenciones correspondientes a los Programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción, regulados en la Orden de 18 de octubre de 2016, en las personas titulares de las Direcciones Provinciales de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, en sus respectivos ámbitos provinciales, respecto de las solicitudes presentadas en el ámbito de la provincia.

Las consecuencias a la delegación serán que los actos dictados por estas personas pondrán fin a la vía administrativa.

EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 19 DE OCTUBRE DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE EFECTÚA LA CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2016 DE LAS SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA DE LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN (BOJA núm. 205, de 25 de octubre de 2016).

La resolución tiene el objetivo de compensar económicamente la prestación de los servicios de interés económico general desarrollados por las entidades beneficiarias, mediante incentivos dirigidos a financiar las Unidades de Orientación Profesional que integran la Red Andalucía Orienta.

La totalidad de las bases de las convocatorias se publicaron en la página: <http://www.pap.minhap.gob.es/bdnstrans>.

El plazo de presentación de solicitudes se concretó en cinco días a partir del día siguiente a que se publique en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el extracto previsto en el artículo 20.8.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

RESOLUCIÓN DE 7 DE DICIEMBRE DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES PARA INCENTIVAR LA REALIZACIÓN DE ESCUELAS TALLER Y TALLERES DE EMPLEO, CONFORME A LO PREVISTO EN LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO DE 2 DE JUNIO DE 2016, POR LA QUE SE REGULAN LOS PROGRAMAS DE ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS, TALLERES DE EMPLEO Y UNIDADES DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE AYUDAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA A DICHO PROGRAMA (BOJA núm. 238, de 14 de diciembre de 2016).

Esta disposición ha sido completada mediante la publicación, en el mismo BOJA, del **EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE DICIEMBRE DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES DESTINADAS A INCENTIVAR LA EJECUCIÓN, EN MODALIDAD PRESENCIAL, DE PROYECTOS DE ESCUELAS TALLER Y TALLERES DE EMPLEO EN LOS TÉRMINOS PREVISTOS EN LA ORDEN DE 2 DE JUNIO DE 2016, DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO, POR LA QUE SE REGULAN LOS PROGRAMAS DE ESCUELAS TALLER, CASAS DE OFICIOS, TALLERES DE EMPLEO Y UNIDADES DE PROMOCIÓN Y DESARROLLO EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA, Y SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA A DICHO PROGRAMA.**

Podrán beneficiarse de las subvenciones para poner en marcha Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, las siguientes entidades:

a) Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sus organismos autónomos y entidades con competencias en materia de promoción de empleo, dependientes o asimiladas a las mismas, cuya titularidad corresponda íntegramente a dichas Corporaciones locales.

b) Consorcios cuyos miembros integrantes sean exclusivamente entidades locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El plazo de presentación de solicitudes abarca del 15 de enero de 2017 hasta el 30 de abril de 2017, ambos incluidos.

Los formularios de solicitudes se descargan de la dirección electrónica:

<https://www.juntadeandalucia.es/empleoempresaycomercio/oficinavirtualFPE/>.

ORDEN DE 18 DE OCTUBRE DE 2016, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS EN EL MARCO DE LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN REGULADOS POR EL DECRETO 85/2003, DE 1 DE ABRIL, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS PROGRAMAS PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (BOJA núm. 204, de 24 de octubre de 2016).

Estas bases, cuyo plazo de solicitud se establecerá en la respectiva convocatoria, pretenden compensar económicamente la prestación de los servicios de interés económico general desarrollados por las entidades beneficiarias, mediante incentivos destinados a financiar las Unidades de Orientación Profesional que integran la Red Andalucía Orienta, con la finalidad de que puedan promover la inserción laboral de las personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en el Servicio Andaluz de Empleo.

La puesta en práctica de su contenido se realizó mediante la RESOLUCIÓN DE 19 DE OCTUBRE DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GERENCIA DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE EFECTÚA LA CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2016 DE LAS SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA DE LOS PROGRAMAS DE ORIENTACIÓN PROFESIONAL Y ACOMPAÑAMIENTO A LA INSERCIÓN (BOJA núm. 205, de 25 de octubre de 2016), cuyo plazo de presentación de solicitudes fue de 5 días a computar a partir del día siguiente al que se publique en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el extracto previsto en el artículo 20.8.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de Subvenciones, razón por la que no se profundiza en su contenido.

ORDEN DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECE EL CALENDARIO DE DOMINGOS Y FESTIVOS EN QUE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES PODRÁN PERMANECER ABIERTOS AL PÚBLICO DURANTE EL AÑO 2017 (BOJA núm. 229, de 29 de noviembre de 2016).

Los días designados para la apertura de los establecimientos son los siguientes:

- 2 de enero, lunes.
- 8 de enero, domingo.
- 2 de julio, domingo.
- 15 de agosto, martes.
- 3 de septiembre, domingo.
- 12 de octubre, jueves.
- 26 de noviembre, domingo.
- 8 de diciembre, viernes.
- 17 de diciembre, domingo.
- 24 de diciembre, domingo.

ORDEN DE 2 DE DICIEMBRE DE 2016, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DEL PROGRAMA DE APOYO A LA CREACIÓN, CONSOLIDACIÓN Y MEJORA DE LA COMPETITIVIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO AUTÓNOMO (BOJA núm. 234, de 7 de diciembre de 2016; corrección de errores en BOJA núm. 242, de 20 de diciembre de 2016).

Esta norma procede de la Consejería de Economía y Conocimiento, enmarcándose dentro de las iniciativas aprobadas para luchar contra el desempleo, potenciando el emprendimiento en el marco de la “Agenda por el Empleo. Plan Económico de Andalucía 2014-2020. Estrategia para la Competitividad”, aprobada por el Consejo de Gobierno el 22 de julio de 2014, cuya puesta en práctica se realizó mediante la aprobación del plan de Actuación por Acuerdo del Consejo de Gobierno, el pasado 21 de junio de 2016, siendo esta Orden de 2 de diciembre de 2016 la que tiene como objetivo poner en práctica lo dispuesto en la Ley 15/2011, de 23 de diciembre, Andaluza de Promoción del Trabajo Autónomo, el Pacto para la Promoción del Trabajo Autónomo en Andalucía y el Plan de Actuación para el Trabajo Autónomo de Andalucía (Horizonte 2020).

La Orden, extensa y exhaustiva, ocupa un total de 57 páginas, siendo sus líneas las que se establecen en el artículo 8, de las que se señala su objetivo principal:

a) Línea 1. Fomento de la creación de empresas de trabajo autónomo, desarrollada en el Capítulo II (arts. 9 a 16), la cual tiene como objetivo:

- El fomento de las iniciativas emprendedoras de trabajo autónomo para impulsar el autoempleo individual mediante el apoyo al inicio de una actividad económica.

- Las ayudas al establecimiento de las iniciativas emprendedoras para apoyar el trabajo autónomo recientemente creado, incentivando su continuidad.

b) Línea 2. Consolidación empresarial del trabajo autónomo, se desarrollan en el Capítulo III, arts. 17 a 21), trata de consolidar las iniciativas económicas de los trabajadores y trabajadoras autónomos, a través de:

- La Cooperación empresarial (proyectos de colaboración entre tres o más personas trabajadoras autónomas para la realización de actividades empresariales o profesionales conjuntas).

- El impulso del relevo generacional en el trabajo autónomo.

- Las ayudas a los colectivos de autónomos para impulsar planes técnicos que aumenten su competitividad e innovación.

c) Línea 3. Creación y consolidación del empleo en empresas de trabajo autónomo (arts. 22 a 27). Tiene como finalidad, fomentar la creación de empleo estable apoyando las contrataciones indefinidas de trabajadores realizadas por personas trabajadoras autónomas; así como apoyar las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos ordinarios de forma simultánea; y favorecer una mayor presencia de la mujer en el trabajo.

La cuantía de las subvenciones (se reduce si el contrato es a tiempo parcial) es la siguiente:

- 3.000 euros por cada nuevo contrato indefinido ordinario, cuando sea a jornada completa.

- 3.000 euros por cada transformación de un contrato de duración determinada en contrato de tiempo indefinido realizado de forma simultánea, cuando sea a jornada completa.

- 3.000 euros cuando la contratación sea a jornada completa por un periodo de ocho meses, por cada contrato de interinidad, para sustituir a personas con riesgo durante el embarazo.

- 1.500 euros cuando la contratación sea a jornada completa por un periodo de dieciséis semanas, por cada contrato de interinidad, para sustituir a personas que se encuentren en situación de permiso por maternidad, incluido el supuesto de cesión inicial al otro progenitor de dicho periodo de suspensión, adopción o acogimiento.

d) Línea 4. Promoción del trabajo autónomo (art. 28 a 34), tal como señala su art. 28 “tiene por objeto favorecer la creación, el mantenimiento y la consolidación del empleo autónomo, mediante la prestación de un servicio de interés económico general que se gestione a través de la elaboración de proyectos de orientación, asesoramiento y tutorización de personas trabajadoras autónomas, que serán diseñados y desarrollados por las entidades que resulten beneficiarias de la misma, promocionando, fomentando y evitando la destrucción del empleo autónomo.

(...)

Estas actividades se desarrollarán dentro de las Medidas que se indican en las Líneas Estratégicas 2 y 6, Mejora de la Competitividad y Desarrollo Laboral y Personal, respectivamente, que se encuentran detalladas en el Plan de Actuación para el Trabajo Autónomo de Andalucía (Horizonte 2020)”.

Otras disposiciones que se han aprobado en este cuatrimestre, presentadas el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, son las siguientes:

A) ACUERDO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2016, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE ACCIÓN «ANDALUCÍASMART 2020», DE IMPULSO AL DESARROLLO INTELIGENTE DE LAS CIUDADES Y MUNICIPIOS DE ANDALUCÍA (BOJA núm. 181, de 20 de septiembre de 2016).

B) EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO, POR LA QUE SE CONVOCAN, PARA EL EJERCICIO 2016 LAS SUBVENCIONES A CONCEDER, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA A LOS AYUNTAMIENTOS PARA LA MEJORA Y MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO AMBULANTE (MODALIDAD CAM) -BOJA núm. 190, de 3 de octubre de 2016-.

La cuantía máxima subvencionada es de 53.500 euros, encontrándose en la actualidad cerrado el plazo al ser de quince días hábiles a contar desde el día siguiente a la publicación de este extracto en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, según lo previsto en el artículo 20.8.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

C) RESOLUCIÓN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2016, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO, POR LA QUE SE CONVOCAN, PARA EL EJERCICIO 2016, LAS SUBVENCIONES A CONCEDER, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA, A LOS AYUNTAMIENTOS PARA LA MEJORA Y MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO AMBULANTE (MODALIDAD CAM) -BOJA núm. 190, de 3 de octubre de 2016-.

El plazo de solicitud fue de 15 días hábiles a computar desde el día siguiente a su publicación en el BOJA correspondiente.

D) ORDEN DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016, POR LA QUE SE DESIGNA MIEMBRO DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, EN REPRESENTACIÓN DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO (BOJA núm. 201, de 19 de octubre de 2016).

Nombra miembro del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en representación de la

Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, a doña María José Asensio Coto, Viceconsejera de Empleo, y deja sin efecto el nombramiento de doña Antonia Jesús Moro Cárdeno, mediante Orden de 2 de diciembre de 2015.

E) ORDEN DE 20 DE OCTUBRE DE 2016, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA EN MATERIA DE COMERCIO DESTINADAS A PROMOVER LAS RELACIONES DE COOPERACIÓN DEL SECTOR COMERCIAL ANDALUZ, ASÍ COMO A IMPULSAR EL ASOCIACIONISMO COMERCIAL EN TODOS SUS NIVELES Y LA CREACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LOS CENTROS COMERCIALES ABIERTOS (MODALIDAD ASC-CCA) -BOJA núm. 206, de 26 de octubre de 2016-.

La correspondiente convocatoria se realizará por resolución de la persona titular de la Dirección General de Comercio se efectuará la correspondiente convocatoria pública en la que se establecerá el plazo de presentación de las solicitudes de ayudas.

CALL FOR PAPERS FOR THE 2017 MARCO BIAGI AWARD

To stimulate scholarly activity and broaden academic interest in comparative labour and employment law, the International Association of Labour Law Journals announces a Call for Papers for the 2017 Marco Biagi Award. The award is named in honor of the late Marco Biagi, a distinguished labour lawyer, victim of terrorism because of his commitment to civil rights, and one of the founders of the Association. The Call is addressed to doctoral students, advanced professional students, and academic researchers in the early stage of their careers (that is, with no more than three years of post-doctoral or teaching experience).

1. The Call requests papers concerning *comparative and/or international* labour or employment law and employment relations, broadly conceived. Research of an empirical nature within the Call's purview is most welcome.
2. Submissions will be evaluated by an academic jury to be appointed by the Association.
3. The paper chosen as the winner of the award will be assured publication in a member journal, subject to any revisions requested by that journal.
4. Papers may be submitted preferably in English, but papers in French or Spanish will also be accepted. The maximum length is in the range of 12,500 words, including footnotes and appendices. Substantially longer papers will not be considered.
5. The author or authors of the paper chosen as the winner of the award will be invited to present the work at the Association's 2017, to be announced on the website of the Association. Efforts are being undertaken to provide an honorarium and travel expenses for the presentation of the paper. Until that effort bears fruit, however, the Association hopes that home institutional funds would be available to support the researcher's presentation.
6. The deadline for submission is 31 March, 2017. Submissions should be sent electronically in Microsoft Word to Frank Hendrickx, the President of the Association, at Frank.Hendrickx@kuleuven.be .

The International Association of Labor Law Journals

Análisis Laboral, Peru

Arbeit und Recht, Germany

Australian Journal of Labor Law, Australia

Bulletin on Comparative Labour Relations, Belgium
Canadian Labour and Employment Law Journal, Canada
Comparative Labor Law & Policy Journal, USA
Derecho de las Relaciones Laborales, Spain
Diritti lavori mercati, Italy
Employees & Employers, Slovenia
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), Germany
European Labour Law Journal, Belgium
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali, Italy
Industrial Law Journal, United Kingdom
Industrial Law Journal, South Africa
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, The Netherlands
International Labour Review, ILO
Japan Labor Review, Japan
Labour and Social Law, Belarus
Labour Society and Law, Israel
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL, Italy
Lavoro e Diritto, Italy
Pécs Labor Law Review, Hungary
Revista de Derecho Social, Spain
Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, France
Revue de Droit du Travail, France
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale, Italy
Russian Yearbook of Labour Law, Russia
Temas Laborales, Spain
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, Germany

Prior Recipients of the Marco Biagi Award

2016 Mimi Zou, *Towards Exit and Voice: Redesigning Temporary Migrant Workers's Programmes*

- 2015 Uladzislau Belavusau (Vrije Universiteit Amsterdam, the Netherlands), *A Penalty Card for Homophobia from EU Labor Law: Comment on Asociația ACCEPT (C-81/12)*.
- 2014 Lilach Lurie (Bar-Ilan University, Israel), *Do Unions Promote Gender Equality?*
Special Commendation: Isabelle Martin (University of Montreal, Canada), *Corporate Social Responsibility as Work Law? A Critical Assessment in the Light of the Principle of Human Dignity*
- 2013 Aline Van Bever (University of Leuven, Belgium), *The Fiduciary Nature of the Employment Relationship*
- 2012 Diego Marcelo Ledesma Iturbide (Buenos Aires University, Argentina), *Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica*
Special Commendation: Apoorva Sharma (National Law University, Delhi, India), *Towards an Effective Definition of Forced Labor*
- 2011 Beryl Ter Haar (Universiteit Leiden, the Netherlands), Attila Kun (Károli Gáspár University, Hungary) & Manuel Antonio Garcia-Muñoz Alhambra (University of Castilla-La Mancha, Spain), *Soft On The Inside; Hard For the Outside. An Analysis of the Legal Nature of New Forms of International Labour Law*
Special Commendation: Mimi Zou (Oxford University, Great Britain), *Labour Relations With “Chinese Characteristics”? Chinese Labour Law at an Historic Crossroad*
- 2010 Virginie Yanpelda, (Université de Douala, Cameroun), *Travail décent et diversité des rapports de travail*
Special Commendation: Marco Peruzzi (University of Verona, Italy), *Autonomy in the European social dialogue*

Association’s Award Prior to Naming as Marco Biagi Award

- 2009 Orsola Razzolini (Bocconi University, Italy), *The Need to Go Beyond the Contract: “Economic” and “Bureaucratic” Dependence in Personal Work Relations*

ESTUDIOS

El problemático control de la incapacidad temporal en el régimen general

Juan Gorelli Hernández

Para-subordinación y autonomía. El derecho del trabajo italiano en transformación

Stefano Bini

Efectos del uso de la aplicación “whatsapp” en el marco de las relaciones laborales

M^a José Cervilla Garzón

La gestión del envejecimiento de la población trabajadora en materia laboral y de seguridad y salud

Juan Manuel Moreno Díaz

Videovigilancia laboral y derecho fundamental a la protección de datos

Inmaculada Jiménez-Castellanos Ballesteros

MERCADO DE TRABAJO

La estadística de convenios colectivos y la medición de la cobertura de la negociación colectiva

José Ignacio Pérez Infante

INFORMES Y DOCUMENTOS

El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras, de Fernando Valdés Dal-Ré. Recensión (diálogo con el autor)

Itziar Gómez Fernández

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

Traslado y mandato del representante

M^a Inmaculada Benavente Torres

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Sucesión de empresa y reversión de los servicios públicos

Olga García Coca

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

El subsidio por desempleo de los liberados de prisión: el intento de limitar su ámbito subjetivo mediante una la ley de presupuestos y su valoración desde una perspectiva constitucional

María José Caballero Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M^a Dolores Rubio De Medina

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



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO