

1. ESTUDIOS

El papel del Estado y las relaciones laborales: una geometría compleja y variable
ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ

Estibadores, Unión Europea y Decreto-ley:
tres actores de reparto para una obra jurídicamente compleja
ANA CARMONA CONTRERAS

La reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea en el caso español, entre el efecto
directo y la integración encubierta
MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO

El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro
PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS

Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba
JESÚS CRUZ VILLALÓN

El sistema británico de representación de los trabajadores en el centro de trabajo tras los
últimos cambios normativos
EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Almería
Relación entre el acuerdo de fin de huelga y el acuerdo de conciliación judicial
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga
Jubilación anticipada por discapacidad
M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO

DERECHOS FUNDAMENTALES
Universidad Internacional de La Rioja
¿Vulnera el derecho al honor y a la intimidad la publicación de la sanción de un trabajador?
RAQUEL POQUET CATALÁ

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

TEMAS LABORALES

**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL**

142

**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

JAVIER CARNERO SIERRA
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

PILAR SERRANO BOIGAS	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
MANUEL CABALLERO VELÁZQUEZ	Secretario General de Empleo
VICTOR 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 de la Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

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

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 142/2018
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- El papel del Estado y las relaciones laborales:
una geometría compleja y variable
ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ
- Estibadores, Unión Europea y Decreto-ley:
tres actores de reparto para una obra jurídicamente compleja
ANA CARMONA CONTRERAS
- La reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea en el caso
español, entre el efecto directo y la integración encubierta
MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO
- El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores:
pasado, presente, futuro
PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS
- Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva
en la estiba y desestiba
JESÚS CRUZ VILLALÓN
- El sistema británico de representación de los trabajadores
en el centro de trabajo tras los últimos cambios normativos
EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Almería
Relación entre el acuerdo de fin de huelga y
el acuerdo de conciliación judicial
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ
- PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga
Jubilación anticipada por discapacidad
M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO

DERECHOS FUNDAMENTALES

Universidad Internacional de La Rioja

¿Vulnera el derecho al honor y a la intimidad la publicación de la sanción de un trabajador?

RAQUEL POQUET CATALÁ

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

Ejemplos:

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

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

7. EXTENSIÓN

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

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

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

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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

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

10. CESIÓN DE DERECHOS

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 142/2018
Second Trimester**

INDEX

1. STUDIES

- The role of the State and labour relations:
a complex and variable geometry
ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ
- Dockers, European Union and Decree-Law:
three actors cast for a legally complex work
ANA CARMONA CONTRERAS
- The reform of labour in the stowage by the European Union
in the Spanish case, between the direct effect and the
concealed integration
MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO
- The legal regime of employment of stevedores: past, present, future
PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS
- The necessary transformation of collective bargaining
in the loading and unloading in ports
JESÚS CRUZ VILLALÓN
- The British system of representation of workers
in the workplace after recent policy changes
EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

2. JUDICIAL COMMENTS

- COLLECTIVE LABOUR LAW
University of Almeria
Relationship between the order to strike agreement
and the judicial conciliation agreement
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

Early disability retirement

M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO

FUNDAMENTAL RIGHTS

International University of La Rioja

Publication of the sanction of a worker violates
the right to honour and privacy?

RAQUEL POQUET CATALÁ

3. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia

1

Estudios

EL PAPEL DEL ESTADO Y LAS RELACIONES LABORALES: UNA GEOMETRÍA COMPLEJA Y VARIABLE

ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Estado social, crowdsourcing, plataformas digitales, tecnología.

Hace años Gérard Lyon-Caen subrayó la importancia de la economía, entendida como la dimensión específica de nuestras sociedades en la producción e intercambio de bienes y servicios, bajo la perspectiva de tres puntos de vista diferentes: el lugar de la legislación laboral en la economía capitalista, el encuadre de las elecciones económicas por las disposiciones de la legislación laboral, la posible influencia del conocimiento económico en las calificaciones y en las apreciaciones en el campo del derecho del trabajo.

Hoy las nuevas tecnologías, y más en concreto la economía digital en un mundo globalizado, han generado nuevas formas competitivas de producción y organización del trabajo. Figuras hasta el presente desconocidas en la tradición jurídico laboral, como es el caso de las plataformas digitales o el crowdsourcing, carecen de un tratamiento normativo que las discipline. El Estado sigue ausente en el nuevo escenario que ha venido a crearse, teniendo profundas dificultades para penetrar en el entramado globalizador. Nacen por ello directrices sindicales, impulsos de los organismos internacionales, y decisiones jurisprudenciales cuya finalidad es dotar de un cierto equilibrio en las tradicionales relaciones obrero/patronales

ABSTRACT

Key Words: social status, crowdsourcing, digital platforms, technology.

Years ago Gérard Lyon-Caen underlined the importance of the economy, understood as the specific dimension of our societies in the production and exchange of goods and services, under the perspective of three different points of view: the place of legislation Labor in the capitalist economy, the framing of economic elections by the provisions of the labour legislation, the possible influence of the economic knowledge in skills and perceptions in the field of the right to work.

Today new technologies, and more specifically the digital economy in a globalized world, have created new competitive forms of production and work organization. Figures so far unknown in the legal tradition of labour, as it is the case of digital platforms or crowdsourcing, lack of a normative treatment that discipline them. The State remains absent in the new scenario that has come to be, deep struggling to penetrate the screen mesh. Born by this Trade Union directives, impulses of international agencies, and jurisprudential decisions whose purpose is to provide a certain balance in the traditional employer/worker relations.

ÍNDICE

1. UN NUEVO ESCENARIO PARA EL ESTADO
2. LA DIGITALIZACIÓN Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES
3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ENTORNO LABORAL
4. ANÁLISIS Y PROPUESTAS

1. UN NUEVO ESCENARIO PARA EL ESTADO

Desde la consolidación de la revolución industrial el Estado ha sido un singular compañero de viaje de las relaciones laborales y más específicamente del trabajo dependiente. Decimos singular por la versatilidad con que se ha producido en respuesta a los estímulos económicos y sociales que históricamente se han venido produciendo en el escenario productivo. El Estado con sus múltiples perfiles económicos y jurídicos, incluso en los países del *common law*, ha inducido cuando no determinado las relaciones de intercambio entre empleador y asalariado.

Las alteraciones en los escenarios productivos han venido generando tradicionalmente un diktat del Estado en su teatro de operaciones, sin embargo desde hace años el escenario nacional en el que era rey y señor se ha alterado radicalmente, y también se han transformado las relaciones productivas que ordenaba. El Estado ha perdido influencia y control.

Con la globalización y la deslocalización se han escenificado mercados diferenciados, adaptándose los mismos a distintos requerimientos y modelos culturales económico/productivos, donde la competitividad ya no es solamente cuestión de bajos costos, sino adaptación a demandas variadas. La empresa se encuentra hoy en un número elevado de casos desvinculada de una base territorial, decidiéndose su localización de acuerdo con los costes relativos de producción en los diversos países.

Como mecanismo paliativo, y en un episodio paralelo a la globalización, se ha abierto una paulatina proliferación de acuerdos comerciales incorporando al efecto disposiciones laborales que han experimentado un aumento considerable en los dos últimos decenios, tanto en términos absolutos como relativos. En junio de 2013, cincuenta y ocho acuerdos comerciales incluían disposiciones laborales, frente a los veintiuno de 2005 y los cuatro de 1995. Aunque las disposiciones laborales tienden a concentrarse en los acuerdos comerciales Norte-Sur, se observa una tendencia moderada, pero en aumento, a integrar disposiciones laborales en los acuerdos comerciales entre países en desarrollo y países emergentes.

La condicionalidad ha sido la característica más destacada y controvertida de las disposiciones laborales en los acuerdos comerciales. Básicamente, la condicionalidad puede ser de dos tipos: el primero, la condicionalidad previa a la ratifi-

cación, aborda las deficiencias de las normas del trabajo del país con anterioridad a la ratificación del acuerdo, y el segundo, la condicionalidad posterior a la ratificación, que adopta la forma de un mecanismo para la presentación de quejas y la solución de controversias, puede conducir a la retirada de ventajas comerciales o a sanciones monetarias en caso de incumplimiento.

Existen diversos argumentos para incluir disposiciones laborales en los acuerdos comerciales. Desde el punto de vista social, las disposiciones laborales son instrumentos para la salvaguarda de la protección social, mientras que desde el punto de vista económico son instrumentos para hacer frente a la competencia desleal. La idea principal subyacente es que las violaciones de las normas del trabajo pueden distorsionar la competencia (dumping social) y deben abordarse de manera similar a la empleada contra otras prácticas comerciales desleales. Junto a ello la Organización Mundial del Comercio (OMC) se ocupa de las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones, existiendo un claro consenso mediante el cual los gobiernos de los estados miembros de la OMC están comprometidos a aplicar una serie más restringida de normas fundamentales internacionalmente reconocidas: la libertad de asociación, la prohibición del trabajo forzoso, la prohibición del trabajo infantil y la no discriminación en el trabajo (incluida la discriminación de género).

En la Conferencia Ministerial de Singapur de 1996, sus miembros definieron el papel de la OMC en este asunto y determinaron que el órgano competente para negociar las normas del trabajo era la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los Consejos y Comités de la OMC no realizarían ninguna labor a este respecto. Muchos países en desarrollo han considerado que este tema no tiene cabida en el marco de la OMC. Sostienen que la campaña para incorporar las cuestiones laborales en el programa de la OMC representa de hecho un intento por parte de los países industrializados de debilitar la ventaja comparativa de los interlocutores comerciales con salarios inferiores, y que podría mermar sus posibilidades de mejorar las normas gracias al desarrollo económico, en especial si con ello se obstaculiza su capacidad para comerciar. También afirman que las normas propuestas tal vez sean demasiado rigurosas para que puedan cumplirlas, habida cuenta de su nivel de desarrollo. Estos países sostienen que los esfuerzos por incluir las normas del trabajo en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales no son sino una cortina de humo para el proteccionismo, con lo cual quedan vacíos de contenido los acuerdos comerciales que incorporan disposiciones laborales.

Con la extensión de las relaciones económicas en un espacio sin fronteras y la plural intensificación de las relaciones sociales mundiales se constata la expresión más visible de las transformaciones que se presentan en la actualidad, aunque menos perceptibles son los cambios cualitativos que se vienen produciendo desde hace algún tiempo, y que sirven como substrato a la globalización.

Hoy resultan evidentes las transformaciones acaecidas en el marco de las relaciones entre Estado y mercado, pero más ensombrecidas quedan las fisuras que se aprecian en el escenario jurídico e institucional que hasta ahora formaban parte de la cultura jurídica europea. Explorar por tanto la globalización y medir los movimientos que le restan al Estado como Leviatán encadenado es tarea absolutamente imprescindible para valorar el lento, firme e inexorable avance de una nueva metodología jurídica.

Puede afirmarse que la modificación de las relaciones clásicas entre política y economía han alterado el escenario en que el Estado y el mercado han venido actuando desde décadas, donde el equilibrio entre poder económico y poder político había sido obtenido mediante la hegemonía de los Estados. Hoy por primera vez la economía ha logrado su independencia respecto a la política.

Sabemos que la estructura financiera de la economía de nuestros días parte de una concepción de la propiedad abstracta, hábil para moverse sin limitaciones territoriales, llamada a la asunción de riesgos especulativos, sometida por ello a la incertidumbre, y lejana de los equilibrios de la economía clásica. Conocemos que la tecnología se construye al servicio de la producción y de la innovación, con estructuras investigadoras y del saber, situadas en las empresas privadas des-territorializadas, y no como tradicionalmente ocurría en espacios públicos de los aledaños del Estado. Se enfrentan pues dos razones, la del Estado y la de la empresa, y ambas se diferencian en el espacio en que cada una de ellas se extiende: una controla el uso legítimo y monopolista de la fuerza en un determinado territorio; la otra extiende su actuación sin límites a su expansión. Ambas razones se diferencian por las técnicas jurídicas utilizadas: la primera el derecho público, la segunda el derecho privado.

Coincidiendo con la denominada crisis del Fordismo, el Estado keynesiano ha seguido su mismo camino. En ello han influido no sólo razones culturales al desarrollarse una creciente individualización de los modelos sociales que ha erosionado la cultura paternalista en que se desarrolló el Estado asistencial, sino que además las exigencias de restricción de los gastos estatales para combatir la inflación limitaron la tendencia a realizar inversiones en gastos sociales. A consecuencia de lo indicado las acciones públicas establecidas a través de los servicios públicos sufrieron alteraciones que supusieron el paso de un Estado que gestionaba a un Estado que garantizaba. El corolario a todo ello fue la aparición de nuevas formas de participación de la sociedad civil, y nuevas formas de actuación de las administraciones donde cada vez más no son apreciables los caracteres clásicos de su imperium. Aparece así una nueva modalidad de intervención estatal, sobre todo en materia socio-económica.

El Estado social se transforma en un Estado asistencial donde la solidaridad no es concebida como una tutela pasiva de los individuos en relación con un determinado número de riesgos, sino como una garantía de seguridad individual frente al

riesgo, y donde el Estado keynesiano sostenedor de la demanda doméstica pierde su capacidad para proteger los mercados internos.

Con todo ello en el momento actual la planificación y el mandato como instrumentos de racionalización de la actuación del Estado se han introducido en el *management*. En tal contexto se ha asumido la implantación de los códigos de reglas habituales en los países del *common law*, donde se promulgan pautas, denominadas *soft laws*, cuya función es la de orientar la actividad de los sujetos negociadores en la consecución de un determinado objetivo.

Para llegar a la situación presente el modelo productivo nacido en la sociedad industrial y las primeras organizaciones de trabajadores, construidas con la máquina de vapor y los sistemas de producción mecánica condujeron, a finales del siglo XVIII, a cambios también en la organización del trabajo, en las estructuras sociales y en la configuración de nuevas clases emergentes. Más tarde con el comienzo de la producción en masa y el nacimiento del Estado de bienestar, al final del siglo XIX la industrialización trajo nuevos problemas sociales y la creciente presión del trabajo organizado generaron las primeras reformas sociales.

Como continuación de los dos periodos indicados el trabajo 3.0 cubrió el período en el que el Estado de bienestar y los derechos de los trabajadores se han consolidado sobre la base de la economía de mercado donde empleadores y trabajadores han negociado entre ellos a un mismo nivel, como socios sociales. Hoy las crecientes presiones competitivas han transformado la realidad extendiéndose la automatización, la tecnología de la información y la electrónica, junto a mercados nacionales cada vez más abiertos.

Nos situamos en el presente ante una economía digital y global, con valores sociales: transformados, con nuevas incertidumbres y declive de las relaciones laborales estándar, con fuertes divergencias en el mercado laboral, con cambios demográficos, donde no se ha consolidado aún la sociedad del conocimiento. Un mundo laboral más diverso y más femenino, con más personas económicamente activas, especialmente personas mayores.

Las fronteras entre lo estándar y lo no estándar se han vuelto cada vez más borrosas, y donde cabe apreciar la disminución de la cobertura de la negociación colectiva, y el crecimiento del sector de bajos salarios, el aumento del trabajo menor de 20 horas por semana, el trabajo temporal, etc.

La pérdida de soberanía territorial y la alteración de las relaciones jurídicas que tradicionalmente transitaban en la sociedad han convertido al Estado en un difunto que carece de alma y de voluntad propia, un ser aún capaz de realizar algunas de sus funciones vitales, como moverse y alimentarse, pero que en realidad deambula sin proyectos.

De la cuarta revolución industrial (o Industria 4.0) sabemos que gira en torno a la innovación tecnológica, y conocer el estado de la cuestión resulta pues ineludible para hacer su diagnóstico subrayando los efectos más significativos.

En anteriores líneas nos hemos referido a la denominada crisis del Fordismo, e incluso podría deducirse lo mismo de su secuela el postFordismo, sin embargo una mayor profundización nos permitiría no trivializar en exceso. Como dice Lelio Demichelis: “con el Fordismo eran necesarias las grandes fábricas, porque el medio de conexión/totalización de las partes subdivididas del trabajo era necesariamente físico y presuponía un espacio concentrado y concentrador de cientos de trabajadores, hoy el medio de conexión es la Red, que permite descomponer e individualizar la forma y la norma de organización y hacerla explotar en trabajos (y en trabajadores) desconectados de un lugar físico (la fábrica), pero conectados en un lugar virtual, como es precisamente la Red. Del Fordismo concentrado de ayer hemos pasado, así pues, no al post-Fordismo sino a un Fordismo individualizado. Hoy todo trabajador antes físicamente y contractualmente subordinado puede (debe) hoy convertirse en un trabajador autónomo, un emprendedor de sí mismo, un “*maker*” que produce innovación, un trabajador individualizado, con su puesto de trabajo y sus tiempos de ejecución de la prestación, pero externos a toda fisicidad concentrada. Aparentemente (pero también contractualmente) es de veras un trabajador autónomo, es de veras un emprendedor de sí mismo; concretamente es, por el contrario, un falso emprendedor de sí mismo (así como es un falso individuo) porque está subordinado a un nuevo patrono”.

Hoy el medio de conexión es la Red, ella permite descomponer e individualizar la forma y la norma de organización con trabajos desconectados de un lugar físico como es la fábrica, pero conectados en un lugar virtual, llegándose a un Fordismo individualizado. Nos hallamos así pues ante un trabajador subordinado que no es, pese a las apariencias, ni un trabajador autónomo, ni un emprendedor de sí mismo; concretamente es, por el contrario, un falso emprendedor de sí mismo (así como es un falso individuo) porque está subordinado a un nuevo patrono. Una masa en que cada uno está solo junto a los demás, en una multitud-masa individualizada.

Dicho lo anterior, conviene puntualizar además que uno de los errores que identifican los más recientes análisis sobre la caracterización del futuro del trabajo y las relaciones industriales es hacerlo exclusivamente bajo el prisma 4.0, como si en un mañana sólo tal modelo fuera el único paradigma de lo venidero. Ha de advertirse que en los próximos años coincidirán modelos Fordistas, postFordistas y empresas 4-0. Igualmente en el sector servicios no todo será alta tecnología, abundando en el escenario productivo pequeñas y medianas empresas con recorridos distintos, con perfiles diferenciados, un mundo donde la complejidad se hará presente con mayor intensidad que la que hoy podemos reconocer, y en un mundo complejo como el señalado el rol del Estado no puede ser uniforme, ni tampoco podrá serlo el de los agentes sociales.

Hoy como ayer las relaciones laborales como parte de un sistema de producción industrial están integradas por tres variables, una técnica, otra economía, y

en fin una política; las dos primeras son consustanciales con los presupuestos de base de la producción, la tercera es un presupuesto vinculado a las posiciones de poder.

En todo ello resultan ser elementos claves los actores, el contexto, las reglas y las ideas. Los actores vienen a identificarse con la figura de los empleadores, asalariados y sus organizaciones, así como los organismos gubernamentales especializados. El contexto se identifica en torno a tres variables: la tecnológica, el mercado, y la situación y distribución del poder en el conjunto de la sociedad. Las reglas del juego se identifican a través del tejido normativo existente, ya sean de producción legal o/y autónoma, como los convenios colectivos, o mecanismos de solución formal o informal de conflictos. En cuanto a las ideas, se entiende por ellas el conjunto de creencias o convicciones generales compartidas por los actores, y que contribuyen a definir el papel y el lugar que ocupa cada uno de ellos. Todas las variables se encuentran hoy en trance de transformación.

En la coyuntura actual cabe interpretar que las modificaciones que tienen lugar en el mercado laboral exigen la capacidad de leer los cambios sociales que están determinando una nueva forma de trabajar, completamente diferente de lo que hemos conocido en el paradigma del trabajo dependiente, lo que significa que no solo deberá mantener el trabajo un nexo de instrumentalidad con respecto al resultado de producción que el empresario quiere lograr, sino que también este trabajo tendrá que mantener un enlace similar de instrumentalidad en comparación con los medios técnicos preparados por el empresario para el logro del resultado de producción. Para operar las herramientas técnicas establecidas por el empresario, el trabajador debe adaptar su trabajo a las características técnicas de los nuevos instrumentos, y por lo tanto el empleado trabajará en conjunto como maquinista y máquina como hace tiempo señalara Vardaro en su *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, en *Politica del Diritto*, 1986,81-82.

2. LA DIGITALIZACIÓN Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES

En el año 2016 fue presentado como se sabe, un proyecto de ley francés por la Ministra de Trabajo Myriam El Khomri, en nombre del gobierno Valls, con el objeto formal de introducir nuevas libertades y nuevas protecciones para las empresas y activo-va-s.

Se pretendía encuadrar cualquier proyecto de reforma bajo los cauces de una racionalidad formal, tratar de analizar una realidad líquida bajo la perspectiva de una realidad sólida es una operación limitada en el tiempo y con escaso futuro. Ejemplo de racionalidad formal son el conjunto de informes que han precedido a la puesta en acto de la reforma francesa.

El primer paso dado hacia la reforma del Código del Trabajo francés se inició en 2015 con el denominado informe sobre la transformación digital del trabajo. El 15 de septiembre, un grupo de expertos dirigido por Bruno Mettling, director general adjunto para el área de Recursos Humanos de Orange, entregó al Ministro del trabajo francés un importante estudio sobre los efectos de la revolución digital en las relaciones de trabajo. En sus conclusiones el autor de este informe consideró que la transformación digital es ante todo una oportunidad para permitir la progresiva puesta en marcha de nuevas organizaciones de trabajo más transversales y flexibles, nuevos modos de funcionamiento más cooperativos y que respondan a los exigencias de la sociedad de hoy y de un modelo taylorista agotado. Esto implica el establecimiento, de nuevas herramientas, una cooperación entre las partes interesadas en el sistema, y una profunda transformación cultural de las empresas. Son 36 las recomendaciones de este informe y que niegan que lo digital sea el pretexto para poner en cuestión los fundamentos de nuestro modelo social debiéndose prestar atención a la situación de los puestos de trabajo más débiles para que la anticipación y la formación permitan limitar los riesgos de descualificación y exclusión. Se añade que el desarrollo de nuevas formas de empleo, que resultan inevitables y oportunas, han de ser acompañadas por un mínimo de reglas de juego, incluidos los modos de contribución y la financiación de la protección social.

Con la transformación digital del trabajo en todos los niveles de la organización del trabajo -los del individuo, la sociedad y la nación- se plantea la cuestión de la domesticación a los seres humanos con nuevas técnicas inmateriales, que pueden tanto ayudar a liberar como a aplastar el desarrollo de sus capacidades .

El Mettling Rapport se centra igualmente en el análisis de los efectos de lo digital en las condiciones de trabajo, en su organización y gestión. La parte más importante está dedicada a los retos de la digitalización en el contrato de trabajo, la calidad de la vida laboral y la gestión de la actividad productiva.

Los efectos de la digitalización en el contrato de trabajo se reconocen por referencia al lugar de trabajo, al tiempo de la prestación y la subordinación o dependencia. En relación con los efectos de la revolución digital en el concepto de subordinación, paradigma de la legislación laboral, se hace hincapié en la tendencia hacia la propagación de las formas de gestión del rendimiento por proyectos, la existencia de procedimientos mínimos de organización, donde el papel de los directivos es la coordinación de proyectos cada vez más que la dirección.

El concepto de subordinación, se dice, se ha desmaterializado, entre otras razones, por la propagación de las formas de valoración del rendimiento, o a consecuencia de la reducción a mínimos de la organización empresarial. El informe proporciona una visión general de algunas formas de empleo, que se están extendiendo en el contexto francés, en relación con la transformación digital y la necesidad de una mayor flexibilidad, que tienen fuertes rasgos de innovación en comparación con las relaciones laborales tradicionales, especialmente en el cam-

po de los empleados autónomos. Algunos ejemplos son: participación de los trabajadores, *partage salarial*, las cooperativas de atracción de empleo, y haciendo hincapié en la propagación de las sociedades cooperativas, generando grandes desafíos al sistema de seguridad social, que debe ser reformado para dar cobertura a estas nuevas situaciones y obligando a una profunda reflexión sobre la distinción entre el empleado y el trabajo autónomo. En particular, se destaca la importancia del control de la autonomía, eliminándose la gestión de un trabajo, sustituyéndose por la colaboración en el mismo, y la presencia de un número creciente de trabajadores a distancia.

Se añade que debe hacerse ahínco en la extrema heterogeneidad de las situaciones organizativas de las empresas, por lo que es muy difícil un marco legal inequívoco y completo de dichas empresas. De acuerdo con este criterio, un primer tipo de empresas puede identificarse: la de los negocios en el corazón de la economía digital que representan el 5,5% del PIB y el 3,3% de los puestos de trabajo en Francia; segundo, las tecnologías básicas y la infraestructura de telecomunicaciones, servicios, aplicaciones y servicios de software, economía de la Web; tercero, los sectores cuyo modelo de negocio, ya ha sido profundamente afectada por la digitalización de la economía que representó el 12% del PIB, como la edición, la música, la producción audiovisual, las finanzas y los seguros, la I + D; cuarto, los sectores que generan importantes ganancias de productividad a través de la integración de las herramientas digitales, con el 60% del PIB: el comercio y distribución, la industria, la administración, la educación, etc. ; quinto, sectores, que incluyen el impacto de la transformación digital en el empleo y que representa el 22% del PIB (la agricultura, la madera, los servicios personales, comidas).

En tal contexto para que la transformación digital sea exitosa se requiere que las empresas de la primera categoría operen en condiciones comparables a las de sus competidores en el mundo. Para las empresas de la tercera categoría, y en menor medida, las de la cuarta, el reto es anticipar estos cambios también para mantener una posición competitiva.

En la década de los ochenta se habló del teletrabajo, en la década de los noventa se incorporó el término deslocalización, y más tarde surgió entre nosotros la noción de telemediación que describía una forma de aprovisionamiento mundial e inducido de mano de obra para ejecutar tareas de forma puntual, hoy en un grado más elevado de organización del trabajo tal provisionamiento es coordinado a través de plataformas en línea que ha pasado a denominarse *crowdsourcing*. El *crowdsourcing* expresa la práctica mediante la cual se abre una colaboración o externalización participativa a través de bolsas de trabajo en línea con una variedad de formas y dimensiones en la ejecución del trabajo.

A partir del último tercio del pasado siglo se ha entendido que la combinación de tecnologías de la información y la comunicación tiene el potencial de permitir la reubicación del trabajo. Como se ha adelantado, en los años 80, el foco estaba

en el teletrabajo, que consiste en reubicar el trabajo de una oficina tradicional a la casa del trabajador. En la década de 1990, un desarrollo conocido como externalización internacional mostró que la ejecución de un trabajo podía trasladarse más allá de las fronteras nacionales. La década siguiente fue testigo del surgimiento de grandes empresas internacionales que prestaron servicios de telemedico, recurriendo frecuentemente a prácticas conocidas como «compras globales», que permitieron reunir oportunamente a trabajadores de diferentes partes del mundo para proporcionar servicios específicos, independientemente de la ubicación. En la década actual, estos desarrollos han alcanzado proporciones críticas, como para determinar la aparición de formas completamente nuevas de organización del trabajo, coordinadas a través de plataformas en línea.

Estas nuevas formas de trabajo tienden a caracterizarse por una terminología ambigua: economía participativa, nube humana, fuerza de trabajo a demanda, trabajo digital, y el crowdsourcing, que es entendido como trabajo remunerado organizado a través del trabajo en línea. Se incluye en él diversas formas de trabajo que pueden distinguirse sobre la base de varios criterios, entre ellos: el estado profesional (que varía desde asesoramiento profesional altamente calificado hasta tareas ordinarias pequeñas); la realización de actividades en línea o fuera de línea (con coordinación en línea); el lugar de trabajo (el hogar, la oficina del empleador u otro lugar); la posición de trabajo de los trabajadores (empleados o autónomos); el cliente para el que se realiza el trabajo (una empresa o un particular).

Entre otras variables, es necesario considerar si el trabajo se lleva a cabo como una actividad principal o como una fuente adicional de ingresos y cómo se remunera (por ejemplo, salario regular, tarifa por hora o trabajo a destajo). Por ejemplo Amazon Mechanical Turk es un mercado que consiste en una plataforma de crowdsourcing que requiere inteligencia humana. Esta plataforma sirve para trabajos simples y de bajo precio unitario que requieren un cierto nivel de inteligencia que una máquina no puede hacer. La plataforma permite que los solicitantes ingresen al sistema unidades de trabajos (HIT, “*Human Intelligence Tasks*” o “Tareas de Inteligencia Humana”) y los trabajadores (“Turkers”) pueden consultar dichos trabajos y finalizarlos. Éstos, a cambio, reciben una recompensa económica impuesta por el solicitante.

La llamada *gig-economy* y la *work-on-demand*, a través de aplicaciones, han estado creciendo exponencialmente en número e importancia en los últimos años, pero su impacto en los derechos laborales ha sido pasado por alto en gran medida.

Con la creación de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en agosto de 2017 se marcó el arranque de la segunda fase de la iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo. Se crearon seis grupos temáticos para elaborar una serie de notas informativas, y entre ellos dentro del grupo 3, que lleva por título la tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico: La calidad del trabajo en la economía de plataformas, presentada en febrero de

2018. En la nota informativa se precisa que las plataformas digitales de trabajo adoptan formas diversas, pudiéndose distinguir entre el trabajo colaborativo (*crowdwork*) y el trabajo a pedido a través de aplicaciones (*work on demand* vía apps). El trabajo colaborativo se refiere habitualmente a actividades o servicios que se realizan en línea, independientemente de la ubicación, mientras que el trabajo a pedido a través de aplicaciones se refiere a actividades físicas o servicios que se realizan localmente. Entre las actividades más habituales de este tipo se encuentran el transporte y la entrega de productos y los servicios a domicilio. Las empresas digitales con conexión actúan así como mediadoras del trabajo o los servicios que los proveedores prestan a los clientes y por lo tanto, suele haber tres partes en la relación jurídica: el cliente o solicitante (*crowdsourcer*), el intermediario (la plataforma) y los trabajadores.

Aunque las plataformas digitales de trabajo, señala el documento, presentan grandes diferencias entre sí, todas cumplen tres funciones específicas: 1) vincular a los trabajadores con la demanda; 2) proporcionar un conjunto de herramientas y servicios comunes que posibiliten la realización de un trabajo a cambio de una remuneración; y 3) establecer unas pautas de gobernanza mediante las que se recompensen las buenas prácticas y se disuadan los comportamientos negativos.

Las plataformas digitales difieren en su arquitectura; algunas ofrecen el intercambio de tareas muy sustituibles entre sí o estandarizadas, es el caso de plataformas como Uber, mientras que otras proporcionan un espacio en el que los trabajadores pueden desarrollar servicios más especializados y crear una red (Toptal). Como resultado de esto, la arquitectura de las plataformas repercute sustancialmente en la autonomía de los trabajadores, así como en sus ingresos y condiciones de trabajo.

En el desarrollo de tal trabajo colaborativo se proporciona flexibilidad a los trabajadores ya que pueden elegir cuándo, dónde y cómo quieren trabajar, así como qué tareas quieren desempeñar. En consecuencia, los trabajadores con discapacidades o responsabilidades familiares, así como los residentes en zonas rurales o económicamente deprimidas, tienen una alta representación entre los trabajadores colaborativos. Las plataformas también se perciben como una forma eficiente de hacer negocios, ya que las empresas pueden acceder a una reserva de mano de obra diversa a bajo costo.

A pesar del potencial de las plataformas de trabajo colaborativo para proporcionar oportunidades de empleo, hay una serie de inquietudes relacionadas con la poca claridad de la situación en el empleo, el trato injusto, los bajos ingresos, los impagos, la falta de protección social y la falta de voz de los trabajadores. La mayoría de las plataformas no aplican al trabajo realizado las normas de protección de los empleados que establece la legislación laboral, puesto que los trabajadores suelen ser contratados como contratistas independientes.

En atención a los cambios existentes el informe realizado por el gobierno británico publicado en el año 2014: *The Future of Work: Jobs and skills in 2030*, analiza los siguientes temas:

1. El cambio demográfico, especialmente el envejecimiento de la población.
2. La creciente diversidad con el aumento de la representación de género y grupos étnicos en la población activa.
3. La creciente incertidumbre en los ingresos del hogar junto a las desigualdades regionales.
4. El creciente deseo de un mejor equilibrio entre trabajo y familia.
5. Cambio en los entornos de trabajo formados por la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC), la subcontratación, la internacionalización y la necesidad de una mayor flexibilidad.
6. Tecnologías convergentes y competencias transversales, en particular la combinación de biotecnología, tecnologías de información y comunicaciones, la nanotecnología y la ciencia cognitiva.
7. Digitalización de producción: automatizado y fabricación, que implican la impresión 3D.
8. Desarrollo de las TIC y la época de los meta datos, la potencia de los dispositivos digitales y el potencial para capturar y utilizar grandes cantidades de datos.
9. Perspectivas económicas modificadas debido a la globalización y el cambio tecnológico, en particular la volatilidad y la incertidumbre en el período posterior a la crisis de 2008.
10. Creciente poder económico y la influencia de los países del Este y Asia.
11. Nuevos ecosistemas de negocios e importantes empresas que se definen cada vez más como «Orquestadores de la red»
12. La creciente escasez de recursos naturales y la degradación de los ecosistemas: los recursos ambientales finitos que conducen a mayores costos de extracción y el deterioro ambiental.
13. La disminución de posibilidades de acción política debido a las finanzas públicas restringidas, así como mayores niveles de transferencias sociales debido al envejecimiento de la población, limitando los recursos para las iniciativas de la educación y las habilidades.

Con el mismo afán descriptivo en noviembre de 2015, el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales alemán con ocasión del lanzamiento del diálogo «trabajo 4.0» ha publicado un informe titulado “Re-imagining work. Green paper Work 4.0”. El sugestivo informe recoge las principales variables que conforman el ejercicio de la actividad productiva en el presente y futuro más próximo, adjudicando la calificación de *Work 4.0* a los métodos de producción cada vez más interconectados, digitales y flexibles. Tratase en fin de la cuarta revolución industrial.

Subraya el informe que el crecimiento de la interconectividad y el crecimiento de la cooperación entre el hombre y la máquina no tratan solo del cambio en la forma en que se producen las cosas, sino que también conduce a productos y servicios completamente nuevos. Igualmente se aprecia como resultado de los cambios culturales y sociales, la emergencia de nuevas preferencias en la ejecución del trabajo y en la demanda de productos y servicios.

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ENTORNO LABORAL

El modelo de trabajador/masa, caracterizado por tareas estandarizadas y poca flexibilidad en sus habilidades, limitándose la actividad a la rutina no cognitiva, será cada vez más marginal y destinado a ser reemplazado en gran parte, al menos en las economías occidentales, por la automatización. La nueva figura de trabajador se tiende a identificar ya hoy por la alta capacitación, el trabajo individual, y la flexibilidad en las tareas. Por lo tanto, podemos adivinar que la estructura de la negociación colectiva caracterizada hasta el presente por la primacía de los convenios sectoriales no será el ámbito más adecuado para disciplinar las necesidades del trabajador y de la empresa en la Industria 4.0.

De la producción en masa que caracterizó al siglo XX con una organización del trabajo taylorista, con sistemas de clasificación del personal regulados con ingeniería de precisión y con tareas, con horarios y turnos preestablecidos, con poderes y controles tipo, y con las correspondientes lecturas de la productividad del trabajo y del salario, en que la subordinación era un requisito fundamental donde se seguía una garantía de linealidad y continuidad de la producción y de la protección del trabajador y donde la duración indeterminada del contrato era una garantía, en el presente queda tendencialmente caducada.

La entrada del consumidor en el ciclo de producción y la flexibilidad de su desarrollo, paralelamente a la sustitución del trabajo manual por la automatización ya no hacen necesaria la organización estática del trabajo. Surge así la necesidad de un nuevo marco regulador del trabajo que se coloque en la misma línea en que se conduce la Industria 4.0.

El sociólogo Zygmunt Bauman viene tratando desde hace años la caracterización de lo que denomina modernidad líquida, un tiempo sin certezas, en medio de una aceleración inusitada, con una economía «líquida», donde cada decisión pierde rápidamente actualidad, donde el frenesí del mercado ha desmantelado la estabilidad de las opciones, y en la que la incertidumbre protagoniza el presente. La cultura laboral de la flexibilidad arruina la previsión de futuro. Hoy, dice el autor citado, el escenario del empleo se parece más a un predio para acampar, que se visita durante apenas unos días, y donde el capital no siendo tan volátil como quisiera se ha vuelto extraterritorial, liviano, desaho-

gado y desarraigado. Ya no es sólo la sociedad del riesgo que describiera Ulrich Beck, hoy es la sociedad líquida, sin forma, y que se transforma constantemente fluyendo.

El escenario citado puede paralizar el empresario en las arenas movedizas, sin saber operar con opciones a alta velocidad en clima de incertidumbre, con falta de datos, y en un contexto de viejos poderes en disolución.

Así hoy el derecho del trabajo, ¿se reforma o se transforma? Sobre tales alternativas se pronuncia Alain Supiot, indicando que no hay que confundir el transformismo que reduce la política a la sumisión de las obligaciones del mercado y a la evolución de las costumbres con el verdadero reformismo que consiste en poner en marcha políticamente la representación de un mundo más libre y justo. Sintetizando, el autor indica que reformar el derecho del trabajo exige tomar conciencia de la extrema complejidad y de las profundas transformaciones de la división del trabajo en el mundo contemporáneo y, sobre esta base, imaginar categorías jurídicas nuevas y adecuadas para promover la libertad, la seguridad y la responsabilidad de todos los trabajadores.

En el escenario descrito han ido apareciendo distintas formas de organización del empleo y la actividad productiva, tales serían alguno de los ejemplos que pueden reconocerse en algunos países:

- Empleados compartidos (*employee sharing*), donde un grupo de empresarios contrata a un trabajador para que cubra las necesidades de recursos humanos de varias empresas, lo que permite que el trabajador tenga un empleo fijo y a jornada completa.
- Trabajos compartidos (*job sharing*), en tal caso un empresario contrata a dos o más trabajadores para que desempeñen conjuntamente un trabajo específico, lo que convierte dos o más empleos a tiempo parcial en un puesto a jornada completa.
- Gestión provisional (*interim management*), aquí se contrata temporalmente a expertos muy cualificados para la realización de un proyecto específico o para resolver un problema concreto, con lo que se integran capacidades de gestión externa en la organización del trabajo.
- Trabajo ocasional (*casual work*), en el que el empresario no está obligado a ofrecer trabajo al empleado de manera regular, sino que tiene la flexibilidad de solicitar sus servicios cuando convenga.
- Trabajo móvil basado en las TIC (*ICT-based mobile work*), donde el trabajador puede realizar su labor desde cualquier lugar y a cualquier hora, sirviéndose de las tecnologías modernas.
- Programas de vales a cambio de trabajo (*voucher-based work*), en tal caso la relación laboral se basa en el pago de servicios mediante vales comprados a una organización autorizada que cubre las aportaciones a la seguridad social y la retribución.

- Trabajo para diversas carteras (*portfolio work*), un trabajador autónomo presta servicios a numerosos clientes, con trabajos de pequeña escala para cada uno de ellos.
- Trabajo repartido entre numerosas personas (*crowd employment*), generándose una plataforma en línea que pone en contacto a empresas y trabajadores; los proyectos grandes suelen dividirse entre una “nube virtual” de trabajadores.
- Empleo colaborativo (*collaborative employment*), con profesionales independientes, trabajadores autónomos o microempresas que cooperan de alguna manera para superar sus límites de tamaño y aislamiento profesional.

Como se ha dicho de la cuarta revolución industrial (o Industria 4.0) ya sabemos que gira en torno a la innovación tecnológica y que los ciclos de vida de los productos son más cortos, que limitan en consecuencia carreras profesionales en la empresa como existían en el pasado donde cabía la posibilidad de trabajar en la misma durante 40 años. Tal circunstancia determina que el sindicato debe ganar un espacio cada vez más vinculado a las profesiones, siguiendo al trabajador a lo largo de su carrera, y no solo en el lugar de trabajo. Estamos, hoy que reconocerlo, al comienzo de algo que no sabemos aún dibujar. Lo imprevisible y lo no programable a largo plazo será una de las características de la nueva fabricación, agravándose aún más la posición del trabajador.

Las particularidades de cada empresa y de cada sistema de producción se combinan mejor con un sistema de relaciones industriales que ve su baricentro negociador en el nivel de la empresa, siendo concebible que la negociación individual se convierta en la herramienta preferida para gestionar las relaciones de trabajo. El cambio genera la mutación del equilibrio entre la oferta y la demanda y la necesidad de una actualización constante de las habilidades que contribuirán a cambiar el baricentro de la negociación.

Surge un nuevo modelo de relaciones industriales donde la dimensión conflictiva puede dejar de ser la relación dialéctica dominante, abriéndose un espacio a una dimensión participativa de las relaciones laborales, caracterizada por la identificación del buen desempeño de la empresa como un objetivo común para ambas partes.

La declarada medularidad de la dimensión de la empresa en los procesos de negociación dada la falta de uniformidad de los modelos de producción de la fabricación digital llegan a desactivar el paradigma del contrato subordinado, y por lo tanto parecen perderse algunos de sus pilares fundamentales, con lo que los convenios colectivos de ámbito territorial como se ha dicho pierden efectividad. A causa de lo anterior los lugares y horas de trabajo ven delimitada su tradicional firmeza debido al dinamismo de la producción y la imprevisibilidad a largo plazo de las órdenes de trabajo que no podrán conciliarse con las obligaciones contractuales previstas en el modelo tradicional.

Queda transformada por tanto la dinámica del trabajo y la forma paradigmática de la dependencia ordenada por los textos legales, abriéndose la flexibilidad

radical mediante el uso de máquinas multiusos que se pueden configurar en numerosas combinaciones.

Como consecuencia de todo se habilita una flexibilidad espacio-temporal en la organización del trabajo, por un lado, hecha posible por la portabilidad de la producción de medios conectados a Internet, y por la volatilidad de los pedidos y sus tiempos de realización. La pretendida necesidad de un nuevo marco regulador del trabajo que se ubica en la Industria 4.0 surge inexorablemente de un cambio profundo en la configuración del mercado alterando las formas de ejecución del trabajo.

4. ANÁLISIS Y PROPUESTAS

La Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a reunión, 2018. Estudio General relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo, en el informe III (Parte B) sobre la economía del trabajo esporádico y el trabajo según la demanda, viene a indicar que estas nuevas modalidades de trabajo están asociadas con una serie de desventajas, especialmente para los trabajadores, como ocurre con la injerencia del trabajo en el tiempo libre y los períodos de descanso, la imprevisibilidad de las horas de trabajo, la inseguridad del ingreso y el estrés asociado con la sensación de tener que estar siempre disponible o conectado con el trabajo, y la pérdida de derechos laborales si los trabajadores son considerados contratistas independientes.. No caben dudas, se dice, que la tecnología incidirá en las fronteras de la regulación del tiempo de trabajo, las modalidades de ordenación del tiempo de trabajo y los períodos de descanso en las legislaciones nacionales y el derecho internacional. En este sentido, el derecho a la desconexión puede ser una vía de progreso para impedir que los límites entre el trabajo y el descanso sigan desdibujándose debido al creciente uso de las TIC. Los contratos de cero horas pueden ofrecer a los empleadores una flexibilidad óptima en cuanto a la dotación de personal y pueden responder a las necesidades de algunos trabajadores. Asimismo, en el futuro, debe tenerse en cuenta la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) que ofrece orientación sobre estas cuestiones.

En el Frankfurt Paper on Platform-Based Work. Proposals for platform operators, clients, policy makers, workers, and worker organizations firmado por distintos sindicatos en Copenhague, Frankfurt, Seattle, Estocolmo, Viena y Washington, el 6 de diciembre de 2016, Tras la convocatoria de Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos de Alemania (IG Metall), las organizaciones participantes hicieron la siguiente declaración conjunta: “En el contexto de la globalización, digitalización, flexibilización del trabajo, creciente desigualdad de ingresos dentro de los países y creciente polarización política en Europa y Estados Unidos, trabajo justo, socialmente sostenible y participación real de los trabajadores en la configuración de las condiciones de trabajo son más importantes que nunca.

Esto es tan cierto en las plataformas digitales como en la fabricación industrial y el trabajo de oficina. Para que nuestras sociedades democráticas se mantengan democráticas, los trabajadores deben tener una influencia democrática sobre la gobernanza del trabajo. La digitalización no necesita contribuir al aumento de la desigualdad de ingresos y la polarización de la política. Las empresas, los trabajadores y los reguladores tienen un interés común en garantizar que los beneficios de la digitalización se compartan de manera amplia y equitativa, y la participación de los trabajadores en la gobernanza del trabajo es un mecanismo históricamente probado para hacerlo. Contra el riesgo del feudalismo digital, los operadores de plataforma, los trabajadores, las organizaciones de trabajadores, los clientes, los investigadores y los reguladores deben trabajar juntos para llevar la democracia a estos nuevos lugares de trabajo digitales”.

El documento hizo una llamada a los diversos interesados para una reflexión conjunta basada en las plataformas para tratar de garantizar que las empresas de plataforma cumplan con las leyes nacionales relevantes y las convenciones internacionales, en lugar de utilizar la tecnología para evitarlas, aclarando el estado laboral de los trabajadores basados en plataforma, garantizando que los trabajadores basados en plataformas que no son verdaderamente autónomos tengan el derecho de organizar y negociar acuerdos colectivos con operadores de plataforma y / o clientes, buscar asegurar que todos los trabajadores basados en plataformas, independientemente de su estado laboral, reciban al menos el salario mínimo en su jurisdicción o, en jurisdicciones sin salario mínimo, el salario especificado en el convenio colectivo relevante) para su trabajo. Junto a lo señalado garantizar que los trabajadores basados en plataformas tengan acceso a protección social, como seguro de desempleo, seguro por discapacidad, seguro médico, pensión y compensación en caso de enfermedad o lesión relacionada con el trabajo, independientemente de la situación laboral, desarrollar métodos transparentes y responsables para resolver disputas entre clientes y trabajadores, y, según sea necesario, entre los trabajadores, en casos, por ejemplo, de falta de pago del cliente o asignación poco clara de los derechos de propiedad intelectual y aumentar la transparencia en el mundo del trabajo basado en plataformas.

Con los documentos citados se acredita un nuevo escenario en el que la nueva actividad productiva queda subrayada, y junto a ella los problemas que su ejecución conlleva, así como las primeras soluciones que no deben alejarse de la materialización de un trabajo decente.

La noción de trabajo decente, dada a conocer en la Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999, determina los cuatro elementos de este concepto: el empleo, la protección social, los derechos de los trabajadores y el diálogo social. El empleo abarca todas las clases de trabajo y tiene facetas cuantitativas y cualitativas. Así pues, la idea de trabajo decente es válida tanto para los trabajadores de la economía

regular como para los trabajadores asalariados de la economía informal, los trabajadores autónomos y los que trabajan a domicilio. La idea incluye la existencia de empleos suficientes (posibilidades de trabajar), la remuneración (en metálico y en especie), la seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres. La seguridad social y la seguridad de ingresos también son elementos esenciales, aun cuando dependan de la capacidad y del nivel de desarrollo de cada sociedad. Los otros dos componentes tienen por objeto reforzar las relaciones sociales de los trabajadores: los derechos fundamentales del trabajo (libertad de sindicación y erradicación de la discriminación laboral, del trabajo forzoso y del trabajo infantil) y el diálogo social, en el que los trabajadores ejercen el derecho a exponer sus opiniones, defender sus intereses y entablar negociaciones con los empleadores y con las autoridades sobre los asuntos relacionados con la actividad laboral.

Surge así la pregunta: ¿Cómo se puede articular el trabajo decente en el siglo XXI? ¿Cuáles serán las implicaciones para los trabajadores?

En este contexto, se deben formular las siguientes prescripciones o mandatos:

1. Asegurar que los trabajadores se beneficien equitativamente del éxito económico en todos los sectores, incluso en tiempos de cambio dinámico.
2. Fortalecer a los sindicatos y a las asociaciones empresariales en sus funciones preservando al sindicalismo en un mundo laboral en mutación.
3. Cerrar las brechas en el campo salarial, en el tiempo de trabajo, en la acumulación de riqueza, y en las provisiones para la vejez.
4. Proteger a las personas de los riesgos laborales en la nueva economía.
5. Mejorar las transiciones del empleo marginal a trabajos con cobertura, y del trabajo temporal al empleo indefinido.
6. Garantizar un diseño tecnológico socialmente responsable en que los trabajadores se mantengan saludables, reduciendo el estrés mental y con un trabajo seguro.
7. Garantizar en el caso del trabajo móvil, el mismo nivel de seguridad y salud en el trabajo.
8. Articular los conceptos básicos de la legislación laboral (como empleado o empresa) para que sigan siendo aplicables en el trabajo digital.
9. Resolver la situación de las personas con trabajo remunerado que ofrecen sus servicios a través de las plataformas en línea, sobre la base de contratos de trabajo o servicios, estableciendo si son realmente autónomos o son situaciones en las que se pueden considerar como pseudo-empleados.
10. En fin lograr la estabilidad económica, mantener la empleabilidad y preservar la seguridad social en el marco europeo.

Documentación citada:

- Primera Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Singapur del 9 al 13 de diciembre de 1996.
- The Future of Work: Jobs and skills in 2030. UK Commission for Employment and Skills. 2014.
- Transformation numérique et vie au travail. Rapport M. Bruno METTLING. 2015.
- Re-imagining work. Green paper W o r k 4. 0. Germany. Federal Ministry of Labour and Social Affairs. 2015.
- Frankfurt Paper on Platform-Based Work. Proposals for platform operators, clients, policy makers, workers, and worker organizations. 2016.
- Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. OIT. 2017.
- Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª reunión, 2018.

ESTIBADORES, UNIÓN EUROPEA Y DECRETO-LEY: TRES ACTORES DE REPARTO PARA UNA OBRA JURÍDICAMENTE COMPLEJA

ANA CARMONA CONTRERAS
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: Cumplimiento de obligaciones europeas; TJUE; Constitución española; Decreto-ley

La necesidad urgente de adaptar el marco regulador del sector de la estiba portuaria a las exigencias derivadas de la libertad de circulación (artículo 49 TFUE) es utilizada por el Gobierno como criterio fundamental para recurrir a la figura del decreto-ley. Las especiales circunstancias que acompañan su aprobación, así como la forma en la que se regula la cuestión de la estiba exigen analizar la viabilidad constitucional de la figura de esta fuente del derecho. Para el desarrollo de tal objetivo, este trabajo se plantea como cuestión preliminar determinar la aptitud de dicho instrumento normativo para ejecutar obligaciones europeas tomando como referencia las previsiones del derecho de la Unión. Solventada dicha cuestión, se lleva a cabo un completo análisis de la jurisprudencia del TC sobre el presupuesto habilitante del decreto-ley que nos permita determinar, a modo de conclusión, la corrección constitucional de la operación desarrollada desde el Ejecutivo.

ABSTRACT

Key Words: Implementation of European Union obligations; ECJ; Spanish Constitution; Law-Decree

The urgent need to adapt the regulatory framework stowage requirements relating to freedom of movement (Article 49 TFEU) sector is used by the Government to approve a Royal Decree-Law. The special circumstances of approval, as well as the peculiar content of the regulation require analyzing the constitutional viability of this source of law. Moreover, this paper raises as a preliminary question the ability of the source to implement European obligations by reference to the provisions of Union law. In order to determine the constitutional correctness of the operation carried out by the Executive, the essay develops an full analysis of the jurisprudence of the TC on the factual circumstances (extraordinary and urgent need) provided by the article 86.1 of the Spanish Constitution.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto “Desafíos del Proceso de Construcción de un Espacio Europeo de Derechos Fundamentales” (DER-2017-83779-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO AL CONTEXTO DE REFERENCIA
2. DECRETO-LEY Y CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EUROPEAS: UNA MIRADA DESDE EL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN
3. EL PRESUPUESTO FÁCTICO DEL DECRETO-LEY: LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD
 - 3.1. Aproximación general a la jurisprudencia constitucional
 - 3.2. Urgente necesidad y cumplimiento de las obligaciones europeas
4. ENSAYO DE VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DEL REAL DECRETO-LEY 8/2017: FACTORES JURÍDICOS VERSUS EFECTIVIDAD PRÁCTICA

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES EN TORNO AL CONTEXTO DE REFERENCIA

Como es sabido, el establecimiento de un nuevo marco regulador del sector de la estiba portuaria en nuestro país ha estado marcado por la exigencia de una sustancial remodelación normativa formulada desde la Unión Europea. La radical desautorización del sistema establecido por el texto refundido de la Ley de Puertos de 2011¹ que trajo consigo la sentencia del Tribunal de Justicia (TJUE) en 2014², afirmando la vulneración de la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE) puso en evidencia la necesidad ineludible de articular una regulación interna en sintonía con las exigencias europeas³. La persistente y férrea resistencia al cambio mostrada por los estibadores españoles supuso en términos prácticos un potente factor de ralentización de cara al logro de un acuerdo sobre el que sustentar la necesaria reforma legislativa⁴. Si a ello unimos el precario contexto político derivado de las elecciones celebradas en diciembre de 2015 que, ante la imposibilidad de investir a un presidente del Gobierno, dio paso a unos nuevos comicios en junio de 2016, se comprende la situación de “tormenta perfecta”

¹ La normativa aludida dejaba en manos de las denominadas Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) tanto el control de las condiciones laborales de trabajo en el sector como la facultad para designar el personal susceptible de ser efectivamente contratado por las empresas prestadoras del servicio. Asimismo, venía a establecer como requisito imprescindible para acceder a la contratación de personal el que dichas empresas participasen con carácter obligatorio del capital social de las SAGEP.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-576/13, *Comisión contra España* (ECLI:EU:C:2014:2430).

³ Así se deduce del tenor literal del artículo 260.1 TFUE: “Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal”.

⁴ Que no se llevó a cabo a pesar de que el Gobierno en dicha legislatura contaba con una sólida mayoría absoluta que lo hubiera permitido. La imposibilidad de lograr un acuerdo con los actores sociales actuó, como ya se ha indicado, en un factor desincentivador para acudir a la vía legislativa.

en que se hallaba inmerso nuestro sistema y que impedía dar cumplimiento a la resolución dictada por los jueces de Luxemburgo. Aún en tales circunstancias adversas, en julio de 2016 (con el nuevo Ejecutivo todavía en fase de despegue) la Comisión, tras constatar la persistencia del incumplimiento⁵ hizo uso de su facultad (artículo 260.2 TFUE⁶) y se dirigió al TJUE solicitando la imposición a España del pago de una cantidad a tanto alzado o de una multa coercitiva.

La apertura de un nuevo procedimiento y la perspectiva cierta de una ulterior condena, esta vez pecuniaria, no operaron como efectivas palancas de cara a desatascar el recurrente bloqueo y lograr el tan ansiado acuerdo. En este nuevo escenario, la ausencia de avances detectada en los meses posteriores resultaría determinante para que el Gobierno decidiera pasar a la acción de forma expeditiva a principios de 2017, acudiendo a la figura del decreto-ley para aprobar la reforma exigida y, asimismo, intentar neutralizar la sanción en ciernes. De este modo, a pesar de no contar con el aval de los actores sociales concernidos (sindicatos y patronal), el Ejecutivo presidido por Mariano Rajoy aprobó el RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). Un intento regulador que, como es sabido, resultó fallido al constatarse la ausencia del respaldo constitucionalmente requerido por parte de las fuerzas políticas en el trámite de convalidación ante el Congreso de los Diputados⁷.

Con el decreto-ley derogado⁸ y la normativa precedente “resucitada”, el Gobierno no cejó en su intento y abrió una nueva fase de actuación en la que, sin renunciar al recurso a su potestad legislativa de urgencia, aun manteniendo una hoja de ruta sustancialmente similar procedió a introducir algunos cambios significativos. Entre ellos destaca especialmente la remisión a acuerdos futuros así como a la potestad reglamentaria que lleva a cabo el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores

⁵ A este respecto, recuérdese que en febrero de 2015 finalizó el plazo con el que contaba el Ejecutivo para informar a la Comisión sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la sentencia del TJUE.

⁶ Dispone dicho precepto lo siguiente: “Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva”.

⁷ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, n. 39, 16 de marzo de 2017. El resultado de la votación fue el siguiente: 142 votos a favor, 175 en contra y 33 abstenciones.

⁸ La resolución del Congreso fue publicada en el *BOE* de 24 de marzo de 2017, Sección I, Disposiciones Generales, p. 20718.

para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), con la finalidad evidente de concretar la genérica regulación que el mismo incorpora. En este segundo intento la estrategia desarrollada por el Ejecutivo en sede parlamentaria obtuvo sus frutos y permitió despejar el camino de la convalidación al atraer los votos afirmativos de ciertos grupos parlamentarios que mostraron su rechazo a la primera regulación. A pesar del esfuerzo realizado, sin embargo, España no consiguió eludir la imposición de una sanción pecuniaria por parte del Tribunal de Justicia, la cual fue determinada en una sentencia emitida dos meses más tarde de la entrada en vigor de la reforma⁹.

Sin entrar a analizar los elementos que caracterizan desde un punto de vista material la regulación jurídica de la cuestión en el ámbito europeo ni tampoco la adoptada en el ordenamiento laboral interno, aspectos que son objeto de tratamiento específico en este volumen a cargo de reputados expertos, nuestro trabajo centrará su interés en el estudio de la dimensión constitucional inherente al soporte normativo utilizado para vehicular la operación normativa: el decreto-ley. Movidos por tal propósito, se aplicará una perspectiva analítica que, centrada en el sistema de fuentes, en primer lugar, abordará la viabilidad del recurso al decreto-ley en el supuesto que nos ocupa, esto es, la ejecución de una sentencia TJUE (2). A continuación, llevaremos a cabo un sintético recorrido a través de la jurisprudencia del TC en torno al presupuesto habilitante del instrumento normativo recogido en el artículo 86.1 CE, prestando seguidamente una atención específica a las resoluciones del TC en las que se ha abordado el tema en relación con la implementación de obligaciones europeas (3). Esta exploración preliminar nos permitirá determinar si el RDL 8/2017 se adecua a las referidas pautas hermenéuticas y, a modo de conclusión, ensayar una valoración sobre su idoneidad constitucional (4).

2. DECRETO-LEY Y CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EUROPEAS: UNA MIRADA DESDE EL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN

Antes de entrar a dilucidar la aptitud del decreto-ley como contenedor normativo idóneo para incorporar a nuestro ordenamiento mandatos jurídicos provenientes de las instancias europeas, ya sean normativos o de cuño judicial, resulta pertinente recordar que España, en su condición de miembro, se halla vinculado por el *principio de cooperación leal* recogido en el artículo 4.3 del Tratado de la

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017, en el Asunto C-388/16, *Comisión contra España* (ECLI:EU:C:2017:548). Aunque la Comisión formuló desistimiento parcial del recurso con respecto a la multa coercitiva, no hizo lo propio en relación con la condena al pago de la suma a tanto alzado que se fijó en 27.552 euros por cada día transcurrido desde que se dictó la sentencia hasta la entrada en vigor del Decreto-ley. El TJUE finalmente la fijó en tres millones de euros.

Unión Europea (TUE). Reza dicho precepto que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”.

La formulación genérica del deber previsto denota una clara vocación integral a la hora de determinar los supuestos en los que rige la cooperación. Así se constata si atendemos a la identificación del origen del deber de cumplimiento que pende sobre los Estados, procediendo a incardinarse tanto en la esfera del derecho primario (“obligaciones derivadas de los Tratados”) como en la del derivado (“resultantes de los actos de las instituciones”). De esta forma, el espacio para identificar cualquier resquicio accesible al incumplimiento estatal se neutraliza.

Una actitud similar se mantiene en relación con la articulación de los medios a través de los que implementar tales obligaciones a escala interna, quedando establecido que los Estados “adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas”¹⁰. A la luz de tal *modus operandi* no cabe sino reiterar que la constatación por parte de la autoridad jurisdiccional europea resolviendo la ausencia de sintonía de una normativa interna con las exigencias establecidas en el ordenamiento de la Unión activa el principio de cooperación leal y constriñe al Estado a proceder en consecuencia.

Cuestión directamente relacionada con la premisa expuesta es determinar qué se ha de entender por “medidas apropiadas”, dado que es precisamente en relación a las mismas donde emerge la incógnita referida a la aptitud del decreto-ley para proceder a escala doméstica con la tarea encomendada. En este sentido se impone recordar que, con carácter previo a la formulación de la cooperación leal, viene proclamado el respeto que profesa la Unión hacia la “identidad nacional” de los Estados miembros, entendiéndose por tal la que es “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional” (artículo 4.2 TUE).

A través de este precepto, cuyo precedente inmediato se encuentra en el artículo 5 del proyecto de Tratado Constitucional Europeo, se confiere formalmente fuerza normativa al principio de autonomía institucional acuñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, desde la sentencia *International Fruit Company*¹¹ ha venido afirmando que “cuando las disposiciones del Tratado o de reglamentos reconocen poderes o imponen obligaciones a los Estados miembros a efectos de la aplicación del derecho comunitario, la cuestión de saber de qué

¹⁰ El artículo 291.1 TFUE especifica dicho deber general al establecer expresamente que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión”.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 1971, en los Asuntos acumulados C-51 a 54/71, *International Fruit Company NV y otros contra Produktchap voor groenten en fruit*, (ECLI:EU:C:1971:128).

manera el ejercicio de esos poderes y la ejecución de esas obligaciones pueden ser encomendados por los Estados a determinados órganos *depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado*” (la cursiva es nuestra).

Las implicaciones anudadas a este planteamiento adquieren una trascendental relevancia en la práctica, puesto que desde la Unión se reconoce la libertad de la que gozan los ordenamientos nacionales en clave tanto organizativa y competencial como en términos procedimentales para articular el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de las instituciones supranacionales. En función de tal premisa¹², escapa a la competencia de la Unión determinar cuál sea el nivel de gobierno competente a nivel interno (central, autonómico o local) para implementar una directiva¹³ o qué concreta fuente del derecho (ley, decreto-ley, reglamento) deba usarse como soporte normativo para incorporar o desarrollar las previsiones europeas¹⁴. Lo mismo cabe afirmar en términos procesales, puesto que el establecimiento de los cauces a través de los que se canalizan las acciones de tutela derivadas de las normas de la Unión recae en el ordenamiento interno¹⁵. Asumiendo un enfoque eminentemente finalista lo relevante para la Unión es el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados y, por lo tanto, serán éstos los que atendiendo a su marco doméstico determinen quién (perspectiva orgánico-subjetiva) y cómo (perspectiva procedimental-objetiva) lograrlo¹⁶.

¹² Dicha premisa se explica en buena medida como consecuencia de la existencia de unos valores que la Unión proclama y que todos los Estados comparten, según reza el artículo 2 TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

¹³ Ha de recordarse que la postura asumida por el TJUE con respecto a este tema no ha experimentado cambios, manteniéndose constante a lo largo del tiempo, afirmando (vid. por todas, la sentencia de 25 de mayo de 1982, *Comisión c. Países Bajos*, 97/81, ECLI: EU: C: 1982: 193, especialmente apartado 12) que “cada Estado miembro es libre de atribuir como juzgue oportuno las competencias en el plano interno”.

¹⁴ En su temprano estudio sobre la materia, Alonso García, R., “La ejecución normativa del derecho comunitario europeo en el ordenamiento español”, *Revista de Administración Pública*, n. 121, 1990, p. 200 y ss, puso de manifiesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, partiendo de la genérica libertad que asiste a los Estados, exige el cumplimiento de ciertos requisitos de cara a asegurar que la normativa utilizada o la actividad interna desarrollada conduzcan efectivamente al cumplimiento de las obligaciones europeas a cargo de los Estados.

¹⁵ El principio de autonomía procesal de los Estados miembros ha sido objeto de tratamiento en una profusa y fértil jurisprudencia del TJUE. Sobre su significado e implicaciones tanto a escala europea como interna, vid. el estudio crítico realizado por Bobek, M., “Why There is No Principle of ‘Procedural Autonomy’ of the Member States”, en Micklitz H.-W. y De Witte, B. (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 305-322.

¹⁶ Dicha libertad de autoorganización cuenta, sin embargo, con un límite insuperable, puesto que, como recuerda Díez-Picazo Giménez, L. M., “El principio de autonomía institucional de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 73 (I), 2005, p. 219, “los Estados no pueden invocar razones de derecho interno para justificar su incumplimiento del derecho comunitario”.

Planteada la cuestión en estos términos, resulta claro que el recurso a la ley parlamentaria o en su caso al decreto-ley debe justificarse atendiendo únicamente a lo dispuesto por nuestra Constitución. Para determinar la viabilidad de este último, pues, tendrá que verificarse en primer lugar si concurre el presupuesto fáctico que legitima el recurso a la potestad legislativa de urgencia del Gobierno, esto es, las circunstancias “de extraordinaria y urgente necesidad”. Sólo si así sucede, a continuación, deberá determinarse si la normativa en cuestión ha respetado la prohibición de no “afectar” a los bloques materiales señalados por el artículo 86.1 CE, a saber “las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, el régimen de las Comunidades Autónomas, el derecho electoral general”.

Un correcto desarrollo de la tarea propuesta exige la toma en consideración de la interpretación jurisprudencial en la materia realizada por el Tribunal Constitucional. Alcanzar dicha meta exige, sin embargo, como imprescindible paso previo una aproximación a las pautas interpretativas generales acuñadas por la jurisprudencia del TC en relación con el decreto-ley, ya que ello permitirá transitar de un enfoque global a otro de índole particular, ahora ya sí, centrado en el terreno concreto del asunto que ocupa estas páginas.

3. EL PRESUPUESTO FÁCTICO DEL DECRETO-LEY: LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD

3.1. Aproximación general a la jurisprudencia constitucional

El entendimiento de la cláusula habilitante que abre la puerta al uso de la potestad gubernamental de urgencia exige tener muy presente su condición de concepto constitucionalmente indeterminado. Esto implica en términos prácticos que el Ejecutivo, en tanto que órgano sobre el que reside la facultad preferente para su concreción, goza de un amplio margen de discrecionalidad¹⁷. Ahora bien, como el propio Tribunal subrayó desde su primera resolución en la materia “el peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso reconocer al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado, no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del Tribunal constitucional, en cuanto sea necesario para garantizar un uso del decreto-ley adecuado a la Constitución”¹⁸. La amplitud del espacio accesible para la interpretación política en modo alguno puede identificarse, pues, con la ausencia de límites constitucionales. La razón es obvia: no estamos ante una cláusula vacía de contenido.

¹⁷ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3.

¹⁸ *Ibidem*.

Al hilo de tal aproximación preliminar se colige que la tarea fiscalizadora desarrollada por el Tribunal viene a situarse en un plano externo¹⁹, puesto que no persigue sustituir la valoración política realizada desde el Gobierno sino, antes bien, determinar si ésta resulta contraria a la cláusula constitucional de la que trae causa. Este modus operandi, directa expresión de su condición de legislador negativo, se justifica porque de no actuar así el máximo intérprete de la Constitución asumiría “una responsabilidad que no corresponde a su función, y entrañaría una ingerencia en una decisión política que sólo al Gobierno, con el control parlamentario, corresponde”²⁰.

Hemos de enfatizar cómo la aplicación de esta actitud de abierto *self-restraint*²¹ ha actuado como elemento determinante en la comprensión de la virtualidad operativa que ha asumido en la práctica el decreto-ley. En primer lugar, porque de la misma se deriva que la declaración de inconstitucionalidad queda circunscrita únicamente a la sanción de supuestos de uso abusivo o arbitrario en los que se detecta una manifiesta ausencia del presupuesto habilitante²². Consecuentemente, el abanico de posibilidades que se abre a la actuación gubernamental de urgencia experimenta una apertura considerable al quedar expedita la vía para asumir una “consideración flexible y matizada” sobre el significado político y jurídico de dicho instrumento normativo en nuestro ordenamiento. Desde tal aproximación de partida, el TC ha afirmado la genérica aptitud del decreto-ley para “dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual”²³. Esta lectura extraordinariamente dúctil de la urgente necesidad sirve como un interfaz que permite conectarla con “situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes”²⁴. Cabe utilizar dicha norma, pues, en presencia de cualquier situación simplemente no ordinaria²⁵, en donde se constata una “anormalidad de tono menor”²⁶ caracterizada, eso sí, por la concurrencia de

¹⁹ Una valoración abiertamente crítica con respecto a tal configuración del control ejercido por el TC se encuentra en Aragón Reyes, M., *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Lustel, Madrid, 2016, pp. 52-55.

²⁰ STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 7.

²¹ STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5.

²² STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 2.

²³ STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Así, la necesidad de colmar el vacío legislativo creado por la declaración de inconstitucionalidad de una norma (STC 11/2002, de 17 de enero), la voluntad de reestructurar el organigrama ministerial tras un cambio de gobierno (STC 60/1986, de 20 de mayo) o la derogación de una decisión política trascendental como es el Plan Hidrológico Nacional adoptada por el Ejecutivo precedente y cuya orientación no es compartida por el sucesivo (STC 237/2012, de 13 de diciembre) como consecuencia de un cambio en el Ejecutivo.

²⁶ De Otto y Pardo, I., *Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 197.

“ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata”²⁷.

Una atención específica merece el carácter imprevisible o no de la coyuntura fáctica afrontada por la normativa gubernamental porque, si bien es cierto que el tenor argumental utilizado inicialmente por el TC aludía expresamente a la dificultad en su previsión, con el paso del tiempo se ha producido una sustancial relajación que ha terminado por aceptar el recurso al decreto-ley mediando circunstancias despojadas de dicho rasgo²⁸. Al albur de esta nueva aproximación, se sostiene que lo determinante desde la perspectiva constitucional “no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren”²⁹. Y produciéndose dicha hipótesis el requisito a cumplir es que su regulación se lleve a cabo en un tiempo menor que el requerido por el procedimiento legislativo de urgencia³⁰. Como resulta obvio, tan genérica aproximación ha ofrecido una sólida cobertura constitucional para la utilización del decreto-ley³¹ en aquellos supuestos percibidos como urgentes desde la perspectiva subjetiva y contingente del Gobierno³² con respecto a los que la premura en articular una respuesta normativa inmediata se erige en condición determinante que garantiza su efectividad. El componente objetivamente extraordinario de la circunstancia fáctica necesitada de regulación urgente cede el paso, de este modo, a la apreciación de quien está llamado a gestionarla y a hacerle de forma inmediata.

²⁷ STC 137/2011, de 14 de noviembre, FJ 3.

²⁸ Existe una asentada doctrina que rechaza la existencia de extraordinaria y urgente necesidad en situaciones despojadas de imprevisibilidad. Por todos, vid. Mazzarita, G., *L'emergenza costituzionale: Definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 164, quien defiende que la imprevisibilidad es «un elemento esencial de la emergencia», de tal manera la hipótesis de una emergencia ordinaria que se repite en el tiempo es «una contradicción en términos».

²⁹ Así se afirma expresamente en la STC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6, en la que se acepta que la urgencia “incluso tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concorra efectivamente la excepcionalidad de la situación”.

³⁰ En la STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 12, se contiene una referencia expresa a esta exigencia y a la necesidad de que la misma sea respetada. En una línea similar van a pronunciarse las SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4 y la 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 7.

³¹ Coincidimos con la opinión de Pérez Royo, J., “La distribución de capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno”, en AA. VV., *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Diputació de Barcelona, 1985, p. 139, quien afirma que este modo de entender el presupuesto habilitante del decreto-ley nos sitúa ante «la ley a secas».

³² En nuestra opinión (vid. Carmona Contreras, A. M., *La configuración constitucional del decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 99–102) este planteamiento que considera la urgente necesidad desde la perspectiva ofrecida por la percepción objetiva/subjetiva del Gobierno resulta más adecuado en términos de sistemática constitucional que la opción asumida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 6/1983, utilizando la dicotomía absoluta/relativa. En el primer supuesto, estaríamos ante circunstancias extremas contempladas por los estados de excepción del artículo 116 CE. Como contraposición, la necesidad relativa aludiría a las situaciones de normalidad simplemente no ordinarias a las que el decreto-ley da respuesta.

Llegados a este punto, a continuación, centraremos nuestro interés en el análisis de ciertas variantes de la urgencia que ponen de manifiesto una dimensión más matizada o, si se prefiere, menos lineal de la misma que han sido objeto de atención en sede jurisprudencial. En primer lugar, cabe interrogarse si resulta compatible con la exigencia de premura temporal que se posponga temporalmente la aplicación de las previsiones gubernamentales recogidas en el decreto-ley, reenviándose a un momento posterior. Entiéndase que no se trata de supuestos en los que se difiere temporalmente la entrada en vigor de la normativa de urgencia, puesto que de constatarse tal situación la inconstitucionalidad por defecto del presupuesto habilitante resulta patente. Muy al contrario, el caso aludido es el de un decreto-ley que ha entrado en vigor tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado, pero en el que concurre un efecto de disociación entre la aprobación de la regulación jurídica que contiene y su aplicación en la práctica. La inmediatez de la respuesta efectivamente producida vendría, por lo tanto, acompañada de un complemento de transitoriedad en su ejecución. Es precisamente en tal planteamiento disociativo en el que la urgencia procede a adquirir una nueva dimensión.

Este modo de abordar la cuestión ha sido valorado en términos positivos por parte de la jurisprudencia del TC, que ha considerado que la previsión a cargo del decreto-ley de una actuación material diferida en el tiempo no resulta, en cuanto tal, indicativa de la ausencia de urgente necesidad. Descartando soluciones abstractas, se opta por atender las circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto, valorándolas de forma específica. Para el desarrollo de tal actividad el Tribunal recurre a la aplicación de dos pautas hermenéuticas que despliegan su efectividad de modo sucesivo. A modo de premisa, se exige como condición sine qua non que el decreto-ley “haya establecido un nuevo marco jurídico”³³, esto es, que sea expresión de una efectiva voluntad reguladora. Tal requerimiento preliminar permite rechazar aquellas previsiones contenidas en una norma gubernamental de urgencia “que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad”³⁴. A partir de ahí, admitir que la aplicación de las disposiciones emanadas por el Ejecutivo exija un complemento de transitoriedad se hará depender de un nuevo requerimiento, esta vez de índole temporal planteado en términos estrictamente cuantitativos. En efecto, lo determinante para el TC es que “la eficacia no resulte diferida en el tiempo de forma indeterminada”, debiendo indicarse expresamente el momento en que ésta se producirá³⁵. Cumpliendo ambas exigencias, la operación analizada obtendrá el aval de constitucionalidad.

³³ STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 6.

³⁴ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3.

³⁵ STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 2.

Por su parte, la segunda hipótesis a considerar nos sitúa ante casos en los que la normativa de urgencia aprobada por el Ejecutivo no agota en sí misma la regulación de la coyuntura que se halla en su base, requiriendo la colaboración de ulteriores previsiones. En esta ocasión lo que se ha de dilucidar es si el decreto-ley puede limitarse a expresar en términos genéricos una primera respuesta normativa cuya efectiva concreción viene pospuesta a un momento posterior. El decreto-ley funcionaría, pues, como la primera etapa de una secuencia reguladora compleja en la que una vez fijados los contornos generales su desarrollo se producirá sólo de forma consecutiva (segunda fase).

Para la resolución de la duda planteada, el Tribunal Constitucional vuelve a operar con el doble canon valorativo ya aludido anteriormente afirmando, en primera instancia, que “lo verdaderamente importante, desde el punto de vista constitucional, es que el Decreto-ley produzca una innovación normativa efectiva, y no que el régimen jurídico introducido a través del mismo sea *completo o definitivo* (la cursiva es nuestra)³⁶. En tales supuestos, el elemento a valorar es la concurrencia de una manifestación de voluntad de carácter vinculante mediante la que se viene a establecer un marco regulador general que anticipa y permite la elaboración de normas ulteriores. Se rechaza, por lo tanto, que a través de dicha figura normativa se lleve a cabo una “remisión en blanco a un futuro reglamento”, puesto que con ello se da lugar a una “operación de deslegalización encubierta” no permitida constitucionalmente³⁷. Así encauzados los términos del debate, resulta que las disposiciones incorporadas por el decreto-ley están llamadas a actuar como normas habilitantes que dan paso, predeterminando necesariamente sus caracteres esenciales, a un ulterior desarrollo a cargo de normas reglamentarias. Al hilo de tal planteamiento, emerge un conglomerado normativo en el que estas últimas se perfilan como complemento normativo indispensable para llevar a cabo las previsiones establecidas por aquéllas.

Superado el primer test, a continuación, entra en acción el necesario contrapunto temporal, esto es, la exigencia de que el decreto-ley fije por sí mismo un “plazo perentorio” dentro del cual el Ejecutivo queda constreñido a dictar las referidas normas de desarrollo. De este modo, la ausencia de dicha mención explícita conduce a declarar la inconstitucionalidad de las remisiones reglamentarias formuladas³⁸.

Avanzando en el examen de la jurisprudencia constitucional sobre la cláusula de la extraordinaria y urgente necesidad hemos de referirnos ahora a la existencia de otra herramienta valorativa, cuya principal finalidad es introducir, a modo de contrapeso, una cierta limitación al amplísimo margen de discrecionalidad disponible a la acción del Ejecutivo. Se trata de la exigencia de llevar a cabo *una*

³⁶ SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 7 y 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 7.

³⁷ STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 7.

³⁸ SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 6, y 29/1986, de 28 de febrero, FJ 2.c).

referencia explícita y razonada sobre la precisa situación fáctica que justifica el uso del decreto-ley. Dicha justificación, que debe figurar en su Preámbulo o en la Exposición de motivos, aunque también puede deducirse del contenido del debate de convalidación ante el Congreso de los Diputados, está llamada a desplegar una función esencial puesto que permite al Tribunal conocer de primera mano “las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos-leyes enjuiciados”³⁹.

Una atenta mirada a la jurisprudencia constitucional a lo largo del tiempo deja en evidencia, sin embargo, la adopción por el TC de una actitud extraordinariamente permisiva que le ha permitido a aceptar la validez de toda una serie de fórmulas meramente rituales y vacías de contenido en las que dicha referencia concreta brilla por su ausencia. Prueba elocuente en este sentido es que tuvieron que transcurrir cinco lustros para encontrar una primera resolución –la emblemática STC 68/2007– en la que se declarara la inconstitucionalidad del decreto-ley enjuiciado a partir de la constatación de la insuficiente e insatisfactoria justificación del presupuesto habilitante utilizado por el Gobierno. Resolución que, por lo demás y a mayor abundamiento, se muestra como excepción a la que, dejando a salvo contadas excepciones, ha continuado siendo la regla general mantenida por el TC posteriormente, avalando todo tipo de alegaciones meramente rituales y caracterizadas por su acentuada inconsistencia⁴⁰.

Teniendo presente tal situación no sorprende el efecto reductivo que se ha proyectado sobre el segundo de los criterios utilizados para valorar la concurrencia del presupuesto habilitante: la *conexión de sentido*. La exigencia de este ulterior requisito nos sitúa ante la necesidad de que exista una relación de congruencia entre la coyuntura considerada urgente y la respuesta normativa articulada por el Gobierno para hacerle frente. A través de este requerimiento, el uso del decreto-ley incorpora una clara vertiente adicional⁴¹ de índole teleológica a resultas de la cual su contenido queda condicionado por la situación fáctica sobre la que pretende actuar. Es esta la razón por la que referirse expresamente a la misma se afirma como elemento ineludible. Porque gracias a la exigencia de una efectiva conexión de sentido vendría a alzarse un decisivo dique de contención llamado a impedir la existencia de normas intrusas, esto es, ajenas a la coyuntura fáctica sobre la que se proyecta la acción normativa del decreto-ley.

La adopción por el TC de una postura de máxima deferencia hacia la discrecionalidad que asiste al Gobierno, relajando sustancialmente como hemos visto

³⁹ SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5.

⁴⁰ Para un análisis crítico de la reciente jurisprudencia en la materia, vid. Carmona Contreras, A. “Decreto-ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVII, 2017 / 2, 2017.

⁴¹ Es lo que Cruz Villalón, P., “Tres sentencias sobre el decreto-ley”, en AA.VV., *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de autonomía*, Barcelona: Diputació de Barcelona, 1985, p. 148, denominó «bifuncionalidad de la cláusula».

la obligación de alusión expresa a la situación considerada urgente, sin embargo, ha frustrado tal expectativa inicial. De esta forma, la función fiscalizadora ha quedado restringida únicamente a la formulación de un juicio de razonabilidad o mera idoneidad de las medidas adoptadas. Consecuentemente, la aplicación de tal pauta interpretativa (de nuevo, el control externo) ha permitido que la tacha de inconstitucionalidad quede circunscrita tan sólo a aquellos supuestos en los que se detecta una situación de incongruencia manifiesta.

Hasta aquí llega el genérico recorrido propuesto a través de la jurisprudencia constitucional. Una vez acotado el terreno dentro del que se desarrolla el control ejercido por el Tribunal estamos en condiciones de afirmar a modo de conclusión que siempre que se respeten los requisitos expuestos (premura temporal cualificada atendida en un plazo menor que el requerido por el procedimiento legislativo de urgencia y respuesta normativa congruente con la situación fáctica apreciada) resulta constitucionalmente admisible esa “excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes que implica el recurso al decreto-ley por parte del Gobierno”⁴². Desde una perspectiva institucional esto significa que manteniéndose dentro de dichos límites no merece reprobación constitucional que aquél ocupe puntualmente el lugar de las Cortes Generales como “depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario”⁴³.

3.2. Urgente necesidad y cumplimiento de las obligaciones europeas

Una vez expuesto el entendimiento de la urgente necesidad que mantiene el TC en términos generales lo que procede a continuación es analizar su aplicación a los casos referidos a normas europeas. Sucede, sin embargo, que la creciente utilización por el Gobierno de su potestad legislativa de urgencia recurriendo al decreto-ley para transponer directivas y decisiones judiciales europeas en nuestro ordenamiento jurídico contrasta con la existencia de muy escasos precedentes, puesto que la contribución del máximo intérprete de la Constitución al tema se reduce tan sólo a dos resoluciones –las SSTC 329/2005 y 1/2012-. No obstante, una detenida lectura de las mismas, sobre todo de la segunda, permitirá extraer una serie de pautas interpretativas esenciales de cara a fijar el margen de actuación constitucionalmente accesible a dicha fuente del derecho.

Por sus similitudes con el tema de la regulación del régimen jurídico de los estibadores concentraremos nuestro interés preferente en la STC 1/2012⁴⁴, la cual

⁴² STC 29/82, de 31 de mayo, FJ 1.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ En esta resolución, el TC abordó una situación en la que el Ejecutivo había hecho uso del decreto-ley una vez transcurrido 9 meses desde la finalización del plazo habilitado para transponer una Directiva. La situación de incumplimiento unida a la importancia de los intereses en juego en el sector afectado fue utilizada para justificar la existencia de una coyuntura de urgente necesidad que legitimaba el recurso al decreto-ley.

trae causa de los siguientes hechos: en 1999, el TJUE dictó una sentencia en la que condenaba a España, tras el recurso interpuesto por la Comisión motivado por la incorporación inadecuada de una Directiva. Ante la falta de transposición constatada en el tiempo, en el año 2000, la Comisión hizo uso de su facultad y acudió una segunda vez ante el Tribunal de Luxemburgo solicitando esta vez que se impusiera una sanción pecuniaria a nuestro país. Ante tal panorama, la solución adoptada por el Gobierno no fue otra que recurrir al decreto-ley, justificando su constitucionalidad sobre la urgente necesidad de llevar a cabo de forma expeditiva la transposición pendiente a fin de evitar una nueva condena proveniente de la instancia jurisdiccional europea. Así se puso de manifiesto de forma expresa y reiterada tanto en la Exposición de Motivos que acompañaba el decreto-ley como en su debate de convalidación ante el Congreso de los diputados.

Si bien en este caso el TC se centró en dilucidar la adecuación constitucional de dicha fuente del derecho como cauce de incorporación al ordenamiento interno de Directivas europeas y afirmó expresamente que no pretendía “agotar la cuestión en su conjunto”, lo cierto es que el trasfondo fáctico concurrente y los argumentos desgranados para su resolución proporcionan una serie de pautas hermenéuticas susceptibles de ser utilizadas también en el supuesto analizado en estas páginas. Veamos cuáles son.

Empieza su recorrido analítico el Alto Tribunal afrontando la imputación de inconstitucionalidad que los recurrentes hacen derivar de la ausencia de imprevisibilidad que caracteriza la situación a la que responde el decreto-ley impugnado: España ya había sido condenada años atrás a causa del incumplimiento verificado, razón por la que el Gobierno era plenamente consciente de su obligación. El hecho de una nueva demanda de la Comisión ante la inoperancia demostrada, unida a la voluntad de evitar una nueva sanción no podía sustentar la concurrencia de urgente necesidad. Para neutralizar este planteamiento el TC se limitó a traer a colación su doctrina en materia de imprevisibilidad, recordando que lo importante no es la causa que crea la urgencia sino que ésta exista efectivamente⁴⁵. La gravedad de la situación y la premura en articular una respuesta normativa a la mayor brevedad que concurren en el supuesto analizado ofrecían, pues, cobertura constitucional para acudir al decreto-ley. Nada nuevo bajo el sol: El TC se ciñe al guión hasta ahora conocido.

Avanzando en la lectura de la sentencia encontramos que en su FJ 9 emerge a lo una consideración del factor temporal en el recurso a la potestad gubernamental de urgencia focalizada específicamente en el tema del cumplimiento de las obligaciones europeas a cargo del Estado que arroja una nueva luz a la cuestión. Porque, según razona el TC, la existencia de “una obligación más o menos apremiante derivada del derecho de la Unión” no puede utilizarse como argumento para “ignorar o minusvalorar los principios y requisitos que la Cons-

⁴⁵ STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 7.

titución impone a los poderes públicos nacionales”, entre los que se encuentran “el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la función del legislador democrático”⁴⁶. Así pues, se impone encontrar un punto de equilibrio que permita “conciliar en la mayor medida posible” el orden interno de distribución del poder con “el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión”⁴⁷.

Movido por tal propósito, el Alto Tribunal desarrolla una línea discursiva en la que la atención al factor puramente temporal experimenta una sustancial transformación asumiendo un entendimiento en el que la dimensión material y la vertiente finalista inherentes a la controversia planteada vienen a situarse en el centro de gravedad decisorial. En virtud de tal aproximación se perfila un canon hermenéutico que si bien ya se manifestó en la STC 329/2005 ahora experimenta un sustancial reforzamiento. Arranca el recorrido expositivo del TC aludiendo al “parámetro de corrección funcional en la distribución de poderes”, tanto en sentido vertical, que impone el respeto del reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, como horizontal, impidiendo al Gobierno disponer libremente de las funciones asignadas al Parlamento “en cuanto a la producción de fuentes primaria en el ordenamiento, esto es, de normas con valor de ley”. Centrado en este filón argumental se constata un análisis impecable que procede a rechazar sin paliativos una visión parcial de la cuestión planteada, en cuya virtud se afirma que admitir “la incorporación del derecho de la Unión Europea al ordenamiento interno por la mera razón de que hubiera transcurrido el plazo de transposición, *sin mayores precisiones*, no se adecua al presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad” (la cursiva es nuestra). Porque si así fuera, sigue avanzando el razonamiento, se vendría a otorgar carta de naturaleza constitucional a un “uso abusivo de una facultad excepcional como es la legislación de urgencia” que traería aparejado un “reforzamiento de la posición institucional del Ejecutivo en detrimento del Legislativo”⁴⁸. El TC, sabedor de las consecuencias nefastas derivadas de tal interpretación permisiva, advierte que su aceptación “alentaría la progresiva atracción de la incorporación de las directivas al ámbito funcional del decreto-ley, en detrimento de los principios de legalidad y legitimidad democrática directa, que recaen inicialmente en las Cortes Generales en cuanto representantes del pueblo soberano”. Máxime en un contexto en el que dicha actividad normativa de transposición interna constituye una “obligación normal, previsible y cotidiana derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea”⁴⁹.

⁴⁶ STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ El argumento se completa aludiendo a la negativa incidencia que la referida tendencia provocaría sobre el Senado, resultando postergado en tanto que foro institucional “que nuestra Carta Magna concibe como cámara de representación territorial”.

⁴⁹ STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9 in fine.

Así planteada la cuestión, y una vez cerrado el paso a la consideración temporal sin más (sic. el mero transcurso del tiempo) para utilizar el decreto-ley, a continuación lo que procede es explorar cómo ha de entenderse esa dimensión material que debe presentar la premura en estos casos para resultar constitucionalmente relevante. De lo que se trata es de determinar a qué se refiere el TC cuando utiliza la fórmula semántica “sin mayores precisiones”. Como ya se ha indicado en la STC 329/2005, precisamente la “otra” resolución en la que se abordaba el uso del decreto-ley para la implementación de obligaciones europeas, se ofreció una primera aproximación al tema, afirmando que el motivo constitucionalmente relevante no podía ser el retraso en la transposición de una directiva sino, antes bien, la “importancia de los intereses en juego existentes en el sector, que reclamaban una regulación normativa inmediata por los poderes públicos”⁵⁰. Al hilo de esta perspectiva⁵¹, si bien es cierto que el caso abordado por el TC en su sentencia de 2012 presenta un evidente elemento de identidad con el precedentemente citado (sic. expiración del plazo de transposición) viene a incorporar una significativa y sustancial diferencia en relación a la causa que lo motiva. Habiéndose producido una ya condena a España por transposición incorrecta (STJCE 2002, 13 de junio) y constatada la presentación de otra demanda por la Comisión una vez concluido el plazo para llevarla de nuevo a cabo, el recurso al decreto-ley se justifica precisamente atendiendo la finalidad prioritaria de “evitar la condena en los procedimientos abiertos y sus consecuencias”⁵².

Para valorar la constitucionalidad del recurso a la potestad gubernamental de urgencia en tales circunstancias el elemento determinante se hace depender del carácter razonable de la finalidad perseguida en el momento de su adopción: En este caso, “contribuir a que la Comisión tome cuanto antes la decisión de archivar un procedimiento ya abierto”, evitando que “el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que declare incumplimiento por parte de España”. En este sentido, como el propio TC se encarga de apostillar, debe relativizarse el hecho de que el recurso a esta vía no garantice per se la extinción recurso interpuesto, ya que tal eventualidad “depende de la voluntad de la Comisión, guardiana de los tratados”⁵³.

La exposición hasta aquí realizada nos muestra la formulación en sede jurisprudencial de dos criterios que se aplican sucesivamente para valorar la con-

⁵⁰ STC 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 6.

⁵¹ Una aproximación abiertamente crítica a este modo de proceder por parte del TC se encuentra en Martín y Pérez de Nanclares, J. “El uso del decreto-ley para transponer directivas al derecho español: La peculiar problemática de la Directiva sobre televisión digital. Comentario a la STC 329/2005, de 15 de diciembre de 2005”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 10, 2006.

⁵² STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 9.

⁵³ *Ibidem*. La experiencia, ciertamente, avala esta percepción, puesto que como el propio TC se encarga de recordar la normativa aprobada por el Gobierno contó con un éxito sólo parcial, puesto que de las dos demandas interpuestas por transposición extemporánea, la Comisión sólo retiró una.

currencia del presupuesto habilitante del decreto-ley, determinando su aptitud como vehículo normativo para dar cumplimiento a obligaciones europeas. Una vez desechado el mero transcurso del tiempo en cuanto tal, lo que se exige es que la intervención urgente aparezca conectada con un elemento material cualificado –la relevancia de los intereses que se protegen con la regulación efectuada-. Asimismo, se incorpora una vertiente teleológica, puesto que su uso debe justificarse en relación con la finalidad que se pretende alcanzar. En este caso, la conexión de sentido viene predeterminada en sede europea, puesto que la respuesta gubernamental ha de ajustarse al cumplimiento de la obligación pendiente, articulando un marco normativo ajustado a la misma. Así pues, constatada la concurrencia de tales elementos y verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos no cabe sino concluir que la vía para la utilización del decreto-ley queda expedita desde el punto de vista de su presupuesto habilitante, sin que desde el ordenamiento interno pueda oponerse tacha de inconstitucionalidad por ausencia del mismo.

4. ENSAYO DE VALORACIÓN CONSTITUCIONAL DEL REAL DECRETO-LEY 8/2017: FACTORES JURÍDICOS VERSUS EFECTIVIDAD PRÁCTICA

Tomando en consideración las ideas expuestas a lo largo de este trabajo en torno al entendimiento de la cláusula de extraordinaria y urgente necesidad mantenida por el TC en su jurisprudencia y habiendo atendido específicamente a la consideración que ésta presenta en relación con la vertiente europea, lo que ahora corresponde es llevar a cabo un análisis específico del RDL 8/2017 que nos permita ensayar una valoración del mismo desde la perspectiva de la concurrencia del presupuesto habilitante previsto en sede constitucional.

En tal sentido, el primer elemento a resaltar es que la norma gubernamental no es sino la respuesta a una situación de urgencia cualificada por las notas de gravedad y extraordinariedad. El inmovilismo normativo detectado por la Comisión europea a pesar del tiempo transcurrido desde la sentencia del Tribunal de Justicia condujo a interponer una nueva demanda contra España encaminada a obtener una nueva sanción, en este caso pecuniaria, por incumplimiento. Ambas circunstancias motivaron el recurso al decreto-ley en un contexto institucional en el que, como bien se constató en el primer intento regulador a través de esta figura (el derogado RDL 4/2017), los tiempos parlamentarios de tramitación de una ley, incluso por el procedimiento de urgencia, resultaban insuficientes. Respaldado por una precaria mayoría en el Congreso, al Ejecutivo no le quedaba otra vía de actuación para sacar adelante su propuesta normativa en un tiempo parlamentario jurídicamente predeterminado que activar nuevamente su potestad de urgencia, contando con aglutinar el mínimo consenso requerido entre las fuerzas políticas

de oposición.

Ciertamente, la situación a la que se hizo frente se mostraba despojada de cualquier rasgo de imprevisibilidad. La nueva demanda de la Comisión no surtió efectos de cara a superar el enquistamiento del conflicto, de modo que en dichas circunstancias viene a adquirir pleno efecto el canon argumental utilizado por el TC en estos supuestos, a saber, lo relevante es que la urgencia concurra efectivamente más allá del hecho que la provoca o del que trae causa. Recuérdese que el elemento determinante a considerar es la finalidad inmediata que justifica la respuesta gubernamental. En el caso que nos ocupa, se apeló directamente a la necesidad de evitar la nueva condena a España derivada del recurso interpuesto por la Comisión ante la ausencia de cumplimiento del deber previamente declarado por la sentencia del TJUE. Los puntos de similitud con el supuesto analizado en el STC 1/2012 permiten aplicar los criterios allí acuñados, conduciendo a constatar la concurrencia de una causa objetivamente cualificada (evitar la condena) en la que la atención al elemento estrictamente temporal cobra una renovada significación. En este sentido, como ya se afirmó entonces, la eventualidad del éxito que puede lograrse en sede europea mediante el recurso a esta operación, que en modo alguno está asegurado, no empece su legitimidad constitucional, puesto que el factor decisivo es la voluntad de reajuste inmediato de nuestro ordenamiento a lo requerido desde la Unión. Va a ser justamente este enfoque valorativo el que actúa como marco de referencia en el que se verifica la existencia de una evidente conexión de sentido entre la necesidad genérica que en última instancia justifica el decreto-ley –adaptar el ordenamiento español a las exigencias del derecho de la Unión que se deriva de la STJUE- y las normas aprobadas.

La siguiente incógnita que requiere ser despejada nos sitúa ante la densidad normativa de la regulación jurídica que recoge el RDL 8/2017. En la realización de dicha tarea se impone como premisa fundamental la constatación de que se ha establecido un marco normativo en el sector de la estiba que presenta sustanciales diferencias con su predecesor. La modificación del régimen jurídico regulador es evidente, puesto que no sólo se introducen nuevas previsiones en consonancia con la exigencias marcadas desde el ordenamiento europeo (supresión de la SAGEP y articulación de un nuevo sistema de contratación) sino que, además, para cerrar cualquier resquicio de duda al respecto se señalan expresamente los artículos de la Ley de Puertos que resultan derogados⁵⁴. La transformación jurídica, así pues, se ha producido, activándose de modo efectivo con la publicación e inmediata entrada en vigor del decreto-ley⁵⁵.

⁵⁴ Mientras que en la Disposición derogatoria única se fija el alcance de la derogación normativa derivada de la regulación del decreto-ley, por su parte, en la Disposición Final 1ª se recogen expresamente las modificaciones producidas sobre el Texto Refundido de la Ley de Puertos y Marina mercante.

⁵⁵ En efecto, la Disposición Final 5ª proclama que la entrada en vigor del RDL 8/2017 tendrá

A partir de aquí, sin embargo, hemos de dar entrada en nuestro relato a una serie de consideraciones de matiz cargadas de la máxima relevancia, ya que proyectan una luz diversa a la cuestión analizada. En primer lugar, aunque ya se ha expuesto que el RDL 8/2017 incorpora una clara voluntad de transformación normativa debe añadirse ahora que la misma aparece acompañada de una igualmente nítida vocación de índole genérica, puesto que sus previsiones se orientan a fijar las líneas maestras que deberán regir el nuevo modelo de relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. Las difíciles circunstancias en las que se alumbró la respuesta gubernamental, que surge precisamente como respuesta reguladora ante la incapacidad de sindicatos y patronal de alcanzar un acuerdo, resulta determinante para que se abra la puerta a la colaboración de normas posteriores llamadas a especificar y desarrollar el marco ya establecido. Desde tal perspectiva, se comprueba la existencia de remisiones a futuros reglamentos emanados del Gobierno y de los ministerios de Fomento y Seguridad Social (Disposición Final 3ª, apartado 1), así como la asunción del compromiso para aprobar “un real decreto que recoja la propuesta de mediación de fecha 30 de marzo de 2017, por la que se pone fin a la mediación tripartita entre las organizaciones sindicales, la asociación empresarial y el Gobierno” (Disposición Final 3ª, apartado 2). La existencia de una decidida hoja de ruta que ha de guiar estas normas ulteriores, y que aparecen en el extenso Anexo I que acompaña el texto del RDL 8/2017, impiden considerar que el mismo ha llevado a cabo una operación de mera deslegalización o de deslegalización encubierta de la materia que, como ya se vio en su momento, escapa a la competencia del Ejecutivo y que conduce a afirmar la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada.

Ahora bien, despejada la primera duda, emerge una segunda incógnita en clave temporal, la cual nos sitúa ante la previsión de distintos plazos de transitoriedad en la aplicación de las normas que componen el decreto-ley. Nos hallamos ante una situación en la que se constata la disociación entre la entrada en vigor de la norma, que ya se ha producido, y su eficacia práctica, que se pospone en el tiempo. La valoración constitucional que se deduce de este modo de proceder a partir de la aplicación de los criterios formulados por la jurisprudencia del TC es de signo positivo. En efecto, no sólo nos hallamos ante una operación que por su extrema complejidad justifica la existencia de importantes remisiones normativas. Asimismo, constatada tal circunstancia resulta imprescindible establecer un lapsus temporal que permita la adaptación progresiva del ordenamiento y haga posible un adecuado tránsito normativo. La contrapartida a esta operación, como ya se vio en su momento, es la necesidad perentoria de fijar un plazo preciso en el que la operación iniciada debe concluir, de tal manera que ha de quedar expresamente determinado el momento en el que la voluntad rectora genéricamente

lugar el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

anticipada por el decreto-ley adquiere el debido grado de complitud regulativa. A este respecto, la lectura de las Disposiciones Transitorias⁵⁶ del RDL 8/2017 deja en evidencia una indudable voluntad concretizadora, puesto que no sólo establece los plazos máximos dentro de los que han de aprobarse las normas de desarrollo aludidas sino que también, para evitar vacíos normativos, establece las previsiones aplicables para el caso de hipotético incumplimiento.

Examinado a la luz de las exigencias acuñadas por el TC en su jurisprudencia tanto el contexto de fondo en el que se incardina el RDL 8/2017 como las diferentes dimensiones de la urgente necesidad que aparecen recogidas en su regulación cabe concluir este trabajo afirmando la constitucionalidad de dicha normativa desde la perspectiva de la concurrencia de su presupuesto habilitante. Cuestión diversa, y que se sitúa en un plano diferente, es la valoración que en términos de eficacia merece dicha operación normativa. Atendiendo a la perspectiva del derecho europeo, como se ha visto, la medida tardíamente adoptada no logrará esquivar la sanción pecuniaria impuesta por el TJUE tras la demanda por infracción que interpuso la Comisión, uno de los objetivos esenciales en que se basa su justificación. Junto a ello, debe reconocerse que, aunque el decreto-ley sienta las bases para el cumplimiento del deber de la obligación pendiente tras la primera resolución emanada del órgano jurisdiccional europeo, puesto que desactiva el régimen jurídico que regula el sector de la estiba portuaria (Ley de Puertos de 2011), lo cierto es que, en términos materiales, éste se mueve un terreno eminentemente principal requiriendo de posteriores medidas para su implementación.

Si desplazamos el foco de atención al ordenamiento interno, encontramos el directo reflejo que tal planteamiento de fondo trae aparejado. Por una parte, la previsión de un prolongado período de transitoriedad en la aplicación de las medidas generales ya aprobadas que, si bien no elimina la urgencia de adaptación existente, no logra ocultar la complejidad de la tarea todavía pendiente. Por otra, la apelación a la colaboración normativa, tanto por parte de los convenios colectivos como de los reglamentos, deja traslucir el camino regulador que queda por recorrer. Así pues, con la aprobación del RDL 8/2017 se ha dado un paso necesario, pero no definitivo para lograr la transformación del régimen jurídico de los estibadores en nuestro país, adaptándolo a las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento previstas por el artículo 49 TFUE.

⁵⁶ En la 1ª se establece un período transitorio de adaptación (3 años) de las SAGEP. Por su parte, en la 2ª quedan recogidos los criterios rectores para la utilización del personal integrante de aquéllas durante el referido período transitorio. Para el caso de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del puerto de Cartagena, la DT 3ª, recoge una serie de disposiciones específicas a aplicar durante el plazo temporal de transición establecido.

LA REFORMA DEL TRABAJO EN LA ESTIBA POR LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO ESPAÑOL, ENTRE EL EFECTO DIRECTO Y LA INTEGRACIÓN ENCUBIERTA

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO **Palabras Clave:** Integración supranacional; Comisión Europea; TJUE; Efecto directo; Recurso por incumplimiento

El Tratado de Funcionamiento de la Unión establece, en su artículo 49, el principio de libertad de establecimiento. No cabe discriminación en tal ámbito para los operadores económicos de un Estado miembro en el territorio de otro. Sobre la base de esa única disposición, y sin que existiera Derecho derivado interpuesto, la Unión Europea consiguió que en España se llevara a cabo una reforma de la Ley de Puertos de 2011, modificando el sistema de contratación en la manipulación de carga portuaria en el sentido indicado por la Comisión. Todo ello se hizo con solo una sentencia del Tribunal de Justicia y un Decreto-ley que le daba ejecución. Detrás de esa simplicidad operaron, no obstante, una serie de mecanismos normativos e institucionales que siguieron pautas metódicas ya conocidas en las dinámicas de integración supranacional y que se analizan en este trabajo.

ABSTRACT **Key Words:** Supranational integration; European Commission; ECJ; direct effect; infringement procedure

Article 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union sets the principle of freedom of establishment. Discrimination by reason of nationality between member States is not allowed in such scope of action. Based on that only rule, and without secondary European Law enacted, the European Union monitored a reform of the Spanish Port Law of 2011. That led to the overruling of the procedure of enrolment for cargo-handling and its substitution by a new one, determined by the Commission. All was made through a ruling of the European Court of Justice which was finally enforced by a state law (Decreto-ley). Notwithstanding this apparent simplicity, there were several normative and institutional mechanisms working through well-known methods of supranational integration. An analysis of those mechanisms is presented in the following pages.

* Este trabajo es desarrollo del proyecto “Desafíos del Proceso de Construcción de un Espacio Europeo de Derechos Fundamentales” (DER-2017-83779-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Fue elaborado durante la estancia de investigación en el Robert Schuman Center for European Studies del Instituto Universitario Europeo de Florencia financiada por el Programa José Castillejo del Ministerio de Educación (CAS170075). Agradezco a la Dra. Ana M^a Carmona Contreras y al Dr. Daniel Guerra Sesma las apreciaciones sobre el enfoque y ayuda en las tareas de documentación preliminar.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: EFECTO DIRECTO E INTEGRACIÓN ENCUBIERTA EN ACCIÓN COORDINADA
2. EL TRABAJO PORTUARIO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 2.1. La permanente exclusión de la estiba de las regulaciones de Derecho derivado
 - 2.2. La acción de la Comisión sobre el trabajo en los puertos a través del *soft law*
3. ESTIBADORES PORTUARIOS Y JURISPRUDENCIA DEL TJUE
4. EL CASO DE LA ESTIBA ESPAÑOLA ANTE LA UNIÓN EUROPEA
 - 4.1. La Comisión actúa contra la ley española de puertos
 - 4.2. El Tribunal de Justicia da respaldo a la Comisión
 - 4.3. Asegurando el resultado: coerción y sanción
5. LA REFORMA DEL TRABAJO EN LA ESTIBA POR LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO ESPAÑOL, ENTRE EL EFECTO DIRECTO Y LA INTEGRACIÓN ENCUBIERTA
 - 5.1. La dinámica hermenéutica del efecto directo en los casos de incumplimiento
 - 5.1.1. *Mutaciones del efecto directo y creación de reglas aplicables*
 - 5.1.2. *Elementos complementarios en la implementación de las reglas creadas*
 - 5.2. Integración encubierta y acción institucional
 - 5.2.1. *Las virtualidades integradoras del soft law*
 - 5.2.2. *Acción institucional: especificando normas incompletas*
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: EFECTO DIRECTO E INTEGRACIÓN ENCUBIERTA EN ACCIÓN COORDINADA

Un año ha pasado desde que un procedimiento por incumplimiento abierto por la Unión Europea contra España acabase con el sistema de contratación de estibadores que establecía la ley española de puertos desde 2011. Mediante aquella ley, se otorgaba a unas sociedades especiales, las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios o SAGEP, el control sobre las condiciones laborales del trabajo en la estiba y sobre la designación concreta del personal disponible. Con la perspectiva asentada, dado que casi un año ha transcurrido desde el cierre de la reforma mediante Decreto-ley, el análisis de los antecedentes, de los motivos y de los pasos que dieron las instituciones europeas para forzar una liberalización de ese mercado laboral revela que la reforma fue fruto de una determinación firme de la Comisión, pero también de una serie de mecanismos coadyuvantes que operaron en el ámbito supranacional. Entre esos mecanismos, destaca la confluencia de dos líneas de acción, y presión, que fueron clave a la

hora de convertir la determinación de la Comisión en un mandato normativo. Se trata de estrategias que, desde la Unión, operaron a favor del cambio en la ordenación jurídica del sector, un cambio que de por sí era difícil a causa de la necesidad de trazar acuerdos entre los distintos actores implicados y también se hizo polémico por la tardanza en su ejecución, el explícito rechazo de los afectados, las sucesivas convocatorias de huelga durante las negociaciones finales y el debate que generó en la opinión pública nacional.

La primera de las líneas a las que se acaba de aludir es claramente normativa. Se identifica con una amplia comprensión de la regla del efecto directo de las normas de los Tratados europeos, heredada de una tradición hermenéutica cultivada durante años por el Tribunal de Luxemburgo. En este caso concreto sería el artículo 49 del TFUE aquel cuyo efecto directo invocaría la Comisión contra España. Así se constata desde el dictamen motivado enviado al Gobierno el 27 de septiembre de 2012, recién iniciado el procedimiento de infracción, y en la posterior demanda de incumplimiento¹. La vinculación entre el efecto directo y la primacía de las normas de Derecho de la Unión tiene como consecuencia que, si una disposición o práctica estatal obstaculiza el ejercicio de libertades económicas, en este supuesto la libertad de establecimiento, la declaración de incumplimiento obligaría a que la disposición o práctica estatal fuera desplazada en su aplicación. Pero, si fuera preciso, también habría de ser modificada. Una declaración de incumplimiento, promovida por el “ejecutivo europeo” ante el Tribunal de Justicia, podría otorgar carácter definitivo a ese mandato no explicitado de reforma y si así fuera vendría derivado de la acción normativa del efecto directo².

La segunda línea, que se evidencia en abierta relación con la anterior, está vinculada a los modos en los que la Unión, a través de sus instituciones, ejerce los poderes atribuidos sobre determinados ámbitos o tipos de competencias³. Es,

¹ Véase la información al respecto en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1022_en.htm?locale=en (consulta 22/02/2018) y en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-559_EN.htm (consulta 22/02/2018). Igualmente, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-576/13, *Comisión contra España* (ECLI:EU:C:2014:2430), párrafo 1. La denominación del Tribunal de Luxemburgo será en todas las referencias de jurisprudencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es su denominación más reciente.

² Es lo que hace la STJUE, asunto C-576/13, *cit.*, en la primera parte del fallo. Se entrecomilla la alusión a la Comisión como ejecutivo europeo, ya que en puridad y como es sabido no hay una correspondencia real entre la concepción convencional de un ejecutivo y las funciones de la Comisión. No obstante, la literatura científica y también la opinión pública identifica a la Comisión con un ejecutivo.

³ Pues, a pesar de las sucesivas reformas de los Tratados y ampliaciones de esferas de acción de la Unión, sigue existiendo una serie de diferencias a considerar entre competencias relativas al mercado y competencias relacionadas con otros ámbitos de integración, como la política exterior, claramente, e incluso los asuntos de justicia e interior, casi plenamente supranacionalizados. Genshel, P., Jachtenfusch y M., “Introduction: Beyond Market Regulation. Analysing the European Integration of Core State Powers” en P. Genshel y M. Jachtenfusch, *Beyond the Regulatory Polity?: The European Integration of Core State Powers*, Oxford Scholarship On Line, 2014, pp. 1-23, p. 3 (www.oxfordscholarship.com). Esta realidad se constata, tras la reforma de Lisboa, no solo en el conservación de distintos requisitos en los procedimientos de toma de decisión en los antiguos segundo y, sobre todo, tercer pilar, sino también en el distinto protagonismo de las instituciones e, incluso, en la proliferación de otras nuevas y específicas, diversos comités e incluso el Eurogrupo,

por tanto, una línea de acción explicable en un plano predominantemente institucional, haciendo uso de los recursos normativos, pero no de los procedimientos inicialmente previstos para legislar, y desde los parámetros propios de la gobernanza. Este segundo vector se identifica, muy en concreto para el asunto de los estibadores españoles, con el empleo de dinámicas propias de lo que se conoce como integración encubierta: modos de acción conforme a los cuales se desplaza o sustituye al legislador europeo en la toma de una decisiones que, aunque en realidad le corresponden a este y podrían ser adoptadas a través del procedimiento legislativo, especial u ordinario, por una razón u otra son objeto de bloqueos o no consiguen ser admitidas por este. Así, y como a pesar de los esfuerzos de la Comisión en su iniciativa e impulso tales decisiones no terminen de concretarse, las dinámicas de integración encubierta consiguen el resultado buscado por el ejecutivo europeo a través de vías indirectas de acción. Tales vías de acción se despliegan bien en la esfera institucional supranacional bien a través de mecanismos de cooperación intergubernamental, siempre de manera paralegal o, si no tanto, al menos sí fuera de los procedimientos legislativos previstos por los Tratados⁴.

El presente trabajo se propone llevar a cabo una revisión detallada de la manera en la que ambas líneas confluyentes actuaron en el caso de los estibadores españoles, un sector de características muy singulares⁵ y gran impacto para el funcionamiento de la distribución en el mercado. Un ulterior objetivo del análisis es partir de ese ejemplo, con todas su particularidad, para poner de relieve cómo la teología integradora de la Unión ha seguido desenvolviéndose en el terreno de la integración económica sobre la base de los mismos parámetros y con los mismos métodos ya aprendidos en periodos anteriores⁶, con independencia de la situación de crisis financiera que se ha arrastrado desde 2008 hasta ahora y de las modificaciones del marco normativo e institucional aportadas por el Tratado de Lisboa.

Para lograr los objetivos anunciados, en las páginas siguientes se hará un recorrido a través de los distintos revulsivos que, desde la Unión, llevaron a la reforma del trabajo de la estiba en España. El recorrido partirá de una cuestión específica, la acción de la Unión en materia de transporte y trabajo portuario, para conducirse hacia un análisis general de los efectos directos e indirectos de las dos

que se encargan de la preparación de las decisiones en diversos ámbitos. Genshel, P., Jachtenfusch, yM., "More integration, less federation: the European integration of core state powers", *EUI Working Papers*, RSCAS 2015/33, 2015, p. 4, (<http://cadmus.eui.eu/>)

⁴ Héritier, A., "Covert integration of core state powers. Renegotiating incomplete contracts" en P. Bursens, C. De Landtsheer, L. Braeckmans y B. Seggaert, *Complex Political Decision-Making*, Routledge, London, 2017, pp. 15-30, p. 15.

⁵ Se Remite al estudio de Rodríguez Ramos, P., *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid, 1997.

⁶ En concreto, y por ejemplo, para la culminación de los objetivos propios de la construcción del mercado interior entre finales de los años ochenta y noventa del siglo XX. Véase: Snyder, F., "The effectiveness of European Community Law: institutions, processes, tools and techniques", *The Modern Law Review*, núm. 56-I, 1993, pp. 19-54, p. 27.

líneas de acción emprendidas desde el ámbito supranacional. Conforme a ello, en primer lugar se describirá cuál es o cual no es la regulación de trabajo portuario en el Derecho de la Unión Europea y su relación con la libre prestación de servicios. En esa aproximación preliminar al tema se podrán esbozar los motivos por los que la Comisión opta en su momento por una acción de incumplimiento contra el Estado español en los precisos términos en los que aquella es planteada (2). La importancia de la comprensión apropiada de esos precisos términos se entenderá con nitidez cuando, a continuación, se analice cuál ha sido la relación de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo con la materia, a través de dos demandas precedentes relativas a la contratación de estibadores portuarios, ambas canalizadas a mediante cuestiones prejudiciales (3). Estas dos fases servirán para poner el foco en las claves para la activación de esas dinámicas de integración encubierta que se han sugerido, a la vez que delimitarán los contornos jurídicos del tema y los agentes principales que intervienen en aquellas. A continuación, el análisis se centrará en el procedimiento por incumplimiento incoado contra España, que es donde confluyen las dos líneas de acción aludidas (4). El fin último del análisis será recoger la manera en la que la reforma de la estiba ha sido, en España, consecuencia de la actuación conjunta del efecto directo y de la integración encubierta (5), así como apuntar, en unas breves conclusiones (6), el impacto que esos dos sutiles revulsivos del cambio han tenido sobre algunos elementos del orden constitucional interno.

2. EL TRABAJO PORTUARIO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. La permanente exclusión de la estiba de las regulaciones de Derecho derivado

Tal y como se ha anticipado en las líneas precedentes, la reforma del trabajo en la estiba ha sido vinculada, desde la Unión, con las libertades económicas propias del Derecho europeo y, en concreto, con la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE. Desde el primer momento hay que llamar la atención sobre el hecho de que una disposición tan general como el artículo 49 del Tratado pueda obligar a un Estado miembro a llevar a cabo una reestructuración de un sector tan clave en el ámbito comercial y del transporte como la manipulación de carga portuaria. La explicación, ya se ha anunciado, está relacionada por una parte con las dinámicas de integración encubierta y por otra por el pertinaz empleo del efecto directo en la comprensión normativa de esa disposición del TFUE. Sin embargo, el recurso a tales mecanismos habría sido innecesario de haber existido una regulación de Derecho derivado que hubiera obligado a los Estados miembros a llevar a cabo una normalización o armonización comunitaria del trabajo portuario. Tal

regulación, sin embargo, no existe en el Derecho de la Unión y ese es el motivo por el que los mecanismos señalados –efecto directo e integración encubierta– se pusieron en marcha.

El TFUE, así como lo hacía su predecesor, el TCE, da a la Unión los instrumentos necesarios para adoptar medidas en materia de transporte, sin excepcionar el transporte marítimo. La competencia está atribuida en el artículo 4.2.g) del TFUE como materia compartida. En sede de libertad de establecimiento, el 58.1 del Tratado expresamente remite al título relativo a los transportes para la regulación de ese ámbito competencial. Ahí, el artículo 100.2 TFUE expone que serán el Consejo y el Parlamento, por el procedimiento legislativo ordinario, los habilitados para adoptar disposiciones apropiadas para la navegación marítima, y aérea, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones⁷.

Fruto del empleo de dichas habilitaciones es el actual, y reciente, Reglamento de puertos, adoptado en febrero de 2017 por el Consejo y el Parlamento⁸. Bien es cierto que el Reglamento no podía haber sido de aplicación al asunto de los estibadores españoles dada su fecha de aprobación, muy posterior al inicio del conflicto y casi coetánea a su finalización. Sin embargo, interesa poner de relieve que en su articulado no se incluyen directrices específicas para las labores de manipulación de carga en los puertos. En su exposición de motivos, de hecho, el Reglamento de puertos hace una referencia general a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordando que los contratos que se efectúen en dicho ámbito de actividad estarán sometidos a los principios de transparencia y no discriminación, para luego confirmar que su capítulo II, relativo a la prestación de servicios portuarios, no se aplica a los servicios de manipulación de carga –artículo 10 del Reglamento–, sin perjuicio de que sus normas pueden regir tal actividad si los Estados así lo deciden. Se trata, por lo tanto, de una actividad sobre la que la Unión no ha hecho uso de su parte de competencia en sentido estricto, sin dejar de hacerlo, en sentido amplio, ya que el artículo 1.2 del Reglamento incluye la manipulación de carga entre los ámbitos de aplicación de la norma. Queda abierta a la interpretación el efectivo dominio del Derecho de la Unión sobre este campo. Siendo la de transportes compartida, el Estado sigue siendo dueño de su parte de competencia. Lo es desde el sentido literal de lo establecido en el artículo 2.2 del TFUE sobre competencias compartidas y lo es, en especial, porque el propio Reglamento deja en manos de los Estados la posibilidad de integrar las actividades de manipulación de carga en su ámbito de aplicación. No obstante, como es sa-

⁷ El TCE recogía la misma competencia y base jurídica en el juego conjunto del artículo 50 y el 80.2, con la diferencia, respecto a las disposiciones del Tratado de Lisboa, de que las decisiones en materia de transporte marítimo debían ser adoptadas por el Consejo, en exclusiva, y por mayoría cualificada. Como es sabido, Lisboa amplía en gran medida los ámbitos de codecisión entre Parlamento y Consejo, consagrando lo que se conoce como procedimiento legislativo ordinario.

⁸ Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos (DOUE 3/03/2017).

bido, la interpretación del sistema de competencias de la Unión no ha respondido nunca a criterios de interpretación literal, habiéndose consolidado, con el aval del Tribunal de Justicia, una hermenéutica finalista que da prioridad a los objetivos de la integración⁹. Este es uno de esos casos.

Esa exención de la que es objeto la manipulación de carga portuaria por parte del nuevo Reglamento europeo de puertos no es, y esto interesa al objeto de este estudio, una excepción en el modo de proceder del legislador europeo en la materia. Todo lo contrario. Si se echa la vista atrás y se revisan otras disposiciones europeas sobre servicios y contratación, se constata que la Directiva de servicios, fechada en 2006, excluía de su ámbito de aplicación el de los transportes, con referencia expresa a los servicios portuarios¹⁰. La razón está en que en la esfera del legislador europeo no ha existido en ningún momento, o hasta ahora, una determinación unánime o un consenso suficiente sobre la pertinencia de dar una regulación supranacional al trabajo de carga y descarga en los puertos. De ello dan testimonio las exenciones ya referidas, la de la Directiva de servicios y la del Reglamento de puertos¹¹.

Pero, sobre todo, la prueba más clara está en el destino de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios que la Comisión lanzó en 2001. Y es que, tras los periplos que recorrió la misma, todo el procedimiento de codecisión paso por paso hasta la comisión de concertación, finalmente fue rechazada por el Parlamento Europeo en tercera lectura y retirada por la Comisión en 2005¹². En aquella propuesta, sin embargo, la Comisión dejaba claro que su prioridad en la materia era favorecer el

⁹ De teleología integradora hablaba De Búrca, G., “The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, 1998, pp. 217-235; una explicación que combina la dimensión institucional con la interpretación jurídica se da en Weiler, J. H. H., “La Transformación de Europa” en *Europa, Fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 13-126.

¹⁰ Artículo 2.2.d) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE 27/12/2006).

¹¹ Así como las que, según informa la Comisión, se hacían en Directivas anteriores que establecían disposiciones comunes sobre la adjudicación de concesiones en materia de transportes y otros servicios. La Comisión lo explica en su Comunicación sobre una política portuaria europea COM (2007) 616 final de 18/10/2007, remitiendo a las exclusiones que hacen, respectivamente, la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. La Comunicación está disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2007/ES/1-2007-616-ES-F1-1.Pdf> (consulta 23/02/2018).

¹² El Parlamento podría haber rechazado la propuesta final al haber hecho suya la postura de los sindicatos del sector, contrarios a las medidas propuestas, según se sugiere por Molina Navarrete, C., “Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión por boca del TJUE?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, vol. 409, 2017, p. 5 (<http://www.ceffegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>). La ficha legislativa y el recorrido de la propuesta -COM(2001) 35 final — 2001/0047(COD)- se halla en http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2001_47 (consulta 23/02/2018).

acceso a los puertos europeos a los prestadores de servicios. En relación con las labores de manipulación de carga, se proponía una liberalización consistente en dar libre entrada a los operadores en los puertos, con la única excepción de aquellos cuyas características y dimensiones no lo hicieran posible. En aquellos en los que la imposibilidad se constatará, al menos dos operadores distintos debían ser autorizados. Asimismo era indiscutible la voluntad de consagrar el derecho de los prestadores de servicios portuarios a contratar el personal que considerasen oportuno, lo cual chocaba frontalmente con algunos de los sistemas de contratación de labores de carga y descarga vigentes en algunos puertos europeos, entre ellos los españoles¹³.

2.2. La acción de la Comisión sobre el trabajo en los puertos a través del *soft law*

A partir de aquí, y para analizar la manera en la que desde la Unión se logra la reforma del sector de la estiba, no queda otra opción que recurrir al *soft law*, donde ya se identificaría la primera de las dinámicas de integración encubierta sobre las que se profundizará más adelante¹⁴. Al repasar las diversas comunicaciones de la Comisión sobre la materia se puede reconstruir su argumentario básico en este asunto, que no difiere en nada de lo que pretendió con la Directiva de servicios portuarios. La consigna era idéntica: la libertad de establecimiento rige sobre esos servicios.

Si bien en su primera comunicación al respecto, el llamado Libro Verde sobre los puertos e infraestructuras marítimas de 1997¹⁵, la Comisión hablaba de la necesidad de aplicar sistemáticamente las normas del Tratado en materia de competencia, en la década siguiente los referentes cambian. Quizás las clarificaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Becu*, que se analiza en el siguiente epígrafe de este trabajo, están detrás de ese cambio. En cualquier caso, lo cierto es que esas directrices sobre defensa de la libre competencia dejan paso, en sus más recientes documentos de 2007 y 2013, a las relacionadas con la libertad de establecimiento, con los consecuentes principios de no discriminación por razón de nacionalidad y llamada al de proporcionalidad en caso de considerarse inexcusables ciertas restricciones, que de existir solo pueden ser indirectas.

Las libertades económicas, por tanto, regirían sobre los servicios de manipulación de la carga portuaria, independientemente de que la contratación de personal sea libre en algunos puertos y condicionada por *pools* de trabajadores en otros. Y en especial, esa organización de la contratación de estibadores a través

¹³ COM(2001) 35 final — 2001/0047(COD), artículos 7.2 y 6.5 de la propuesta.

¹⁴ Como se explicará más adelante, el *soft law* es uno de los mecanismos que coadyuvan en la integración encubierta. Véase *infra* & 5.2.

¹⁵ COM(97) 678 final.

de *pools*, donde se diera, no podría suponer un obstáculo para que determinadas personas o empresas debidamente cualificadas presten servicios de manutención de carga, o para imponer mano de obra a las empresas prestadoras, pues tales obstáculos e imposición irían en contra del Tratado¹⁶. Dando por sentado tal marco liberalizador, el diálogo social pasaría a ser también un elemento al que la Comisión recordaría atender, en general para todos los servicios portuarios y en particular para los relacionados con la manipulación de carga¹⁷. Se entendería que la liberalización de la contratación, que afectaría más a aquellos Estados cuyos puertos funcionaran sobre la base de sistemas de *pools* de trabajadores, como el español, haría imprescindible equilibrar, mediante el diálogo social, la pérdida de poder de decisión de unos trabajadores con gran capacidad reivindicativa y de organización y movilización sindical. Eso sí, el diálogo se encuadraría, ahora, en los parámetros de la libertad de establecimiento, prohibición de discriminación y libertad de contratación que promovería la Comisión.

El *soft law*, sin embargo, no sería en sí mismo suficiente para conseguir que aquellos Estados en cuyos puertos se trabajara conforme al sistema de *pools* reformasen las condiciones de contratación del personal de carga portuaria. Para conseguir tal efecto, la actuación de la Comisión tendría que pasar a la esfera de las normas imperativas, donde el camino estaría obstaculizado por la dificultad que esta había encontrado para sacar adelante la legislación sobre servicios portuarios. Es ahí donde entra en plano la segunda dinámica de integración encubierta, empleada con el Estado español, en la cual la participación del Tribunal de Justicia es imprescindible: la de obligar al Estado a transformar sus estructuras de trabajo en la estiba mediante un procedimiento por incumplimiento. En ese nuevo plano, la entrada en escena del juez europeo obligaría a tener en cuenta las coordenadas con las que el Tribunal de Luxemburgo había tratado previamente asuntos relacionados bien con los servicios portuarios de carga y descarga bien con ámbitos conexos. Antes de entrar en un recurso por incumplimiento debía haber referentes jurisprudenciales que pudieran hacer a la Comisión confiar en que, desde tal línea de acción, alcanzaría el éxito.

3. ESTIBADORES PORTUARIOS Y JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 11 de diciembre de 2014 declaraba que el Estado español actuaba en contra de la libertad de establecimiento, consagrada en el artículo 49 TFUE, al mantener un sistema de contratación de personal de carga portuaria basado en sociedades de gestión, SAGEP. Estas

¹⁶ COM (2007) 616 final de 18/10/2007, *cit.*, p. 13.

¹⁷ Ello en la comunicación en la que la Comisión adelanta que la aprobación del Reglamento de Puertos excluirá las labores de estiba: COM/2013/0295 final, p. 12. El texto de la comunicación puede hallarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0295&from=ES> (consulta 23/02/2018)

sociedades no solo establecían las condiciones en las que las empresas prestatarias de servicios de estiba tenían que contratar a los trabajadores, sino que también obligaban a dichas empresas a participar del capital social de las mismas como requisito para acceder a la contratación de personal. La contundencia con la que el juez europeo dictó su fallo contra España, en un asunto resuelto por sala de tres jueces y sin conclusiones del Abogado General, haría pensar que con carácter previo se habían resuelto casos similares. Sin embargo, cuando se indaga en la jurisprudencia europea anterior a 2014, se constata que el Tribunal de Justicia apenas había abordado dos conflictos relacionados con el trabajo en la estiba y en ambas ocasiones en procedimientos prejudiciales. Las diferentes características de estos procedimientos, prejudicial y de incumplimiento, supone una manera dispar de abordar los problemas planteados y, no obstante, suministra claves para entender la sentencia de incumplimiento recaída sobre el Estado español.

El primero de los asuntos, plantado en Italia, es *Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli*, C-179/90¹⁸. La empresa *Siderurgica Gabrielli* demandaba a *Merci Convenzionali* por haberla obligado a contratar a trabajadores portuarios para desembarcar unas mercancías procedentes de Alemania, cuando los propios operarios de *Siderurgica Gabrielli* podían haber hecho las operaciones de descarga. La legislación italiana otorgaba a ciertas compañías portuarias el monopolio de la realización de esas labores, con la peculiaridad de que, además, los mismos trabajadores eran miembros de las referidas compañías y que solo podían integrarse en ellas los que tuvieran nacionalidad italiana. Ante la denuncia de *Siderurgica Gabrielli*, el juez italiano preguntaba al Tribunal de Justicia sobre la aplicación a las compañías portuarias de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia y a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. La respuesta del juez europeo fue contundente al afirmar que la regulación italiana contravenía el Derecho comunitario. No solo era contrario al principio de libre circulación de trabajadores el hecho de reservar a los nacionales de Italia la realización de labores de manipulación de carga portuaria, sino que las compañías prestatarias tenían derechos exclusivos que se oponían a las disposiciones relativas a las normas sobre libre competencia sin que hubiera un interés general que lo justificase. Entendía el Tribunal de Justicia que las normas sobre libre competencia eran plenamente aplicables a las compañías prestatarias y que el monopolio creado por la ley italiana a su favor, que les permitía imponer precios de mano de obra y condiciones de contratación más allá de las necesidades de las empresas contratantes, provocaba una distorsión del mercado al producirse sobrecostes para esas empresas.

Como puede observarse, en esta sentencia *Merci Convenzionali* se reflejaban algunas de las cuestiones que años más tarde provocarían la denuncia de la

¹⁸ Sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 1991 en el asunto C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli* (ECLI:EU:C:1991:464).

Comisión contra España, ya que el modelo de las SAGEP tenía ciertos paralelismos con el italiano de entonces. Las SAGEP españolas eran sociedades a las que se otorgaba la facultad exclusiva de gestionar la contratación de estibadores por las empresas prestatarias y, al igual que en el caso italiano, para ello podían incluso obligar a esas empresas a emplear personal que no les era necesario. Sin embargo, en el caso español no se daban otros componentes, como la condición mercantil operativa de las compañías prestatarias italianas o el de discriminación directa por nacionalidad, ya que no había en España una prohibición de contratar a nacionales de otros Estados miembros. Es seguramente por ello, y por la clarificación efectuada por el Tribunal de Justicia en el segundo de los casos, que en la demanda contra España la Comisión no aludiría a las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia, sino que el incumplimiento se sustentaría exclusivamente sobre la libertad de establecimiento.

De Italia se pasa a Bélgica, y de principios de los noventa a finales, cuando se plantea la segunda de las cuestiones prejudiciales que atañen a este estudio. El asunto C-22/98, *Becu*¹⁹, se inició a consecuencia de un proceso penal contra el señor *Becu*, la compañía *Smeg* y otros, dado que los mismos habían empleado a trabajadores no reconocidos, no participantes de los *pools* belgas, para ciertas labores de almacenamiento de carga portuaria. La ley belga, al igual que las de otros muchos Estados miembros, establecía la obligación de emplear solamente a trabajadores reconocidos en las labores de carga y descarga en muelle, así como sanciones penales para quienes incumplieren tal mandato legal. Ante la duda sobre si aquello afectaba a la libre competencia, el juez belga remitió consulta al Tribunal de Justicia.

El objeto principal de la remisión prejudicial en *Becu*, ya se ha expuesto, era si las disposiciones relativas a la libre competencia del Tratado de la Comunidad Europea eran aplicables a la situación de hecho. El Tribunal de Justicia concluyó que no, por un lado porque los trabajadores portuarios, aun actuando de forma colectiva en *pools*, no podían considerarse una empresa y por otro porque no existían entre ellos vínculos contractuales que pudieran llevar a considerarlos como tal. Dado que las normas del Tratado relativas a la competencia libre estaban destinadas a empresas, no podían considerarse aplicables al caso de origen. No obstante, el Tribunal explicaba algo al juez belga que este no le había preguntado: que la regulación belga sí que podía ser contraria a las reglas sobre libertad de establecimiento recogidas en el mismo Tratado comunitario. Si bien era cierto que en la normativa del Reino de Bélgica no había una cuestión discriminatoria por nacionalidad, como claramente sí que se había identificado en la italiana, lo cierto era que al obligar a establecer una relación laboral con los trabajadores reconocidos, la legislación del país podía estar vulnerando la libertad de establecimiento

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 1999 en el asunto C-22/98, *Procedimiento penal contra Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV y Adia Interim NV* (ECLI:EU:C:1999:419).

de prestadores de servicios que quisieran operar en los puertos belgas. Se recogía ahí la insistente doctrina del Tribunal de Justicia que considera que, en ausencia de discriminación directa, los Estados miembros también deben eliminar cualquier barrera a las actividades económicas de los nacionales de otros²⁰.

Se reconoce así, en esa última sugerencia del Tribunal de Justicia, una interpretación convergente con la que adoptará la Comisión en sus comunicaciones a partir de la fallida Directiva de servicios portuarios. La postura básica de ambas instituciones ante los monopolios legales en el mercado de contratación de personal de estiba y desestiba es la de una presunción de contradicción con el derecho a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios que sean externos a esos *pools*. A partir de ahí, estando claro que no se trata de una cuestión de libre competencia, la misión de la Comisión en este ámbito se focalizaría en aprovechar las posibilidades que le ofrecerían los elementos normativos de la libertad de establecimiento. Entre dichos elementos normativos estarían la prohibición de discriminación por nacionalidad y el efecto directo. La acción combinada de ambos le ofrecería herramientas jurídicas para actuar contra los monopolios laborales excluyentes. El respaldo del Tribunal de Justicia, con idéntica visión del problema, facilitaría la dinámica de integración encubierta desplegada en el caso de España, a través de la activación de un recurso por incumplimiento.

4. EL CASO DE LA ESTIBA ESPAÑOLA ANTE LA UNIÓN EUROPEA

En un contexto económico global en el que la crisis financiera acababa de obligar a diferentes reposicionamientos, diversas desventajas competitivas aparejadas a la forma de organizar el empleo en el sector operarían, como motivaciones económicas, en el ánimo de la Comisión para insistir en la necesidad de reforma de la estiba en España. La presión de la competencia internacional, en un contexto de precios a la baja, claramente sería uno de ellas. Otras serían los fallos en la transparencia del sistema de contratación, su elevado coste, la ineficiencia derivada de la obligación de incorporar un determinado contingente por encargo, la pérdida de productividad aparejada a tal obligación y la presión sindical que se producía gracias a la confluencia de los factores anteriores²¹. A partir de ahí, y vista la resistencia mostrada por el legislador europeo a regular, armonizándolo, ese mercado laboral, la Comisión tenía que utilizar otro camino, esperar la ocasión propicia para entrar en acción y utilizar, para ello, los recursos que su posición institucional y los propios Tratados ponían a su disposición.

²⁰ Schmidt, S. K., “The shadow of case law. The Court of Justice of the European Union and the policy process” en J. Richardson y S. Mazey (ed.), *European Union. Power and policy making*, Routledge, New York, 2015, pp. 159-187, p. 181.

²¹ Molina Navarrete, C., “Competitividad, empresa flexible y...”, *op. cit.*, p. 4.

4.1. La Comisión actúa contra la ley española de puertos

Para entender, se reitera, cómo desde el ámbito supranacional se llega a hacer obligada una reforma legislativa tan específica en un Estado miembro, sin que haya Derecho derivado que la prevea y con el único fundamento normativo de una disposición general del Tratado, es útil resituarse en su contexto fáctico y remontarse al origen de la controversia particular. Si sobre la manera en la que las instituciones supranacionales, Comisión y Tribunal, entendían la cuestión del trabajo de carga y descarga portuaria se acaba de realizar la oportuna revisión, sirva esta de marco general y aváncese hacia el específico.

El conflicto con España cobra forma con el inicio de las actuaciones de la Comisión contra ella, como consecuencia de la aprobación, en 2011, del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado. Sin entrar en pormenores que serán analizados desde el Derecho laboral en este mismo volumen, sí es necesario recordar que la reforma en discusión consolidaba un sistema de contratación de estibadores basado en la adscripción de estos a sociedades llamadas SAGEP. Estas sociedades tenían como misión, además de la certificación de la cualificación de los trabajadores, la puesta a disposición de este personal a las empresas prestatarias. La ley establecía que las empresas prestatarias que fueran a operar en puertos españoles debían participar del capital social de la SAGEP correspondiente, como medio para poder acceder a la contratación de estibadores. Así, la normativa española por un lado organizaba a los trabajadores en *pools*, mediante sociedades sin dimensión empresarial y por otro otorgaba a aquellas el monopolio en el reclutamiento y puesta a disposición de personal de estiba, facultándolas para establecer condiciones de empleo mínimas que no tenían por qué ajustarse a las necesidades de mano de obra de las empresas prestatarias.

Al igual que en el caso de Bélgica, según se ha descrito en el relato del asunto *Becu*, no había posibilidad de proyectar sobre las SAGEP la normativa de libre competencia. Pero, otra vez al igual que en el caso de Bélgica, y según el Tribunal de Justicia había sugerido en su resolución, podía sostenerse que la intermediación en el empleo vehiculizada por las SAGEP podía suponer un obstáculo a la libertad de establecimiento. Ese fue, en consecuencia, el argumento de la Comisión para iniciar un procedimiento de incumplimiento en contra del Reino de España. No fue el único advertido por esta causa. También hubo algo después, y es pertinente dar cuenta de ello, una notificación previa de la Comisión al Estado belga, en marzo de 2014, sobre la manera en la que los *pools* operaban allí y sobre las restricciones que ello planteaba para la libertad de establecimiento. El trasfondo era idéntico, cuestionándose la forma en la que legalmente se determinaba el tipo de contratación, laboral, y la composición de los equipos de trabajo para la manipulación de carga en puerto. No obstante, las negociaciones con Bélgica

acabaron en un cambio gradual del modelo de contratación de estibadores, hacia uno más competitivo y, en palabras de la Comisión, sin detrimento de la seguridad en el trabajo portuario. Todo ello se llevó a cabo a través del diálogo, sin que la Comisión tuviera que llevar el asunto ante el Tribunal de Justicia. El expediente se cerró sin sanciones en mayo de 2017. Cabe suponer que la manera en la que, en paralelo, seguía procediéndose con el asunto en España sirvió de incentivo en las negociaciones y final acuerdo en la situación belga²².

Volviendo al caso español, en su dictamen preliminar, que conforme al artículo 258 TFUE siempre precede a una demanda de incumplimiento, la Comisión se apoyaba en las directrices de su comunicación de 2007, es decir, *soft law*, para argumentar sobre la disrupción que el sistema de SAGEP provocaba en la libertad de establecimiento. Señalaba, también desde ese inicio, la que sería su línea contra defensiva principal: la falta de proporcionalidad. Por más que el Estado español defendiese que las SAGEP garantizaban la capacitación técnica y la necesaria seguridad en el trabajo en la estiba, la Comisión entendía que tales objetivos, deseables, podían conseguirse con otros modelos de contratación menos restrictivos de la libertad de establecimiento. El hecho de que las empresas prestatarias que quisieran operar en puertos españoles de interés general tuvieran que reunir recursos financieros suficientes para participar en la SAGEP, así como contratar trabajadores bajo condiciones no controlables, o negociables, causaba alteraciones en las estructuras de costes y empleo de tales empresas. Tales alteraciones, finalmente, podrían tener consecuencias financieras que desincentivarán a esas empresas a la hora de operar en puertos españoles²³.

A partir de esta notificación, efectuada el 12 de septiembre de 2012, la Comisión no tuvo más que seguir insistiendo en los mismos argumentos. Pasados más de los dos meses de plazo que se daba a España para presentar medidas de reforma, en junio de 2013 se lleva el asunto ante el Tribunal de Justicia. La reacción del Gobierno español al respecto fue la de defender la conveniencia de la regulación dada por la ley de 2011, tanto por su adecuación al régimen de registro establecido por el Convenio 137 de la OIT como por las garantías que proyectaba sobre una actividad laboral sensible y de riesgo cual era la manipulación de carga portuaria. No obstante, la anticipación argumental de la Comisión, concordante con las líneas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de libertad de establecimiento, demostraron la escasa fuerza y virtualidad defensiva de las razones aportadas por el Estado español.

²² Véanse los datos de seguimiento del asunto a través de la documentación del procedimiento por incumplimiento abierto por la Comisión el 28/03/2014 número 20142088 y la memoria de la misma institución sobre procedimientos por incumplimiento de mayo de 2017 publicada en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1280_EN.htm (consulta 26/02/2018).

²³ El número de procedimiento por incumplimiento de la Comisión es el 20094052. En relación con la notificación preliminar, véase el comunicado de prensa publicado en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1022_EN.htm (consulta 26/02/2018).

4.2. El Tribunal de Justicia da respaldo a la Comisión

Una vez ante el Tribunal de Justicia de la Unión, ¿podría haber evitado el Estado español la declaración de incumplimiento? Sería muy ingenuo pensar que sí y no porque el juez europeo nunca desestime una pretensión de tal cariz de la Comisión²⁴, sino porque ya en la sentencia del asunto *Becu*, y sin ser preguntado al respecto, el Tribunal había dejado constancia de cuál era su opinión sobre los *pools* de trabajadores portuarios en relación con la libertad de establecimiento. Ni la Comisión había perdido el tiempo, y las energías, en discutir sobre infracción de las normas relativas a la libre competencia, ni el Tribunal necesitaba dichas alegaciones para resolver el asunto que se le había presentado. En efecto, la sentencia del asunto C-576/13, Comisión contra España, debía parecer tan obvia que se permitía prescindir de conclusiones de Abogado General y, ante la tibia defensa de la representación española²⁵, resolvía con tres claves argumentales en contra de esta.

La primera de las claves era que el monopolio de las SAGEP restringía la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE. Era algo en lo que al Tribunal no le hacía falta insistir, puesto que ya lo había establecido así en un momento anterior, *Becu*, si bien solo fuera en aquella sugerencia hecha al juez belga al margen del objeto de la cuestión prejudicial.

En el caso español, como en aquel antecedente, no había discriminación directa por nacionalidad. Las empresas prestatarias extranjeras podían integrarse en las SAGEP en igualdad de condiciones que una empresa nacional. Pero sí había aquello mismo que se sugería en *Becu*: la posibilidad, aquí constancia, de un efecto inhibitor de la libertad de establecimiento de empresas extranjeras, al exigírseles una participación en el capital social de las SAGEP y al obligarlas a contratar al personal que indicaran estas. La identificación de ese efecto inhibitor al establecimiento, que se presume especialmente incisivo en el caso de empresas de otros países, era la segunda de las claves de la resolución²⁶.

Ahora bien, el efecto inhibitor tiene un componente discriminatorio más atenuado que el caso de una discriminación directa. Eso hace que pueda ser admiti-

²⁴ Aunque según la literatura científica relacionada con la materia, lo habitual es que se Tribunal admita como válida la pretensión de la Comisión, dado que, por lo general, los procedimientos por incumplimiento que llegan a sede judicial lo hacen porque se han agotado las vías de negociación previas que establece el procedimiento. Al respecto, véase: Falkner, G., Treib, O., Hartlapp, M. y Leiber, S., *Complying with Europe: EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, pp. 207 y 208.

²⁵ Apelaba a argumentos prácticos como las dificultades de la reforma y los sobrecostes que supondría o la inconveniencia de una posible contravención del Convenio 107 de la OIT, suscrito por España, que obligaba a mantener un sistema de registro de los trabajadores de manipulación de carga en puerto y a darles prioridad en la contratación. Quizás sabedora de su anticipado fracaso, como explica Molina Navarrete, C., "Competitividad, empresa flexible y...", *op. cit.*, p. 9.

²⁶ En ningún momento se discutía que los requisitos de integración en las SAGEP eran igualmente exigidos, e igualmente gravosos, tanto para empresas españolas que quisieran incorporarse al sector como para empresas de otros países. Belintxon Martín, U., "Derecho europeo, estiba y liberalización: algunas cuestiones clave sobre el conflicto de los estibadores", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, 2017, pp. 25-38, p. 34 (<http://revistas.usal.es>).

do, o justificado como excepción, siempre y cuando se constate que su mantenimiento es necesario para lograr objetivos de interés general. Aceptando que tanto la protección y continuidad de los servicio de estiba, en tanto sector estratégico para la economía, como la seguridad del trabajo en los puertos son objetivos de interés general, y por tanto válidos para justificar una restricción a la libertad de establecimiento, entraba en juego un requisito adicional: la proporcionalidad de la medida inhibitoria. La tercera de las claves del asunto era, por tanto, que la medida discutida, esa que incidía en la libertad de establecimiento, fuera proporcional, es decir, que no hubiera otra medida igualmente adecuada para lograr el objetivo fijado, pero menos restrictiva de la libertad económica en juego. Este aspecto el juez lo decidiría haciendo suyo un argumento de parte: que tal y como había expuesto la Comisión, existían otras medidas menos restrictivas, y no menos idóneas, para garantizar la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de la carga, así como la seguridad de los trabajadores en los muelles. Los ejemplos que se aportaba, tomados de las alegaciones de la Comisión, eran el de la gestión directa de oficinas de empleo por las empresas estibadoras o el de la creación de compañías privadas que llevasen a cabo tal función.

No le quedaba al juez europeo más que declarar que, en efecto, en Estado español infringía una disposición del Tratado, la libertad de establecimiento, cuya eficacia directa estaba en directa contradicción con la regulación nacional del mercado laboral de la estiba. No obstante, como es sabido, una declaración de incumplimiento, aun sentenciada por el Tribunal de Justicia, no tiene una eficacia inmediata en el ordenamiento jurídico del Estado miembro incumplidor, sino que este tiene que ejecutar el mandato recibido del juez europeo. En un caso como este, la ejecución pasaba por modificar las coordenadas de la ley nacional que provocaba la situación infractora. Es en este punto, en la ejecución, en el que el Estado español quedó detenido desde el octubre de 2014 hasta que, en julio de 2016, se pasó a la siguiente fase.

4.3. Asegurando el resultado: coerción y sanción

El objetivo final perseguido por la Comisión, la liberalización del sistema de contratación de personal de estiba y desestiba en España, requería, como se ha dicho, una actuación positiva por parte de los poderes públicos estatales. Y las medidas a implementar no podían ser solo derogatorias. La simple eliminación de la normativa vigente en la Ley de Puertos no solucionaba el problema de manera satisfactoria. Se debía llegar a un modelo alternativo de contratación que, eliminando los obstáculos a la libertad de establecimiento, tuviera en cuenta los aspectos destacados por la propia jurisprudencia, es decir, las cuestiones relativas a la seguridad en la manipulación de la carga y las atinentes a la cualificación de los trabajadores. Pero también, o sobre todo y desde el punto de vista estatal, había que tener en cuenta la repercusión de la pretensión de reforma

sobre un sector con gran incidencia en la organización comercial, interior y exterior, y una gran fuerza de presión en la negociación colectiva. Y los acuerdos parlamentarios para reformar las disposiciones de la Ley de Puertos, relativamente superables cuando el Gobierno estaba sustentado en una mayoría absoluta, se hicieron especialmente difíciles a partir de las elecciones de diciembre de 2015, en las que ningún partido obtuvo apoyos suficientes para formar gobierno. La repetición de las elecciones en junio de 2016 tampoco modificó en gran medida la situación y, a pesar de que el líder del Partido Popular fue investido Presidente de Gobierno, cualquier medida legislativa que se intentase llevar a las Cámaras requería unos mínimos apoyos de los grupos de la oposición.

Así, en julio de 2016, y ante la persistencia del Estado español en el incumplimiento de la sentencia del juez europeo, la Comisión activó el mecanismo del artículo 260 TFUE para obtener del Tribunal de Justicia una condena pecuniaria en forma de multa coercitiva. Con ello se abrió el asunto C-388/16 ante el TJUE²⁷, que sirvió de factor de presión para que el Gobierno español acometiera la instada reforma. Finalmente, tras un fallido Decreto-ley del Gobierno en febrero de 2017, que no fue convalidado por el Congreso de los Diputados²⁸, y tras reiterados anuncios de huelga con alguna realización parcial, finalmente el Decreto-ley 8/2017 consigue en mayo los apoyos necesarios para mantenerse en vigor²⁹. La nueva regulación consagra la extinción gradual de los privilegios de las SAGEP, que irían paulatinamente cediendo su posición a favor de empresas de trabajo temporal, y confirma la libertad de contratación de trabajadores por parte de las empresas prestatarias. Siguiendo expresamente las sugerencias del Tribunal de Justicia, la nueva regulación crea centros de empleo en los puertos, con la finalidad de gestionar, dentro de un sistema de libre contratación, el trabajo del personal de manipulación de mercancías. Esos centros de empleo intermediarán, como empresas de trabajo temporal, con las prestatarias.

La entrada en vigor de la reforma, al día siguiente de su publicación, no logró sin embargo disuadir ni a la Comisión ni al Tribunal de Justicia de que España

²⁷ Asunto C-388/16, *Comisión contra España*, que concluye con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017, (ECLI:EU:C:2017:548). Véase la noticia de la Comisión en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1455_EN.htm (consulta 26/02/2018). Un reciente comentario doctrinal sobre la sentencia, sus antecedentes y el resultado final, con una visión ciertamente crítica contra la acción de las autoridades españolas y con el procedimiento de ejecución de sentencias por incumplimiento del TJUE puede consultarse en Menéndez de la Cruz, C., “La Controvertida solución al modelo de la estiba y desestiba portuaria español. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017, relativa al procedimiento de condena al Reino de España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47, 2018, www.iustel.com.

²⁸ Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), BOE 25/02/2017.

²⁹ Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), BOE 13/05/2017.

no merecía una sanción³⁰. Para el TJUE, las justificaciones del Reino de España basadas en dificultades internas, incluyendo las dos disoluciones las Cortes y un periodo de unos diez meses de Gobierno en funciones, no eran aceptables. Es conocida la posición del juez europeo de que ningún Estado miembro puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, mucho menos ante un incumplimiento declarado de una libertad económica fundamental, cual es la libertad de establecimiento³¹. La sanción, sin duda, además de desincentivar ulteriores incumplimientos por parte de España de otras sentencias del TJUE, sirve de advertencia a otros Estados que pudieran estar sosteniendo regímenes de contratación portuaria similares. El desincentivo opera bien para ultimar la reforma, como justo acababa de hacer Bélgica antes de la confirmación de la sanción³², bien para emprenderla sin tardanza.

5. LA REFORMA DEL TRABAJO EN LA ESTIBA POR LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO ESPAÑOL, ENTRE EL EFECTO DIRECTO Y LA INTEGRACIÓN ENCUBIERTA

Una vez revisados los hitos que, desde la Unión, motivan la reforma de la contratación de personal en la estiba española, llega el momento de contrastar las pautas identificadas en las actuaciones llevadas a cabo tanto con los modos operativos propios del efecto directo, desde el punto de vista normativo, como con los modelos teóricos que explican la integración encubierta, este segundo aspecto desde el punto de vista de la acción institucional y de la gobernanza. Con ello se intenta poner de manifiesto que esas dos líneas de acción, tradicionales en el ámbito de la armonización e integración económica, han seguido plenamente operativas tras la reforma de Lisboa y a pesar de la crisis financiera. De hecho, podría sostenerse que la eficacia de su acción conjunta resulta aún mayor en una tesitura política en la que los ejecutivos estatales parecen carecer de margen de reacción ante las pretensiones de la Comisión, en parte a causa de la fragmentación política interna, con su repercusión sobre las mayorías parlamentarias y la existencia de gobiernos débiles, y en parte por la dependencia respecto a la fiscalización de Bruselas, acentuada por la entrada en escena de los mecanismos de estabilidad financiera.

³⁰ La Comisión desistió del recurso en lo que respectaba a la multa coercitiva, pero lo mantuvo en lo referente al pago de una suma a tanto alzado y al importe de ésta: de 27 552 euros, multiplicada por el número de días transcurridos desde que se dictó la sentencia hasta la entrada en vigor del Decretoley. El TJUE finalmente la fijó en tres millones de euros.

³¹ Asunto C-388/16, *cit.*, párrafos 41 a 43.

³² Véase la nota 22 *supra* &.

5.1. La dinámica hermenéutica del efecto directo en los casos de incumplimiento

El primero de los aspectos, líneas de acción como se las mencionaba en la introducción de este trabajo, es el recurso a la eficacia directa de normas generales del Tratado para conseguir del Estado miembro la ejecución de mandatos concretos. Se da por sentado, en especial desde que en los años noventa del siglo XX se acelera para la completa realización del mercado único, que el efecto directo de las obligaciones establecidas en los Tratados implicaban que los Estados miembros debían quitar barreras al mercado único sin esperar a que hubiera acuerdos al respecto en el seno del Consejo, por aquel entonces legislador hegemónico³³. Sin embargo, esa presuposición no impide un análisis crítico de la manera en la que la misma se consolida y, en especial, de la forma en la que la Comisión se vale de la doctrina del efecto directo para conseguir un resultado predeterminado por ella misma en ámbitos de actuación estatal, en los que la Unión solo ha hecho uso parcial de su competencia. Y se trata, del mismo modo, de cómo lo consigue a partir de una formulación genérica, en este caso de principio, contenida en el Derecho originario. La lectura de la secuencia implica estas tres cosas: que existe una clara proyección imperativa, extendida sobre un ámbito de acción estatal, de una decisión política, y no normativa, de la Comisión; que la decisión política se convierte en una decisión normativa; y que tal transformación se justifica sobre la base de ese principio general de eficacia que, como explicaba Pescatore, está en la raíz de la afirmación jurisprudencial del efecto directo³⁴.

5.1.1. Mutaciones del efecto directo y creación de reglas aplicables

Siendo obligada en este punto una mínima referencia a las características del efecto directo del Derecho europeo, también lo es retrotraerse a la sentencia Van Gend, en los sesenta del pasado siglo. Es entonces cuando el TJUE establece que las normas del Tratado tienen efecto directo, lo cual significa que aquellas, a través de este, pueden ser invocadas por los particulares. El efecto directo surge en principio, y luego se desarrolla, en el ámbito de cuestiones prejudiciales. En tal contexto, como se ha dicho, su función es dar respaldo a la invocación de las normas de los Tratados comunitarios por los particulares ante los jueces estatales, trascendiendo la concepción de que las disposiciones del mismo, como convenio internacional, se dirigen a sus signatarios, es decir, a los Estados miembros³⁵. Los particulares pueden, así, oponer normas de los Tratados europeos, y también del Derecho derivado

³³ Schmidt, S. K., "The shadow of...", *op. cit.*, p. 172.

³⁴ Pescatore, P., "The Doctrine of "Direct effect": an infant disease of Community Law", *European Law Review*, 2015, pp. 135-153.

³⁵ En la estela de la resolución fundacional respecto a la invocabilidad por particulares de disposiciones de un tratado internacional: el Dictamen de la Corte Permanente Internacional de Justicia de 3 de marzo de 1928 (serie B, núm. 15) sobre la jurisdicción de los tribunales de Dantzing.

más allá de los Reglamentos, frente a un Estado miembro si reglamentaciones o prácticas internas obstaculizan sus propósitos individuales. Los particulares son, en suma, destinatarios de las disposiciones de los Tratados en la medida en que estas les confieran derechos³⁶. En tal marco, esos propósitos que los particulares reclaman, y a cuya realización asiste el efecto directo, priorizan los objetivos del Derecho europeo, por lo que es habitual que resulten coincidentes con el sentido de la integración. Es ahí donde entra en juego la interpretación funcionalista propia de esa jurisprudencia federalizante del TJUE. Claramente, la ligazón de la pretensión del particular con el carácter finalista del Derecho europeo proporciona al TJUE la razón de la eficacia directa de las normas del Tratado, a la que a partir de *Costa Enel* le asiste la primacía como regla de desplazamiento del Derecho estatal impeditivo o de aplicación preferente del Derecho europeo.

Desde esas premisas, y a partir de *Van Gend*, las virtualidades del principio del efecto directo han ido ampliándose sucesivamente en el ámbito de la cuestión prejudicial y con motivo de su invocación por particulares³⁷, de manera que, entre otros matices que no es posible desarrollar en el contexto de este trabajo³⁸, su significado se ha desdoblado. Como consecuencia de tal desdoble, es indiscutible que la acción del efecto directo no solo se ciñe a la confirmación de derechos de particulares, invocables ante los jueces estatales sobre la base del Derecho europeo, sino que también abarca la revisión de la legalidad estatal disconforme con aquel³⁹. Una vez que el efecto directo es admitido como consustancial a la naturaleza del Derecho europeo, permitiendo tanto la atribución de derechos a particulares como la revisión de la conformidad normativa estatal, entra dentro de la lógica del principio que el mismo se emplee en una práctica bien distinta a la invocación ante jueces estatales y según la cual la efectividad de las disposiciones de los Tratados puede ser alegada, en defecto de Derecho derivado, por la Comisión frente a los Estados miembros en recursos por incumplimiento. Es posible que la Comisión, que ni es ni representa a particular alguno, haga suyos los intereses particulares coincidentes con la pretensión de la demanda, intereses que se presumen protegidos por las disposiciones infringidas o violentadas por el Estado miembro. Por ejemplo, y en el caso de referencia en este trabajo, la Comisión hablaría por las empresas prestatarias de ser-

³⁶ Sobre el hermanamiento entre la idea de invocación por particulares y efecto directo, véase en general Winter, J. A. "Direct applicability and Direct Effect. Two distinct and different concepts in Community Law", *Common Market Law Review*, Vol.9-4, 1972, pp. 425-438, en especial p. 438.

³⁷ Craig, P. y de Búrca, G., *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 186 a 188.

³⁸ Por ejemplo, en qué medida el efecto directo y la primacía empiezan estando vinculados y cómo dejan de estarlo, creando doctrinas paralelas a la del efecto directo tales como la del efecto útil. Al respecto véase Dougan, M., "When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy", *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 931-963; y Claes, M., *The National Courts' mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2006, pp. 100 a 102.

³⁹ Prechal, S., "Does direct effect still matter?", *Common Market Law Review*, Vol.37, 2000, pp. 1047-1069, p. 1050.

vicios de estiba que desearan operar en puertos españoles⁴⁰. Con todo, es claro que lo que se persigue en un recurso por incumplimiento es un determinado objetivo del programa de integración que la Comisión, dentro de sus funciones, traza en el ámbito de políticas concretas y a partir de lo recogido en el Tratado.

La Comisión parte, pues, de esa primera mutación del efecto directo: la que lo hace aplicable a la revisión de la conformidad de la legislación o práctica estatal impeditiva de fines del Tratado. Pero para ello se cuenta con otra mutación adicional: la que presupone que las disposiciones generales o de principio contenidas en los Tratados son directamente aplicables, gozan de eficacia frente al Derecho estatal, obligan al Estado miembro en ámbitos concretos y lo compelen a pesar del alto grado de generalidad que puedan tener y de no cumplir, por ello, las reglas originarias exigidas al efecto directo: claridad, incondicionalidad y, la más difícil cuando se trata de disposiciones abiertas, no requerir acciones adicionales⁴¹. Podría afirmarse que en el argumentario de la Comisión y en el del Tribunal de Justicia, trasladado del prejudicial al ámbito de la demanda por incumplimiento, el efecto directo de una norma general del Tratado bien se concibe, en realidad, como aplicabilidad directa bien se hace indistinto con ella⁴². La consecuencia no puede ser otra: la norma general invocada por la Comisión confirma su justicia-bilidad, como capacidad de coerción sobre una situación dada en el interior de un Estado miembro o sobre una regulación estatal⁴³.

Adquiere así la Comisión un instrumento de coerción federal puramente normativo que le permite prescindir del legislador supranacional para conseguir ciertos resultados. El efecto directo es ese instrumento y lo puede utilizar a través del recurso por incumplimiento, con el valor añadido de que su afirmación por el Tribunal de Justicia como principio fundamental del Derecho de la Unión lo hace difícilmente combatible en dicha sede. Opera ahí una sinergia hermenéutica, o

⁴⁰ Y de hecho la Comisión abre procedimientos por incumplimiento también por denuncia de parte. Véase https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/contact/problems-and-complaints/how-make-complaint-eu-level/submit-complaint_es (consulta 06/03/2018).

⁴¹ Hartley, T., *The foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 210.

⁴² Sobre la indistinción, véase: Winter, J. A., “Direct applicability and...”, *op. cit.*, p. 425. En una concepción estricta de Derecho Internacional responden a una diferente naturaleza jurídica: el efecto directo es la susceptibilidad de ser invocado por particulares, la aplicabilidad directa el hecho de incorporarse desde su creación al ordenamiento del Estado miembro. La indistinción, en la jurisprudencia del juez europeo, se relaciona con la concepción que este promueve del Derecho de la Unión Europea como ordenamiento jurídico de una Comunidad de Derecho. También el TJUE los ha distinguido en ocasiones, dando a entender que una disposición puede ser invocadas –efecto directo– sin ser directamente aplicables. De Nuevo: Winter, J. A., “Direct applicability and...”, *op. cit.*, p. 437. Tal y como hace ver Lenaerts, el propio TJUE utiliza la concepción tradicional del Derecho Internacional cuando se trata de aplicar tratados internacionales en el ámbito del Derecho de la Unión, por más que siga entendiendo que para la aplicación de este las reglas son diferentes, por especiales. Lenaerts, K., “Direct applicability and direct effect of International law in the EU legal order” en I. Govaere, E. Lannon, P. van Elsuwege, S. Adamen, *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresecau, Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden, 2014, pp. 45-64, en especial, p. 64.

⁴³ El efecto directo se reduce, por tanto, a una cuestión de justicia-bilidad, teniendo en cuenta tanto las características de la norma como la situación a la que debe aplicarse. Pescatore, P., “The Doctrine of...”, *op. cit.*, p. 153-154.

tercera mutación, entre los fines de la acción institucional de la Comisión, favorecer la integración, y los de ese efecto directo que para el juez europeo se deriva del espíritu de los Tratados cuya misión es crear una Comunidad de Derecho⁴⁴.

5.1.2. Elementos complementarios en la implementación de las reglas creadas

Siguiendo estas pautas es como una disposición general de Derecho de la Unión, en el caso analizado el artículo 49 TFUE, más allá de la prohibición de discriminación por nacionalidad⁴⁵, alcanza aplicabilidad y eficacia directa. Ahora bien, aun despojado de esos requisitos iniciales de claridad, incondicionalidad y no exigencia de acciones adicionales, difíciles de atribuir a una norma de principio, para que los parámetros hermenéuticos del efecto directo lo hagan aplicable al conflicto sí que se demanda una conexión material entre la disposición de principio del Tratado, la política concreta y la práctica o regla estatal. En relación con esto, es evidente que cuanto mayor sea la generalidad de la norma europea, más fácil será identificar la conexión y justificar que la acción estatal entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Una vez corroborada la conexión material, el efecto directo opera, haciendo que la disposición general o de principio europea indirectamente precluya la disposición o práctica estatal, si se prueba que se obstaculizan los objetivos del Tratado tal y como han sido concretados en las propuestas de la Comisión. El Estado demandado es debe entonces bien demostrar lo contrario, que no hay obstáculo alguno, bien justificar con éxito que actúa dentro de un margen de apreciación o que se ha acogido a una excepción. En estos casos, sin embargo, ni el margen de apreciación ni la excepción eximen automáticamente al Estado miembro de cumplir con los fines de la norma general, de darle efectividad. Considera el Tribunal de Justicia que sobre márgenes de apreciación y excepciones se proyectan igualmente los fines del Tratado y, por lo tanto, incluso en tales casos se podrá declarar el incumplimiento⁴⁶.

En definitiva, determinar que la norma o práctica estatal impide la realización del mandato general europeo, que en su generalidad siempre será perfectible y que, por tanto, siempre podrá estar siendo impedido en mayor o menor medida, no suele resultar difícil para el juez europeo. No obstante, si el impedimento no es flagrante aún puede entrar en juego un elemento más, que es la regla de la proporcionalidad. La proporcionalidad, eso sí, será medida no en función de los objetivos de la acción del Estado, sino en función de los del Derecho de la Unión. Solo si el interés del Estado es capaz de conciliarse con las pretensiones del Derecho europeo, anticipados en la norma general y especificados en la política supranacional de la Comisión,

⁴⁴ Sobre el espíritu de los Tratados como pretexto, de nuevo Winter, J. A., "Direct applicability and...", *op. cit.*, p. 433.

⁴⁵ Cuya eficacia directa por ser incondicionales -la de las medidas prohibitivas de la discriminación por nacionalidad-, ya había confirmado el TJUE. Pescatore, P., "The Doctrine of...", *op. cit.*, p. 140.

⁴⁶ Prechal, S., "Does direct effect...", *op. cit.*, p. 1063.

podrá evitarse el resultado negativo del test de proporcionalidad. Pero, aun así, si se barajan por la Comisión otras medidas menos agresivas que, consiguiendo similares resultados, impidan menos o permitan un mejor despliegue de los fines de la norma general y de las políticas supranacionales, la proporcionalidad se declarará quebrada y de esa quiebra se resolverá la existencia del incumplimiento.

Se llega así al final del camino seguido por el TJUE en el asunto de la estiba española. La idea central del razonamiento del juez europeo, adoptada siguiendo el dictado de las Comunicaciones de la Comisión, es que las labores de carga y descarga en puerto se hallan dentro del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. Así lo han constatado especialmente las Comunicaciones de 2007 y 2013. Esto es así para el Tribunal europeo independientemente de que no haya Derecho derivado aplicable al sector. Así lo demuestra la fallida trayectoria de la Directiva de servicios portuarios, la exclusión de la manipulación de carga de la Directiva de servicios y la excepción que, en idéntico sentido, hace el Reglamento de Puertos de 2017. Como se ha explicado, son precisa y paradójicamente esas excepciones y exclusiones las que reafirman la inclusión del sector en el ámbito de aplicación de las normas generales, pues el hecho de que se las mencione expresamente, para dejarlas al margen, es a ojos de la Comisión, y a los del Tribunal, confirmación de que la materia está dentro de la competencia atribuida. La eficacia directa o aplicabilidad directa del artículo 49 TFUE se hace indiscutible, convirtiéndose en una norma con fuerza coercitiva, a pesar de que, decidida y conscientemente, el legislador europeo haya querido dejar al margen de su acción a un sector concreto del tráfico económico y comercial.

5.2. Integración encubierta y acción institucional

Pero la línea de acción normativa, la relativa al efecto directo, se halla al final de una cadena de acciones en las que el protagonismo lo tienen los actores institucionales del sistema supranacional. En este caso concreto, en los que la proyección de las políticas de la Comisión lleva a un recurso por incumplimiento, esos actores son esta última y el Tribunal de Justicia. Son ellos los que activa esa la línea estratégica denominada de integración encubierta. La misma se ubica dentro de un marco teórico que señala mecanismos operativos que, aprovechándose de las previsiones de los Tratados pero actuando de modo colateral a las mismas, alcanzan el resultado profundizar en la integración por vías indirectas. Esas vías indirectas, o encubiertas, muchas veces implementan políticas con un nivel de efectividad mayor que el de los procedimientos de decisión reglados⁴⁷.

5.2.1. Las virtualidades integradoras del soft law

⁴⁷ Se sigue en esto a Héritier, A. “Covert integration in the European Union” en J. Richardson y S. Mazey (ed.), *European Union. Power and policy making*, Routledge, New York, 2015, pp. 351-369. p. 352.

El ejemplo de la reforma de la estiba permite identificar como mínimo dos mecanismos decisivos de integración encubierta, que se interrelacionan para lograr el resultado coercitivo. El primero de ellos es el recurso al llamado *soft law* ahí donde, aún, no ha sido posible alcanzar acuerdos legislativos sobre una cuestión específica⁴⁸. En concreto, el mencionado Libro verde de 1997 y las Comunicaciones en materia de puertos de 2007 y 2013 son los instrumentos que incorporan las cuestiones relativas a la manipulación de carga al ámbito de acción de la Comisión. Así hacen de la misma una cuestión de Derecho de la Unión, cumpliendo con una función inclusiva que la literatura científica en la materia atribuye al *soft law*⁴⁹. Al existir una conexión clara entre una competencia atribuida, la de transportes, y la materia del trabajo portuario, en ningún momento se puede inferir que haya una actuación *ultra vires* por parte de la Comisión. Más bien todo lo contrario: a las propuestas de la Comisión para dicho sector se les atribuye una función promocional, conforme a la cual estarían allanando el camino para una futura regulación formal de la actividad⁵⁰. De la intersección entre estas dos funciones, se deduce la tercera, que es la de dar complemento a aquello que no está directa o específicamente regulado en el Derecho de la Unión, el por contraste llamado *hard law* que haría referencia tanto a los Tratados como a cualquier desarrollo normativo de los mismos. Aunque en relación con su justiciabilidad ese *derecho débil* solo puede tener una eficacia interpretativa, lo cierto es que su concurso con el Derecho originario o derivado, a la hora de decidir sobre un determinado conflicto, terminaría de dar al segundo el carácter ejecutivo del que carecería sin el concurso del primero⁵¹.

5.2.2. Acción institucional: especificando normas incompletas

El segundo mecanismo que se identifica está plenamente vinculado a la acción institucional conjunta, y cooperativa, de la Comisión y el Tribunal de Justicia. El patrón, ya descrito, responde a la siguiente descripción de modo de integración encubierta: existiendo una regulación incompleta referida a una determinada cuestión, su aplicación es promovida por la Comisión como ejecutivo de la Unión. A continuación, en caso de encontrar resistencia a la efectividad de la norma incompleta, el juez europeo interviene para dar respaldo a la perspectiva de la Comisión a través del recurso por incumplimiento. De esa manera, y dada la fuerza normativa que su reconocimiento por el TJUE añade a la regulación incompleta, esta última se concreta en reglas específicas con una teleología favorable a la integración⁵². La realización

⁴⁸ A pesar de que el *soft law* no siempre es una herramienta efectiva en defecto de consenso de los actores estatales. Héritier, A. “Covert integration in...”, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁹ Es la función de “europeización”. Peters, A. “Soft law as a new mode of governance” en U. Diedrichs, W. Reiners y W. Wessels, *The Dynamism of Change in EU Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 21-, p. 34.

⁵⁰ Peters, A. “Soft law as...”, *op. cit.*, p. 35.

⁵¹ Peters, A. “Soft law as...”, *op. cit.*, p. 36.

⁵² Héritier, A. “Covert integration in...”, *op. cit.*, p. 358.

fundamental de este mecanismo se basa, en efecto, en completar la formulación de objetivos de una determinada política a través de la interpretación jurídica⁵³.

El mecanismo cuenta para su funcionamiento con un elemento clave que sí que se inserta en la letra de los Tratados: el recurso por incumplimiento. En especial desde que en la reforma de Maastricht se introdujese la posibilidad de sanciones económicas a los Estados que persistieran en el incumplimiento, las virtudes coercitivas de este procedimiento se han visto potenciadas. Se trata pues, como ha ocurrido en el caso de la estiba en España, de plegarse a reformar la legislación interna o arriesgarse a que la cuantía de la sanción se vaya incrementando. Y, más allá, la realidad de la integración jurídica determina que, en el momento en el que existe una resolución de incumplimiento contra un Estado, los particulares afectados por las prácticas o reglamentaciones estatales podrían acudir a los tribunales internos invocando, ahora sí, el efecto directo de las normas convencionales que favorecieran sus pretensiones. A través de una vía u otra, el Estado miembro se vería obligado a integrar el mandato derivado de la sentencia del juez europeo en su ordenamiento.

La cuestión concreta de las barreras a la libertad de establecimiento que pudiesen provocar determinadas formas de organizar la contratación de estibadores portuarios ya estaba anticipada por la jurisprudencia del TJUE en el caso *Becu*. En este sentido, la convergencia entre la línea argumental de la Comisión y la del juez europeo estaba garantizada de antemano, antes de activar el procedimiento y llevarlo a sede judicial. En relación con ello, hay que hacer notar que la primera de las sentencias, la C-576/13 de 2014, no solo sigue las pautas hermenéuticas referidas en el epígrafe anterior, en torno al efecto directo, ámbito de aplicación y proporcionalidad, sino que en este último punto suministra al Estado español la clave de la reforma a emprender: tal y como había sugerido la Comisión, sustituir las SAGEP por empresas de trabajo temporal. Así lo hace el Decreto-ley 8/2017, confirmando que una regla sugerida por la Comisión puede convertirse en norma imperativa a través de la acción concurrente del efecto directo y la integración encubierta.

6. CONCLUSIONES

Hasta aquí se ha relatado y analizado cómo se lleva a cabo la reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea y los mecanismos que coadyuvaron a que esta se convirtiese en una exigencia normativa sin Derecho derivado interpuesto. No obstante, las conclusiones de este trabajo no acaban en esos aspectos, sino que se relacionan, además, con la manera en la que las pautas de la Comisión y del Tribunal fueron recibidas en España. Si bien la acción de la Unión terminaba con la primera sentencia del Tribunal de Justicia, sin tener en cuenta la presión ejercida por la petición de multas coercitivas que siguió haciendo la Comisión, la reforma no podría haberse llevado a cabo sin la aprobación del Decreto-ley que

⁵³ Héritier, A., “Covert integration of core...”, *op. cit.*, p. 19.

le daba ejecución. Ese Decreto-ley necesitó dos versiones. Motivos diferentes operaron en la repetición: el rechazo que las medidas provocaban en el sector de la estiba; el lugar en que quedaba la negociación colectiva; y la lectura política del asunto en un Congreso de los Diputados donde el partido gobernante tiene una mayoría insuficiente para sacar adelante proyectos sin apoyo de otras fuerzas.

Así, por una parte, el análisis de la reforma de la estiba muestra, como si fuera un test de laboratorio, que las dinámicas de integración supranacional, en lo relativo al mercado interior cuanto menos, continúan desenvolviéndose a través de los mismos métodos empleados, en especial desde finales de los años ochenta. No parece que los cambios institucionales y normativos del Tratado de Lisboa, la preponderancia del procedimiento legislativo ordinario o el aumento de protagonismo del Consejo Europeo respecto a la Comisión, hayan afectado a esas dinámicas. Tampoco parece haberlo hecho la crisis financiera, conservando el plan unificador de las reglas de mercado su capacidad para perfilar aristas y derribar barreras a las libertades económicas y al juego de la competencia.

No obstante, y por otra parte, las situaciones sociales y políticas en los Estados miembros, y en España particularmente, sí que hacen ver modos de reaccionar muy distintos ante la implementación coercitiva de medidas de reforma por parte de la Unión. Y es que este concreto caso, el de la estiba, muestra cómo esa teleología integradora se superpone no ya al procedimiento legislativo establecido en los Tratados, sino a cuestiones de singular relevancia constitucional interna, como el lugar de la negociación colectiva en la reforma de la contratación laboral y en un sector de características tan singulares con tanta relevancia para el funcionamiento de la distribución en el mercado. En este sentido, así como el efecto directo de una disposición del Tratado, aplicado a un ámbito concreto de acción estatal, convierte en determinaciones jurídicas cuestiones de calado político y social, y así como las dinámicas de integración encubierta despolitizan determinadas decisiones encalladas en el Consejo, la convergencia de esas dos fuerzas en la reforma de la estiba ofrece, por el contrario, el resultado de una alta politización y conflicto en el seno del Estado implicado. El fantasma de la deficiente legitimación democrática de la decisión, o de su origen, se aparece, pero no ensombrece su resultado, pues a pesar de las dificultades que hubo para la aprobación final de la reforma en sede parlamentaria, en esa esfera, finalmente, la misma acabó por concertarse⁵⁴. Aun así, en perspectiva, y en comparación con la manera silenciosa en la que siempre había funcionado la teleología de la integración en los Estados miembros⁵⁵, el ruido social, político y mediático que provocó este asunto en 2017 es innegablemente un cambio. El tiempo dirá si se trata de una excepción o de la puesta en cuestión de las exigencias planteadas por los objetivos de la integración.

⁵⁴ De Bièvre, D., Bursens, P., "Patterns of covert integration in EU governance" en P. Bursens, C. De Landtsheer, L. Braeckmans y B. Seggaert, *Complex Political Decision-Making*, Routledge, London, 2017, pp. 31-39, p. 38.

⁵⁵ Weiler, J. H. H., "A Constitution for Europe? Some hard choices", *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, 2002, pp. 563-580, p. 572.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS ESTIBADORES: PASADO, PRESENTE, FUTURO

PATROCINIO RODRÍGUEZ RAMOS

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Estiba, libertad de trabajo, libertad de empresa, registro de trabajadores portuarios

La regulación del trabajo portuario de manipulación de mercancías ha sufrido un proceso de progresiva liberalización en nuestro ordenamiento jurídico, a veces en sintonía, a veces por imperativo, de las directrices de la Unión Europea cuya última fase viene representada por el RD-L 8/2017. La singular fuerza de los representantes de los trabajadores portuarios, sindicatos corporativos con gran poder de negociación y movilización, ha sido siempre un elemento esencial e influyente en la labor de fijación de las condiciones de trabajo del sector, especialmente en lo que al acceso al empleo y prioridad de prestación de servicios concierne. La ausencia de una regulación europea global y común, abandona en manos del Convenio núm. 137 de la OIT la única vía de regulación general de las condiciones de trabajo portuario. Una norma cuya escasa ratificación, relativa eficacia y falta de actualización no responde ya en plenitud a los nuevos tiempos del discurrir del trabajo en los puertos en particular, y de la evolución económica, tecnológica y del empleo, en general.

ABSTRACT

Key Words: Dock work, freedom to work, business freedom, dockworker's registers

The regulation of port work for the handling of goods has undergone a process of progressive liberalization in our legal system, sometimes in tune, sometimes as a matter of urgency, with the guidelines of the European Union whose last phase is represented by RD-L 8/2017. The singular strength of the representatives of port workers, corporate unions with great negotiation and mobilization power, has always been an essential and influential element in the work of setting the working conditions of the sector, especially as regards access to employment and priority of service provision concerns. The absence of a global and common European regulation, leaves in the hands of Convention no. 137 of the ILO the only way of general regulation of port work conditions. A norm whose scant ratification, relative efficiency and lack of updating does not fully respond to the new times of work in ports in particular, and of economic, technological and employment developments, in general.

ÍNDICE

1. TEXTO Y CONTEXTO DEL TRABAJO DE ESTIBA
 - 1.1. La dimensión del problema
 - 1.2. Los intentos de liberación de la UE: de la vía normativa a la vía judicial
 - 1.3. Factor económico y factor social en el trabajo de estiba
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO DE ESTIBA TRAS EL RD-L 8/2017
 - 2.1. Una evolución normativa marcada por la norma legal de urgencia, los embates de la Unión Europea y la reciedumbre de la negociación colectiva
 - 2.2. Previsiones actuales y régimen transitorio
 - 2.2.1. *La configuración de la relación de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías: una relación cualificada por el objeto de la prestación*
 - 2.2.2. *Especialidades en el acceso al empleo*
 - 2.3. La desaparición de la relación laboral especial y la irrupción de los Centros Portuarios de Empleo
 - 2.4. La inexistencia de registro de trabajadores portuarios y el Convenio nº 137 de la OIT

1. TEXTO Y CONTEXTO DEL TRABAJO DE ESTIBA

1.1. La dimensión del problema

La última reforma llevada a cabo en el trabajo portuario ha venido a traer a la actualidad una cuestión que hace ya algunos años que está presente (y latente) en nuestra realidad social y, por ende, en nuestro ordenamiento jurídico. Las huelgas producidas con ocasión de la aparición del RD-L 4/2017 (y, de su equivalente posterior RD-L 8/2017) recordaban mucho a quien escribe los problemas que allá por el año 1986 se suscitaron con ocasión de la entrada en vigor del RD-L 2/1986 y su propósito de adaptación del marco normativo del trabajo en los puertos a los nuevos postulados derivados de la Constitución de 1978 y de la entrada de nuestro país en la Comunidad Económica Europea¹. Guste más o menos, la pertenencia a la Unión Europea trae consigo la aplicación de todo un cuerpo de principios, libertades y normas a las que el trabajo portuario debió, y debe, como cualquier otro, adaptarse. Pasar de un sistema que, desde el punto de vista puramente económico, no cabría sino calificar de monopolio en la oferta de mano de obra a otro acorde con las estrictas exigencias, especialmente en su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de las libertades comunitarias ha sido un proceso complejo y difícil que se prolonga ya desde finales de los ochenta del siglo pasado. No estamos pues ante un problema nuevo, puede que diferente en sus matices como consecuencia

¹ Más adelante nos referiremos a tales circunstancias.

de ese proceso de progresiva liberalización del sector que hemos comentado, sino ante una nueva fase en la evolución de un sistema de acceso al empleo y contratación de estibadores portuarios que ha de acomodarse a los imperativos, no sólo del derecho de la Unión Europea, sino de las propias libertades constitucionales (libertad de empresa, derecho al trabajo y libre elección de profesión u oficio). Acoplamiento normativo que debe ir parejo de la propia consideración por la norma de los cambios que se han producido en el sector regulado. La mecanización, automatización, nuevas tecnologías y globalización económica, factores tan reiterados como causas de los cambios producidos y necesarios de las relaciones laborales, han incidido con especial intensidad en el trabajo de estiba, tanto en lo concerniente a los caracteres intrínsecos de la propia prestación de servicios como en lo atinente a la relevancia del comercio marítimo en el proceso de globalización de la economía.

No se trata, por lo demás, de un problema exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico. La tradicional irregularidad del trabajo en los puertos, la necesidad por parte de las empresas estibadoras de contar con mano de obra cualificada y las exigencias derivadas del interés general que la actividad posee para toda la economía han conducido a la conformación de un mecanismo de intermediación y puesta a disposición de mano de obra que, diferencias propias aparte, obedecen a similar filosofía y reúnen algunos caracteres muy parecidos. Relaciones laborales triangulares, especialidad de la relación, dificultades en la identificación del empresario, *pools* de trabajadores, prioridad en el acceso al empleo, garantía de ingresos mínimos, cierto control público del proceso, son todos ellos elementos que con mayor o menor intensidad suelen estar presentes en los países de nuestro entorno, tanto en los que han ratificado el Convenio nº 137 de la OIT, sobre el que volveremos más adelante, como entre los que no². De ahí que los problemas adaptativos de nuestro ordenamiento también se hayan planteado en otros países.

En el Reino Unido, la Dock Work Act de 1989 vino a poner fin a toda una tradición reguladora del trabajo en los puertos en la que la National Dock Labour Board actuaba como mecanismo de intermediación destinado a mitigar los problemas derivados de una oferta de empleo irregular³. En Italia, sendos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea obligaron a modificar la regulación del trabajo en los puertos. Inicialmente, la Sentencia *Merci*⁴ vino a establecer la incompatibilidad con las normas comunitarias de la competencia

² Entre los primeros, Francia, Portugal o Italia; entre los segundos, Reino Unido. Sobre tales semejanzas Cfr. Rodríguez Ramos, P.T.: *La relación laboral de los estibadores portuarios*, Trotta, 1997, págs. 44 y ss.

³ Sobre el particular véase, Cabeza Pereiro, J.: “La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 84, 1997, págs. 557-574.

⁴ STJCE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA*, asunto C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464

(artículo 90.1 TCEE, en relación con los artículos 30, 48 y 86 de dicho Tratado) de la normativa italiana en tanto que confería a una empresa establecida en ese Estado el derecho exclusivo a organizar las operaciones portuarias y la obligaba a recurrir, para la realización de dichas operaciones, a una compañía portuaria compuesta exclusivamente de trabajadores nacionales, sin que a tales efectos fuera de aplicación la excepción prevista en el artículo 90.2 del Tratado CEE relativa a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. La nueva regulación derivada de los imperativos comunitarios (Ley 84/94, de 28 de enero, de reordenación de la legislación portuaria⁵), que esencialmente restringían el monopolio de las antiguas compañías portuarias a la oferta de mano de obra temporal, fue nuevamente confrontada con las prescripciones relativas a la competencia del Tratado CE, con ocasión de la STJCE Raso⁶, en la que, de nuevo, el tribunal europeo volvería a dictaminar que una disposición nacional que reserva a una compañía portuaria el derecho a poner mano de obra temporal a disposición de las demás empresas que operan en el puerto en el que ella está establecida, cuando dicha compañía está autorizada a realizar operaciones portuarias por sí misma, se oponía a los artículos 86 y 90 del Tratado CE. Tampoco el ordenamiento belga ha escapado al escrutinio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, de nuevo, los problemas se plantearon desde la perspectiva del ajuste a las normas de competencia de las disposiciones del derecho belga que obligaban a las empresas, para la ejecución de trabajos portuarios, a emplear exclusivamente a trabajadores portuarios reconocidos y abonarles una retribución notablemente superior a los de sus propios trabajadores o a las que pagaban a otros trabajadores. En esta ocasión, la imposibilidad de considerar, incluso de forma colectiva, a los trabajadores portuarios reconocidos como empresa, en el sentido del derecho comunitario de la competencia, llevó al tribunal de justicia a fallar en favor de la legislación belga, si bien no dejó de apuntar la existencia de otro posible problema de colisión, no por la hasta ahora transitada vía de la competencia sino por la más fundamental de las libertades comunitarias⁷. A esta relación se une como

⁵ A raíz de la Sentencia Mercì, las autoridades italianas adoptaron diversos Decretos-Leyes que, mediante prórrogas sucesivas, se aplicaron hasta la entrada en vigor de la Ley 84/94; ley, que, básicamente, viene a refundir las mencionadas normas de urgencia.

⁶ STJCE de 12 de febrero de 1998, Raso, asunto C-163/96, ECLI:EU:C:1998:54.

⁷ STJCE de 16 de septiembre de 1999, Becu, asunto C-22/1998. ECLI:EU:C:1999:419.

En sus párrafos 34 y 35, este pronunciamiento señala: “34. Por otra parte, a falta de toda referencia en la resolución de remisión a la cuestión de si la obligación de valerse, para los trabajos portuarios, de los servicios de trabajadores reconocidos, como los referidos en el Real Decreto de 1977, puede constituir, para otros trabajadores portuarios reconocidos y/o trabajadores que cumplen los requisitos para ser reconocidos, un obstáculo a efectos de los artículos 48 y/o 59 del Tratado, no se ha brindado al Tribunal de Justicia la posibilidad de pronunciarse al respecto. Corresponde, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional apreciar si ello es así.

35. En este contexto, el órgano jurisdiccional nacional podría verse en la necesidad de verificar si, al prescribir, para la realización de los trabajos portuarios, el empleo de trabajadores portuarios reconocidos que tengan la condición de «trabajadores», la normativa nacional controvertida en el asunto principal obliga a las partes a adoptar la forma jurídica de contrato de trabajo y, de este modo, incurre, en principio, en dicha prohibición”.

hito último, al menos hasta el momento, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, Comisión Europea-Reino de España, asunto C-576/13⁸, referida al ordenamiento español y en la que el sistema de trabajo en los puertos se examina, no ya desde la óptica de su compatibilidad con la normas de la competencia sino desde la perspectiva de su colisión con la libertad de establecimiento del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El fallo, ya conocido, será la condena a España por “incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado”. No corresponde en este momento analizar el alcance, significado y posibilidades de actuación que se presentaban tras este pronunciamiento, a cuyo examen se dedica otro trabajo de este mismo número de la revista⁹, por lo que sólo lo dejamos apuntado en la medida en que representa un ejemplo más de una cuestión que no es exclusiva de nuestro ordenamiento.

1.2. Los intentos de liberación de la UE: de la vía normativa a la vía judicial

Las referidas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sirven de marco al proceso paralelo que desde las instancias normativas europeas se ha venido desarrollando en pro de la liberalización de los servicios portuarios. Los

⁸ ECLI:EU:C:2014:2430.

⁹ Esta sentencia ha sido objeto de un análisis doctrinal, particularmente de la doctrina laboralista, más nutrido del que suele ser habitual respecto a las cuestiones del trabajo en los puertos. Sobre el particular, véase Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE y el régimen español de trabajo portuario”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 1, 2015; Álvarez de la Rosa, M.: “El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13”, *Trabajo y Derecho*, nº 4, 2015; Molina Navarrete, C.: “Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿qué sí exige y qué no la Comisión «por boca» del TJUE?. La STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13 y el fallido RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los estibadores portuarios”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 409, 2017; Esteve Segarra, A.: “Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividades de los estibadores portuarios”, *Trabajo y Derecho* nº 7-8, 2015; Fernández Avilés, J.A.: “La estiba sigue en conflicto: liberalización de mercados vs. Garantías sociales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 409, 2017, págs. 5-14; Arias Domínguez, A.: “Las relaciones laborales, especial y común, de estiba portuaria”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 118, 2015, págs. 306 y ss.; Álvarez Alonso, D.: “Libertad de establecimiento y gestión de trabajos portuarios de estiba y desestiba”, en AAVV García Murcia, J. y García Torres, A. (coords.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Juruá, Vila Nova de Gaia/Porto, 2016, págs. 133-164; Soldevilla Frago, S.: “La estiba de la discordia”, *Actualidad administrativa*, nº 4, 2017.

intentos reiterados de la Comisión de aprobar con carácter general una norma comunitaria que regule estos servicios se han visto frustrados de forma reiterada. Hasta en dos ocasiones el proceso de aprobación de una Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios se ha visto truncado ante el rechazo de los sindicatos de trabajadores a una norma que consideraban perjudicaba sus intereses. A la propuesta de Directiva sobre acceso al mercado de los servicios portuarios de 2001¹⁰ siguió una “nueva” iniciativa, la propuesta de Directiva sobre acceso al mercado de los servicios portuarios de 2004¹¹ que, basada en la propuesta original de 2001 y la modificada de 2002, así como en las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo en sus dos lecturas y los cambios introducidos en la posición común del Consejo y los textos de conciliación, trataba de abrir el mercado de los servicios portuarios sin que, a juicio de la Comisión, ello tuviera que repercutir negativamente sobre el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores, aspectos frente a los que la norma europea, entendía, se mostraba neutral.

Al nuevo fracaso ya constatado en 2006, siguió un paquete de medidas de *soft law*¹², de escasa efectividad por lo que al trabajo de manipulación de mercancías y su liberalización se refería.

En estas circunstancias la Comisión, en el contexto de la revisión de la política portuaria de la Unión Europea, anuncia en 2013 su renuncia a la elaboración de una nueva Directiva, y ante la próxima creación del Comité de diálogo Social Europeo, encomienda al diálogo social la discusión de las cuestiones relativas al trabajo portuario¹³. Así las cosas, la Propuesta de Reglamento por el que se crea un marco sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos de 2013, exencionará los servicios de manipulación de mercancías en lo relativo al acceso al mercado y la libre prestación de servicios; exención que se mantendrá en la versión definitiva de la norma, el Reglamento (UE) 2017/352, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan

¹⁰ Fue presentada por la Comisión en el marco de la Comunicación «Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo» y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios COM (2001)0035 final (denominado “paquete portuario”). Rechazada finalmente en 2003.

¹¹ COM (2004) 654 final. Rechazada finalmente en 2006.

¹² Comunicación sobre una política portuaria europea de 18 de octubre de 2007 [COM (2007) 616 final]; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. Juntos por un nuevo crecimiento» de 3 de octubre de 2012, [COM(2011) 206 final]; Comunicación de la Comisión «Puertos: motor de crecimiento» de 23 de mayo de 2013 [COM(2013) 295 final].

¹³ Tras años de presión por parte de la Federación de Trabajadores del Transporte Europeo (ETF) se inaugura formalmente el Comité de Diálogo Social Sectorial Europeo para el sector portuario el 19 de junio de 2013. Forman parte del mencionado Comité los siguientes agentes sociales: Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF), el Consejo Internacional de Estibadores (IDC), la Organización Europea de Puertos Marítimos (ESPO) y la Federación de la Empresa Privada Europea Operadores Portuarios (FEPOR).

normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos¹⁴, cuyo artículo 10 establece que el capítulo relativo a la prestación de servicios portuarios no se aplicará ni a los servicios de manipulación de carga, ni a los servicios al pasaje ni al practicaaje. Pero mientras que respecto al practicaaje se contempla la posibilidad de que los Estados miembros decidan aplicarle lo dispuesto en el mencionado capítulo, nada similar se indica en relación al servicio de manipulación de mercancías¹⁵.

La falta de resultados en el objetivo de liberalizar los servicios de manipulación de mercancías de manera global por la vía normativa dio paso a la intervención individualizada vía judicial. No resulta extraño que de manera explícita se haya afirmado que el Tribunal de Justicia hablaba por boca de la Comisión en el análisis de la STJUE de 11 de noviembre de 2014¹⁶, o que los sindicatos de estiba europeos denunciaran que la Comisión Europea intentaba imponer el tercer paquete portuario por la vía judicial. Pero no sólo el ordenamiento portuario español fue sometido a revisión. La Comisión advirtió también a Bélgica de que su sistema de estiba y desestiba podía infringir la normativa europea en materia de libertad de establecimiento¹⁷. El proceso de incumplimiento terminó en esta ocasión con una reforma consensuada de la normativa portuaria belga que evitó las sanciones¹⁸.

A nuestro juicio no resulta baladí que en estos dos últimos supuestos la Comisión, a tenor de las mayores dificultades que la alegación de la infracción a las normas de la competencia pudiera representar, pues no siempre es fácil identificar en el esquema de reserva de trabajo portuario la presencia de una empresa que haga hábil la vía de las eventuales restricciones a la competencia, se siga la senda apuntada en la Sentencia Becu y se acuda a las libertades fundamentales comunitarias. En este marco, el Tribunal de Justicia ya había abierto una importante espita y contaba con destacados antecedentes en el ámbito laboral en los

¹⁴ DOUE 03/03/2017.

¹⁵ Cfr. Artículo 10.2 del Reglamento (UE) 2017/352.

¹⁶ Molina Navarrete, C.: “Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿qué sí exige y qué no la Comisión «por boca» del TJUE?....”, op. cit., págs. 103-116.

¹⁷ Dictamen motivado de 28 de marzo de 2014.

¹⁸ Según un comunicado remitido por Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar “los portuarios belgas votaron en referéndum, del 31 de mayo al 14 de junio, la aceptación del pacto que, a propuesta del ministro de Empleo de su país, Kris Peeters, habían negociado el Gobierno, la patronal y los trabajadores del sector, como respuesta a un requerimiento de la UE que, tal como ocurrió en España, entendía que algunos de los postulados de su Ley de Puertos vulneraba algunos principios de la Unión.

Ayer se hizo el recuento de esta votación y el 85% de los trabajadores aprobó las medidas de reajuste. Así, dará comienzo la redacción de un proyecto de ley que desarrolle el acuerdo del sector y frene el proceso sancionador iniciado por Europa, pues el ministro Peeters ya presentó el proyecto a la Comisaría Europea de Transportes, Violeta Bulc. De esta manera Bélgica logra dar garantía de estabilidad al sector, imprescindible para su crecimiento”.

que la defensa de tales libertades gozaba de notable prevalencia¹⁹. Los juicios de proporcionalidad y adecuación a las restricciones que por razones imperiosas de interés general se pueden someter a dichas libertades son siempre una fórmula más lábil de evaluación.

1.3. Factor económico y factor social en el trabajo de estiba

La importancia del transporte marítimo en el comercio internacional, europeo y nacional está fuera de toda duda²⁰. Si entrar en excesivos detalles y profusión de datos, baste indicar que, de conformidad con el Anuario Estadístico del sistema portuario de titularidad estatal de Puertos del Estado de 2016, el transporte marítimo de mercancías en nuestro país en 2016 sigue avanzando frente a otros modos de transporte, debido al crecimiento de la economía mundial que, a su vez, incrementó el comercio marítimo mundial, pero también a sus ventajas frente a otros modos de transporte, como son el menor coste, la seguridad ante las pérdidas, la facilidad para mover grandes volúmenes o la menor contaminación²¹. Se trata, sin embargo, de un tipo de actividad notablemente móvil, pues la búsqueda de la competitividad de los puertos puede hacer que se desplace la industria a países diversos según sean los regímenes regulatorios.

No es extraño, pues, que, en este contexto, las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general se hayan caracterizado como servicio público esencial o se establezcan obligaciones de servicio público en la prestación de los servicios portuarios básicos. Por ello es importante conocer la realidad de la prestación de servicios de manipulación de mercancías en nuestro país al objeto de poder evaluar adecuadamente la incidencia de su normativa reguladora. De acuerdo con la información de la Memoria del Observatorio Permanente del mercado de los servicios portuarios de 2016²², en la tabla siguiente

¹⁹ Baste simplemente traer a colación las muy conocidas Sentencias Viking o Laval (STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking, asunto C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 y STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, asunto C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, respectivamente).

²⁰ En general, sobre la importancia económica de la industria naviera, véase Oxford Economics, *The economic value of the EU shipping industry, A report for the European Community Shipowners' Associations (ECSA)*, 2014.

²¹ Anuario Estadístico del sistema portuario de titularidad estatal. Puertos del Estado. Ministerio de Fomento, 2016, pág. 12. El Sistema Portuario de Titularidad Estatal movió en 2016 un total de 509,5 millones de toneladas de mercancías, con un crecimiento del 1,4 % respecto al ejercicio 2015, en el que se movieron 502,4 millones de toneladas.

²² El artículo 123 del Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, creó este Observatorio con la finalidad de analizar las condiciones de competitividad en relación con los precios y la calidad de los servicios, así como acordar las variables de competitividad sobre las que establecer recomendaciones. En dicho Observatorio se garantiza la presencia de las organizaciones más representativas y representativas de los prestadores, trabajadores y usuarios de los servicios portuarios, encomendándose a Puertos del Estado la elaboración de un informe anual de competitividad a partir de sus análisis y conclusiones.

se comparan los costes para España (datos de grandes terminales resultado del estudio del Observatorio del año 2012) con los valores obtenidos para diversos países analizados:

País	Coste total (€TEU)	Costes de mano de obra		Costes de concesión		Resto de costes	
España (Gran T.)	63,16	32,21	51%	6,32	10%	24,63	39%
Alemania	83,90	31,04	37%	6,71	8%	46,15	55%
Italia- Caso 1	40,00	17,60	44%	0,8	2%	21,60	54%
Italia- Caso 2	84,00	40,32	48%	2,52	3%	41,16	49%
Reino Unido	81,33	20,33	25%	14,64	18%	46,36	57%
Países Bajos	62,50	25,00	40%	7,5	12%	30,00	48%

Fuente: Memoria anual del observatorio permanente del mercado de los servicios portuarios 2015 (junio 2016). Estudio de costes de paso del contenedor por terminales internacionales del entorno de los puertos españoles. Empresa Redactora: DREWRY.

De la comparación de los valores obtenidos, en los casos en los que son comparables, la citada memoria destaca que los costes de mano de obra en las grandes terminales de España son el 51% de los costes totales, mientras que en los otros países analizados (media ponderada por el tráfico), el coste de la mano de obra supone un 38,33% del coste total; que los factores que determinan esta diferencia en los costes de mano de obra son, “principalmente, la legislación laboral, la estructura del mercado de trabajo, y la estructura sindical de cada país, así como del tamaño y operativa de cada terminal/puerto”. A tenor de lo anterior, la recomendación para posicionar a España en situación de competencia real con los países de su entorno, principalmente con los del norte y centro de Europa, no puede ser otra que la de reducir los costes de la mano de obra (amén, lógicamente, en atención a los resultados de la tabla expuesta, que la de disminuir los costes imputables al suelo).

Pero junto al elemento económico, el factor social ocupa un lugar importante en la realidad de la actividad de manipulación de mercancías. La histórica irregularidad en la prestación de los servicios portuarios ha servido de base para la configuración de sistemas y mecanismos diversos que permitieran a quienes se dedicaban

al trabajo de carga y descarga de buques cierta regularidad en la prestación de sus servicios o, cuando menos, una garantía de ingresos mínimos. El desarrollo de tales resortes ha conducido en nuestro ordenamiento y, en general, como hemos visto, en otros países de nuestro entorno, a la configuración de mercados de trabajo donde el acceso a la actividad de la estiba quedaba fuertemente restringido. La existencia de un sindicato corporativo-profesional mayoritario (Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios), donde, a diferencia de lo que acontece a nivel general, la afiliación sindical es muy alta y su poder de movilización y presión también, ha coadyuvado al mantenimiento de una situación de privilegio en la oferta de mano de obra no fácilmente justificable en el contexto normativo actual. Por otra parte, las características ínsitas al trabajo portuario requieren de una mano de obra cualificada y formada que atienda y dé continuidad a la prestación del servicio. El trabajo puede ser intermitente pero su prestación debe ser regular y profesional. A estas necesidades ha respondido también la articulación de los sistemas y singularidades en la relación laboral que han identificado a este sector de actividad.

Si tomamos como referente el nivel de siniestralidad laboral, ámbito en el que elementos como la cualificación y profesionalidad del trabajador y la temporalidad de la relación laboral inciden de forma notable, podremos comprobar que en el sector portuario de la manipulación de mercancías aquél es notablemente elevado. A falta de estadísticas más completas, de los datos extraídos del Informe de siniestralidad elaborado por el Comité de Seguridad y Salud de la SAGEP de Las Palmas de 2013 se desprende que el índice de gravedad de accidentes²³ de dicha Sociedad es muy superior en el período 2009-2010 al correspondiente al resto de sectores de actividad.

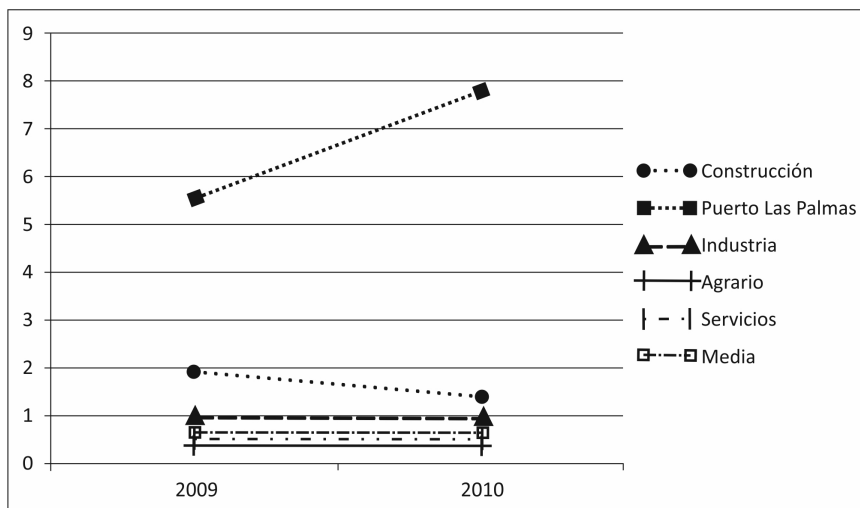
Comparativa de Índices de Gravedad de accidentes de sectores laborales de

Puerto de Las Palmas	5,55	7,79
Construcción	1,39	1,43
Industria	1,00	0,99
Agrario	0,39	0,47
Servicios	0,52	0,51
Media	0,66	0,66

España y de la SAGEP de Las Palmas de los años 2009 y 2010.
Fuente: Comité de Empresa SAGEP Las Palmas (2013) *Informe de siniestralidad*

²³ El índice de gravedad representa el número de jornadas perdidas por accidentes con baja por cada mil horas trabajadas.

Gráfico. Comparación de Índices de Gravedad de accidentes de diversos sectores laborales de España y la SAGEP Las Palmas en los años 2009 y 2010



Fuente: Comité de Empresa SAGEP Las Palmas (2013) *Informe de siniestralidad*

De la tabla y del gráfico recogidos más arriba se evidencia que el índice de gravedad de accidentes en la SAGEP de Las Palmas fue aproximadamente entre 5 y 6 puntos superiores en los años 2009 y 2010 a la media del resto de sectores de actividad; y que mientras que en estos el índice de gravedad manifiesta una evolución descendente o, cuando menos, sostenida, en el sector de la estiba la tendencia es ascendente. A la vista de tales datos, la necesidad de trabajadores con alta cualificación, elevada formación y regularidad en el empleo parece ser no sólo una exigencia para la competitividad del sistema portuario sino también para la seguridad y protección del propio trabajador.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO DE ESTIBA TRAS EL RD-L 8/2017

2.1. Una evolución normativa marcada por la norma legal de urgencia, los embates de la Unión Europea y la reciedumbre de la negociación colectiva

La reglamentación del trabajo en los puertos ha estado marcada por un fuerte control público que, sin llegar a desaparecer, poco a poco ha ido retirándose al menos en algunas de sus facetas, singularmente las relativas a la función de empleador. Sin retroceder más en el tiempo, desde la aparición de la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios de 1974 el trabajo de manipulación de

mercancías en los puertos ha venido presidido por la existencia de un organismo rector, de carácter administrativo y de vigilancia, la Organización de Trabajadores Portuarios (OTP), en cuyos censos quedaban inscritos los trabajadores que prestaban el servicio de carga y descarga de mercancías en las empresas estibadoras. La presencia de tres sujetos (OTP, empresa estibadora y trabajador) originó tempranamente problemas de delimitación de los verdaderos polos de la relación laboral y de identificación de la figura del empleador, que sólo tras la taxativa afirmación del RD 2302/1980, de 24 de octubre²⁴, acerca de la inexistencia de relación jurídico-laboral entre la OTP y los estibadores portuarios, más formal que real, logró acallar una jurisprudencia de sentido contrario. En este contexto, los cambios en el sistema de relaciones laborales derivados de la Constitución Española de 1978, la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea y el vacío provocado por la declaración de nulidad del RD 2302/1980²⁵ hacían necesario dotar a las actividades portuarias de un marco jurídico apropiado y actualizado. Marco jurídico adecuado que no vino de la mano de la correspondiente Ley sino de una norma de urgencia, el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques²⁶, que más allá de justificaciones formales, se convirtió en la vía práctica del ejecutivo para introducir unas reformas ampliamente rechazadas de inicio por los sindicatos de trabajadores²⁷. Aunque mucho de los temores manifestados por los sindicatos ante la nueva regulación que se avecinaba no se confirmaron con el texto del RD-L 2/86, lo cierto es que se demostró, una vez más, que el sentir del colectivo de trabajadores portuarios tiene mucho que ver en la elaboración y puesta en práctica de la normativa reguladora del trabajo en los puertos.

El sistema diseñado por el Real Decreto-Ley 2/86 (“un régimen jurídico caracterizado por la definición clara del sujeto empresarial”, según reza su preámbulo) se puso en marcha no sólo gracias a la colaboración complementaria de la norma reglamentaria, el Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de

²⁴ Este Real Decreto fue desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, de 16 de junio de 1981.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 1 de octubre de 1985, RJ 1985/4530 que declara la nulidad del RD 2302/80 y de la Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social de 16 de junio de 1981, al haberse incurrido en un vicio grave en el proceso de elaboración del Real Decreto al no cumplirse con la preceptiva consulta al Consejo de Estado.

²⁶ BOE de 27 de mayo de 1986.

²⁷ La aparición del RD-L 2/86 en nuestro ordenamiento vino acompañada de una ola de huelgas y conflictos. Desde marzo de 1986 hasta prácticamente principios de noviembre en que se suscribió el Acuerdo Tripartito para el desarrollo del citado Decreto-ley, una situación de permanente bloqueo y paralización asoló los puertos españoles. La negativa de los sindicatos a las reformas que la nueva normativa introducía, a la que tacharon de haberse dictado sin previa negociación con los trabajadores, de suponer la privatización del sector y la contratación directa por las propias empresas con la pérdida de la especial protección que suponía la relación con la antigua Organización de Trabajadores Portuarios, se tradujo en unas pérdidas de 160.000 millones de las antiguas pesetas (según cifras de la patronal) y una cesación en el trabajo de unos 9.000 estibadores de los 9.500 que en aquellos momentos componían el censo de trabajadores portuarios.

mayo, de estiba y desestiba²⁸, sino, muy sustancialmente, por la labor desarrollada por la negociación colectiva al más alto nivel. Sin haber transcurrido un año desde la publicación del RD 371/87, en febrero de 1988, ve la luz el primer Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el sector portuario, al que sucederán el II, III y IV Acuerdos de 1993, 1999, y 2014, respectivamente, encontrándose ya constituida la Comisión Negociadora del V Acuerdo²⁹. Sin entrar en excesivos detalles acerca del papel y función de la negociación colectiva en el sector, pues ello es objeto de otro estudio en este mismo volumen³⁰, es imprescindible destacar que la fuerza sindical de los trabajadores, traducida en la presencia histórica de un sindicato corporativo que aglutina a la mayoría de los trabajadores portuarios (Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios³¹), se ha proyectado con intensidad en su capacidad negociadora, llegando la norma convencional a desarrollos y previsiones no siempre acordes con los límites legales. Sin mayor detenimiento baste indicar a tales efectos³², los problemas suscitados en relación a la versión primera del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria de 2007, algunos de cuyos preceptos fueron declarados nulos, lo que afectó a la propia naturaleza estatutaria del pacto³³, y, desde la perspectiva de la competencia, dio lugar a una sanción de la Comisión Nacional de la Competencia por infracción del artículo 81 del Tratado CE y de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al considerar que la firma y puesta en funcionamiento del citado IV Acuerdo, cuyo ámbito de aplicación se extendía inicialmente a empresas terceras, les impedía o dificultaba el acceso al mercado de los servicios complementarios en los puertos³⁴.

²⁸ BOE de 16 de marzo de 1987.

²⁹ Constituida en sesión celebrada el 1 de junio de 2017.

³⁰ En general sobre la negociación colectiva en el sector portuario véase, AA.VV. Gárate Castro, J. (dir.): *La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques*, CCNCC, MTAS, Madrid, 2004.

³¹ Sobre este sindicato véase la ilustrativa nota 9 contenida en el artículo del profesor Álvarez de la Rosa, M.: “El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario”, *Trabajo y Derecho*, nº 37, 2018.

³² Un aspecto esencial en el trabajo de estiba como el relativo al ingreso en las SAGEP, pues de ello dependía, en suma, la posibilidad de trabajar como estibador, era objeto de amplia regulación en los Acuerdos Marco y no resulta baladí que la doctrina, a la hora de analizar tal cuestión, lo haga bajo el rótulo “La relación especial con las SAGEP: causa u objeto de la contratación y singularidades (la negrita es nuestra) introducidas en el Acuerdo Maco y los CC de cada puerto” (Ballester Pastor, I.: “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 114).

³³ STS (Social) de 11 de noviembre de 2010, RJ 2010/8834, que confirma la SAN (Social) de 1 de junio de 2009, AS 2009/1873.

³⁴ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de septiembre de 2009. Dicha Resolución fue objeto de impugnación por la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar; impugnación desestimada por la SAN (Contencioso-Administrativo) de 4 de mayo de 2010, RJCA 2010/428, y, posteriormente, por el TS en STS (Contencioso-Administrativo) de 19 de julio de 2012, RJ 2012/8894. Sobre el particular, véase Goerlich Peset, J.M. (dir.) *et al.*, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011, págs. 326 ss.; Goerlich Peset, J.M.: “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (social) de 13 de julio de 2012”, *Aranzadi Doctrinal* num.1/2013, BIB 2013/609.

Aun manteniendo su esencia, el régimen del trabajo portuario configurado en los términos recién expuestos, ha sufrido cambios continuos³⁵ hasta su más radical transformación como consecuencia de los Reales Decretos-Leyes del año 2017³⁶. Tales alteraciones han estado notablemente influenciadas por el discurrir comunitario de los intentos de reforma de la estiba. Las fallidas tentativas de la Unión Europea de regular la denominada autoprestación de servicios portuarios³⁷ encontraron, sin embargo, pronta y disciplinada respuesta en el derecho interno con la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general³⁸, cuya exposición de motivos no lleva a engaño en lo que a sus fines respecta, aludiendo expresamente al “proceso de liberalización, impulsado con ahínco desde la Unión Europea”, así como a la “propuesta de directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios”³⁹. Será igualmente esta norma la que llame a la conversión de las Sociedades de Estiba y Desestiba en Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE)⁴⁰, de naturaleza totalmente privada frente a lo que acontecía en las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba, en las que la participación del Estado era superior al 50%, extendiendo el proceso de liberalización a todos los servicios portuarios básicos y superando el régimen singular que para el servicio de estiba y desestiba se recogía en la Ley de puertos de 1992. Similar línea de destitularización de los servicios portuarios y de libre acceso a su prestación seguirá la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general⁴¹, que sistematiza en un título específico lo relativo a la regulación del régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio de manipulación de mercancías⁴² y transforma las APIE (y las Sociedades de Estiba aún no convertidas en APIE)

³⁵ La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 25 de noviembre de 1992); la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE de 23 de mayo de 1994), cuya DA 7ª suprimió los registros especiales de trabajadores portuarios, y la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 27 de noviembre de 1997) introdujeron algunas de esas modificaciones.

³⁶ Sobre el régimen vigente con anterioridad a la aparición del RD-L 4/2018, véase Ballester Pastor, I.: “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”, op. cit.; Arias Domínguez, A.: “Las relaciones laborales, especial y común, de estiba portuaria”, op. cit., págs. 267-314.

³⁷ Véase Cabeza Pereiro, J.: “Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria”, *Aranzadi Social*, núm. 14, 2003.

³⁸ BOE de 27 de noviembre de 2003.

³⁹ Exposición de Motivos IV de la Ley 48/2003. Sobre las modificaciones introducidas por esta ley, véase, Cabeza Pereiro, J.: “La relación laboral especial de estiba portuaria tras las modificaciones introducidas por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre”, *Actualidad Laboral*, nº 20, 2004.

⁴⁰ DA 6ª de la Ley 48/2003.

⁴¹ BOE de 7 de agosto de 2010.

⁴² El que pasará a ser Título V de la Ley 48/2003.

en Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP)⁴³, de naturaleza mercantil⁴⁴.

El somero repaso a la evolución de la regulación del trabajo portuario nos sirve para poner de manifiesto la singularidad de la prestación de servicios en los puertos, elemento que explica en gran medida los condicionantes y dificultades de su abordaje normativo. Una realidad y un sistema de trabajo “teñido de elementos que convertían a los estibadores portuarios en trabajadores al margen de la evolución, fáctica y legislativa, del resto”⁴⁵, que dificultaban las reformas globales del transporte marítimo-portuario y que, cuando habían de incidir en la parcela específica del trabajo de manipulación de mercancías convertían a la norma de urgencia, más allá de la existencia o no de la causa habilitante exigida constitucionalmente, en la única vía de penetración reguladora. Ya en su momento ocurrió con el RD-L 2/86 y, de nuevo, vuelve a suceder con los Reales Decretos-Leyes de 2017. La importancia económica del trabajo portuario, su esencialidad como servicio público, unido a la fuerte conciencia de grupo del colectivo de trabajadores portuarios, que los lleva a gozar de representación sindical propia, diferenciada del sindicato de clase, y con una capacidad de movilización muy elevada, no han permitido en muchas ocasiones que la norma legal nacida del parlamento sea la que discipline su prestación de servicios. Cuando ello ha acontecido, como con la Ley 33/2010 (fruto del consenso entre los dos principales partidos políticos y con el respaldo de más del 90% del total de los diputados y de los agentes sociales y económicos), más allá de la ventaja aplicativa y eficacia de la norma en su contenido general, lo cierto es que por lo que al específico ámbito del trabajo portuario respecta el resultado final ha sido siempre mucho menos ambicioso que los proyectos iniciales de la norma⁴⁶. Desde otra perspectiva, la necesidad del consenso a toda costa en la disciplina del trabajo portuario obliga a la norma a perder parte de su calidad jurídica en pro de su propia realidad, pues sabido es que la búsqueda de consensos que hagan realidad un justo equilibrio de intereses en el conflicto social no siempre es fácil y, en muchas ocasiones, pugna notablemente con los

⁴³ El artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/2005, de 18 de febrero, por el que se adoptan medidas en relación con la prestación de servicios portuarios básicos y se amplía el plazo para la transformación de las sociedades estatales de estiba y desestiba en agrupaciones portuarias de interés económico (BOE de 19 de febrero de 2005), amplió en 18 meses el plazo establecido en la DA 6ª.1 de la Ley 48/2003, para llevar a cabo la mencionada transformación.

⁴⁴ El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 2011), en el marco de la autorización dada por la DF 7ª de la Ley 33/2010 (y con anterioridad la DF 6ª de la Ley 48/2003), llevará a cabo la refundición de las normas legales que hasta ese momento regían las materias portuaria y de la Marina.

⁴⁵ Álvarez de la Rosa, M.: “El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario”, *Trabajo y Derecho* nº 37, 2018, disponible en smarteca, pág. 3.

⁴⁶ Checa Díaz, E. y Foncubierta Rodríguez, M.J.: “Novedades en el marco jurídico de la actividad de la estiba tras el R.D. Legislativo 2/2011: su aplicación en el puerto Bahía de Algeciras”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar (REFEG)*, 1/2014, pág. 7., en referencia al tema de la autoprestación y su regulación final en las Leyes 48/2003 y 33/2010.

más exquisitos principios de la técnica jurídica. El devenir del RD-L 4/2017 y de su sucesor RD-L 8/2017 son buena muestra de ello. La no convalidación del primero y la necesidad de buscar el respaldo parlamentario necesario para que no sucediera lo mismo con el segundo, obligaron a modificaciones y cambios que reconfiguraran el equilibrio de intereses. No es extraño, pues, que las cinco novedades que presenta el RD-L 8/2017 frente a su equivalente anterior no convalidado, hayan sido analizadas desde la perspectiva de lo que cada una de ellas supone de “concesión” a cada parte de la relación del trabajo de estiba (libertad de empresa/seguridad en el empleo) de cara a la consecución del acuerdo y de los apoyos exigidos para la convalidación parlamentaria de la norma⁴⁷; y menos lo es que entre esas novedades se incluyan, con mejor o peor fortuna, ciertamente, previsiones sobre la aprobación por el Gobierno de un real decreto que recoja la propuesta de mediación sobre los efectos laborales de la nueva ordenación laboral del servicio portuario de manipulación de mercancías⁴⁸ y en materia de negociación colectiva en los puertos⁴⁹.

2.2. Previsiones actuales y derecho transitorio

El denominado último paso en el proceso de liberalización de la estiba portuaria, los sucesivos Reales Decretos-Leyes 4 y 8 de 2017, han dedicado buena parte de sus prescripciones a disciplinar el tránsito del vigente sistema al que debe regir una vez superado un determinado período de adaptación. A partir de la entrada en vigor del RD-L 8/2017⁵⁰, el régimen del trabajo portuario de alguna manera se bifurca en dos situaciones, la que emana directamente de la aplicación y entrada en vigor de la norma de urgencia y la que derivaría del ajuste del sistema actual a los nuevos imperativos legales. Esta división se observa expresivamente en la propia estructura del Real Decreto-ley, que destina cuatro preceptos a regular el nuevo régimen del trabajo en la estiba a results del cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una disposición adicional (la segunda) y tres disposiciones transitorias a reglamentar el proceso de adaptación de la normativa convencional y de las actuales Sociedades Anónimas de gestión de estibadores portuarios a los dictados de la nuevos imperativos legales (y de la Unión Europea).

⁴⁷ Molina Navarrete, C.: “Libertad de empresa, seguridad en el empleo y «subrogación adaptativa»: a propósito del «desregulador» nuevo régimen de la estiba”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm 411, 2017, págs. 105 y ss.

⁴⁸ DF.3ª.2 del RD-L 8/2017.

⁴⁹ DAª 2ª del RD-L 8/2017.

⁵⁰ Que, de conformidad con su DF 5ª, se produjo el día 14 de mayo de 2017 (día siguiente a su publicación en el BOE), salvo lo previsto en la DT 1ª.4 cuya entrada en vigor queda condicionada a la expresa declaración por la Comisión Europea de su compatibilidad con el régimen de ayudas de Estado.

Dejando a un lado esta segunda vertiente (de ello habremos de ocuparnos en otra ocasión), pasemos a exponer cuál es el régimen que en la actualidad rige en relación a la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

2.2.1. La configuración de la relación de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías: una relación cualificada por el objeto de la prestación

La singularidades recogidas en el RD-L 8/2018⁵¹ en materia de trabajo portuario, ahora, como enseguida veremos limitadas grandemente a lo relativo al acceso al empleo, vienen definidas por la realización del servicio portuario de manipulación de mercancías. Así pues, sólo para la realización de tal servicio y en la medida que esa sea la prestación contratada entrarán en aplicación las disposiciones de la norma de urgencia en lo que al régimen jurídico de las empresas y trabajadores que lo presten respectan.

No define, sin embargo, el RD-L 8/2017 lo que deba entenderse por servicio portuario de manipulación de mercancías para lo cual hemos de recurrir a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante (LPEMM)⁵² en la redacción y con el alcance que esta norma le otorga. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130.1 de la mencionada norma, “se consideran integradas en este servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado”.

Conviene indicar que la delimitación de lo que haya de entenderse por servicio portuario de manipulación de mercancías ha tenido siempre una especial importancia en relación al trabajo de estiba, pues su alcance venía a configurar el ámbito objetivo de lo que era la relación laboral especial. Una mayor o menor amplitud de las actividades incluidas en el servicio venía, en suma, a representar una correlativa mayor o menor extensión de la reserva de trabajo en favor de los

⁵¹ Sobre el régimen de la estiba tras la aparición de este RD-L, véase, además de los trabajos ya citados, Fernández Prol, F.: “Relación laboral de estiba portuaria y libertad de establecimiento: la respuesta en derecho interno, en Carballo Piñeiro, L. (coord.), Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea, Bosch editor, págs. 225-249; Pazos Pérez, A.: “La estiba portuaria tras la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías”, en Carballo Piñeiro, L. (coord.), Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea, Bosch editor, págs. 249-273.

⁵² Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE de 20 de octubre de 2011)

estibadores portuarios. De ahí que la relación concreta de tareas que formaban parte del servicio haya constituido desde siempre, y no sólo en nuestro ordenamiento, motivo de fuerte confrontación de intereses. Como decimos, es el artículo 130 LPEMM el que define y delimita el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías⁵³, precisando la definición genérica ya apuntada a través de una triple técnica, a saber, incluyendo en positivo las actividades que forman parte de la carga y estiba, desestiba y descarga y trasbordo de mercancías, respectivamente; determinando los bienes y productos que no se consideran mercancías a tales efectos; y, finalmente, incorporando una lista de actividades exentas de su consideración como servicio portuario de manipulación de mercancías. De la importancia de tal demarcación es vivo ejemplo el hecho de que uno de los cinco cambios incorporados por el RD-L 8/2017 frente a su predecesor RD-L 4/2018 afecte justamente a esta materia. La última norma de urgencia añade a la lista de preceptos derogados de la LPEMM el inciso final del artículo 130.3 c), en virtud del cual quedaba excluido del servicio de manipulación de mercancías “el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular”. Con la abrogación del inciso, “con el fin de ganar confianza -sindical y política- para la nueva regulación gubernativa”⁵⁴ se amplía el campo de las actividades que forman parte del servicio de manipulación de mercancías y, por ende, del ámbito de las prestaciones afectadas por las singulares prescripciones del RD-L 8/2017⁵⁵.

2.2.2. Especialidades en el acceso al empleo

Si algo ha caracterizado la disciplina del trabajo portuario, hasta el punto de haber llegado a configurar su prestación de servicios como relación laboral especial, ha sido su singular sistema de acceso al empleo. Sin remontarnos más en el tiempo, la regulación del RD-L 2/86 venía a configurar un mecanismo particular en el que la contratación por las Sociedades Estatales era el requisito sine qua non para el trabajo efectivo como estibador. Similar procedimiento se mantendría con

⁵³ El artículo 108.2 d) LPEMM entre los denominados servicios portuarios, incluye el “d) Servicio de manipulación de mercancías, que consiste en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías”.

⁵⁴ Molina Navarrete, C.: “Libertad de empresa, seguridad en el empleo y «subrogación adaptativa»: a propósito del «desregulador» nuevo régimen de la estiba”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF nº 411, 2017, pág. 113, para quien la pervivencia en el texto del RD-L 4/2017 del inciso comentado había suscitado las suspicacias de sindicatos y de ciertas formaciones políticas en el sentido de que ello pudiera significar una vuelta atrás en una situación de hecho ya consolidada en la que tales actividades eran prestadas por los estibadores como parte de la reserva de trabajo a ellos atribuida. A nuestro juicio, lo más relevante de tales hechos es que en la práctica se afianza una situación que no correspondía con el alcance y límites de las disposiciones legales; y que, por otra parte, es buena prueba de una realidad subyacente no fácil ni siempre bien aprehendida.

⁵⁵ Además, ex art. 130.3 i) LPEMM también se reserva a los estibadores portuarios la realización de operaciones exentas de su consideración como servicio de manipulación de mercancías si son realizadas por empresas titulares de la licencia de prestación servicio manipulación. En otras palabras, incluso para servicios que no son en sentido estricto de manipulación de mercancías la empresa estibadora debía y debe realizar tales servicios con mano de obra que disfruta de la reserva.

el paso de las sociedades Estatales de Estiba a Agrupaciones Portuarias de Interés Económico y con la posterior conversión de estas en Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios. Razones ligadas a la garantía de la profesionalidad en la prestación de un servicio catalogado como público o de interés general servían de justificación para la introducción de tales prevenciones de cualificación profesional. De hecho una de las principales funciones atribuidas a quien se convertía en empresario en la relación laboral especial era de la proporcionar al trabajador portuario la formación profesional permanente de carácter práctico que garantizara la profesionalidad en el desarrollo de las tareas portuarias⁵⁶. El progresivo proceso de liberalización del sector ha ido parejo con una similar evolución en la determinación de la capacitación necesaria para ejercer la profesión de estibador, más allá de la pertenencia a la entidad que en cada momento cumpliera la función de empresario en la relación laboral especial. La Ley 48/2003 encomendó al Gobierno la creación de la correspondiente titulación de formación profesional específica para los trabajadores que intervinieran en la realización de los servicios portuarios básicos (entre los que se incluían los de manipulación de mercancías) con el fin, según indicaba su exposición de motivos⁵⁷, “de adaptar la adquisición de estos conocimientos al régimen general”. Eso sí, para la prestación de los servicios de carga y descarga de mercancías se especificará que, además de tales titulaciones, sería necesario superar determinadas pruebas de aptitud, cuyo contenido mínimo debería regular Puertos del Estado, que acreditaran la idoneidad necesaria de los trabajadores para su contratación como estibador portuario⁵⁸. En parecidos términos se pronunciaría la Ley 33/2010⁵⁹, que fijará un nuevo plazo para la aprobación de la norma reglamentaria que definiera las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior que permitiera la realización de las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías -norma que aún tardaría dos años en aparecer⁶⁰-, así como para que Puertos del Estado pro-

⁵⁶ Artículo 9 párrafo 2º RD-L 2/86; artículo 153 LPEMM.

⁵⁷ Exposición de Motivos y DA 5ª.1 de la Ley 48/2003.

⁵⁸ DA 5ª.2 y 5 de la Ley 48/2003.

⁵⁹ Artículo 4 de la Ley 33/2010, que adiciona el Título V a la Ley 48/2003 y, en concreto, artículos 144 y 145 de esta última ley modificada.

⁶⁰ Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, por la que se determinan las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (BOE de 27 de octubre de 2012). La SAN (Contencioso-Administrativo) de 28 mayo 2014, RJCA 2014/564, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la mencionada Orden pero, a nuestro juicio, lo más importante de este pronunciamiento, cuyo fallo es incuestionable en atención a la formulación de la demanda, viene representado por las propias circunstancias de hecho y alegaciones recogidas en la demanda. Así, resume la Sala tales antecedentes de la siguiente forma: “La representación procesal de don Abel plantea en lo fundamental que dispone de un título, obtenido en Finlandia, que le otorga cualificación profesional como estibador portuario operador de grúas de puerto, y que habiéndose dirigido al Ministerio de Fomento -antes lo hizo al Servicio Canario de Empleo, con el mismo resultado- éste le denegó el reconocimiento de su cualificación profesional con base a que en el momento de la solicitud se encontraba en tramitación la normativa reguladora de los títulos para el desempeño de las tareas de estibador, como requisito para aspirar a un empleo como estibador portuario. Añade que la Orden impugnada vulnera su

cediera a regular el contenido mínimo de las pruebas de aptitud, ahora adjetivadas como de aptitud psicofísica, que deberían superar quienes desearan prestar los servicios portuarios de estiba y desestiba.

Los reales decretos leyes de 2017 han venido a incidir también en este materia, con sustanciales diferencias entre lo prescrito en el primero y lo que finalmente se sanciona por el segundo. Tanto uno como otro liberalizan la contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías -sin que, por tanto, tal contratación deba realizarse de forma prioritaria entre trabajadores pertenecientes a la SAGEP como sucedía en la situación inmediatamente anterior-, pero, eso sí, tal libertad queda limitada por la circunstancia de que deben cumplirse los “requisitos establecidos que garanticen la profesionalidad de los trabajadores portuarios”⁶¹.

Tales requisitos no derivan ya, ni siquiera de manera preferente (la libertad de empresa en forma de libertad de contratación, a la que se uniría la de la empresa de ejercer las actividades portuarias sin necesidad de pertenecer a la SAGEP que ahora se consagra, lo impedirían) de la pertenencia a Sociedad de Gestión de Estibadores alguna, sino de la posesión por el trabajador de la capacitación y cualificación necesarias para la prestación de un servicio portuario calificado como de interés general, básico o con obligaciones de servicio público). Y son las vías y requisitos concretos para alcanzar tal capacitación las que difieren entre lo fijado por el artículo 3 del RD-L 4/2017 y lo que prescribe su homónimo del RD-L 8/2017. Mientras que el primero, en línea con los precedentes normativos -que adapta a la normativa aparecida hasta el momento-, viene a exigir estar en posesión de alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior previstas en la Orden Ministerial correspondiente (como hemos indicado ya se había dado cumplimiento al mandato de desarrollo recogido en el Texto refundido de la Ley de puertos y de la marina mercante de 2011) o de las declaradas como equivalentes; o haber obtenido el certificado de profesionalidad relativo a las operaciones portuarias de carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo⁶². El segundo omite toda referencia a las titulaciones de formación profesional o equivalentes, limitando la realización de las actividades del servicio de manipulación de mercancías a quienes obtengan el certificado de profesionalidad correspondiente; certificado que ahora, *ex* RD-L

derecho a ejercer la profesión de estibador en cualquier Estado de la Unión Europea, pese a disponer del oportuno título, lo que conlleva la vulneración del derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea. En particular, señala, la Orden vulnera el Reglamento UE 492/2011, del Parlamento y del Consejo y el artículo 14 CE al no incluir el reconocimiento de la titulación que posee”.

⁶¹ Artículo 2.1 del RD-L 4/2017 y del RD-L 8/2017.

⁶² Real Decreto 988/2013, de 13 de diciembre, por el que se establecen nueve certificados de profesionalidad de la familia profesional Marítimo-Pesquera que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad y se actualizan los certificados de profesionalidad establecidos como anexo IV del Real Decreto 1774/2011, de 2 de diciembre y como anexo III del Real Decreto 1533/2011 de 31 de octubre (BOE de 6 de febrero de 2014). El anexo VIII especifica los requisitos correspondientes al certificado de profesionalidad concierne a las operaciones portuarias de carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo; certificado de nivel 2.

8/2017 requerirá “en todo caso” la realización de unas prácticas profesionales no laborales en instalaciones portuarias “en los términos que reglamentariamente se determine”. La limitación de la acreditación de la capacidad profesional para el desarrollo del trabajo portuario a la obtención del certificado de profesionalidad puede significar una nueva vía de cierre al acceso a la profesión cuya justificación debería quedar clara. Es cierto que existe una estrecha relación formativa y de acreditación de capacidades entre los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad⁶³, pero no deja de ser relevante la supresión de la vía directa de cumplir los requisitos de capacitación a través de la formación en el sistema educativo.

Desde otra óptica pero con igual significación, la nueva norma de urgencia viene a exigir que en todo caso deban realizarse prácticas profesionales no laborales en instalaciones portuarias para la obtención del correspondiente certificado de profesionalidad. De nuevo, se incorporan especificaciones singulares en lo que a la regulación general de los certificados de profesionalidad concierne, pues, por una parte, se exigirá siempre la realización de prácticas profesionales, obligación el RD 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad⁶⁴ permite excepcionar en algunos supuestos⁶⁵; y, por otra, se indica que tales prácticas se realizaran en “instalaciones portuarias”, con lo que no queda la incidencia de tal prescripción en la organización general de los módulos de formación práctica en los centros de trabajo de las empresas.

El desarrollo reglamentario deberá tener muy presente la necesidad de garantizar la formación, profesionalización y cualificación de quienes van a prestar un servicio portuario de interés general, con el respeto a la libertad de trabajo y de libre elección de profesión u oficio. Los requisitos de capacitación no pueden convertirse en una nueva forma de reserva de la prestación del servicio de manipulación de mercancías, máxime si tenemos en cuenta que siempre se ha eximido, con buena lógica, de requisito alguno de titulación o certificación profesional a quienes ya viene realizando tales labores en el momento de entrada en vigor de la correspondiente norma⁶⁶.

2.3. La desaparición de la relación laboral especial y la irrupción de los Centros Portuarios de Empleo

La derogación por el RD-L 8/2017 del artículo 2.1 h) ET, que incluía en la lista de relaciones laborales de carácter especial la de los estibadores portuarios⁶⁷,

⁶³ Cfr. Artículo 52 del Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo (BOE de 3 de julio de 2011).

⁶⁴ BOE de 31 de enero de 2008.

⁶⁵ Cfr. Artículos 5 bis.5, 11 y 15.3 del RD 34/2008.

⁶⁶ Cfr. Artículo 154.2 de la LPEMM; artículo 3.2 del RD-L 4/2017; artículo 3.2 del RD-L 8/2017.

⁶⁷ Literalmente, el artículo 2.1 h) ET consideraba relación laboral especial “h) La de los estibadores portuarios que presten servicio a través de entidades de puesta a disposición de trabajadores a las

ha significado el retorno de la prestación de servicios de los estibadores portuarios, de forma general y sin diferencias, al régimen de la relación laboral común. Más allá de las singularidades previstas en lo que al acceso al empleo concierne, el resto del régimen jurídico de la relación laboral pasa a regirse por la legislación laboral común, y lo hace sin la existencia de la salvaguarda, más importante a nuestro juicio de lo que podría pensarse, que anteriormente representaba la, no por habitual menos trascendente, cláusula de aplicación en la medida de lo compatible con la naturaleza especial de la relación⁶⁸. Es cierto que en gran medida las previsiones legales en materia de régimen jurídico de prestación de servicios de los estibadores se referían a la singular relación que se establecía entre Sociedad Estatal (después, Agrupación Portuaria de Interés Económico, más tarde, Sociedad de Gestión de los Estibadores Portuarios) y estibador; relación que ahora desaparece y que, por tanto, como tal, no exigiría regulación alguna. Pero también es verdad que la norma de urgencia contempla la posibilidad de creación de unas entidades, denominadas Centros Portuarios de Empleo (CPE), sobre cuya naturaleza y funcionamiento aporta escasas indicaciones. Su inclusión expresa en el RD-L 8/2017 conduciría a pensar, al menos en primera instancia, que tales entidades estarían llamadas a jugar un papel decisivo en la articulación del trabajo en la estiba. La circunstancia de que su creación hubiera sido una demanda de los sindicatos que figuraba específicamente prevista en la inicial propuesta de acuerdo con las asociaciones empresariales para la aplicación de la STJUE de 11 de diciembre de 2014 así también lo parecería corroborar.

Sin embargo, aunque la denominación sea coincidente, el papel y cometido de los Centros Portuarios de Empleo en el texto del RD-L 8/2018 y, por ende, en su futura funcionalidad, dista mucho de lo que nació del acuerdo social⁶⁹. Antes de mayores conclusiones, conviene analizar qué es exactamente lo que la norma de urgencia dispone, no mucho, acerca de estas entidades.

empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, siempre y cuando dichas entidades desarrollen su actividad exclusivamente en el ámbito portuario”.

⁶⁸ El artículo 19 del RD-L 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques (BOE 27/05/1986) disponía: “En lo no regulado por la presente norma será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los estibadores portuarios”.

Algunos de los preceptos del RD-L 2/86 fueron derogados por la Ley 4/2003 de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (BOE 27/11/2003), pero la derogación formal de la norma se produjo por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general -BOE 07/08/2010- (disposición derogatoria única. 1).

⁶⁹ En la propuesta conjunta de Anesco y los sindicatos de la estiba de Bases para la reforma legal del régimen de la estiba presentada al Ministerio de Fomento en 2015, los Centros Portuarios de Empleo, “que podrían constituirse bajo las fórmulas de las SAGEPS, previas las adaptaciones legales oportunas”, tendrían como socios a los titulares de licencias de prestación del servicio de manipulación de mercancías; además, tales CPE serían los titulares empresariales de la relación laboral especial de los trabajadores portuarios registrados que integraran sus respectivas plantillas, con el objeto de poner a disposición de las empresas estibadoras los trabajadores necesarios para la realización del servicio portuario de manipulación de mercancías.

El principal elemento delimitador del RD-L 8/2017 de los CPE viene constituido por su objeto, contemplado desde dos perspectivas: el objeto por el que prevé su constitución y el objeto al que ha de destinarse la entidad constituida. En atención al primero, la creación de los CPE responde a la necesidad de “*permitir una rápida adaptación al carácter irregular de la prestación de los trabajos portuarios*”⁷⁰; por lo que respecta al segundo, el objeto de los CPE será “*el empleo de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios*”. Desde estos dos ángulos los CPE serían los herederos naturales de las SAGEP, en tanto tendrían como función proporcionar a las empresas estibadoras los trabajadores que necesitaran para cubrir los picos de demanda⁷¹. Hasta aquí la similitud pues las diferencias son muchas otras y responden, en gran medida, al propio hecho del proceso de liberalización que ha sufrido el trabajo en la estiba.

Las SAGEP debían constituirse en cada puerto de interés general, existiendo una solo por puerto. Los CPE podrán extender su ámbito geográfico a todo el territorio nacional, pudiendo coexistir más de un centro portuario por puerto.

Las SAGEP estaban constituidas por las propias empresas estibadoras que recibían cedidos los trabajadores portuarios contratados por aquellas. Los CPE podrán crearse por personas naturales o jurídicas o uniones y entidades sin personalidad jurídica, permitiendo, en principio, la norma diversidad de componentes en la configuración de estas entidades.

Las SAGEP, en su condición de sociedad anónima mercantil privada, se regían por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y, supletoriamente, por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁷². Por esencia las SAGEP se dedicaba a la cesión de trabajadores pero su regulación no exigía que para ello hubiera de obtener autorización equivalente a la propia de las empresas de trabajo temporal. Es más, a nuestro juicio, el régimen legal configurado al respecto significaba la imposibilidad jurídica de la actuación de empresas de trabajo temporal en este sector de actividad. De los futuros CPE el RD-L 8/2017 indica que su creación requerirá la obtención de la autorización exigida por la Ley 14/1994 para actuar como empresa de trabajo temporal; ley que se les aplica “plenamente”, así como la restante normativa aplicable a dicha clase de empresa⁷³. Esta aplicación plena de la legislación relativa a las empresas de trabajo temporal a los

⁷⁰ Artículo 4.1 párrafo 1º RD-L 8/2017.

⁷¹ Esa, desde luego, era la filosofía del Acuerdo Anesco-Sindicatos de la estiba de 2015, de donde surge, por otro lado, la figura de los Centros Portuarios de Empleo.

⁷² Antiguo artículo 142.2 del LPEMM, actualmente derogado por RD-L 8/2017.

⁷³ Artículo 4.2 del RD-L 8/2017.

CPE no los convierte, al menos en la dicción del Real Decreto-Ley, en una empresa de trabajo temporal, pues su artículo 4 (que lleva por título justamente centros portuarios de empleo) indica claramente que su creación procede “sin perjuicio de las empresas de trabajo temporal u otras que estén constituidas o puedan constituirse a estos efectos con arreglo a la legislación vigente”⁷⁴. De alguna manera el RD-L 8/2017 trata de recoger las previsiones del Acuerdo Anesco-Sindicatos de la Estiba de 2015 donde se contemplaba la creación de los CPE pero lo hace en unos términos que realmente desdibujan la esencia de la figura, provocando oscuridad acerca de su verdadera naturaleza y régimen jurídico y dotándoles de una funcionalidad prácticamente limitada a la de ser el tránsito de las actuales SAGEP al nuevo sistema. A falta de desarrollo reglamentario, lo único verdaderamente claro en el texto de la norma de urgencia es que los CPE requieren la autorización prevista para las Empresas de Trabajo Temporal y que la normativa de tales empresas les resulta plenamente aplicable. De alguna forma vienen a ser empresas de trabajo temporal específicas del sector portuario y cuando decimos específicas lo hacemos para indicar que, a nuestro juicio, aunque no lo diga expresamente el RD-L 8/2017, tales entidades sólo pueden contratar para ceder a trabajadores portuarios capacitados para la prestación del servicio de manipulación de mercancías. Esta sería la singularidad de los CPE frente a las empresas de trabajo temporal y lo que, de alguna forma, justificaría su existencia.

Sea como fuera y con independencia del futuro desarrollo reglamentario⁷⁵, las especialidades de régimen jurídico en lo que a la concreta prestación de servicios de los estibadores portuarios respecta no podrá ir más allá de lo que la legislación sobre empresas de trabajo temporal prevea, pues la aplicación de la legislación laboral común no queda ahora mediatizada por la consideración de lo que sea compatible sino que la regla es la inversa, aplicación en su totalidad con las eventuales previsiones específicas del RD-L 8/2017, que, como ya hemos adelantado, son prácticamente inexistentes. Pudiera parecer que el cambio de perspectiva es algo intrascendente pero puede que no lo sea tanto, al menos por lo que a las diferencias con el sistema anterior respecta. Por ejemplo, en el marco de la relación laboral especial, cuando los trabajadores desarrollaban tareas en el ámbito de la empresa estibadora, la SAGEP conservaba el carácter de empresario y a ella correspondía la facultad disciplinaria, pero si la empresa estibadora consideraba que el trabajador había cometido un incumplimiento contractual podía realizar una concreta propuesta de sanción que tenía carácter vinculante

⁷⁴ Repárese que la norma no sólo alude a la posible actividad de las ETT en este sector sino que alude igualmente a la posible actuación de “otras [empresas] que puedan constituirse”. Con esta expresión tal vez esté aludiendo a eventuales agencias de colocación que gestionen una reserva de trabajadores portuarios, en línea con lo indicado por la STJUE de 11 de diciembre de 2014.

⁷⁵ Sobre el posible alcance de tal desarrollo, véase Cabeza Pereiro, J.: “Algunos interrogantes acerca de los centros portuarios de empleo”, en Carballo Piñeiro, L. (coord.), *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Bosch editor, págs. 201 y ss.

para la SAGEP⁷⁶. Por el contrario, esta posibilidad, y mucho menos la vinculabilidad de la eventual medida sancionadora propuesta, no se contempla en el artículo 15 de la LETT. Desde otra perspectiva, la realidad del funcionamiento de las empresas de trabajo temporal evidencia que, aunque la previsión general es que el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador contratado para ser cedido puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada, en su mayoría tales contratos se conciertan por el tiempo de duración del contrato de puesta a disposición, lo que es totalmente distinto a la vinculación indefinida característica de la relación entre la SAGEP y el estibador portuario. Duración indefinida que, por otra parte, marcaba en gran medida el propio iter de la relación especial y que, y esto sí entendemos importante, de alguna forma venía a garantizar la formación permanente que es necesaria para la prestación del servicio portuario por personal cualificado⁷⁷. Tal vez la que sí pudiera tener mayor recorrido sea la previsión, ahora prácticamente inutilizada, del artículo 10.3 de la LETT sobre la posibilidad de celebrar un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición.

2.4. La inexistencia de registro de trabajadores portuarios y el Convenio nº 137 de la OIT

Ya en su momento sostuvimos, al hilo de la supresión del Registro Especial de estibadores portuarios por la Ley 10/1994, que el sistema derivado de la aplicación del RD-L 2/86 y la configuración de la relación laboral especial venían a representar una fórmula de garantía y preferencia en el empleo de los estibadores portuarios que si bien desde el punto de vista meramente formal no significaba la existencia de un “registro”, desde la perspectiva material suponía la satisfacción real de las exigencias y fines que la norma internacional atribuía y de las que dotaba al registro de estibadores portuarios⁷⁸. Es evidente que desde el año 1994 no existe en sentido estricto en nuestro ordenamiento el Registro Especial de estibadores portuarios pero el papel desempeñado en su momento por las Sociedades Estatales y, después, por las entidades que las han ido sustituyendo, así como la preferencia y reserva de trabajo que la relación laboral especial venía a representar, cubrían en gran medida los objetivos que el sistema diseñado por el

⁷⁶ Antiguo artículo 151.8 LPEMM.

⁷⁷ El derogado artículo 152 de la LPEMM, bajo el rótulo “formación continua” establecía la obligación de las SAGEP “a destinar anualmente como mínimo el uno por ciento de su masa salarial a la formación continua de sus trabajadores para garantizar su profesionalidad”. Es cierto que el artículo 12.2 de la LETT también obliga a las empresas de trabajo temporal “a destinar anualmente el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias” pero el carácter general de esta prescripción, la diversidad de empleos ofertados, la falta de vinculación real permanente del trabajador cedido por las ETT y la consiguiente posible oferta generalista en la formación ofertada es cualitativamente diversa de aquella exigencia de las SAGEP de formar a sus trabajadores (sólo estibadores) para garantizar la profesionalidad en la prestación del servicio de manipulación de mercancías.

⁷⁸ Véase, Rodríguez Ramos, P.: La relación laboral especial de los estibadores portuarios, Trotta, 1997, págs. 183 y ss., en particular pág. 186 y nota 334.

Convenio nº 137 de la OIT buscaba satisfacer. La negociación colectiva así pareció entenderlo igualmente y, de hecho, no ha sido sino hasta la última reforma de 2017 cuando los sindicatos de trabajadores portuarios han venido a reclamar con más fuerza el incumplimiento de los compromisos asumidos por España como consecuencia de la ratificación de la citada norma internacional.

La pregunta es, pues, si ahora, con el nuevo diseño derivado del RD-L 8/2017, el sistema español, al cumplir las prescripciones de la STJUE ha venido de alguna forma a infringir los mandatos de la norma internacional. La respuesta, a nuestro juicio, pasa por tener muy presente algunas consideraciones previas acerca del juego combinado entre el ordenamiento europeo y el internacional así como sobre el propio alcance y situación en que en el seno de la organización internacional del trabajo se encuentra el Convenio nº 137.

En relación a la primera, la doctrina ya vislumbró los problemas de compatibilidad que la tendencia liberalizadora de la Unión Europea del trabajo portuario podría tener con el mencionado Convenio internacional⁷⁹, ratificado por algunos de los Estados miembros. Sin embargo, y en eso coincidimos con la Comisión, las disposiciones del Convenio nº 137 de la OIT, en sí mismas consideradas, no obligan a los Estados a establecer sistemas de gestión de la mano de obra portuaria contrarios a lo dispuesto en el TFUE⁸⁰; todo dependerá de la forma concreta en que se articulen los mecanismos de protección y garantía establecidos en la norma internacional. Sobre ello volveremos más adelante.

Desde esta perspectiva, la Unión Europea parece consciente, probablemente como no podía ser de otra forma a tenor de las circunstancias reales en que se desarrolla la actividad, de que respecto al sector marítimo, tanto en lo concerniente al transporte como a las actividades extractivas y de pesca, las prescripciones y el devenir del derecho internacional no puede ser ignorado. La recepción vía Directiva comunitaria de Acuerdos celebrados entre los agentes sociales a nivel internacional en materia de aplicación del Convenio sobre Trabajo Marítimo⁸¹ o el trabajo en la pesca⁸² son muestra elocuente de ello.

⁷⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores”, Relaciones Laborales nº 1, 2002, *laleydigital*, pág. 11.

⁸⁰ Cfr. STJUE de 11 de diciembre de 2014, Comisión Europea-Reino de España, asunto C-576/13, ECLI:EU:C:2014:2430, parágrafo 44.

⁸¹ Directiva (UE) 2018/131, del Consejo, de 23 de enero de 2018, por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ÉCSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) para modificar la Directiva 2009/13/CE de conformidad con las enmiendas de 2014 al Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, aprobadas el 11 de junio de 2014 por la Conferencia Internacional del Trabajo (DOUE 26/01/2018).

⁸² Directiva (UE) 2017/159, del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado el 21 de mayo de 2012 entre la Confederación General de Cooperativas Agrarias de la Unión Europea (Cogeca), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la Unión Europea (Europêche) (DOUE 31/01/2017).

Respecto a lo segundo, en la actualidad el Convenio nº 137 es un instrumento que, dentro de los denominados convenios técnicos⁸³, se encuentra en situación provisoria⁸⁴. No estamos, pues, ni ante un convenio fundamental ni prioritario, sin que ello, lógicamente signifique otra cosa en lo que a su naturaleza respecta que el hecho de estar centrado en una materia específica no considerada esencial en el bosquejo de principios y derechos que el Consejo de Administración de la OIT entiende como tales ni entre los que poseen singular importancia en el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo. Lo que sí adquiere mayor trascendencia a nuestro juicio es el dato de ser un convenio que en estos momentos se encuentra en situación provisoria⁸⁵. La realidad demuestra que frente a lo que ha acontecido con otros Convenios de la OIT, el número 137 ha sido un convenio con eficacia reducida. Entró en vigor el 24 de julio de 1975 y sólo ha sido ratificado por 25 países⁸⁶, de la cuales uno, Países Bajos, lo denunció en 2006. Entre los Estados de la Unión Europea, sólo once lo han ratificado (por

⁸³ En la clasificación por tipo, los convenios de la OIT se dividen entre fundamentales, de gobernanza (prioritarios) y técnicos. Los ocho convenios fundamentales son: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Los convenios prioritarios, calificados desde 2008 como Convenios de gobernanza, son cuatro: Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81); Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122); Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129); Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).

⁸⁴ Dentro del proceso de revisión de normas de la OIT, los convenios en situación provisoria responde a una “categoría residual en la que se incluyen los instrumentos que han dejado de estar completamente actualizados pero que siguen siendo pertinentes en ciertos aspectos, decidiendo por el momento el Consejo de Administración mantener el *statu quo*” (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores”, op. cit. pág.14).

⁸⁵ La situación o estatus de los convenios de los OIT en materia de trabajadores portuarios es la siguiente: Instrumentos actualizados: Convenio núm. 152, sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979; Recomendación núm. 160, sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979. Instrumentos en situación provisoria: Convenio núm. 137 sobre el trabajo portuario, 1973; Recomendación núm. 145, sobre el trabajo portuario, 1973. Instrumento pendiente de revisión: Convenio núm. 27, sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929. Instrumentos que han sido superados: Convenio núm. 32, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932; Recomendación núm. 40, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1932. Instrumento retirado: Recomendación núm. 33, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1929; Convenio núm. 28, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, 1929; Recomendación núm. 34, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (consulta a las organizaciones), 1929.

⁸⁶ A título meramente ejemplificativo, si analizamos la ratificación de algunos otros convenios sectoriales obtenemos resultados como los siguientes: el Convenio núm.135 sobre los representantes de los trabajadores, 1971, posee 85 ratificaciones y 0 denuncias; el Convenio núm. 149 sobre el personal de enfermería, 1977, posee 41 ratificaciones y 0 denuncias; el Convenio núm. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, cuenta con 54 ratificaciones y 0 denuncias; el relativamente reciente MLC, 2006, Convenio sobre el trabajo marítimo, posee 86 ratificaciones y 0 denuncias; y el último de los convenios adoptados hasta el momento, el Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, cuenta ya con 25 ratificaciones y 0 denuncias.

orden cronológico de ratificación, España, Finlandia, Francia, Italia, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia y el ya mencionado, Países Bajos), lo que deja buena parte de las costas de la UE fuera de su ámbito de aplicación y a algunos de los principales puertos europeos como el de Amberes, Róterdam, Hamburgo o Bremen-Bremerhaven. Al margen de lo que ello puede significar en la vertiente puramente económica y de hipotéticas ventajas competitivas entre puertos situados en países en los que no es aplicable la disciplina, en principio, más protectora, fijada por la norma internacional y la de aquellos que quedan incluidos en ella, lo cierto es que las prescripciones del convenio parecen encontrar dificultades aplicativas en la realidad de los ordenamientos nacionales. Ello se torna más evidente si desde la propia perspectiva de la organización internacional el convenio se considera en situación provisoria⁸⁷, pues cuando menos indica la necesidad de una reconsideración de su contenido. No es posible ignorar que desde su adopción en 1973 el trabajo portuario ha sufrido un proceso de cambio y transformación importante. No cabe duda de que los efectos de la tan comentada globalización económica inciden de manera primordial en un sector tan singular como el del transporte marítimo, pues es justamente su desarrollo el que, en parte, propicia aquélla y, a la vez, éste debe evolucionar para adaptarse a sus exigencias. Y no sólo eso. Las nuevas tecnologías, la mecanización de un trabajo antes mucho más manual, la introducción de nuevos mecanismos de manipulación de la carga han transformado la realidad de un sector donde la prestación de servicios debe también asumir tales cambios. Si en el preámbulo del Convenio núm. 137 de la OIT los “importantes cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos... y el aumento de la mecanización y la automatización” y su incidencia en el empleo en los puertos fueron factores justificativos de la aparición de la norma, los mismos podrían justificar igualmente en estos momentos una revisión de su contenido.

Sentado lo anterior que, a nuestro juicio, debe servir de canon interpretativo de la norma internacional⁸⁸ que, pese a todo, se encuentra en vigor en nuestro ordenamiento, hemos de responder a la inicial cuestión a la que nos enfrentábamos, a saber, el respeto a los compromisos derivados del Convenio núm. 137 de la OIT por la nueva regulación del trabajo portuario. Si se analiza su contenido, dejando a un lado los preceptos *no self-executing*, las disposiciones de aplicación más directa, pues algunas aun remiten a la legislación o práctica nacional su concreción, son aquellas que prescriben el establecimiento de registros para todas

⁸⁷ Otros Convenios relativos al trabajo portuario, de época similar, se encuentran en el estatus de actualizado, como, por ejemplo, el Convenio núm. 152 sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), de 1979. Recuérdese que según la guía Normlex de normas internacionales del trabajo un convenio actualizado es “un convenio abierto a la ratificación por parte de los Estados Miembros y/o que ha sido examinado por el Consejo de Administración y fue declarado aún pertinente”.

⁸⁸ Como indica el artículo 3.1 Código Civil “Las normas se interpretarán según...la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

las categorías de trabajadores portuarios⁸⁹, la prioridad para el trabajo portuario de los trabajadores registrados⁹⁰, la disponibilidad para el trabajo portuario de los trabajadores registrados⁹¹, la revisión periódica del número de trabajadores inscritos en los registros a fin de que su nivel responda a las necesidades del puerto⁹² y, la adopción de las medidas necesarias para impedir o atenuar los efectos perjudiciales sobre los trabajadores portuarios de la reducción del contingente total de trabajadores registrados cuando ello sea inevitable⁹³. Con todo, algunas de tales prescripciones se imponen matizadas o mediatizadas “en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales”, como es la relativa al establecimiento de los registros o la disponibilidad para el trabajo de los trabajadores portuarios.

Se ha indicado que probablemente el punto débil del Convenio núm. 137 haya sido justamente el “haber impuesto como instrumento necesario un sistema de registro de los trabajadores portuarios”, en la medida en que tal mecanismo ha funcionado en ocasiones como un sistema de reserva o monopolio profesional con ventajas desproporcionadas para un grupo de trabajadores⁹⁴. Ello ciertamente ha provocado especial contraste cuando las circunstancias económicas y la evolución en general del mundo de la producción y el trabajo han conducido a una situación global en la que los elementos tradicionalmente considerados como de precariedad laboral son una constante. La generalización de la contratación temporal, el trabajo a tiempo parcial involuntario, los procesos de reestructuración del empleo, los descuelgues de convenios y la progresiva devaluación salarial, entre otros, son fenómenos del día a día de las relaciones laborales a los que el sector de la estiba se muestra bastante impermeable. Y lo hace, no desde una posición de último reducto en un proceso global de deterioro, sino desde una atalaya privilegiada con ventajas no todas fácilmente justificables. Y la ausencia de descargos se presenta no sólo en consideración a la libertad de empresa y necesidad de liberalización de un sector que comparte caracteres con otro liberalizados sino, especialmente, con la libertad de trabajo y la libre elección de profesión u oficio.

Desde esta perspectiva, y de acuerdo con los términos en los que el Convenio núm. 137 de la OIT se pronuncia y sus objetivos, dejando a un lado los relativos a seguridad y salud en el trabajo sobre los que no cabe discusión ni existen problemas, lo verdaderamente importante es la existencia de un conjunto de trabajadores que tengan prioridad para el trabajo portuario y estén disponibles para ello. Como ya en su momento indicamos, a nuestro juicio, lo importante no es

⁸⁹ Artículo 3.1 Convenio 137 OIT.

⁹⁰ Artículo 3.2 Convenio 137 OIT.

⁹¹ Artículo 3.3 Convenio 137 OIT.

⁹² Artículo 4.1 Convenio 137 OIT.

⁹³ Artículo 4.2 Convenio 137 OIT.

⁹⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores”, op. cit., págs. 14-15.

tanto la existencia formal de un registro como el dato material de la presencia de trabajadores portuarios disponibles y con prioridad de acceso al empleo. Trabajadores disponibles y prioritarios pero como consecuencia derivada e ínsita en la cualificación profesional y formación necesarias para la prestación de un servicio portuario de interés general. Unos trabajadores respecto de los cuales, como el propio Convenio núm. 137 de la OIT indica, la política nacional estimulará que “en la medida de lo posible” se les asegure el empleo permanente o regular y períodos de empleo o ingresos mínimos “cuya amplitud e índole dependerán de la situación económica y social del país y del puerto de que se trate”⁹⁵. En suma, lo pretendido por la norma internacional era procurar los instrumentos necesarios para que circunstancias tan específicas y caracterizadoras de la prestación de sus servicios como la irregularidad y la penosidad del trabajo se vieran compensadas y se situaran en posición equivalente a la del resto de trabajadores. La transformación del trabajo en los puertos, la mecanización y automatización del proceso de manipulación de mercancías, y los cambios en el mercado de trabajo, con la generalización de la inestabilidad laboral, la rotación de mano de obra y los tránsitos en el empleo han variado notablemente los brazos de la balanza que se ambicionaba equilibrar.

⁹⁵ Artículo 1 del Convenio núm. 137 OIT.

LAS NECESARIAS TRANSFORMACIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ESTIBA Y DESESTIBA

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave:** Trabajo estiba puertos; libertad de contratación; negociación colectiva

La reforma legal efectuada en 2017 del modelo de contratación laboral en la estiba y desestiba en los puertos de interés general, obliga a una renegociación del conjunto de los convenios colectivos en dicho ámbito. Se trata de una modificación de los textos convencionales de notable trascendencia, por lo que en este estudio se procede a analizar el alcance de esos necesarios cambios, derivados no sólo de manera directa por el cambio legislativo, sino por el obligado respeto por parte de los convenios a los imperativos de Derecho de la Unión Europea en materia de libertades económicas, en los términos precisados por el Tribunal de Luxemburgo; sin dejar de olvidar que ello también puede afectar a imperativos constitucionales como son los relativos a prohibición de discriminación, libertad de elección de profesión, así como al derecho a la negociación colectiva. La plena implantación del nuevo modelo laboral en la actividad de estiba sólo puede materializarse en la práctica a partir de la implementación de la reforma a través de los convenios colectivos. Dichos cambios afectan tanto a los contenidos de los convenios, que deben partir de la libertad de contratación laboral por parte de las empresas estibadoras a partir de ahora, como también inciden sobre el marco de desarrollo de la negociación colectiva, especialmente por lo que se refiere a las reglas de legitimación y de concurrencia entre convenios colectivos. En los mismos términos, las especialidades tradicionales de irregularidad de las cargas de trabajo requieren medidas específicas de mantenimiento y continuidad del empleo que, si no son establecidas por la normativa estatal, podrían ser pactadas por los convenios.

ABSTRACT **Key Words:** Work stowage ports; freedom of contracting; collective bargaining

The legal reform carried out in 2017 of the model of labour contracting in the stowage and unloading in ports of general interest, requires a renegotiation of all the collective agreements in that area. This is a modification of the conventional texts of notable importance, so in this study we proceed to analyze the concrete impact of those necessary changes, derived not only directly by the legislative change, but also by the obligatory respect for the collective agreements to the principles and rules of European Union Law regarding economic freedoms, in the terms specified by the Court of Luxembourg; without forgetting that this can also affect constitutional imperatives such as those related to the prohibition of discrimination, freedom of choice of profession or work, as well as the right to collective bargaining. The full implementation of the new work model in the stowage activity can only materialize in practice from the implementation of the reform through collective agreements. These changes affect both the contents of the agreements, which must start from the freedom of hiring labour by the stevedoring companies from now on, as well as affect the development framework of collective bargaining, especially as regards to the rules on subjects empowered to negotiate, on bargaining units and applicative preference among collective agreements. In the same terms, the traditional specialties of irregularity of workloads require specific maintenance and continuity of employment measures that, if not established by state regulations, could be agreed by collective agreements.

ÍNDICE

1. UNA REFORMA DUAL EN PARALELO
2. LA FUNCIÓN INFLUYENTE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. LEGITIMACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 3.1. Legitimación y principio de correspondencia
 - 3.2. Convenios sectoriales de puerto: legitimación y prioridad aplicativa
 - 3.3. El espacio teórico y práctico de la negociación empresarial
4. LÍMITES NEGOCIALES DERIVADOS DEL NUEVO MODELO CONTRACTUAL
5. OTROS CONDICIONANTES CONVENCIONALES
6. POSIBLES MEDIDAS DE MANTENIMIENTO Y CONTINUIDAD DEL EMPLEO
 - 6.1. Contexto general
 - 6.2. El fomento de la contratación indefinida en las empresas estibadoras
 - 6.3. La continuidad del empleo en las empresas de trabajo temporal

1. UNA REFORMA DUAL EN PARALELO

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que España ha incumplido la normativa prohibitiva de restricciones a la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE)¹, en concreto en el trabajo en el sector de la estiba y desestiba en los puertos españoles de interés general, ha obligado ante todo a adaptar la legislación nacional al Derecho de la Unión en los términos precisados por la mencionada jurisprudencia². Pero, no sólo esto, sino que, igualmente lo anterior, determina la necesidad de modificar en dicho sector la negociación colectiva y el contenido de la práctica totalidad de los convenios colectivos vigentes en los diferentes ámbitos sectoriales.

¹ STJUE 11 de diciembre de 2014, C-576/13, Comisión Europea versus Reino de España, ECLI:EU:C:2014:2430. Debe tenerse en cuenta que España fue condenada a pagar una cantidad a tanto alzado de tres millones de euros por haber tardado en liberalizar el sector de los servicios portuarios de manipulación de mercancías: STJUE 13 de julio de 2017, asunto C-388/16.

² Para un estudio completo del régimen precedente, P. Rodríguez Ramos, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid 1997. I. Ballester Pastor, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014. J. Cruz Villalón, *Diferencias de condiciones de trabajo entre los estibadores portuarios: la aplicación de los principios de igualdad, condición más beneficiosa y norma más favorable*, *Relaciones Laborales* nº 12 (1989). Para un comentario de la sentencia de 2014, M. Álvarez de la Rosa, *El trabajo en la estiba portuaria: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala sexta) de 11 de diciembre de 2014*, *Trabajo y Derecho* nº 4 (2015). J. Cabeza Pereiro, *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones laborales*, *Trabajo y Derecho* nº 3 (2015), pgs. 36 ss. A. Esteve Segarra, *Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuarios*, *Trabajo y Derecho* nº 7-8 (2015). Para una completa descripción del devenir histórico con los cambios legales sucesivos, el papel de la negociación colectiva, hasta llegar a la reforma legal de 2017, M. Álvarez de la Rosa, *El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario*, *Trabajo y Derecho* nº 37 (2018). VV. AA. (L. Carballo Piñeiro), *Retos presentes y futuros de la Política marítima integrada de la Unión Europea*, ed. Bosch, 2017.

Tal modificación de la negociación colectiva deriva de manera inmediata de un mandato contenido en el propio Real Decreto-Ley que modifica el modelo de relaciones laborales en la actividad de manipulación de las mercancías en el servicio portuario, que contiene una disposición que obliga a dicha adaptación en el plazo de un año desde su entrada en vigor, estableciendo que, transcurrido el mencionado año sin efectuarse la necesaria adaptación, devendrán nulas las disposiciones de los convenios que restrinjan la libertad de contratación o limiten la competencia en el sector de la estiba y desestiba en los puertos de interés general³. En principio, esta previsión legal resultaría innecesaria, dado que los convenios colectivos, tanto en sus aspectos de configuración como de contenido, deben ser en todo caso respetuosos con la legalidad vigente (arts. 3 y 85 ET), siendo los mismos nulos de pleno derecho cuando se advierta contradicción entre las disposiciones de derecho necesario de la normativa estatal y lo pactado a través de la negociación colectiva, por vulneración de la legalidad vigente (art. 90.5 ET y arts. 163 ss. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). De este modo, la disposición del Real Decreto-ley en realidad tiene el alcance inverso de no provocar la nulidad inmediata de lo pactado a la entrada en vigor del nuevo régimen laboral de estiba y desestiba, pues lo que efectivamente hace es abrir un período transitorio y, con ello, posponer la necesaria adaptación legal al plazo del año previsto en el Real Decreto-ley.

Eso sí, la precedente regla no deja de provocar ciertas incertidumbres en su contraste con la regulación legal. De una lado, debe tenerse presente que el Real Decreto-Ley contempla unos efectos inmediatos a partir de su entrada en vigor, que han de ser aplicables en todo caso y, por ello, desde el inicio de la aplicación de la norma legal, tales efectos inmediatos no pueden ser obstaculizados por los convenios colectivos todavía vigentes a través de lo que los mismos contuvieran en sus cláusulas con precedencia a la aprobación del Real Decreto-Ley. De otro lado, y desde la perspectiva opuesta, también debe tenerse en cuenta que para el nuevo régimen introducido por el Real Decreto-Ley se contempla un período transitorio de tres años de duración, que no de un año, período transitorio durante el cual no rige una plena libertad de contratación y, por tanto, durante este período de tres años se mantiene una cierta restricción a la libre competencia. A tenor de ello, los convenios colectivos también pueden mantener idénticas restricciones durante estos tres años y no sólo durante el primer año.

Más aún, por mucho que la nueva regulación parta del principio de libre contratación y de libre competencia en el sector, va a pervivir en el sector de manera permanente, una vez concluidos los tres años de período transitorio, ciertos elementos de restricción justificadas por razones de interés general, incluso de tutela

³ Disp. adic. 1ª Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (BOE 13 de mayo), por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4051).

de los intereses de los trabajadores, que pueden igualmente tener algún tipo de repercusión sobre la propia negociación colectiva. Por sólo señalar, el elemento más significativo, se mantiene el régimen de autorización administrativa para que las empresas estibadoras puedan prestar el servicio de transporte de mercancías en los puertos de interés general, contemplándose, además, la posibilidad de fijar un número máximo de empresas autorizadas⁴. Con independencia de que ello no afecte de manera directa a la negociación colectiva, sí que puede influir sobre la misma de manera indirecta y, en todo caso, marca los sujetos protagonistas de la propia negociación.

En paralelo, las necesarias adaptaciones de la negociación colectiva derivan de los imperativos del Derecho de la Unión en materia de libertad de establecimiento, dado que los mismos no se imponen sólo a la normativa estatal sino en igual medida a la propia negociación colectiva. Dicho de otro modo, los mandatos derivados del art. 49 TFUE no sólo vinculan a los poderes legislativos de los Estados miembros, sino que igualmente obligan a la negociación colectiva nacional. Aunque los responsables últimos del respeto al Derecho de la Unión sean los poderes públicos de los Estados miembros, éstos se encuentran igualmente obligados a vigilar por el estricto cumplimiento por la negociación colectiva de las libertades económicas garantizadas por los Tratados. Volveremos más adelante sobre el particular en apartados sucesivos.

En paralelo a ello, tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que la presencia de un régimen más o menos diferenciado de contratación laboral en el sector de la estiba se retrotrae mucho tiempo atrás, siendo una realidad presente en la generalidad de los puertos europeos de transporte de mercancías. La irregularidad del trabajo, con necesidad de realizar operaciones de carga y descarga de mercancías en los buques que arriban a puerto, que debe efectuarse con intensa celeridad pero que de igual modo se realizan en poco tiempo, dan lugar a una notable necesidad de empleo de alta especialización pero que puede ser muy intermitente. Ello siempre ha desembocado en un régimen cuando menos especial en la contratación de los estibadores, pues los mismos no se atienden debidamente con la regulación común ni de los contratos de duración indefinida ni de los temporales, salvo que se olviden por completo las necesidades mínimas de seguridad en el empleo de los trabajadores ni se tomen en consideración las exigencias de profesionalidad de los mismos. Por ello, la toma en consideración de las libertades de establecimiento y de libre competencia mercantil no tiene que estar reñida con la adopción de medidas de fomento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores portuarios.

Desde esta última perspectiva, la principal crítica que se le debe hacer al nuevo modelo laboral establecido con la reforma de 2017 es que tan sólo se ha mostrado sensible por garantizar el pleno ejercicio de las libertades económi-

⁴ Cf. Arts. 109, 111 ss y 124 Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE 20 de octubre).

ca, la introducción de un modelo plenamente respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, pero sin la más mínima sensibilidad respecto de los intereses de los trabajadores, tomando en consideración las particularidades propias del sector, de irregularidad en las cargas de trabajo, sólo desde la perspectiva de la libertad de contratación a favor de las empresas estibadoras, pero en nada respecto de la búsqueda de un cierto equilibrio de intereses que atienda a las incertidumbres de trabajo que se presenta de manera generalizada para los estibadores portuarios. Dicho de otro modo, se ha pasado de un modelo muy intervencionista, que otorgaba una intensa protección de la estabilidad en el empleo de los estibadores en detrimento excesivo de las libertades económicas, a otro modelo en el extremo opuesto de plena liberalización y flexibilidad contractual desde el punto de vista del interés empresarial, pero que aboca a elevados riesgos de precarización en el empleo. Si esto no se corrige por vía de la intervención pública, es obligado analizar que margen de actuación le resta a la negociación colectiva, a los efectos de que puedan los convenios colectivos introducir cierto tipo de medidas de corrección, que permitan un resultado más equilibrado en la compresión de conjunto de los intereses de las partes. Se trataría de analizar el margen de actuación de la negociación colectiva para compatibilizar libertad de contratación laboral con tutela de la continuidad y mantenimiento del empleo.

A la postre, resulta decisivo que el modelo de relaciones laborales en nuestro ordenamiento jurídico se construye de manera complementaria entre la legislación estatal y la negociación colectiva que la implementa. La negociación colectiva se estructura y desarrolla su contenido sobre la base de un encaje fiel del diseño legal y, a su vez, este diseño legal se articula en sus detalles prácticos por medio de lo sucesivamente actuado por los convenios colectivos del sector y, en su caso, de empresa. En definitiva, se trata de dos intervenciones normativas que han de responder a lógicas que aunque no sean idénticas sí lo sean complementarias, de modo que la modificación de la una (la legal) exige la correlativa adaptación de la otra (la convencional) para que definitivamente se corrija la declaración de incumplimiento efectuada por el Tribunal de Luxemburgo, sin desmerecer de la toma en consideración de las irregularidades en el empleo propias del sector. Por ello, la reforma definitiva del modelo de relaciones laborales en el sector de la estiba no estará cerrada hasta tanto que, no sólo se produzca el pertinente desarrollo reglamentario del Real Decreto-ley, sino sobre todo hasta tanto que no se corrijan las contradicciones negociales actuales con el nuevo modelo legal, haciéndolo ello posible desde una perspectiva de equilibrio de intereses. Dicho de otro modo, que cualquier tipo de intervención negocial que vaya a obstaculizar o frenar la implantación del modelo legal puede comportar una nueva contravención de los imperativos derivados del Derecho de la Unión Europea, pero advirtiendo también que el modo de respetar tales imperativos no es exclusivamente el que deriva del fiel seguimiento del Real Decreto-Ley, pues cabe introducir ciertos elementos de compensación.

Para poder comprender la trascendencia de lo que venimos diciendo debe resaltarse que lo que se aborda con esta reforma es un cambio cualitativo de modelo de relaciones laborales en el sector, no una mera corrección de segundo orden. El modelo precedente impregna los pilares básicos de la negociación colectiva desarrollada hasta el momento presente, de modo que ese cambio de modelo impacta de manera directa tanto sobre el desarrollo de la negociación colectiva como sobre los contenidos pactados en los convenios colectivos. En suma, el cambio del modelo exige en igual medida una modificación sustancial de elementos claves sobre los que se había venido asentando la negociación colectiva hasta el momento presente.

Por sólo apuntar elementos de decisiva novedad al efecto, una vez culminada la reforma legal, destacaría los siguientes: se reconoce la plena libertad de contratación laboral directa por parte de las empresas estibadoras, sin obligación de contratar al personal vinculado a la SAGEP o de entidad asimilada, ni necesidad de acudir a la puesta a disposición de las entidades suministradoras de trabajadores para atender a sus necesidades temporales de empleo; desaparece el precedente monopolio de las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios (SAGEP) en la contratación laboral en la actividad de estiba y desestiba, lo que incluso desemboca en la obligada desaparición de éstas o de su transformación en empresas de trabajo temporal; entran como protagonistas no meramente excepcionales las empresas de trabajo temporal, incluidas como manifestación singular de las mismas los centros portuarios de empleo en tanto que ETT especializadas en la estiba y desestiba; desaparece la precedente relación laboral especial de estibadores portuarios, tan central en la regulación precedente, de modo que todos los contratos se rigen por las diversas modalidades de contratación laboral ordinaria; las empresas estibadoras pueden libremente contratar trabajadores temporales cuando precisen por causas justificadas previstas en la legislación laboral común, o bien optar por acudir en estos casos a la puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal o de los centros portuarios de empleo; se suprime por vía indirecta cualquier sistema de rotación estricto de los trabajadores puestos a disposición en el caso de que se acuda a los servicios de las empresas de trabajo temporal; desaparece toda posibilidad de establecer mecanismos de preferencia, reserva o exclusiones de la contratación diversas a las admisibles en el resto de los sectores, tanto en el momento de la selección para la incorporación al empleo, como a efectos de movilidad geográfica o de promoción profesional, con el efecto de regir una estricta prohibición de cualquier tipo de mecanismo que directa o indirectamente pueda provocar un resultado de mercado de trabajo cerrado en favor de determinados grupos o segmentos de trabajadores.

Insistimos, todo lo anterior, desemboca en la necesaria transformación del modelo hasta el presente predominante de negociación colectiva en el sector. Ello es indudable respecto de los contenidos de las cláusulas negociadas, pero, y esto puede pasar más inadvertido, también en el modo de funcionar la negociación

colectiva misma por lo que se refiere a los sujetos negociadores y en cierta medida también por lo que afecta a la estructura de la negociación colectiva.

El objetivo de las páginas que siguen va a ser precisamente determinar cuáles han de ser las claves impuestas con el nuevo modelo legal a la negociación colectiva a partir de ahora, intentando afrontarlo a través del estudio de las instituciones más directamente afectadas por la modificación legal. Complementariamente a ello, se trata también de efectuar un diagnóstico de los riesgos de precariedad respecto a la estabilidad en el empleo que pueda derivar de este nuevo modelo, detectando que posibilidades de corrección o freno al mismo podría asumir la negociación colectiva. Eso sí, con carácter previo, resulta necesario efectuar algunas consideraciones de carácter general sobre la funcionalidad general de la negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales, para poder después descender al estudio de las concretas instituciones afectadas en el concreto ámbito de la estiba y desestiba.

2. LA FUNCIÓN INFLUYENTE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Más allá de las especialidades propias del sector de la estiba y desestiba, con carácter general la negociación colectiva asume un papel ciertamente protagonista en nuestro sistema de relaciones laborales, tanto por imperativo constitucional y diseño legal como por lo que constituye la práctica negocial desarrollada a lo largo de las últimas décadas. Sin necesidad de entrar en mayores detalles, baste con señalar que los convenios colectivos desempeñan un papel decisivo en la fijación concreta del régimen de condiciones de trabajo, bien lo sean en el ámbito del sector o en el de la empresa en el que se desarrolla la negociación colectiva⁵.

Por lo que se refiere al concreto sector que estamos analizando en este momento, su impacto puede afirmarse que hasta al presente ha resultado mucho más acentuado con diferencia, que el presente comparativamente con el generalizado en el conjunto del mapa negocial en nuestro país⁶. Dos elementos, que se han

⁵ Para el contenido y significación de los cambios derivados de la reforma legal de 2017, por todos, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria, Derecho de las Relaciones Laborales nº 8 (2017), pgs. 675 ss. J. A. Fernández Avilés, La estiba sigue en conflicto, en Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 409 (2017), pgs. 5 ss. L. López Cumbre, Relación laboral de la estiba presente y futura, en <http://www.spanishreforms.com/documents/10180/0/Report+by+the+law+firm+G%C3%B3mez-Acebo+%26+Pombo+on+Relaci%C3%B3n+laboral+de+la+estiba+presente+y+futura%2C+May+2017+%28in+Spanish%29/c933c7e1-7a9f-4142-b06c-9f4ee1b8b528>; López Cumbre, Estiba y desestiba: nuevo marco de relaciones laborales tras su liberalización, en <http://www.spanishreforms.com/documents/10180/10621/Document+by+G%C3%B3mez+Acebo+and+Pombo+on+RDL+4+-+2017/0737393a-a191-44d2-a700-a423522771a9>. C. Molina Navarrete, Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión 'por boca' del TJUE, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 409 (2017), pgs. 103 ss. A. Ojeda Avilés, La relación laboral especial de estibadores portuarios y su régimen transitorio, en AA. VV., Las modalidades de contratación laboral, en prensa.

⁶ Para un conocimiento completo de la situación conforme al modelo precedente, AA. VV. (J. Gárate Castro dir.), La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 2004.

retroalimentado, han jugado a favor de ese resultado de acentuada importancia de la negociación colectiva en el sector: de un lado, la presencia de una potente actividad sindical por parte de las organizaciones sindicales representativas de los trabajadores en el sector, con la demostración recurrente de un fuerte poder de presión vía medidas de conflicto colectivo, a través de la cual se ha desarrollado una notable fortaleza sindical en el desarrollo de la negociación colectiva, con efectiva capacidad de defensa de los intereses de los trabajadores; de otro lado, un modelo de contratación tanto laboral como mercantil restrictivo de la competencia, que ha dado lugar a un número reducido de empresas autorizadas a la prestación del servicio. El resultado ha sido, ante todo que la negociación colectiva en la estiba y desestiba ha desarrollado una estructura negocial que garantiza una tasa de cobertura completa, al 100 %, de todos los trabajadores y empresas que prestan sus servicios en el transporte de mercancías en los puertos de interés general. Más aún, los convenios colectivos del sector han gozado de una intensa capacidad de fijación efectiva de las condiciones de trabajo, cuando menos en cuatro aspectos centrales de la contratación laboral: 1) régimen retributivo, tanto por lo que se refiere a la estructura salarial como a la cuantía de las remuneraciones totales; 2) regulación del tiempo de trabajo, tanto por lo que afecta a la jornada como al horario de trabajo; 3) régimen de clasificación profesional, especialmente incisivo por medio del sistema de empleos mínimos por “mano”; 4) sistemas de contratación y de selección de los trabajadores a ingresar en el sector, tanto por parte de las SAGEP como por las empresas estibadoras.

No resulta fácil adivinar cuál puede ser el devenir de la negociación colectiva desde esta perspectiva de su notable importancia en el sector, comparada con el resto de los sectores económicos, a partir de la implantación del nuevo modelo legal. Ciertamente, en la medida en que la reforma legislativa incide sobre uno de los dos elementos antes referidos determinantes del superior poder contractual de la representación de los trabajadores y de las empresas titulares de la actividad, no es descartable que se produzcan ciertos cambios en el equilibrio de intereses que ha preponderado en el pasado. No obstante, pueden jugar otros elementos de contrapeso que frenen los efectos del cambio legal sobre la negociación colectiva, en la medida en que en estos momentos es difícil vislumbrar cuáles serán en la práctica los cambios que se materializarán: de un lado, las formas de implantar el nuevo modelo pueden ser variadas y no está aún diseñado al completo el modo cómo ha de implementarse el nuevo modelo legal; de otro lado, es previsible que la fortaleza sindical, consolidada históricamente en el sector a lo largo de tantas décadas, pervivirá significativamente, a pesar de que deba proceder a adaptarse al nuevo escenario.

En todo caso, más allá de los matices, resulta indiscutible que la negociación colectiva, especialmente la que se desarrolla en el ámbito sectorial, por propia esencia produce un efecto de distorsión de la competencia mercantil para el conjunto de la actividad económica. Ello es consustancial a la negociación colectiva,

en la medida en que la misma pretende situar en el plano colectivo la negociación de las condiciones de trabajo, condicionando el juego de la oferta y la demanda en la fijación del coste del trabajo y, en general, de las condiciones de trabajo. En todo sistema democrático de relaciones laborales, basado en el principio de autonomía negocial de las representaciones colectivas de trabajadores y empresarios, ese efecto de distorsión de la competencia viene plenamente justificado, en la medida en que con el mismo se pretende corregir el desequilibrio de posiciones de trabajadores y empresarios cuando sus relaciones se desarrollan exclusivamente a nivel individual; incluso tiene un valor adicional de corregir ciertas distorsiones en el funcionamiento del mercado que desemboca en resultados indeseables de competencia desleal por vía del “dumping social”. Precisamente por ello, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado que la negociación colectiva es compatible con las libertades económicas reconocidas en los Tratados Constitutivos de la Unión e incluso ha llegado a declarar que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores. Por ello, partiendo de la generalizada implantación de la negociación colectiva como derecho básico de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros, a partir de la constatación de los objetivos sociales perseguidos también por el ordenamiento europeo en la búsqueda de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, así como el necesario equilibrio de estos objetivos sociales con los derechos económicos, acaba considerando que los objetivos de política social resultarían gravemente comprometidos si los convenios colectivos estuvieran sujetos al Derecho de la Unión sobre la libre competencia. Ello desemboca en la conclusión de que los convenios colectivos quedan fuera de la prohibición de los acuerdos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (art. 101.1 TFUE)⁷. Al final, tal realidad acabará elevándose al nivel de reconocimiento expreso en el propio derecho originario a través de su recepción como derecho dentro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados” (art. 28).

Eso sí, como la propia Carta expresamente indica, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva debe ejercerse de conformidad con el Derecho

⁷ SSTJCE 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Albany, apartado 59; 21 de septiembre de 1999, C-219/97, Bokken; 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a 117/97, Brentjens; 21 de septiembre de 2000, C-222/98, Van der Woude; 9 de julio de 2009, C-319/07, Dinamarca y Noruega, apartado 50; STJUE 3 de marzo de 2011, C-437/09, Prévoyance. Sobre las mismas, cfr. J. Cruz Villalón, El derecho a la negociación colectiva laboral en el marco del ordenamiento de la Unión Europea, en prensa. S. Evju, Collective agreements and competition law. The Albany puzzle and Van der Woude, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol. 17 nº 2 (2001). C. Vigneau, De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, nº 25.

de la Unión. Por tanto, lo anterior no comporta que cualquier tipo de contenido de los convenios colectivos quede al margen de los condicionantes de la libre competencia mercantil y, en general, de las libertades económicas garantizadas por el Derecho de la Unión Europea. Más aún, algo que en esta materia pasa inadvertido en muchas ocasiones, los convenios colectivos de la estiba, como los de cualquier otro sector, igualmente deben someterse a precisas prescripciones constitucionales de especial relevancia, como son en este caso las relativas a la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE), de prohibición de discriminación en el empleo (art. 14 CE), así como del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). De no tenerse en cuenta estos importantes imperativos jurídicos, estaríamos ahora manifestando algo contrario a lo que hemos afirmado al inicio del presente trabajo y, en particular, carecería por completo de sentido entender que los convenios colectivos deben proceder a adaptarse en su diseño y contenidos al cambio de modelo laboral derivado de la reforma de 2017, así como del respeto a jurisprudencia europea en materia de libre contratación de los servicios de transporte de mercancía en los puertos de interés general. En efecto, al margen de que los convenios colectivos en el marco de nuestro sistema legal tienen capacidad de fijar las condiciones retributivas, de jornada y del resto del régimen jurídico del contrato de trabajo en la estiba, al mismo tiempo tienen como límite infranqueable el obligado respeto al nuevo modelo de contratación establecido con la reforma legal, a resultas del necesario respeto a la sentencia de condena a España por este motivo, así como a los condicionantes constitucionales también mencionados. En ningún caso, la corrección de la libre competencia mercantil consustancial a la negociación colectiva puede ir más allá de lo que rige para el resto de los sectores productivos, ni siquiera con la excusa de la garantía de la profesionalidad obligada de los trabajadores del sector ni en base a la peculiaridad derivada de la excesiva rotación de la actividad portuaria, pues no cabe intentar rescatar por vía convencional un modelo superado contrario a la libertad de contratación. En particular, ha de estarse atento a la efectiva adecuación del diseño de los convenios colectivos y de su contenido al nuevo modelo legal y que éstos por vías ocultas no produzcan un resultado que acabe siendo contrario a la libertad de contratación en los términos identificados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

No obstante lo anterior, debe advertirse que la concreción de todo lo anterior presenta dosis elevadas de complejidad, pues ello no supone atar de pies y manos a la negociación colectiva, impidiendo todo margen de gestión de la contratación laboral en el sector. Como ya hemos dicho, la forma de respetar la libertad de contratación y las libertades económicas puede llegar a conciliarse con reglas de contrapeso a los efectos perversos de un funcionamiento del mercado sólo regido por las reglas de la oferta y la demanda a nivel individual. El respeto a los imperativos del Derecho de la Unión puede ser compatible con ciertas medidas, sean

legales como convencionales colectiva, que intentan hacer frente a la precariedad en el empleo que puede provocar un funcionamiento tan irregular del trabajo en el sector de la estiba. Por ello, hemos de analizar tanto los cambios obligados derivados del nuevo modelo contractual como de las medidas de corrección que resultaría lícito incorporar por la negociación colectiva para fomentar el mantenimiento y la continuidad del empleo en la estiba y desestiba.

Antes de entrar en el detalle de los diferentes elementos institucionales concretos, conviene efectuar una última precisión de carácter general, en relación con el alcance de la condena derivada de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Nos referimos en concreto al hecho de que la perspectiva de análisis de la sentencia lo es respecto de la libertad de establecimiento y, por tanto, el fallo de la sentencia se centra en la restricción a la libertad de contratación que se ocasionaba con el precedente modelo a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general. A tenor de ello, desde algunas posiciones en el debate previo a la reforma se llegó a defender que el cambio legislativo sólo tenía que actuar sobre esas empresas de otros Estados miembros, pero pudiendo mantener el modelo precedente respecto de las empresas ya establecidas en España y que no provienen de otros Estados miembros. Como es bien sabido, al final el cambio legal introducido por el Real Decreto-ley de 2017 lo ha sido de carácter general y no exclusivamente respecto de las empresas de otros Estados miembros. No obstante, ello no excluye que esa misma posición se pueda reiterar ahora respecto de la intervención de la negociación colectiva. Pues bien, sin necesidad de entrar en mayores detalles, esa hipótesis trasladada a la negociación colectiva a nuestro juicio no sería viable, por varias razones básicas. La primera, porque la negociación colectiva en este aspecto necesariamente tiene que partir del respeto al nuevo modelo legal, de modo que la norma española obliga al reconocimiento de la libertad de contratación respecto de todo tipo de empresas que procedan a actuar en el ámbito de los puertos de interés general, sean o no de otro Estado miembro. La segunda, que no resulta fácil diferenciar qué empresas tienen la condición de pertenencia o no de otros países, pues en muchos casos se trata de empresas transnacionales con implantación desde tiempo atrás en los puertos españoles a través de sus correspondientes empresas filiales. La tercera y a nuestro juicio la más decisiva, porque entrañaría un tratamiento discriminatorio, carente de justificación objetiva un tratamiento diferenciado entre empresas nacionales y de otros Estados miembros, ahora en perjuicio de las primeras; comportaría ello el establecimiento de un régimen distinto entre unas y otras empresas que, a la postre acabaría colocando a las empresas españolas en una posición de clara desventaja en la competencia mercantil, por tanto con perceptible daño a la libre competencia entre ellas, finalmente con lesión tanto a la prohibición de discriminación constitucional como contraria a las libertades económicas del Derecho de

la Unión.

3. LEGITIMACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3.1. Legitimación y principio de correspondencia

En el sector de la estiba la negociación colectiva se encuentra estrechamente conectada la legitimación con el diseño de la negociación colectiva, incluso se encuentra condicionada la estructura de la negociación colectiva con el modelo de contratación aplicable a las diversas actividades profesionales que se pueden desarrollar en el interior de los puertos de interés general. Legitimación negocial y estructura de los convenios colectivos van de la mano, por lo que deben estudiarse de manera conjunta.

Debe recordarse que en esta materia el punto de partida común a todo el sistema de negociación colectiva es el de la libertad de los negociadores para determinar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que consideren más idóneo a sus intereses: “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET). Ahora bien, esa libertad de delimitación del ámbito de negociación queda condicionada de manera decisiva en atención a la capacidad representativa de los negociadores, en términos tales que ninguna de las dos partes podrán negociar un convenio respecto de empresas y de trabajadores a los que legalmente no representen. Este principio de representatividad se ha materializado jurisprudencialmente en los últimos años en lo que ha venido a denominarse como el principio de correspondencia: “El principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo... exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el ámbito del convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo”⁸. A pesar de que se trata de una doctrina dictada con relación a cierto tipo de prácticas negociales muy singulares en ciertos ámbitos empresariales y venir referida casi siempre a la falta de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representación de los trabajadores, casi siempre relacionado con negociaciones desarrolladas con delegados de personal y comités de empresa, el fundamento jurídico sobre el que se basa el criterio jurisprudencial obliga con la misma lógica jurídica a su extensión de manera generalizada. El principio de correspondencia debe elevarse a principio informador de la relación entre reglas legales de legitimación negocial y ámbito aplicativo del convenio colectivo; debe tomarse en consideración tanto para convenios de empresa como para los de sector, tanto por lo que afecta al banco social como al empresarial, tanto a la representación sindical como a la representación en la empresa vía comités y delegados. Ciertamente, ello se plasma sobre todo en relación con los convenios

⁸ SSTS 18 de abril de 2017, rec. 154/2016; 11 de enero de 2017, rec.24/2016; 16 de enero de 2018, rec. 262/2016.

colectivos estatutarios, pues deriva del modelo de legitimación negocial contemplado en el Estatuto de los Trabajadores, pero es mucho más automático en el caso de los convenios colectivos extraestatutarios, donde rige el principio propio de la contratación privada del mandato representativo.

Por ello, tal principio ha de exigirse igualmente en el ámbito de la estiba y desestiba. Eso sí, la peculiaridad en este caso se presenta de ordinario no respecto de la representación de los trabajadores, sino de la representación empresarial; del mismo modo que no se suele presentar en relación con la negociación de convenios de empresa, sino de convenios de sector. En efecto, el debate se suele plantear en estos casos a tenor de la voluntad de los negociadores del sector de la estiba y desestiba de establecer un régimen uniforme de condiciones de trabajo para todos los trabajos de manipulación de mercancías en los puertos de interés general. Naturalmente, dejamos de lado las actividades básicas gestionadas directamente por las propias autoridades portuarias con sus propios empleados, que no suele ser pretensión de tales convenios el incluirlas. Pero sí tiende a ser voluntad de los negociadores abarcar otros trabajadores que son directamente contratados por las empresas de estiba y desestiba, o bien por otras empresas que desarrollan actividades similares.

Esta voluntad extensiva puede entrar en colisión sobre todo con tres colectivos: 1) los trabajadores de actividades complementarias de manipulación y movimiento de mercancías en el puerto que no entran dentro de las actividades básicas de estiba y desestiba; 2) los trabajadores pertenecientes a la plantilla de los armadores de los buques de mercancías que se encuentran facultados para realizar la actividad de estiba por medio del mecanismo denominado de autoprestación; 3) los trabajadores puestos a disposición de las empresas estibadoras, que a partir de ahora sólo pueden serlo por medio de una relación laboral ordinaria, contratados bien por una empresa de trabajo temporal, o bien por su variante específica de los centros portuarios de empleo contemplada en la nueva regulación. Dejamos de lado, la particularidad adicional de los trabajadores sometidos a relación laboral especial contratados por la SAGEP y cedidos a las empresas estibadoras, por cuanto que se trata de una cuestión prácticamente de pasado y sólo va a pervivir durante el período transitorio.

Pues bien, respecto de los tres colectivos para los que se suscitan dudas, el problema se sitúa en que tanto a nivel estatal como de los puertos, los convenios sectoriales hasta ahora firmados en el ámbito de la estiba en muchas ocasiones han pretendido incluirlas dentro de su ámbito de aplicación, a pesar de que la asociación empresarial que ha negociado tales convenios tan sólo representa a las empresas de estiba y desestiba, por ser éstas las afiliadas a tal patronal. En la medida en que se produzca esa falta de representatividad de las empresas que actúan como empleadoras de esos tres colectivos, ha de entenderse que no se respeta el principio de correspondencia, de modo que tales empresas y trabaja-

dores no podrían incluirse dentro del ámbito de aplicación de los mencionados convenios colectivos. Prueba de ello es que el propio Tribunal Supremo, ante una impugnación de oficio del texto pactado del IV Acuerdo estatal, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional que se recurría en casación, declaró el defecto de capacidad representativa de la asociación empresarial que impedía incluir en el ámbito de aplicación del convenio a empresas que no pertenecían al sector de la estiba y desestiba⁹.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que, a pesar de la claridad y contundencia de la sentencia de referencia, la misma actitud expansiva subjetiva han tenido en paralelo los convenios colectivos también sectoriales firmados en el ámbito inferior de determinados puertos de interés general, sin que los mismos hayan sido impugnados judicialmente y mantengan de facto esa fórmula expansiva en lo subjetivo. A nuestro juicio, el criterio debe aplicarse también a los convenios sectoriales de puertos y no quedar exclusivamente circunscrito al estatal, a la vista de la fundamentación jurídica con la que se construye el mencionado principio de correspondencia. Más aún, comoquiera que la argumentación jurídica, exigiendo la correspondencia representativa, trasciende el modelo precedente de trabajo en la estiba, ha de entenderse que debe mantenerse el criterio también a partir de ahora y en el futuro, una vez plenamente implantado el nuevo modelo.

No obstante, conviene efectuar dos aclaraciones a lo anterior.

Por un lado, para algunas de estas actividades, podría alterarse el ámbito afiliativo de la asociación empresarial, especialmente incluyendo en su seno tal asociación a las empresas que desarrollan tales actividades de carácter complementario, lo que sí podría determinar en tal caso la licitud de incluir a las correspondientes empresas y trabajadores que realizaran tales tareas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Por otro lado, aunque los trabajadores puestos a disposición de las empresas de estiba y desestiba por las empresas de trabajo temporal y los centros portuarios de empleo, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo sectorial estatal de las ETT y, en su caso, de otros de tal tipo de empresas que pudieran celebrarse, ha de tenerse presente que los convenios colectivos del sector de la estiba siempre tendrán un efecto reflejo sobre los trabajadores puestos a disposición. En efecto, ha de recordarse que conforme a la normativa establecida al efecto, los trabajadores puestos a disposición por las ETT tienen derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto¹⁰. Comoquiera que tales condiciones esenciales vienen en las más de las

⁹ STS 11 de noviembre de 2010, rec.153/2009. Tiene su origen en la SAN 1 de junio de 2009, procedimiento 1/2009.

¹⁰ Art. 11.1 Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE 2 de junio), por la que se regulan las empresas de

ocasiones predeterminadas por los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias, en este caso a las empresas estibadoras, es por lo que sus convenios colectivos tendrían ese efecto de aplicación refleja para los trabajadores de las ETT. Sin embargo, lo que no cabe es la aplicación directa de los convenios de las empresas estibadoras, desde luego en ningún caso ni siquiera refleja en relación con condiciones que no tengan el carácter de esenciales, motivos por los que ello no contradice, sino que mantiene, la conclusión precedente relativa a la ilicitud de las cláusulas que pretendieran establecer esa expansión subjetiva del ámbito del convenio de las empresas estibadoras a los trabajadores contratados por las ETT.

Todo lo anterior cabe referirlo, sin excepciones, a los centros portuarios de empleo de posible creación conforme a lo previsto a partir de la reforma de la estiba de 2017. En realidad, tales entidades son una ETT a todos los efectos, rigiéndose en todo por la normativa establecida para las mismas, con la única nota diferencial de que se trata de ETT que tan sólo contratarían a trabajadores portuarios para su puesta a disposición a las empresas estibadoras (art. 4 RDL 8/2017). Teniendo tal carácter y régimen jurídico, desde su constitución quedan incluidos dentro del convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal, aplicándose el mismo a todos los efectos. Del mismo modo, se les aplicaría a sus trabajadores portuarios cedidos la regla de la igualdad de condiciones esenciales respecto de los contratados directamente por las empresas estibadoras. Si acaso, en sede teórica dos únicas especialidades serían imaginables desde la perspectiva que estamos tratando.

Primera, que los centros portuarios de empleo cada uno de ellos como tales firmase un convenio colectivo de empresa, que como tal gozase de preferencia aplicativa en las condiciones de trabajo a las que legalmente se les otorga dicha prioridad respecto del convenio sectorial estatal (art. 84.2 ET); ello no obstante, tendría una repercusión limitada, desde el instante en que lo más influyente es la regla de la paridad de condiciones esenciales ya mencionada.

Segunda especialidad, sería la hipótesis de que el conjunto de los centros portuarios de empleo optase por negociar un convenio para su subsector, intentando con ello separarse del convenio estatal para el resto de las ETT. Ante todo, ello no presentaría especial trascendencia, de nuevo por la regla de paridad de condiciones esenciales. Pero sobre todo, el principal interrogante se sitúa en su viabilidad por su posible colisión con el convenio estatal de ETT. En efecto, éste último procede a establecer la estructura comercial del mismo, pues éste no admite la constitución de convenios de subsector¹¹. En principio dicha regla de exclusión de los convenios sectoriales inferiores resultaría de obligado respeto, pues se trataría

trabajo temporal. El propio precepto precisa con detalle que condiciones de consideran esenciales a los efectos de la aplicación de esta exigencia de equiparación de régimen contractual.

¹¹ Cfr. art. 1 V convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE 8 de febrero de 2008).

de un acuerdo interprofesional de ámbito estatal habilitado legalmente para diseñar la estructura negocial (art. 83.2 ET). No obstante, al igual que defenderemos posteriormente respecto de los convenios de empresa, esa exclusión absoluta y a todos los efectos de los convenios de subsector no resulta compatible con el reconocimiento constitucional de la autonomía negocial a los representantes de trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE)¹². Ello implica que nadie puede impedir esa libre decisión de negociar en el ámbito en el que se desea, pues de lo contrario se estaría negando el derecho a negociar colectivamente a determinados sujetos, en este caso a los representantes sindicales y empresariales de un subsector con clara identidad diferenciada. No obstante lo anterior, la presencia del convenio estatal para el conjunto del sector de ETT le podría condicionar indirectamente, cuando menos en un primer momento, dado que se aplicaría la regla de que el convenio general de sector no podría ser afectado durante su vigencia por el convenio de subsector (art. 84.1 ET), lo que implicaría que hasta la pérdida de vigencia del primero no podría ser de aplicación del segundo de ellos.

Finalmente, es necesario advertir la presencia de una cierta falta de precisión por parte de la jurisprudencia respecto del efecto jurídico derivado de aquellas posibles cláusulas en los convenios que se excedan en el ámbito subjetivo de aplicación, contraviniendo el principio de correspondencia. Antes de entrar en la concreción de los posibles efectos derivables de tales cláusulas ilegales, es necesario destacar que cuando se construye jurisprudencialmente con mayor reiteración el principio de correspondencia se hace en relación con el caso tan singular de las empresas multiservicios, donde se presenta un escenario contextual antitético al que se presenta en el ámbito de la estiba; en efecto, en la empresas multiservicios se observa que la trasgresión del principio de correspondencia es el resultado de un escenario de acentuada debilidad sindical, donde concurren sospechas más que fundadas de que los procesos de negociación colectiva pueden ser ficticios, siendo un resultado de mera imposición empresarial; mientras que, a la inversa en el sector de la estiba, el panorama es el de una acentuada posición de fortaleza sindical, que se ve complementada con una cierta colusión de intereses por parte de las empresas de estiba que actúan en una posición mercantil de cuasi oligopolio, estando ambas interesadas en ese resultado de expansión subjetiva del convenio. Ello puede explicar que las sentencias relativas a la negociación cuando menos distorsionada en el sector de las empresas multiservicios hayan concluido con la declaración de nulidad completa del convenio colectivo negociado contraviniendo el principio de correspondencia¹³, mientras que en el caso referido de las

¹² Con más detalle, J. Cruz Villalón, *Incidencia de la reforma laboral en la estructura y concurrencia de convenios colectivos*, en AA. VV., *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, ed. Cinca, Madrid 2017, pgs. 20-21.

¹³ SSTs 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011; 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014; 9 de junio de 2015, rec. 149/2014; 10 de junio de 2015, rec. 175/2014; 18 de febrero de 2016, rec. 282/2014; 23 de febrero de 2016, rec. 39/2015; 10 de junio de 2016, rec. 209/2015; 18 de febrero de 2016, rec. 282/2014;

empresas de estiba ha declarado tan solo la nulidad de las cláusulas relativas al ámbito subjetivo del convenio, manteniendo el resto vigente con el carácter de convenio colectivo estatutario¹⁴.

Sin poder entrar en estos momentos en el debate más amplio relativo a las empresas multiservicios, pero sí apuntando las diferencias contextuales antes referidas que explican mucho, centrándonos en la negociación en la estiba, comenzar por indicar que el contenido del fallo viene condicionado por el pronunciamiento recogido en la sentencia de la Audiencia Nacional. Fue esta última la que entró en el detalle de la declaración del carácter extraestatutario del acuerdo estatal de la estiba, limitándose el Tribunal Supremo a confirmar la ilegalidad de las cláusulas expansivas en lo subjetivo y confirmando el fallo de la Audiencia, entre otras razones porque ninguna de las partes representadas en vía de recurso planteó este concreto asuntos de los efectos jurídicos derivados de tal ilegalidad. A nuestro juicio no compartimos la tesis de que, adicionalmente a declarar la nulidad parcial de las cláusulas relativas al ámbito de aplicación en el convenio de la estiba, ello provoque también la pervivencia del resto del convenio como extraestatutario. Eliminado lo ilegal, el resto no hay obstáculo para que mantenga su eficacia general como convenio colectivo estatutario, por cuanto que eliminado el elemento de ruptura con el principio de correspondencia, en el resto el convenio puede ser respetuoso con el marco normativo establecido para los convenios colectivos estatutarios. En definitiva, el principio de conservación de los negocios jurídicos, teniendo en cuenta que el convenio estatutario en su génesis se somete a las reglas propias de los contratos, desemboca en la pervivencia a todos los efectos como convenio estatutario, insistimos bastando exclusivamente con retirar la parte nula del convenio negociado. Por lo demás, la voluntad de las partes no se vería violentada manteniendo su carácter estatutario, de modo que también puede presumirse que queda garantizado el equilibrio interno del convenio colectivo.

3.2. Convenios sectoriales de puerto: legitimación y prioridad aplicativa

Las reglas de legitimación y las de concurrencia de los convenios colectivos en el sector de la estiba son, con carácter general, idénticas al resto de los convenios, con aplicación sin especialidades de las previstas en el título III del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, con la reforma legal de la estiba de 2017 se introduce una regla especial algo confusa, relativa a los convenios colectivos aplicables a las em-

22 de noviembre de 2016, rec. 20/16; 18 de abril de 2017, rec. 154/2016; 16 de enero de 2018, rec. 262/2016.

¹⁴ STS 11 de noviembre de 2010, rec. 153/2009. Tiene su origen en la SAN 1 de junio de 2009, procedimiento 1/2009.

presas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto¹⁵. Se establece que en estos casos, cuando se trate de convenios para empresas vinculadas en razón de su adscripción a un mismo puerto y “nominativamente identificadas” se someterán a las reglas de legitimación de los representantes de los trabajadores propias de los convenios sectoriales, si bien añadiendo también la posibilidad de que la legitimación empresarial puedan asumirla directamente las empresas sin intermediación de las asociaciones empresariales; al mismo tiempo que se les otorgará la prioridad aplicativa propia de los convenios de empresa. Se trata de una redacción confusa, porque literalmente interpretada no se separa casi en nada del Estatuto de los trabajadores, dado que éste para los convenios de una pluralidad de empresas “vinculadas por razones organizativas o productivas” (en este caso, las empresas adscritas a un puerto) y “nominativamente identificadas” igualmente se establece la prioridad aplicativa frente a los convenios de sector (art. 84.2 p. 2 ET) e igualmente gozan de legitimación negocial directa las empresas en cuestión individualmente consideradas y se remite a las reglas sobre legitimación sindical para los convenios de empresa (art. 87.1 p. 3 ET). Sin embargo, ha de trascenderse de la exclusiva interpretación literal del precepto, pues de lo contrario no se podría entender la finalidad y alcance de la presente regla, que se encontraría casi vacía de contenido por completo; de ser así, la única especialidad consistiría en la incorporación como novedosa de la legitimación para negociar dichos convenios a favor de las asociaciones empresariales, algo que a nuestro juicio sería de todo punto irrelevante en la práctica, pues por vía de aplicación de las reglas civiles sobre el mandato representativo no habría inconveniente a que en estos casos las empresas delegaran la negociación a la asociación empresarial.

Ante todo, si en dicha disposición se contiene una regulación específica para este tipo de convenios colectivos lo es porque se quiere introducir algún tipo de regla especial, diferenciada de la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores. La explicación es que el legislador materialmente quiere separarse en este punto de la previsión legal, pero al propio tiempo lo hace de manera algo eufemística para que la novedad pase algo inadvertida y no se pueda tachar al legislador de 2017 de corrector o modificador del régimen estatutario. En concreto, lo que hace el legislador es, bajo la apariencia de atender a un fenómeno que afecta a un convenio para una pluralidad de empresas, referirse a una modalidad de convenio colectivo de sector, aquél convenio cuyo ámbito de aplicación son todas las empresas adscritas a un puerto. Con ello, procede a otorgar a un específico convenio de sector el tratamiento que le corresponde a los convenios de ámbito empresarial, tanto por lo que se refiere a la legitimación empresarial como a la concurrencia entre convenios. La prueba palpable de ello es que entra en cierta contradicción el título de la disposición (“empresas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto”) que sería lo propio de un convenio sectorial, con

¹⁵ Disp. adic. 2ª Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo.

la sucesiva referencia a la identificación nominativa de las empresas que sería lo propio de convenios de pluralidad de empresas. Parecería que en el fondo se trata de lo mismo, pero hay dos importantes matices que la diferencian: primero, que no sería viable que por esa identificación nominativa quedasen excluidas del ámbito del convenio empresas que no están adscritas a un determinado puerto por el procedimiento de no mencionarlas expresamente en la cláusula del convenio relativa al ámbito funcional; segundo, que de producirse a lo largo de la vigencia del convenio colectivo del puerto la adscripción de una nueva empresa estibadora, por vía de nueva autorización para operar, ésta empresa debe quedar necesariamente dentro del ámbito de aplicación del convenio, por mucho que en el momento inicial de celebración del convenio no hubiese sido mencionada nominativamente en el clausulado del convenio. A la postre, lo que se produciría sería una nominación implícita o indirecta, por el simple expediente de indicar en el convenio que su ámbito de aplicación se dirige a todas las empresas de estiba y desestiba adscritas al concreto puerto, que son limitada y nominativamente todas las que han obtenido la correspondiente autorización administrativa. Eso sí, en estas condiciones en realidad se trata de un auténtico convenio de sector, de todas las empresas de estiba del puerto, que es precisamente lo que permite explicar que realmente el texto legal de 2017 está incorporando reglas nuevas, tanto por lo que se refiere a la legitimación como para la concurrencia convencional.

En cuanto a las especialidades en materia de legitimación, la novedad es la inversa de la que parece: se sitúa en que, a pesar de negociarse un convenio de sector, la legitimación de la representación empresarial no corresponde sólo a las asociaciones empresariales sino que puede asumirla también el conjunto de las empresas adscritas al puerto; mientras que lo que se presenta como especialidad respecto de la representación de los trabajadores realmente no lo es, pues lo que se prevé es que se aplican para ellos las reglas propias de los convenios de sector, es decir, de lo que es en este caso un convenio de sector como otro cualquiera y, por tanto, con exclusiva legitimación por la vía sindical. De este modo, la norma lo que vendría a hacer no sería otra cosa que regularizar plenamente la práctica que se viene desarrollando en muchos puertos de negociar estos convenios directamente las empresas, sin intermediación de asociación empresarial alguna; en lugar de tener que forzar las cosas, como se hacía en el pasado, de entender que se trataba de un convenio colectivo para un grupo de empresas, se procede a atribuirles directamente a las empresas la legitimación negociada, sin que por ello haya que acudir a la ficción de negar su condición de convenio sectorial. A la postre la contemplación de la realidad precedente es la que mejor explica el sentido y finalidad de la intervención legislativa en este punto.

En cuanto a la especialidad en materia de prioridad aplicativa, probablemente la más importante de ellas, la misma reside en que en este caso no se establece una regla de concurrencia entre un convenio de empresa y un convenio de sector para

otorgar prioridad aplicativa al primero, que es lo que hace ya el Estatuto de los Trabajadores, sino que se incorpora una regla de concurrencia entre dos convenios colectivos de sector, que es lo que hace el legislador reformador de la estiba de 2017. Este último lo que hace es atender a la situación de concurrencia entre el convenio de puerto y el convenio sectorial de ámbito superior, que en la práctica se concreta en la concurrencia entre el convenio sectorial de puerto y el acuerdo estatal. Ahora, definitivamente, sí que se comprende que lo que está haciendo la reforma de 2017 es establecer una prioridad aplicativa del convenio de puerto frente al acuerdo estatal, obviamente sólo respecto de las materias enumeradas en el Estatuto de los Trabajadores para las que rige tal preferencia aplicativa, sin perjuicio de que la negociación colectiva opte por una ampliación de las materias para las que juega la prioridad aplicativa del convenio de puerto.

A tenor de ello, la reforma de 2017 procede a limitar considerablemente la capacidad de que el acuerdo estatal pueda proceder a fijar reglas de articulación negocial y concurrencia de convenios colectivos. Desde esta perspectiva resulta importante destacar que el IV acuerdo estatal de 2014, a pesar de que fue firmado con posterioridad a la reforma laboral de 2012, se negoció conforme a los esquemas precedentes a la misma. Dicho de otro modo, el IV acuerdo estatal, se confecciona sobre la premisa de que el mismo establecía las reglas principales en materia de articulación y concurrencia entre convenios, atribuyéndose una posición de superioridad respecto de la regulación contenida en el mismo en relación con los convenios de ámbito inferior; por tanto, con plena preferencia aplicativa del acuerdo estatal respecto de todos los convenios de ámbito inferior (art. 5). Ciertamente ya desde su nacimiento requería de una adaptación y corrección en relación con lo que se pudiese pactar en los convenios colectivos de ámbito empresarial, si bien ello lo trataremos más a fondo en el apartado sucesivo. Y, en todo caso, mayor repercusión aún tiene lo establecido por la reforma de la estiba de 2017, por cuanto que la misma viene a invertir el diseño del acuerdo estatal; a partir de la efectiva aplicación de esta reforma, la preferencia aplicativa del acuerdo estatal que el mismo se autoatribuye en su concurrencia con los convenios de puerto, se invierte respecto de las materias enumeradas por el Estatuto de los Trabajadores (art. 84.2 ET), en relación con las cuales a partir de ahora rige una imperativa preferencia aplicativa del convenio de puerto en su hipotética concurrencia con el acuerdo estatal. A tal efecto, ha de recordarse que la preferencia estatutaria (y, por efecto derivado de la reforma de la estiba de 2017 también) tiene el carácter de norma imperativa, que no puede ser alterada por reglas alternativas que se recojan en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos.

Eso sí, debe también advertirse que la preferencia establecida en este caso a favor del convenio de puerto no es absoluta respecto de todas las condiciones de trabajo, sino que afecta sólo a la relación de materias enumeradas legalmente (art. 84.2 ET). Para el resto de materias, el acuerdo estatal sí que puede establecer la

preferencia aplicativa del mismo, tanto respecto de los convenios sectoriales de puerto como respecto de los convenios de empresa (art. 83.2 ET). Precisamente, en esa clave debe interpretarse la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017, incorporada como anexo al RDL 8/2017, donde se establecen una serie de materias para las que puede prevalecer lo establecido en el acuerdo estatal. Eso sí, al respecto conviene efectuar dos aclaraciones. Primera, que la propuesta de mediación no avanzó en su formalización jurídica, pues no se alcanzó avenencia formal entre las partes. Segunda, que la incorporación como anexo al Real Decreto-ley no le otorga validez jurídica adicional, en la medida en que la norma estatal no le proporciona valor de norma estatal, sino que se limita a reflejar su compromiso de incorporar su contenido por vía reglamentaria (disp. adic. 1ª párrafo 2). Más aún, dicho compromiso de desarrollo reglamentario afecta a lo que la propuesta de mediación refiere a compromisos que impliquen requerimientos de intervención por parte de los poderes públicos, en tanto que lo que afecta a los interlocutores sociales necesariamente debe materializarse jurídicamente por medio de la negociación colectiva entre los mismos. En definitiva, esa propuesta de reparto de contenidos, con prioridad aplicativa del acuerdo estatal sólo tendrá eficacia jurídica vinculante a partir de su recepción formal en el momento de la renovación del acuerdo estatal, siempre en los términos en los que se recoja en dicho texto convencional y, finalmente, en la medida en que sea respetuoso con la preferencia aplicativa establecida legalmente a favor de los convenios de empresa (art. 84.2 ET) y de los convenios sectoriales de puerto (disp. adic. 2ª RDL 8/2017).

Conviene advertir que, aunque no es habitual, en algunos casos se han celebrado convenios colectivos que agrupan a más de un puerto: todos los puertos de una isla, de una provincia o de una Comunidad Autónoma. En estos casos, ha de entenderse que tales convenios colectivos sectoriales no se encuentran dentro de la preferencia aplicativa introducida por la reforma de la estiba de 2017, de modo que para ellos el acuerdo estatal sí podría mantener su preferencia aplicativa para la regulación contenida en el mismo.

Por último, comoquiera que la nueva regla de preferencia, introducida por la reforma de la estiba de 2017, refiere exclusivamente a la concurrencia entre el convenio de puerto y los convenios sectoriales de ámbito superior, en sentido contrario, cuando menos en apariencia, dicha preferencia no abarcaría a la posible hipótesis de concurrencia entre el convenio de puerto y el convenio de empresa. Ello entra en otro ámbito diferente, cual es el del espacio de los convenios de empresa dentro de la estructura de la negociación colectiva de la estiba. Por su trascendencia, nos parece una cuestión de la suficiente autonomía como para merecer de un tratamiento específico, que pasamos a tratar inmediatamente a continuación.

3.3. El espacio teórico y práctico de la negociación empresarial

La estructura de la negociación colectiva en la estiba y desestiba se configura con cierta particularidad, de manera bastante consolidada desde tiempo atrás, sobre un modelo de exclusiva negociación colectiva sectorial a doble nivel: de un lado, el acuerdo estatal y, de otra parte, los convenios colectivos sectoriales en cada uno de los puertos de interés general. En sentido negativo, no se contempla en la práctica negocial la presencia de convenios colectivos de empresa, por voluntad generalizada tanto de la representación sindical como de las empresas del sector. Es probable que la reforma de la estiba de 2017, sabedor de esta realidad, introdujo las reglas comentadas en el apartado precedente en materia de legitimación y preferencia aplicativa, considerando que los convenios de puertos podrían desplegar en parte funciones semejantes de adaptación al medio más próximo a las que desempeñan en el resto de los sectores los convenios colectivos de empresa. En todo caso, lo llamativo es que en este ámbito no se hayan desarrollado procesos de negociación en el ámbito empresarial en el sector de la estiba, probablemente no por mera pasividad de las empresas en cuestión sino por el acuerdo conjunto de las empresas afectadas y de la propia presión sindical de las organizaciones representativas de los trabajadores en dicho ámbito. Incluso en ello ha podido influir de manera decisiva el modelo contractual imperante hasta el momento presente, donde el grueso del personal, al ser contratado por las SAGEP y cedidos a las empresas estibadoras, era común a todas las empresas de cada puerto.

A la vista de lo anterior, la dualidad precedente de convenios sectoriales en dos ámbitos, con exclusión de las unidades negociales de empresa podría mantenerse de futuro, a la vista de la tradición de esta estructura negocial en la estiba y del equilibrio de intereses que se encuentra en el trasfondo de esta opción entre las partes. El cambio del modelo contractual, con la desaparición de la relación laboral intermediada a través de las SAGEP, podría también comportar un punto de inflexión, pero ello no es inexcusable que así suceda, ni siquiera que la reforma de la estiba de 2017 propicie o imponga el surgimiento del ámbito negocial de empresa. Tal fórmula puede tener visos de continuidad y su razón de ser, en la medida en que se mantenga un modelo laboral, en el que la mayoría del personal sea cedido por las empresas de trabajo temporal y, de facto, exista un grupo homogéneo de estibadores que van rotando entre las diversas empresas estibadoras; este panorama será mucho más acentuado si en cada puerto en la práctica se conforma un centro portuario de empleo que aglutina a la inmensa mayoría de los estibadores de cada puerto, pues no es descartable que por la vía de los hechos tales centros asuman el espacio que hasta el presente por vía jurídica desplegaban las SAGEP. Si un cambio más profundo como fue el de la reforma de 2012, con la regla de la preferencia imperativa de los convenios de empresa, no provocó impacto alguno en la estructura sectorial en la estiba, es difícil pensar que vaya a cambiar el panorama a partir de ahora, especialmente a la vista de las estrategias de las representaciones sindicales y empresariales presentes en este sector.

A tal efecto, por lo que refiere al vigente marco jurídico de la negociación colectiva, no puede objetarse nada a este diseño de la estructura. Insistimos en el recordatorio del principio jurídico de partida en esta materia, consistente en que las partes libremente determinan el ámbito de aplicación de los convenios que negocian (art. 83.1 ET). Por ello, pueden, sin ningún tipo de impedimento legal, optar por negociar en todo caso a nivel sectorial, renunciando al nivel empresarial.

Más aún, la opción por ese modelo se ha tendido a imponer, pues se advierte como las estrategias sindicales y empresariales han pretendido cerrar por vía convencional, a veces de manera expresa, a veces por mecanismos implícitos, ese modelo de exclusiva negociación sectorial. Dicho de otro modo, se ha pretendido elevar a rango de regla jurídica imperativa por vía convencional ese modelo deseado de exclusiva negociación sectorial y, por ende, proscripción del convenio de empresa.

A la vista de ello, resulta obligado efectuar una aclaración bien importante: esa opción desde el punto de vista jurídico no puede ser impuesta, ni directamente ni indirectamente; tal como ya indicamos en relación con la posible negociación colectiva subsectorial para el conjunto de los centros portuarios de empleo, se trata de una decisión libre a todos los efectos, pues deriva del reconocimiento constitucional de la autonomía negocial a los representantes de trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE)¹⁶. Ello implica que nadie puede impedir esa libre decisión de negociar en el ámbito en el que se desea, pues de lo contrario se estaría negando el derecho a negociar colectivamente a determinados sujetos, en este caso a los representantes de los trabajadores en la empresa y al empresario individualmente considerado.

Es en la clave precedente en la que deben analizarse una variedad de cláusulas establecidas en esta materia, tanto en el acuerdo estatal como sobre todo en los acuerdos sectoriales en los puertos, que vienen a impedir o simplemente prohibir la negociación colectiva de ámbito empresarial. Insistimos, esa opción de decidir libremente no proceder a crear unidades negociales a nivel empresarial entra dentro de la esfera de las preferencias de las representaciones de trabajadores y empresarios, pero ello debe ser compatible desde el punto de vista jurídico con el necesario respeto de la libertad de negociación y, por tanto, vía acuerdo interprofesional o convenio colectivo sectorial no se puede prohibir a cualquier empresa o a cualquier representación de los trabajadores legitimada para negociar en ese ámbito por el Estatuto de los Trabajadores. Ni siquiera cabe ello, como hacen algunos textos convencionales, por la vía indirecta de cláusula con formato de parte obligacional del convenio colectivo, comprometerse los negociadores del convenio sectorial a no negociar ellos convenios de ámbito empresarial; se trataría de cláusulas convencionales por las que se renunciaría ilícitamente a derechos reconocidos por normas legales de derecho necesario, incluso de ámbito

¹⁶ Cruz Villalón, *Incidencia de la reforma laboral en la estructura...*, op. cit., pgs. 20-21.

constitucional.

Finalmente, aunque se trate de una hipótesis en estos momentos más teórica que otra cosa, en el caso de que se firmase un convenio colectivo de empresa en la estiba, el mismo podría entrar en una situación de concurrencia con lo establecido tanto por el acuerdo estatal como por los correspondientes convenios sectoriales de puerto. En tales circunstancias, respecto de las materias para las que se prevé la preferencia aplicativa del convenio empresarial respecto de los de ámbito superior (art. 84.2 ET), regiría el convenio empresarial frente a los otros dos ámbitos de negociación sectorial. Es preciso el texto legal refiriéndose a la comparación respecto de cualquier otro convenio colectivo “sectorial”, por lo que a estos efectos prima en relación tanto con el acuerdo estatal como con el convenio de puerto. A estos efectos, es indiferente que la empresa pueda tener un ámbito de actividad extendido a una multiplicidad de puertos de interés general, por tanto territorialmente más amplio que un concreto puerto, puesto que la comparación no es desde el punto de vista territorial, sino empresa versus sector. A estos efectos, ya hemos indicado que el convenio de puerto tiene el carácter de sectorial, que no pluriempresarial. Por lo demás, como también advertimos en su momento, la reforma de la estiba de 2017 lo que establece es una regla especial de concurrencia entre el convenio de puerto y los sectoriales de ámbito superior (disp. adic. 2ª), pero no para las posibles situaciones de concurrencia entre el convenio de puerto y el convenio de empresa, supuestos estos últimos para los que rige la regla general estatutaria de la preferencia del convenio de empresa respecto del convenio sectorial. En relación con el resto de las materias no preferentes legalmente, regirán en primer lugar los criterios de concurrencia que a estos efectos se puedan pactar en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico (art. 83.4) y, en su defecto, en segundo lugar el principio de prioridad temporal a tenor de la prohibición de afectación del convenio vigente por uno nuevo (art. 84.1 ET).

4. LÍMITES NEGOCIALES DERIVADOS DEL NUEVO MODELO CONTRACTUAL

Aunque no sea necesario entrar en los detalles de la regulación contenida hasta el momento presente en los acuerdos y convenios colectivos del sector de la estiba, sí puede resultar oportuno destacar los cambios obligados en los mismos que se derivan de los imperativos del Derecho de la Unión y, en particular, a resultas del nuevo modelo establecido por la reforma legal de 2017.

Resulta indiscutible que la regulación convencional hasta el momento giraba en torno a la presencia de las SAGEP y de un régimen contractual basado en la existencia de una relación laboral especial, que por añadidura siempre lo era de carácter indefinido. Al desaparecer SAGEP y relación laboral especial, todas las

cláusulas que desarrollasen la una y la otra, decaen necesariamente a partir de la conclusión del período transitorio contemplado en el Real Decreto-ley de 2017.

Más aún, tampoco cabe la posibilidad de rescatar por vía indirecta fórmulas que se presenten como contrarias a la libertad de contratación laboral que rige de manera generalizada a partir de la instauración plena del nuevo modelo (art. 1 RDL 8/2017), pues ello sería contrario tanto a la libertad de establecimiento reconocida en el Derecho de la Unión Europea, como a la libertad de elección de profesión u oficio contemplada por la Constitución Española.

Así, en concreto, se deben entender contraria a esta libertad de contratación el establecimiento de fórmulas de reserva, preferencias o exclusiones a la contratación laboral, que por vía indirecta supusieran otorgar posiciones contractuales comparativas mejores a quienes tradicionalmente han venido ejerciendo la profesión en un determinado puerto o a través de la SAGEP. Más aún, ha de recordarse que este tipo de preferencias, reservas o exclusiones sólo se autorizan con carácter general a las normas estatales con rango de ley (art. 17.2 ET); por ser más preciso, si bien se autoriza a la negociación colectiva pactar este tipo de cláusulas de reserva o de preferencia, ello sólo se permite en igualdad de condiciones de idoneidad y siempre tal cláusula se introduzca como medida de acción positiva de grupos tradicionalmente infrarrepresentados para corregir las desventajas históricas de grupos sociales tradicionalmente discriminados: mujeres, discapacitados, minorías étnicas, etc¹⁷. De este modo, por poner un ejemplo, no sería viable establecer vía convenio colectivo, como ha venido siendo habitual hasta el presente, de reglas de selección de la contratación directa de los estibadores vinculados a la SAGEP o entidades que los sustituyen, de preferencia en la puesta a disposición de los trabajadores contratados por las SAGEP que subsistan como empresas de trabajo temporal, o preferencia similar de los centros portuarios de empleo en detrimento de los contratados por las empresas de trabajo temporal generales o intersectoriales, pues el único condicionamiento establecido legalmente por la nueva norma es la relativa a la capacitación profesional específicamente exigible a los trabajadores de la estiba (art. 3 RDL 8/2017). En modo alguno, los estibadores contratados en el pasado por la SAGEP o en el futuro por los centros portuarios de empleo podrían tener la condición de grupo victimizado que habilitara para una medida de acción positiva en los términos antes referidos.

Como tampoco serían viables reglas hasta ahora muy asentadas de rotación obligada en la contratación de los trabajadores con experiencia dentro de un determinado puerto. Ha de tenerse en cuenta que tales sistemas de rotación funcionaban sobre la base de que todos los trabajadores se encontraban contratados por la SAGEP, que asumía una posición de monopolio en la cesión de trabajadores, de modo que cuando una empresa estibadora precisaba de empleo temporal ne-

¹⁷ Art. 17.4 ET y arts. 35 y 42 Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

cesariamente debía acudir a la puesta a disposición que le ofrecía esta entidad en posición de monopolio en cada puerto; SAGEP que en esa medida podía ir suministrando sus estibadores conforme a ese criterio de rotación. Ahora bien, con el nuevo modelo resulta inviable perpetuar un sistema de rotación como regía en el pasado, a partir del momento en el que las empresas estibadoras va a poder optar libremente por contratar temporalmente de manera directa y en caso de que lo hagan por vía de puesta a disposición puede libremente acudir a cualquier ETT general o centro portuario de empleo.

Diferente sería que internamente dentro de cada ETT o centro portuario de empleo se estableciese una regla de rotación entre sus trabajadores disponibles, pero ello lo dejamos postergado, para tratarlo específicamente en el apartado sucesivo.

Debe recordarse que incluso ya conforme a la legislación precedente el Tribunal Supremo llegó a anular previsiones contenidas en el acuerdo estatal conforme a las cuales por vía indirecta se dificultaba el acceso al empleo en los puertos de estibadores ajenos al mismo, por vía del establecimiento de un procedimiento de control que requería la autorización de la Comisión Paritaria de este tipo de trabajadores externos. Diría al efecto la sentencia que con ello “se está imponiendo un mecanismo de contratación único que, por el juego que se da a la intervención de la Comisión paritaria, aparece controlada en exclusiva por quienes sean los firmantes del convenio, lo que, sin duda, constituye una vulneración de los derechos fundamentales garantizados por los arts. 28, 37.1 y 38 CE”¹⁸. Ha de tenerse en cuenta que fórmulas similares de condicionamientos al visto bueno de la comisión paritaria a la contratación externa o la posibilidad de traslado de unos estibadores provenientes de unos puertos para trabajar en otros diferentes se encuentran presentes todavía en diversos convenios colectivos sectoriales de puerto, cuyas cláusulas, a diferencia del acuerdo estatal, no han llegado a ser impugnada. Sin embargo, no por ello, las mismas dejan de adolecer de defectos de legalidad o de lesividad a terceros.

5. OTROS CONDICIONANTES CONVENCIONALES

Para concluir, debe advertirse que el impacto del principio de libertad de contratación puede verse comprometido por otra serie de cláusulas que establezcan mecanismos relativos a las reglas de selección de los trabajadores a contratar o a los procedimientos conforme a los cuales se formaliza una determinada contratación. Es necesario tener presente que la reforma de la estiba de 2017 sólo condiciona la selección de los trabajadores a contratar al cumplimiento del requisito de la profesionalidad, derivado de la capacitación contrastada de los posibles candidatos, bien lo sea por medio de la obtención del certificado de profesionalidad, de

¹⁸ STS 11 de noviembre de 2010, rec. 153/2009.

un número de horas de trabajo en el servicio portuario o de personal del propio buque (art. 3 RDL 8/2018). Por ello, vía convenio colectivo no se pueden imponer requisitos adicionales a los establecidos legalmente para poder ser contratado, debiendo considerarse *contra legem* cualquier exigencia adicional que directa o indirectamente limite la libertad de elección de profesión u oficio, así como la libertad de contratación laboral reconocida a las empresas estibadoras. Incluso hay que indicar que, comoquiera que la obtención del certificado indicado se condiciona a la realización de unas prácticas profesionales no laborales en los términos que reglamentariamente se determinen, será justamente la norma reglamentaria quien deberá precisar el modo de realización de tales prácticas, sin que tampoco quepa establecer requisitos adicionales por parte de la negociación colectiva.

En concreto, bien son conocidas las denuncias públicas de la ausencia de contrataciones de mujeres o muy reducida presencia de estibadoras en el sector, especialmente llamativo en algunos puertos. Ello puede tener su explicación, que no justificación, en determinadas razones de carácter histórico. Puede que su origen pudiera deberse al hecho de tratarse de actividades que requerían de un elevado esfuerzo físico, si bien hoy en día con la incorporación de maquinaria de muy diverso tipo tal hecho se ha reducido notablemente, cuando no se ha eliminado por completo. Prueba elocuente de ello es que en aquellos puertos donde hay presencia, por reducida que sea, de mujeres estibadoras, se constata que perfecta profesionalidad y plena capacidad de las mismas para desarrollar cuantas actividades son propias de la actividad de la estiba y desestiba. Así pues, en modo alguno cabe excluir a la mujer en ningún caso por estos motivos, ni establecer requisitos adicionales de contratación o de ocupación que por vía indirecta comporte una exclusión de la misma. La obtención del certificado de profesionalidad constituye una presunción plena "*iuris et de iure*" de que la persona en cuestión reúne los requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión, lo que aboca a entender que cualquier otro requisito debe interpretarse como un típico tratamiento discriminatorio por razón de sexo.

Más aún, los requisitos reglamentarios que en su caso se establezcan para la obtención del certificado de profesionalidad no podrán contener ningún tipo de sesgo que, como resultado, comporte una superior dificultad por parte de la mujer para obtenerlo, pues de lo contrario se trataría de un ejemplo típico de mecanismo de discriminación indirecta por razón de sexo.

Por ello mismo también, han de entenderse como nulas de pleno derecho aquellas cláusulas, que siguen encontrándose en algunos textos de convenios colectivos, conforme a las cuales se declara que no constituirá discriminación en el acceso al empleo una diferencia de trato basada en "una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea

legítimo y el requisito proporcionado”. Se trata de típicas cláusulas que de manera indirecta están presumiendo la presencia de ciertos trabajos que no pueden ser realizados por mujeres, al margen del reconocimiento de profesionalidad que se haya producido respecto de las mismas; con lo cual comportan un claro supuesto de discriminación indirecta, contrario a la libertad de elección de profesión u oficio, y, por extensión contrario a la prohibición constitucional de discriminación.

6. POSIBLES MEDIDAS DE MANTENIMIENTO Y CONTINUIDAD DEL EMPLEO

6.1. Contexto general

Es decisivo tener presente que el cambio de modelo de contratación con la reforma de la estiba de 2017 provoca un efecto de alteración intensa en cuanto a la estabilidad en el empleo de los estibadores. Dicho sencillamente, el modelo precedente provocaba que la inmensa mayoría de los estibadores se encontrasen contratados por tiempo indefinido a pesar de la irregularidad de la carga de trabajo en la actividad de transporte de mercancía en los puertos de interés general, mientras que el nuevo modelo al aplicar el régimen común de contratación permite un uso intensivo de la contratación temporal para obra o servicio determinado con el efecto de que podría provocar que la mayoría de los estibadores pasasen a estar contratados con una elevada tasa de temporalidad. La conjunción de varios elementos hasta el pasado daban como resultado esa generalizada contratación indefinida en el sector: relación laboral especial de estiba que sólo permitía la contratación por tiempo indefinido con la especialidad añadida de que durante los períodos de inactividad se mantenía la percepción de la mayor parte de los ingresos salariales; práctico monopolio de las SAGEP en la cesión de esos trabajadores con contratos indefinidos a las empresa estibadoras, con espacio marginal tanto de la contratación temporal directa por parte de tales empresas como indirecta a través de las empresas de trabajo temporal; contratación directa de las empresas estibadoras casi exclusivamente por tiempo indefinido.

Todos estos elementos desaparecen por completo con el nuevo modelo, en términos tales que se puede generalizar en el sector la contratación temporal, a la vista de la irregularidad de la carga de trabajo y de la permisividad que a estos efectos de las vías legales comunes de contratación por tiempo determinado. Para empezar, la contratación y sucesiva cesión de trabajadores por parte de las empresas de trabajo temporal genéricas tendrán el carácter de temporales, a la vista de la nula utilización de la teórica posibilidad del uso en este ámbito de la contratación por tiempo indefinido (art. 10.1 Ley de empresas de trabajo temporal). En los mismos términos y por aplicación de la misma normativa, la contratación y cesión específica a través de los centros portuarios de empleo puede tener el carácter de

temporal, pues como expresamente prevé la norma de reforma dichos centros se crean “con el objeto de permitir una rápida adaptación al carácter irregular de la prestación de los trabajos portuarios” (art. 4.1 RDL 8/2017). Incluso la libertad de contratación reconocida ahora plenamente a las empresas estibadoras les permite un uso de las modalidades ordinarias de contratación temporal para la contratación directa de sus empleados, vinculando la duración del contrato al tiempo de carga y descarga de cada buque que contraten.

Como ya indicamos al inicio, la crítica principal que cabe realizar a la reforma de 2017 es que no contempla las que se podrían considerar como reglas particulares de adaptación de la normativa común a las especialidades de irregularidad del trabajo en los puertos de interés general, como contrapeso al reconocimiento pleno de las libertades económicas de las empresas del sector. Cabría tener presente que la irregularidad del trabajo es una de las características por naturaleza de la actividad de estiba y desestiba, lo que explica que históricamente de manera generalizada en todos los puertos europeos se establezcan reglas de mínima garantía de la estabilidad en el empleo del sector; reglas de garantía que pueden articularse técnicamente con plena compatibilidad con la libertad de contratación exigida por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Más aún, ha de tenerse presente que uno de los mandatos centrales en materia de contratación temporal en el ámbito del Derecho de la Unión es el de adoptar medidas dirigidas a prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de la contratación de duración determinada en los Estados miembros¹⁹. El efecto útil de esta Directiva, especialmente la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal de Luxemburgo aconsejarían la adaptación de medidas apropiadas para el sector, a la vista de la intensidad en el uso de la contratación temporal sucesiva que se puede producir a partir de ahora en la actividad de la estiba y desestiba a resulta de la aplicación de las reglas sobre contratación temporal comunes, que no es precisamente la más apropiada para lo muy singular que se presenta el trabajo en los puertos de interés general²⁰. Por paradójico que pudiera resultar, las reglas comunes más directamente dirigidas en el ordenamiento español a hacer frente a los abusos en la contratación temporal sucesiva pueden provocar incluso un efecto boomerang indeseable. Me refiero en concreto a la previsión contenida en el Estatuto de los Trabajadores relativa a la conversión en indefinidos de los contratos temporales encadenados de un mismo trabajador cuando superan determinada duración total máxima ininterrumpida o no dentro de un predeterminado arco temporal (art. 15.5 ET). Se trata de una regla que no desplegaba ningún efecto hasta el presente en el sector de la estiba, ya que como vimos el modelo precedente, especialmente de

¹⁹ Clausula 5 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, reforzado por medio de la Directiva 1999/70, de 28 de junio (DOCE 10 de julio).

²⁰ Sobre la jurisprudencia del Tribunal interpretativa de esta Directiva sobre esta concreta materia, J. Cruz Villalón, El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea.

relación laboral especial de carácter indefinido lo hacía inactuable. Por el contrario, a partir del nuevo modelo, la regla sí que puede comenzar a tener una importancia decisiva, ya que en el cómputo de la contratación temporal encadenada no sólo se tienen en cuenta y se computa la contratación temporal directa por las empresas estibadoras sino también la indirecta a través de las empresas de trabajo temporal. Eso sí, advertencia clave, esa importancia decisiva lo más probable será que no se materialice en una aplicación significativa de la conversión en indefinidos de los contratos en la estiba por superación de los tiempos máximos de encadenamiento, sino en la adopción de prácticas empresariales de contratación dirigidas a evitar dicho efecto de conversión; dicho de otro modo, que se generalicen mecanismos de rotación contractual con diversos estibadores con vistas a que ninguno de ellos supere los topes legales de conversión; en definitiva, intensificación de la rotación y con la misma intensificación de la irregularidad laboral desde el punto de vista del trabajador individualmente contratado. Habría que entender a estos efectos que la normativa española no cumple con el efecto útil de la Directiva sobre contratación de duración determinada, por lo que se refiere a la adopción de medidas que hagan frente al abuso en la contratación temporal sucesiva, a la vista de los efectos perverso que puede provocar la aplicación de la normativa común en este concreto sector de la estiba; si bien, teniendo presente también que por vía de la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es difícil que se corrija esa incoherencia e indebida transposición al ordenamiento interno.

A la vista de lo anterior, se trata de analizar a partir de ahora las posibilidades de que la negociación colectiva asuma ese papel de adopción de cierto tipo de medidas, que con efectividad puedan favorecer un mínimo de estabilidad en el empleo de una actividad por propia naturaleza tan irregular. Ha de tenerse presente que es cierto que la actividad de carga y descarga de un concreto buque da lugar a un trabajo intenso durante poco tiempo, lo que es determinante de la tan mencionada irregularidad, pero que al propio tiempo la actividad de un puerto de interés general, particularmente de los grandes, en su globalmente da como resultado una continuidad en la intensidad del trabajo en el conjunto del puerto, incluso bastante estable a lo largo de todo el año; ello permite un volumen de empleo constante en el total de cada puerto, con independencia de la irregularidad de cada concreta labor en un específico buque.

A tal efecto, entendemos que se podrían concebir dos canales básicos de fomento de la contratación por tiempo indefinido en este sector: de un lado, lograr el mayor número posible de relaciones laborales por tiempo indefinidos por los contratos de trabajo celebrados directamente por las empresas estibadoras; de otro lado, lograr que los trabajadores cedidos a las empresas estibadoras por las ETT y los centros portuarios de empleo tengan la mayor continuidad posible en su actividad laboral.

6.2. El fomento de la contratación indefinida en las empresas estibadoras

A pesar de la irregularidad del trabajo en la contratación con cada buque, insistimos, es posible que cada empresa estibadora muestre en la práctica una carga de trabajo mínima bastante estable en su actividad productiva, lo que no impediría que tuviera un porcentaje predeterminado de empleo por tiempo indefinido, sin que ello le perjudicase ni le provocase excesivas rigideces en sus plantillas. Naturalmente el modo de articularlo ello jurídicamente sería de cierta complejidad, pues la situación de cada puerto y de cada empresa puede ser diferente, lo que no significa que sea inviable una actuación por vía de la negociación colectiva a estos efectos.

La primera medida a comentar es la ya adoptada por los negociadores, por medio de una primera modificación del acuerdo estatal. Se trata de una medida que establece un mecanismo de subrogación contractual, como mecanismo de gestionar colectivamente el proceso de transición desde el modelo precedente al nuevo²¹. En gran medida lo contemplado en dicho acuerdo en materia de subrogación forma parte de la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017, que se recoge como anexo al Real Decreto-Ley 8/2017. Debe recordarse que la reforma de 2017 contempla la definitiva extinción de la SAGEP a la finalización del período transitorio de los tres años, o bien con anterioridad por separación de la misma de todos sus miembros. En ese proceso de transición, la norma concede a las empresas estibadoras accionistas de la SAGEP la posibilidad de separarse de la misma durante los seis primeros meses del período transitorio. En ese contexto, lo que contempla el pacto celebrado por las partes a nivel estatal es que las empresas estibadoras que aquellas empresas que hagan uso de esa facultad de separación individualizada se subrogarán en el personal de estiba portuaria que a la fecha de entrada en vigor del RDL de 2017 integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad, en las mismas condiciones que posee en ese momento, con aplicación por analogía de la precisión estatutaria en materia de subrogación legal por cambio de titularidad de la empresa (art. 44 ET). Se trata de una fórmula de subrogación contractual, por vía de convenio colectivo, perfectamente lícita, conforme a otros supuestos admitidos por nuestra jurisprudencia, que van más allá del cambio de titularidad empresarial contemplado legalmente²². Por lo demás, al tratarse de una materia no incluida dentro de las materias de preferente aplicación de los convenios de empresa o de puerto (art. 84.2 ET), el acuerdo estatal puede gozar de preferencia aplicativa respecto de los anteriores ámbito negociales (art. 83.2 ET). Por la dicción de la cláusula convencional y por las propias características de la subro-

²¹ Clausula sexta del Acuerdo de 7 de julio de 2017 (BOE 18 de julio de 2017), por medio de la cual se establece una nueva disposición adicional 7ª al IV acuerdo estatal.

²² SSTs de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014; 3 de mayo de 2016, rec. 3165/2014.

gación, al producirse la misma en las mismas condiciones, la empresa estibadora que se separe en estos términos asumiría a todo un colectivo de estibadores con contratos por tiempo indefinido; dado que se trata de estibadores contratados por la SAGEP conforme al modelo precedente, todos ellos se encontraban vinculados por contratos por tiempo indefinido, pasando ahora en estas condiciones a estar vinculados contractualmente de manera directa con la empresa estibadora; la única especialidad es que con la SAGEP estaban sometidos a una relación laboral de carácter especial, pasado ahora a transformarse en relación laboral ordinaria, si bien con el carácter de indefinidos y con la antigüedad que tenían reconocida en su relación con la SAGEP.

Eso sí, el volumen de trabajadores subrogados puede ser tan elevado que ello previsiblemente produzca dos efectos. Uno primero, probablemente el buscado por parte del acuerdo estatal entre las partes, el de convertirse en un desincentivo a la separación individualizada de algunas empresas estibadoras, pues esa separación individualizada puede comportar un sobredimensionamiento de su plantilla fija. Un segundo efecto, podría ser el de la subrogación seguida inmediatamente a continuación por un despido colectivo debido al mencionado sobredimensionamiento, con la ventaja de que la empresa estibadora se acoja a la ventaja ofrecida por la reforma de que no asume el coste del pago de las indemnizaciones por extinción contractual, pues la misma se desplaza hacia la autoridad portuaria²³.

En todo caso, como hemos apuntado, la fórmula de la subrogación convencional, junto a otras estrategias en paralelo sindicales y empresariales aboca a que la extinción de las SAGEP se vaya a producir a través de un proceso gestionado de manera conjunta y unánime por parte de todas las empresas estibadoras. Siendo ello razonable y objetivamente justificable, ha de entenderse como lícito el sistema subrogatorio introducido, a pesar del indudable elemento de penalización indirecta que comporta; razonable y objetivamente justificable especialmente por articular un sistema de transición laboral igualmente conjunto para todos los estibadores vinculados a una determinada SAGEP y dirigido a no provocar riesgos de pérdida de empleo no controlados de los estibadores actuales.

Situados en ese posible instante de la gestión colectivo de la desaparición de la SAGEP, las opciones que le ofrece la normativa es o bien extinguirse previo al correspondiente despido colectivo de sus empleados o bien su transformación en empresas de trabajo temporal, en concreto, conversión en centros portuarios de empleo. Probablemente en esa doble opción que ofrece la reforma de la estiba de 2017, entre en juego un proceso de negociación colectiva en cada puerto, donde esencialmente se baraje la opción de transformación en centros portuarios de empleo de las antiguas SAGEP. En todo caso, dejamos apartado este aspecto para tratarlo en el apartado sucesivo, relativo al funcionamiento en este sector a partir de ahora de las empresas de trabajo temporal y, en concreto de los centros portua-

²³ Apartado 4 de la disp. trans. 1ª RDL 8/2017, de 12 de mayo.

rios de empleo. Eso sí, por lo que afecta directamente a las empresas estibadoras, cabe pensar que en ese proceso de gestión colectiva de la desaparición de la SAGEP se negocie que parte de las empresas estibadoras se subroguen parcialmente en la plantilla hasta ahora contratada por la SAGEP que procedería a convertirse en centro portuario de empleo. De nuevo se trataría de una subrogación convencional, aplicada a un momento sucesivo al de la disposición del acuerdo estatal ya comentado, pero de efectos idénticos a los ya referidos, por lo que basta con decir que el resultado sería el mismo al ya comentado. Su licitud, por tanto, sería también idéntica a la ya defendida respecto de la anterior.

Más allá de la situación de transición, hemos de preguntarnos qué mecanismos negociales se podrían introducir a efectos de proporcionar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados directamente por las empresas estibadoras. Se trataría de reglas para ser aplicadas de manera permanente en el sector, dirigidas al conjunto de las empresas estibadoras, por tanto, no exclusivamente para las actualmente accionistas de la SAGEP, con impacto sobre todo para las de nueva constitución a partir de ahora, que pudieran homogeneizar la concurrencia mercantil entre todas ellas. Dos posibilidades cabrían al efecto.

Una primera posibilidad consistiría en establecer un porcentaje mínimo de contratación por tiempo indefinido dentro de las plantillas de las empresas estibadoras, cuya cifra exacta cabría referir a la carga de actividad portuaria contratada de manera estable por cada concreta empresa durante un período de tiempo precedente suficientemente ilustrativo; no se trataría de un porcentaje idéntico para cada puerto ni siquiera igual para cada empresa, pues se haría depender de la mayor o menor estabilidad en la actividad de cada puerto, así como de la mayor o menor intensidad de negocio de cada empresa estibadora. Esta posible regla genérica (después a aplicar en cada situación particular concreta) sería perfectamente correcta dentro del contenido lícito de los convenios colectivos del sector, lo sea a nivel estatal o de puerto, en la medida en que es respetuoso con la previsión general del marco regulatorio de los convenios (art. 85.1 ET) como del reconocimiento de la libertad de contratación establecida respecto de los trabajadores de la estiba (art. 2 RDL 8/2017). La libertad de contratación a nuestro juicio afecta a la voluntariedad en la contratación de un mayor o menor número de empleados y de poderlo hacer de manera directa sin necesidad de acudir a los servicios de las empresas de trabajo temporal. Sin embargo, no puede entenderse una regla dirigida a orientar la contratación por tiempo indefinido sea limitativa de la libertad de contratación en el sentido contemplado en la reforma de la estiba de 2017. Más aún, este tipo de reglas ha de entenderse que tendría toda su legitimidad y apoyo en constituir una respuesta de concreción al mandato de la Directiva sobre contratos de duración determinada dirigida a prevenir los abusos en la contratación temporal sucesiva. Incluso puede entenderse que es una regla que va en consonancia con la previsión del Reglamento UE sobre requisitos mínimos exigibles

a las empresas prestadoras de servicios portuarios²⁴. Es cierto que este tipo de reglas, de manera indirecta, provocaría un uso más reducido de la contratación temporal, bien sea la directa como sobre todo la indirecta vía empresas de trabajo temporal. No obstante, a estos efectos, debe tenerse presente también que la propia Directiva sobre empresas de trabajo temporal admite el establecimiento de restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores, que, entre otros fundamentos, puede basarse en “la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”²⁵. Aquí ni siquiera nos enfrentaríamos a una restricción formal del recurso a la cesión, si bien es evidente que puede tener un efecto reflejo, pero que a nuestro juicio sin duda entraría entre los fundamentos admitidos por la propia Directiva. Más aún, la propia Directiva admite que tales restricciones pueden derivar no sólo de la normativa estatal de transposición, sino que pueden encontrar su acogida por parte de los convenios colectivos²⁶. A mayor abundamiento, la propia normativa estatal de transposición contempla las mismas causas justificativas de las posibles restricciones, sin que en ningún momento exija que dichas restricciones sean establecidas por la norma estatal, ni por tanto prohíba que dichas restricciones se incorporen a través de la negociación colectiva²⁷.

Una segunda posibilidad de establecer algún tipo de reglas favorecedoras de la estabilidad en el empleo sería que los convenios aplicables a las empresas estibadoras asumieran la remisión recogida en el Estatuto de los Trabajadores dirigidos a prevenir la utilización de los contratos temporales con distintos trabajadores para desempeñar un mismo puesto de trabajo, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal (art. 15.5 p. 3 ET). Ha de tenerse en cuenta que esta remisión legal afecta a un aspecto concreto de la transposición de la Directiva sobre contratos temporales en lo que afecta al encadenamiento de contratos, pues ello se entiende que puede afectar también a supuestos de afectación a diversos trabajadores que sucesivamente desempeñan la misma

²⁴ “Es importante que todos los prestadores de servicios portuarios, a petición del organismo gestor del puerto, puedan demostrar su capacidad de atender a un número mínimo de buques, mediante la dotación necesaria de personal” (Considerando 14, desarrollado por el art. 4 del Reglamento UE 2017/352, de 15 de febrero (DOUE 3 de marzo), por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos).

²⁵ Art. 4.1 Directiva 2008/104, de 19 de noviembre (DOUE 5 de diciembre), relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

²⁶ Arts. 4.3 y 11 Directiva 2008/104, citada. Para el análisis de un aspecto muy singular del modo de aplicar estas restricciones a través de la negociación colectiva, STJUE 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, AKT Auto-ja Kuljetusalan, ECLI:EU:C:2015:173. Sobre la misma, M. Llano Sánchez, Prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal, *La Ley Unión Europea* n.º 27, Junio 2015. Cruz Villalón, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Temas Laborales n.º 130 (2015), pgs. 40 ss.

²⁷ Disp. adic. 4 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

ocupación²⁸. Se trataría en estos casos de conjurar los riesgos, ya advertidos con anterioridad, de que la conversión en indefinidos del encadenamiento de contratos temporales por parte de un mismo trabajador, de desarrollo de prácticas empresariales dirigidas e evitar dicha conversión por la vía del incremento de la rotación contractual con ocupación directa o indirecta de distintos trabajadores. Al final, se trataría de actuar sobre una misma realidad, sucesión de contratos temporales, con el mismo o diverso trabajador, que manifiesta la presencia de una necesidad de empleo permanente para la empresa, a pesar de que sea el resultado de contrataciones externas justificadas con otras mercantiles. Podría, así, actuarse con reglas complementarias o alternativas a las precedentes, que basándose en la remisión legal estatutaria, procediera a establecer reglas de conversión de temporales en indefinidos. A pesar de la indiscutible irregularidad del empleo en la actividad de la estiba, siempre es posible como ya indicamos detectar un volumen mínimo de necesidades de ocupación continuada en su intensidad, que podría permitir, con una eficaz organización del trabajo por parte de las empresas estibadoras, asumir este tipo de conversiones, sin por ello introducir rigidez en sus plantillas. En todo caso, más allá de cuáles puedan ser las estrategias negociales de las partes a estos efectos, lo que parece irrefutable es que el texto estatutario efectúa una remisión a la negociación colectiva, que puede asumirse con plena corrección jurídica por parte de los convenios colectivos de la estiba.

6.3. La continuidad del empleo en las empresas de trabajo temporal

Finalmente, la dosis mayor de inestabilidad laboral puede provenir de la presencia a partir de ahora en el ámbito de la estiba de los servicios prestados por las empresas de trabajo temporal, incluidos entre ellas los centros portuarios de empleo. Debe recordarse que el mecanismo de la cesión de las ETT comporta puestas a disposición temporales al servicio de las empresas usuarias, que en este caso se trataría de cesiones de estibadores a las empresas estibadoras por el tiempo requerido para la carga o descarga de un concreto buque. Más aún, que la normativa sobre ETT contempla la posibilidad de contratación temporal de ese trabajador por el tiempo coincidente del preciso para el objeto del contrato de puesta a disposición, siendo precisamente esta la fórmula universalmente utilizada en nuestro mercado de trabajo, con olvido de otras posibilidades legales. Por tanto, una extensión generalizada de la temporalidad se podría producir a resultas de la irrupción de las ETT en el sector.

Como ya adelantamos en el apartado precedente, uno de los escenarios posibles en el proceso de desaparición de las SAGEP es el de su transformación en ETT y, más en concreto, en centros portuarios de empleo. De acordarse dicha transformación, la misma por imperativo legal supone que la nueva entidad se

²⁸ STJUE 3 de julio de 2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Fiamingo y otros, apartado 72.

subrogará en los contratos de trabajo de los estibadores hasta entonces vinculados a la SAGEP, pues ni siquiera es necesario que se produzca la aplicación de las reglas estatutarias en materia de subrogación (art. 44 ET), pues aquí ni siquiera hay cambio de titularidad de la empresa, sino simplemente de una “modificación del estatus jurídico de la empresa” que requiere de informe previo del comité de empresa (art. 64.5 d ET). Lo relevante a los efectos que estamos tratando aquí es que desde el punto de vista contractual se mantienen de principio idénticas condiciones de trabajo, salvo aquella que por propia naturaleza deban alterarse a resultas del cambio producido por imperativo legal. Todos estos trabajadores vinculados hasta el presente a la SAGEP se encontraban vinculados por medio de un contrato por tiempo indefinido, de modo que en principio continuarían en idénticas condiciones. Pasaría de estar vinculados a un SAGEP a estarlo a una ETT, en concreto, a un centro portuario de empleo, lo que comportaría pasar automáticamente, de someterse a una relación laboral especial de estibador, a regirse por contrato por un contrato de trabajo ordinario pero sometido a la normativa general en materia de ETT. Ello se podría hacer manteniendo su condición de contrato por tiempo indefinido. En aplicación de la normativa sobre ETT podrán conservar su condición de trabajadores por tiempo indefinido (art. 10.1 LETT). Al igual que sucedía a través de su vinculación con la SAGEP, no habrá garantía de ocupación efectiva de manera continuada, pues ello depende de los contratos de puesta a disposición que se celebren con las empresas estibadoras. Pero mientras que esa falta de ocupación no tenía supónía especial perjuicio para el estibador, pues conservaba el grueso de su retribución, ahora ello no lo tiene garantizado pues a partir de su conversión en ETT desaparece esa obligación de abono de retribuciones durante los periodos de inactividad. Lo que antes no presentaba para el estibador una especial preocupación (la falta de cesión a las empresas estibadoras) sí que lo presenta a partir del cambio de referencia.

Dicho de otro modo, con ese cambio lo que se produce es una traslación de los riesgos de la irregularidad del empleo desde la SAGEP hacia los propios estibadores. En sentido técnico formal, a pesar de tratarse de contratos por tiempo indefinido, la ETT no asume obligación alguna de puesta a disposición mínima, de ocupación efectiva mínima en una empresa estibadora, de modo que se trataría en el sentido estricto del término un régimen plenamente identificado al denominado contrato de cero horas, que a través de esta concreta fórmula de puesta a disposición sería plenamente lícita en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, parece oportuno encontrar elementos de corrección que eviten este indeseable régimen de contrato de cero horas. Se trata, pues, de analizar hasta qué punto es posible adoptar desde la negociación colectiva algún tipo de medidas de equilibrio, que permitan un cierto reparto de la traslación de los riesgos derivados de la irregularidad del empleo propia de la actividad de la estiba en los puertos de interés general.

Ciertamente las medidas de posible incorporación a la negociación colectiva analizadas en el apartado anterior podrían paliar en parte un previsible escenario de generalizada temporalidad en el sector a partir de ahora. Pero se trata también de preguntarnos hasta qué punto serían lícitas otra serie de fórmulas introducidas a través de la negociación colectiva que, complementariamente a las anteriores, contemplaran también alguna fórmula de mantenimiento y continuidad en el empleo de los estibadores contratados por las ETT y, entre ellas, de los centros portuarios de empleo.

Ante todo, recordando lo ya dicho en cuanto a las reglas relativas a la estructura de la negociación colectiva y el obligado respeto al principio de correspondencia, las reglas adicionales que se podrían establecer lo serían exclusivamente a través de los convenios colectivos de ETT, sean de sector, de subsector o de empresa. En sentido negativo, a nuestro juicio no lo podrían ser por vía de los convenios colectivos de las empresas estibadoras, lo sean de sector o de subsector. Más allá de las restricciones indirecta al uso de la cesión vía ETT a las que nos hemos referido previamente, autorizadas por la Directiva y la normativa de transposición en nuestro ordenamiento interno, las reglas favorecedoras de la continuidad y mantenimiento del empleo de los estibadores contratados por las ETT para ser puestos a disposición de las empresas estibadoras deben quedar establecidos en los convenios de las primeras y no de las segundas.

En esa clave, las posibles reglas establecidas al efecto difícilmente podrían introducirse en el convenio estatal general para todas las ETT, pues se trataría en ese ámbito de una cuestión tan particular del sector de la estiba que es difícil que llega a ser materia a debatir en la comisión negociadora correspondiente. Por tanto, ello sólo sería concebible en un hipotético convenio colectivo de subsector para los centros portuarios de empleo o bien para en un hipotético convenio colectivo de empresa de un concreto centro portuario de empleo.

Por lo demás, las reglas concretas a pactar en dicho ámbito no serían fáciles de imaginar, pero siempre cabría proyectar algunos compromisos al respecto. Por ejemplo, compromisos de ocupación mínima efectiva de los ya contratados dentro del centro portuario de empleo, antes de realizar nuevas contrataciones por parte del centro portuario de empleo; o bien, para el personal de nuevo ingreso que no debe contratarse necesariamente por tiempo indefinido, uso de la posibilidad ofrecida por la normativa de ETT, que permite un contratación con destino a varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes y, con ello, también un compromiso mínimo de ocupación (art. 10.3 Ley de Empresas de Trabajo Temporal). En esa clave, sería igualmente posible celebrar compromisos de ocupación mínima, junto con el correlativo compromiso de ejecución adicional de ejecución de trabajo hasta la jornada máxima legal, en términos de aplicación analógica del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial con amplia disponibilidad a la realización de horas complementarias.

EL SISTEMA BRITÁNICO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CENTRO DE TRABAJO TRAS LOS ÚLTIMOS CAMBIOS NORMATIVOS

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Profesora Contratada Dra. (Titular acreditada) de Dº del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo*

EXTRACTO

Palabras Clave: representantes de los trabajadores, sindicatos, negociación colectiva, huelga

El sistema británico de relaciones laborales se ha caracterizado por el *collective laissez-faire* en el que los representantes de los trabajadores han desempeñado un importante papel en la adopción de acuerdos por los que se regulaban las condiciones laborales en las empresas. La crisis de representación sindical en el Reino Unido tiene su origen en el desmantelamiento de los derechos colectivos que han llevado a cabo las diferentes normas y políticas liberales de los distintos gobiernos. La descentralización de la negociación colectiva en las relaciones laborales inglesas, con un reflejo claro en la disminución de convenios sectoriales, fundamentalmente responde al descenso en la tasa de densidad sindical, la disminución en el número de sindicatos reconocidos para la negociación y en el número de *shop stewards*. Esto unido a la restrictiva reforma sobre la ley del derecho de huelga, que el propio gobierno contempla como un ataque a la libre competencia del mercado, agudizan la individualización de los derechos laborales con la consiguiente desprotección para los trabajadores, especialmente en el contexto del “Brexit”. No obstante, dada la realidad socioeconómica globalizada, cabe preguntarse si alguna de estas devastadoras perspectivas es perceptible en nuestro ordenamiento jurídico o el riesgo de contagio *ad futurum*.

ABSTRACT Key Words: workers’ representatives, union, collective bargaining, strike

The British labour relations system distinguishes itself by the collective *laissez-faire* in which workers’ representatives have played an important role in the adoption of agreements regulating labour conditions in companies. The union representation crisis in the United Kingdom has its origin in the dismantling of the collective rights that has been carried out by the different liberal norms and policies of the governments. The decentralization of collective bargaining in English labour relations, with a clear reflection in the reduction of sectoral agreements, fundamentally responds to the decrease in the union density rate, the more limited number of unions recognized for negotiation and in the number of *shop stewards*. Together with the restrictive reform on the law of the right to strike, which the government itself contemplates as an attack on free market competition, it sharpens the individualization of labour rights with consequent lack of protection for workers, especially in the context of the Brexit. However, given the globalized socioeconomic reality, it needs to be assessed if any of these devastating perspectives is perceptible in our legal system or the risk of contagion in the near future. could be agreed by collective agreements.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del MINECO, “El papel de los mecanismos de negociación y participación en la gestión del cambio en la empresa: reformas normativas y buenas prácticas”, ref. DER2014-52549-C4-3-R. La autora desea agradecer la orientación recibida del Profesor M. Wynn para la elaboración de este trabajo durante la estancia realizada a tales efectos en *Kingston Law School* (U.K.).

ÍNDICE:

1. EL CONTEXTO ACTUAL DE LAS RELACIONES LABORALES INGLASAS
2. LA TRANSFORMACIÓN DEL *SHOP STEWARD* COMO SUJETO DE REPRESENTACIÓN SINDICAL
3. LA DEBILIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. LA RESTRICTIVA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

1. EL CONTEXTO ACTUAL DE LAS RELACIONES LABORALES INGLASAS

El devastador impacto de la crisis económica sobre los distintos Estados Miembro de la Unión Europea ha conllevado trascendentales cambios jurídico-sociales cuyo exponente más destacado es el protagonizado por el Reino Unido con el proceso denominado *Brexit*¹, no exento de controversias políticas y legales².

Lo cierto es que el sistema británico de relaciones laborales ha conservado sus genuinas esencias, lo que le ha dotado de cierta singularidad y autonomía respecto de los ordenamientos laborales continentales³. El sistema del *common law* considera las *voluntary sources*⁴ o la ausencia de intervencionismo o regulación, como fuente de los derechos laborales, lo que se refleja de manera destacada en el *collective laissez-faire*, enunciado por KAHN-FREUD⁵. Se trata de uno de los principios fundamentales del Derecho laboral inglés que se basa en el poder colectivo de los trabajadores organizados frente al tradicional principio *freedom of contract*⁶. Es decir, si se entiende el principio de libertad

¹ El jueves, 23 de junio de 2016, el 51,9% frente al 48,1%, del total del 72% de las personas con derecho a voto en el referéndum convocado al efecto, expresaron su deseo de abandonar la Unión Europea. El proceso fue amparado por la resolución del Parlamento inglés *European Union Referendum Act 2015 (C 36)*, ratificada el 17 de diciembre de 2015. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/pdfs/ukpga_20150036_en.pdf (fecha consulta 12-06-2017).

² A la vista del resultado del referéndum, el gobierno, encabezado por la entonces, nueva Primera Ministra, T. May, expresó su intención de acogerse al mecanismo previsto en el art. 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE). No obstante, esto dio lugar al conocido asunto *R (on the application of Miller and Dos Santos) v Secretary of State for Exiting the European Union*, fallado por *The Supreme Court*, el 24 de enero de 2017, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf> (fecha consulta 12-06-2017). En virtud del fallo del Tribunal que dictaminó que el Gobierno del Reino Unido no podía iniciar la retirada de la Unión Europea sin una ley parlamentaria al respecto, por lo que el 16 de marzo de 2017, obtuvo la ratificación de la Reina la ley *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017 (C 9)*. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/9/pdfs/ukpga_20170009_en.pdf (fecha consulta 12-06-2017). Al respecto, *vide* Novitz, T., “Collective bargaining, equality and migration: the journey to and from Brexit”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, pp. 110-112.

³ Crouch, C., *Industrial Relations and European State Traditions*, Oxford University Press, 1993 (Oxford).

⁴ Deaking, S. y Morris, G. S., *Labour Law*, Sexta Edición, Hart Publishing (Oxford and Portland, Oregon, 2012), p. 68.

⁵ Kahn-Freud, O., *Labour and the Law*, 2 Ed., Stevens & Sons (London, 1977), p. 22.

⁶ Kahn-Freud, O., *Selected writings*, *Modern Law Review*, Stevens & Sons (London, 1978), p. 11.

del contrato como generador de los mismos derechos y obligaciones entre las partes, no se puede aplicar al ámbito de las relaciones laborales porque, como explica el Profesor inglés, el trabajador desde que decide aceptar el empleo, en tanto que se somete al poder empresarial, abandona esa posición de paridad con el otro contratante⁷.

En el origen de esta concepción de las relaciones laborales late la eterna discusión doctrinal entre los conceptos *individualism* y *collectivism* del Derecho colectivo británico⁸. Como admite el propio KAHN-FREUD⁹, la naturaleza individual del contrato de trabajo no debe privar a los jueces y al poder público, en general, de apreciar la verdadera relevancia de su vertiente colectiva, manifestada y organizada en sus representaciones sindicales. Insiste en que los tribunales deben evitar que el poder de los sindicatos sea relegado ilegalmente al ostracismo y limita a la vertiente individual el deber de salvaguardar el derecho al trabajo, como tal derecho del individuo y el ciudadano¹⁰. No obstante, a partir de los años ochenta comienza a producirse un cambio progresivo hacia la teoría del *individualism*. Los vaivenes políticos han influido de manera muy significativa en el ordenamiento laboral inglés desde sus inicios. De hecho, muchos sindicatos están vinculados al Partido Laborista¹¹, lo que les ha colocado en el centro de los restrictivos cambios legislativos durante las etapas de mandato del Partido Conservador¹².

La *Employment Act* de 1980 supuso el cambio más radical después de la elección, en 1979, del gobierno conservador encabezado por Mrs. Thatcher con una nueva política basada plenamente en el liberalismo económico. Esta norma retoma la estela restrictiva sobre los derechos sindicales que había promovido con anterioridad la *Industrial Relations Act* de 1971, sustituida fundamentalmente por dos normas. La *Trade Unions and Labour Relations Act* de 1974 (*TULRA*), con la que el sistema había avanzado hacia el reconocimiento y sostenibilidad económica de los sindicatos y por la importante *Employment Protection*

⁷ *Op. cit.*, p. 31.

⁸ Bogg, A., “‘Individualism’ and ‘collectivism’ in collective labour law”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, pp. 72-108.

⁹ Kahn-Freud, O., *Selected writings, op. cit.*, pp. 31-33. También, del mismo autor, *Law and Opinion in England in the 20th Century* (London, Stevens & Sons, 1959), p. 215.

¹⁰ Kahn-Freud, O., *Selected writings, op. cit.*, p. 37.

¹¹ En concreto, la creación del Partido Laborista inglés -en 1906 los líderes sindicales crearon su propia comisión parlamentaria- por oposición al intento de la Cámara de los Lores de eliminar el derecho a la huelga, *vide* Macgayghey, E., “La participación de los trabajadores en el Reino Unido: el monopolio accionarial y el Sistema del canal único sindical”, *Documentación Laboral*, n. 109 (1), 2017, p. 114.

¹² Destaca el radicalismo de la política liberal impulsada por la “Administración Thatcher” basada en la promoción del libre mercado y la competitividad extrema, *vide* Cabeza Pereiro, J., “Sindicalismo en el sector público británico”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n. 2, 1996, pp. 1132.

Act de 1975¹³, exponente de una corriente protectora de derechos sociales a lo largo de esa década¹⁴.

Efectivamente, tanto la Ley de empleo de 1980, como la siguiente *Employment Act* de 1982, perseguían dos objetivos declarados: “limitar el excesivo poder de los sindicatos” y “eliminar cualquier barrera al libre funcionamiento de los mercados”. En orden a esos fines, la regulación de ambas giró en torno a la restricción del recurso a la huelga, la eliminación de los *closed shops*¹⁵, la promoción de la libertad individual del trabajador frente al sindicato, la supresión de las estipulaciones de la negociación colectiva, la disminución de la protección de derechos frente al despido y la liberalización de servicios públicos¹⁶. Su impacto sobre las relaciones industriales británicas supuso la significativa reducción de los supuestos de *official industrial action* –huelga permitida- y, en definitiva, la dificultad de llevar a cabo conflictos colectivos reivindicativos por parte de los trabajadores quienes simultáneamente vieron reducidos también sus derechos individuales¹⁷. Bajo esta influencia y a modo de respuesta institucional a la larguísima huelga de los mineros de los años de 1984 y 1985¹⁸, se adoptó la *Employment Act* de 1988¹⁹, reafirmando la línea de limitación de derechos sindicales de las

¹³ Su importancia radicó en varios aspectos: estableció el derecho de los sindicatos a obtener el reconocimiento por parte de la empresa para ser parte de la negociación colectiva, amplió los derechos de los representantes sindicales, reguló nuevos procedimientos en material de despido y creó el ACAS –*Advisory, Conciliation and Arbitration Service*–, servicio consultivo que podía actuar a iniciativa de las partes o por requerimiento de un tribunal, y se regulan los *Wages Councils* –consejos compuestos por representantes empresariales y sindicales de determinados sectores que fijan los salarios mínimos de obligado cumplimiento- para establecer salarios mínimos en sectores en los que no existía la negociación colectiva voluntaria (agricultura, industria textil, hostelería y servicios).

¹⁴ Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, 13. Ed. Oxford University Press (Oxford, 2017), pp. 6-7. Análisis en detalle de la evolución legislativa de los años setenta en el Derecho Laboral inglés.

¹⁵ Literalmente “taller cerrado”. Consiste en la práctica sindical de determinados sectores mediante la cual se exige que los trabajadores estén afiliados a un determinado sindicato como requisito para acceder a un trabajo, *pre-entry closed shops*, o inmediatamente después, *post-entry closed shops*.

¹⁶ Elgar, J. Y Simpson, B., “The Impact of the Law on Industrial Disputes in the 1980s’ en AA. VV. (Metcalf, D. y Milner, S. (eds)), *New Perspectives on Industrial Dispute*, Ed. Routledge (London, 1993).

¹⁷ De manera radical, se suprimen los *Wages Councils* y aumenta la extensión de los periodos necesarios para poder acceder a determinados derechos, por ejemplo, la obtención de compensación por un *unfair dismissal* (despido improcedente) se incrementa de seis meses a dos años.

¹⁸ Fue una huelga masiva de los mineros británicos que paralizó en gran medida la industria del carbón de ese país. La huelga comenzó el 6 de marzo de 1984 y tuvo un seguimiento por todo el país de aproximadamente el 73 %, destacando zonas como el sur de Gales, que llegó a tener al 99 % de sus mineros en huelga. Finalizó el 3 de marzo de 1985, cuando todavía se mantenían en huelga el 60 % de los mineros. El fin de la huelga y la derrota minera, sobre todo del poderoso sindicato convocante, *National Union of Mineworkers* ante Thatcher permitió a su gobierno consolidar y poner en práctica todo su programa conservador y neoliberal. Vide RICHARDS, A. J., *Miners on Strike: Class Solidarity and Division in Britain*, Berg Publishers, (London, 1996).

¹⁹ Sobre esta norma y su impacto, Cabeza Pereiro, J., “Sindicalismo en el sector público británico”, *op. cit.*, pp. 1135-1137.

anteriores. En definitiva, estas leyes fueron las primeras de otras muchas normas²⁰ que supusieron un largo periodo de *deregulation* de los derechos laborales en el Reino Unido, llegando incluso a calificarse como “antisindical”²¹.

En el escenario que se ha descrito y hasta 1997, con el cambio de tendencia política en el Gobierno, las relaciones laborales se vieron inundadas por la corriente ideológica del *individualism* defendido por LORD WEDDERBURN²². El autor proporciona un análisis sutil y completo de la libertad de asociación en el ámbito internacional, europeo y del *common law*, con especial atención al desarrollo de los derechos sindicales con arreglo al art. 11 de la Carta Europea de Derechos Humanos. Se ha considerado una contribución a los debates constitucionales de ese tiempo, aunque su principal estudio se refirió al tratamiento judicial de la libertad de asociación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde el contraste analítico entre “individualismo” y “colectivismo” se despliega con más fuerza²³. Respecto de los derechos laborales, en concreto, defiende su naturaleza individual frente a la colectiva, con independencia de que su ejercicio deba realizarse por más de un trabajador aislado. Para él, es errónea la perspectiva sobre la vinculación de la “libertad de asociación” con el derecho de libertad sindical, para lo que alega a la concepción individual de la CEDH y la misma OIT de ese derecho, en consecuencia, el titular de los derechos es el trabajador y no el sindicato. Además, interpreta de esa forma muchos textos constitucionales de países europeos y defiende que debe ser posible el enfoque desde la perspectiva negativa del derecho a la libertad sindical. En conclusión, para Lord Wedderburn prima la naturaleza individual de los derechos laborales y se muestra desconfiado respecto de la fortaleza que, de otro modo, pueden disfrutar los sindicatos²⁴.

²⁰ Por citar las más relevantes, *Trade Unions Act* de 1984 que establece la necesidad de celebrar un referéndum previo a la convocatoria de una huelga como requisito de legitimidad u obliga a someter a votación la posibilidad del capital económico del sindicato para la financiación de *political funds*; las sucesivas *Employment Act* de 1988, de 1989, de 1990, todas muy restrictivas y prohibitivas respecto de cualquier modalidad de *closed shops* y, de manera muy significativa, restringiendo y endureciendo los requisitos de la huelga. Lo que continúa e incluso se refuerza en la *Trade Union Reform and Employment Rights Act*, de 1993, que crea la figura de los *Commissioner for Protection Against Unlawful Industrial Action*, continuadores de los *Commissioner of Rights of Trade Unions Members*. En ambos casos se trata de instituciones que facilitan al resto de trabajadores que no secundan la huelga y a los particulares ajenos al conflicto, que puedan obtener financiación para dirigirse a los tribunales con el objetivo de presentar demandas contra los sindicatos convocantes de la huelga.

²¹ Muy críticos con esta legislación, entre otros, Auerbach, S., *Legislation for Conflict*, Clarendon Press (Oxford, 1990) y Davies, P. y Freedland, M., *Labour Legislation and Public Policy*, Clarendon Press (Oxford, 1993).

²² Wedderburn, L. *Employment Rights in Britain and Europe*, Lawrence & Wishart (London, 1991), 138; el original, publicado en *Industrial Relations Journal*, n. 18, 1987. Para un estudio sobre su obra, en profundidad, Bogg, A., “The Hero’s Journey: Lord Wedderburn and the ‘Political Constitution’ of Labour Law”, *Industrial Law Journal*, n. 44 (3), 2015, pp. 299-347.

²³ Bogg, A., “‘Individualism’ and ‘collectivism’ in collective labour law”, *op. cit.*, pp. 82-83.

²⁴ Wedderburn, L. *Employment Rights in Britain and Europe*, *op. cit.*, pp. 144-150.

Con la victoria del partido conservador en 1992, de nuevo, un año más tarde se aprobó la *Trade Union Reform and Employment Rights Act* de 1993 (TURERA), en la misma línea restrictiva del derecho de huelga y, en general, del derecho sindical y de los sindicatos. Durante ese periodo, gran parte de la anterior hostilidad que sentían muchos sindicatos hacia la Unión Europea, desapareció como consecuencia de la protección legal que ofrecían las Directivas Europeas y las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los desprotegidos trabajadores ingleses²⁵. El retorno de los laboristas al gobierno, del *New Labour*, en 1997, tras dieciocho años de durísimas medidas de la anterior administración, hizo que existiese cierta “ansiedad” por retomar la vía de la protección social, lo que trajo consigo numerosas convocatorias de huelga. En 1998, sí se produjeron importantes avances en derechos laborales con normas como la *Employment Rights (Dispute Resolution) Act*, sobre el procedimiento del ACAS; la *National Minimum Wage Act* o la *Working Time Regulations*, como consecuencia de la obligación de transposición de la respectiva Directiva europea. Sin embargo, el poder de los sindicatos continuó siendo una preocupación para el nuevo gobierno, de manera que persistió en la política de desgaste hacia los agentes sociales, lo que dio lugar a la *Employment Rights Act* de 1999. Ahora bien, destaca positivamente de este periodo la *Human Rights Act* de 1998, a través de la que resultó directamente aplicable al derecho interno, incluido al derecho del trabajo, la regulación sobre la libertad de expresión, de religión o de asociación que reconocía la Convención Europea de Derechos Humanos.

Hasta el año 2010, los laboristas, con Mr. Blair al mando, traspusieron una serie de Directivas europeas con importantes repercusiones para los derechos laborales. En todo caso, la tendencia del legislador interno continuó en la senda de desconfianza hacia la protección otorgada por esas normas a los trabajadores, lo que hizo que en muchos casos se aprobasen con excepciones al texto originario, más proteccionista que la versión inglesa²⁶. Así, de esta época son normas tan relevantes para los trabajadores, en general, y, en particular para el grupo creciente de trabajadores atípicos, como la *Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations* del 2000, y muy próxima temporalmente, la *Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations*, cuya pareja se completaría en el año 2010, con la *Agency Workers Regulation*. A la vez se aprobaron distintas *Employment Relations Act* en 2002, 2004, 2008 y 2010, en la que se hacía especial énfasis en las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral, y se aprobaron normas específicas relacionadas con estos derechos y los de igualdad como la *Work and families Act* de 2006 y la *Equality Act* de 2010.

²⁵ Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, Sweet & Maxwell, 10 Ed (London, 2016), p. 3.

²⁶ Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law, op. cit.*, p. 10.

Bajo el lema político de “*Jobs, Jobs, Jobs*”, debido a las históricas tasas de desempleo que alcanzó el país como consecuencia de la crisis²⁷, los conservadores ganaron las elecciones en el año 2010. No obstante, la falta de mayorías suficientes, motivó que el gobierno resultara del acuerdo entre los dos partidos de talante conservador, los *Conservative* y el partido *Liberal Democrat*. Ciertamente esa coalición implicó cierto freno para las restrictivas políticas sociales que defendía el partido *Conservative*. Aun así, se produjo una intensa actividad legislativa, no exenta de limitaciones para los derechos laborales, en especial, sobre el despido improcedente, la regulación del salario mínimo y el acceso a los permisos parentales²⁸. Las principales leyes que se aprobaron fueron la *Enterprise and Regulatory Reform Act* de 2013, la *Growth and Infrastructure Act* de 2013, la *Children and Families Act* de 2014, la *Small Business, Enterprise and Employment Act* de 2015 y la *Deregulation Act* de 2015. Fruto de estas normas aparecen, por un lado, la nueva y controvertida categoría de trabajadores, los *employee shareholders*²⁹, y, a la vez, comenzó a ser una realidad el contrato de “*zero hours contract*”³⁰.

Estas medidas fueron avaladas en las urnas por los ingleses en el año 2015, que de nuevo apoyaron un gobierno conservador, esta vez encabezados por David Cameron. A pesar de que las normas laborales no figuraban en su *Manifiesto* de campaña electoral³¹, se refirió de manera concreta a la restricción de los conflictos colectivos, en particular, motivado por la huelga de los trabajadores en el metro de Londres durante el verano de ese año³², en la que algunos sitúan el antecedente más directo de la *Trade Union Act* de 2016³³. Aunque seguidamente se procederá a su análisis, baste ahora adelantar que se ha calificado como una de las normas

²⁷ Alcanza cotas históricas no vistas desde 1971, llegando al 74'1 % entre los trabajadores en edad de trabajar (entre los 16 y los 54 años). *Vide* Grimshaw, D., Johnson, M., Keizer, A., y Rubery, J., “Chapter 11: The governance of employment protection in the UK: how the state and employers are undermining decent standards”, en AA. VV. (Editores Piasna, A. y Myant, M.), *Myths of employment deregulation: how it neither creates jobs nor reduces labour market segmentation*, European Trade Union Institute (ETUI) (Bruselas, 2017), pp. 226-227.

²⁸ Hepple, B., “Back to the Future: Employment Law under the Coalition Government”, *Industrial Law Journal*, n. 42 (3), 2013, pp. 203 y ss.

²⁹ Literalmente, “trabajadores accionistas” que reciben del empleador o de la empresa matriz parte de su salario en forma de acciones, con un mínimo de 2000 libras. Se trata de una figura que degrada los derechos a un salario mínimo y a retribuciones periódicas, como derechos mínimos de los trabajadores.

³⁰ Sobre estos nuevos conceptos de trabajador, por todos, Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, *op. cit.*, pp. 99-133.

³¹ “2015 Manifiesto: The Conservatives”, <http://www.politico.eu/article/theresa-may-vs-david-cameron-manifestos-compared/> (fecha de consulta 19-06-2017).

³² <http://www.europapress.es/internacional/noticia-caos-londres-huelga-24-horas-metro-trenes> (fecha de consulta 19-06-2017). Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*, p. 14.

³³ Nombre completo, *Act to make provision about industrial action, trade unions, employers' associations and the functions of Certification Officer*.

más significativas en el ordenamiento laboral británico desde la *Employment Act* de 1980, en la misma línea conservadora³⁴.

2. LA TRANSFORMACIÓN DEL *SHOP STEWARD* COMO SUJETO DE REPRESENTACIÓN SINDICAL

La crisis de representación sindical en el Reino Unido tiene su origen en el desmantelamiento de los derechos colectivos que han llevado a cabo las diferentes normas y políticas liberales de los distintos gobiernos. La individualización de los derechos y de las relaciones laborales, así como el debilitamiento de los vínculos entre partidos y sindicatos ha disminuido considerablemente el poder de estos últimos³⁵. La descentralización de la negociación colectiva en las relaciones laborales inglesas, con un reflejo claro en la disminución de convenios sectoriales, fundamentalmente responde al descenso en la tasa de densidad sindical, la desaparición de los *closed shops*, la disminución en el número de sindicatos reconocidos para la negociación y en el número de *shop stewards*³⁶.

A pesar de que la evolución decreciente de la cifra de afiliación no se ha detenido en las dos últimas décadas³⁷, tanto en el sector público como en privado³⁸, lo

³⁴ Estudio en detalle y crítico con la norma, *vide* Ford, M. y Novitz, T., “Legislation for control: the Trade Union Act 2016”, *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016, pp. 277-298.

³⁵ Crouch, C., “Revised Diversity: From the Neo-liberal decade to beyond Maastricht”, en AA. VV., (Dir. Visser, J., y Ruyssveldt, V.), *Industrial Relations in Europe: Traditions and transitions*, Sage (London, 2005), pp. 358-375.

³⁶ Estas circunstancias ya se advirtieron como puntos débiles del sistema de relaciones laborales británico desde hace más de dos décadas, *vide* Gómez, S. y Pons, M., “Las relaciones laborales en el Reino Unido”, Documento de investigación, n. 283, Cátedra SEAT de Relaciones Laborales, IESE, Universidad de Navarra (Barcelona, 1994), pp. 36-37.

³⁷ En el año 2016 se estima que existen 6,2 millones de trabajadores afiliados, lo que implica un descenso de 275.000, respecto del año 2015 (un 4,2%), convirtiéndose en la cuota de afiliación más baja desde que comenzaron a elaborarse las estadísticas en 1995. Los niveles actuales de afiliación están muy por debajo del pico de más de 13 millones en 1979. Además de la caída de los niveles de afiliación sindical, entre 2015 y 2016, se produjo un aumento del número de trabajadores con empleo. Como consecuencia, la proporción de trabajadores que eran miembros sindicales cayó a 23,5% en 2016, frente al 24,7% en 2015. Esta es la tasa más baja de afiliación sindical registrada desde 1995. En concreto la tasa de afiliación ha disminuido 8.9 puntos porcentuales, de 32.4% en 1995. En cuanto al género, es más probable que las trabajadoras sean miembros de un sindicato. La proporción de empleadas que formaban parte de un sindicato era de alrededor del 25,9% en 2016, frente al 21,1% de los hombres. Y por nacionalidad, existe una proporción más alta de afiliados nacidos en el Reino Unido, tanto que alrededor del 25% de los empleados nacidos en el Reino Unido estaban en un sindicato en 2016, en comparación con el 16,2% de los empleados no nacidos en el Reino Unido. Datos de *Trade Union Membership 2016*, Department for Business innovation and Skills statistical Bulletin, Mayo 2017. <https://www.gov.uk/government/statistics/trade-union-statistics-2016> (fecha consulta 20-06-2017).

³⁸ Los niveles de afiliación sindical en el sector privado fueron de alrededor de 2.6 millones, una reducción de 66.000 desde 2015. La proporción de sindicalistas entre los empleados del sector privado cayó ligeramente de 13.9% a 13.4%, reflejando el crecimiento general del empleo y la disminución de la afiliación sindical. Realmente los cambios anuales, en el sector privado no fueron estadísticamente significativos, al contrario de los que ocurrió en el sector público en el que los niveles de afiliación sindical cayeron de 54.9% a 52.7% en 2016. Es decir, supuso un descenso de 209.000 trabajadores,

que se ha traducido en una gran masa de trabajadores que no se encuentran amparados por ningún convenio colectivo³⁹. Esta circunstancia ha sido considerada por la doctrina, el principal problema del actual sistema británico de relaciones laborales⁴⁰ porque conlleva una importante degradación de las condiciones laborales, especialmente en lo que se refiere a los salarios, lo que se ha traducido en cifras espeluznantes de pobreza⁴¹. Las evidencias de esta grave situación se manifiestan, por un lado, en la ausencia de certeza en la continuidad del empleo y en la falta de protección de los trabajadores que están en activo. Y, a la vez, en la proliferación de segundos empleos asociados a los trabajos *part-time*, la contratación de trabajadores a través de agencias de trabajo temporal, con el “contrato de cero horas”, como exponente máximo de esa temporalidad, o la transformación en falsos *self-employment* frente a la expulsión total del mercado de trabajo⁴².

Por lo tanto, puede afirmarse que el hecho de que las condiciones de empleo se hayan deteriorado tanto en el Reino Unido, tiene su origen en un debilitado contrapoder sindical que tradicionalmente negociaba con el empresario unos estándares de trabajo aceptables para ambas partes. La desaparición de la idea del *collective laissez-faire* de Kahn-Freud⁴³ junto con la “toxica combinación”⁴⁴ de la legislación inglesa y la normativa europea han desmantelado a la negociación colectiva como fuente de derechos y obligaciones laborales⁴⁵. Puede afirmarse

lo que supone que únicamente alrededor de 3.6 millones continúen afiliados en 2016. Datos de *Trade Union Membership 2016*, *ibidem*.

³⁹ Las estadísticas más recientes –de 2011- muestran que en el sector privado solo el 7% de los centros de trabajo cuentan con acuerdos sindicales sobre las condiciones salariales de sus trabajadores, lo que significa que solo afectan al 16% de los empleados de empresas privadas. Mientras que en el ámbito privado estas estadísticas permanecen inalterables prácticamente desde 2004, en el sector público se ha producido una importante caída desde el 70% de centros de trabajo con trabajadores afectados por condiciones pactadas en la negociación colectiva, lo que representaba un 57% de trabajadores, hasta la actual del 44% de los empleados públicos. Datos de *Workplace Employment Relations Survey First Findings*, Department for Business innovation and Skills, Julio 2014. <https://www.gov.uk/government/collections/workplace-employment-relations-study-wers#keypublications-of-the-2011-wers> (fecha consulta 20-06-2017).

⁴⁰ Ewing, K., y Hendy, J., “New perspectives on collective labour law: trade union recognition and collective bargaining”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, p. 23.

⁴¹ En los años 2012-2013 se llegó a alcanzar un total de 6,7 millones de personas sin hogar y 13 millones, en la pobreza absoluta. Hills, J., Cunliffe, J., Obolenskaya, P. y Karagiannaki, E., “Falling Behind, Getting Ahead: The Changing Structure of Inequality in the UK, 2007-2013”, en *Social Policy in cold climate. Research report 5*. Centre for Analysis for Social Exclusion. London School of Economics and Political Science, (London, 2015). <http://sticerd.lse.ac.uk/dps/case/spcc/RR05.pdf>. (fecha consulta 20-06-2017).

⁴² Un excelente estudio sobre estas relaciones de trabajo “atípicas” en el Reino Unido, Wynn, M., “Atypical Workers and the Gig Economy in the UK: the New Precariat”, en AA. V., *Cambio laboral y políticas inclusivas*, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2017, pp. 33- 49.

⁴³ Kahn-Freud, O., *Labour and the Law*, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

⁴⁴ Novitz, T., “Collective bargaining, equality and migration: the journey to and from Brexit”, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁵ Lewis, R., y Simpson, B., *Striking a balance? Employment Law after the 1980 Act*, Wiley-Blackwell (Oxford, 1981), pp. 9-10.

que la representación sindical en la empresa ha sido la base de la democracia industrial del Reino Unido. Desde las *Combinations Acts* (1799-1801), pasando por los elitistas y restringidos *craft unions* o gremios, hasta su evolución hacia los *industrial unions* o sindicatos de industria y posterior agrupación en la *Trade Unions Congress (TUA)*⁴⁶, el asociacionismo inglés ha pasado por diversas etapas, pero siempre caracterizándose por su defensa de la clase obrera a través de la negociación colectiva, por un lado, como fuente de derechos y obligaciones, y por otro, de la conflictividad colectiva, como método de presión y defensa frente al poder empresarial.

Ahora bien, la verdadera relevancia de los sindicatos ingleses como agentes sociales ha venido determinada, en gran medida, por la incorporación de los poderosos *shop steward* a su ámbito de influencia. Se trata de una de las figuras más característica del sistema de representación británico en el centro de trabajo⁴⁷. De hecho, su aparición se vincula directamente al *branch* o sección de trabajo, encontrándose su antecedente en los “capataces de las de las industrias tipográficas” o *father of chapels*⁴⁸, o incluso en el *staff* o *departmental representative* de las industrias manuales⁴⁹. La fortaleza de los *shop steward* provenía de la legitimidad que le otorgaba el hecho de ser elegido por los compañeros del centro de trabajo para representarles directamente ante el empresario durante la negociación de sus condiciones laborales. Era precisamente ese contacto real y sin intermediarios en las fábricas lo que les faltaba a las *unions*, por lo que empezaron a asumirlos y nombrarlos como propios representantes, a pesar de la oposición de muchos de ellos que preferían mantener su independencia⁵⁰.

Los rasgos que caracterizaban al *shop steward* se determinaron en la llamada “Comisión Donovan”⁵¹ al aclarar que, si bien podían ser representantes elegidos

⁴⁶ La Confederación Única de Sindicatos reunió a las asociaciones sindicales con carácter oficial; se instituyó en 1868, tras los Consejos de Manchester y SalFord. Al respecto, *vide* Stuart, M., y Martínez Lucio, M., *Partnership and Employment Relations*. Routledge, (London, 2005), pp. 1–22. En realidad, se trata de un órgano de coordinación y formación de las actividades y de los líderes sindicales, con una estructura y reglamentación propia, pero sin capacidad de intervención directa en la negociación colectiva, ni en la convocatoria de huelga, por sí mismos; en la actualidad agrupa a más de 5.6 millones de trabajadores y alrededor de 50 sindicatos. *Vide* <https://www.tuc.org.uk/about-tuc> (fecha consulta 21-06-2017).

⁴⁷ Un riguroso estudio en profundidad de esta figura, *vide* Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, REDT, n. 53, 1992, pp. 363 y ss.

⁴⁸ *Op. cit.*, pp. 369. Aceptado de manera generalizada como tal antecedente histórico, https://en.oxforddictionaries.com/definition/father_of_the_chapel (fecha consulta 21-06-2017).

⁴⁹ Ferrando García, F., “Aproximación al Derecho británico en material de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 43, 2003, p. 123.

⁵⁰ Sobre el movimiento más representativo de esta corriente, *Shop Stewards' and Workers' Committee Movement*, que se produjo tras la I Guerra Mundial, *vide* Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, *op. cit.*, p. 369.

⁵¹ Al respecto, se refiere a esta posibilidad el “Informe de la Comisión Donovan”, *Royal Commission on Trade Unions and Employers Association (Donovan)*, *Relations Industrielles*, Vol.

por los miembros de los sindicatos de los trabajadores del centro de trabajo, y actuar en su nombre⁵², nada impedía que el *steward* representara a varias *unions*, o que fuese elegido por los compañeros del lugar de trabajo, con independencia de cualquier afiliación sindical, e incluso que sin resultar votado, lo designase el sindicato y lo aceptase –tácitamente, también era válido– el empresario⁵³. En todo caso, a partir de los años 70, la condición del *shop steward* como representante sindical u *officials* se consolidó. La *Industrial Relations Act* de 1971, en la definición que más tarde acogió la *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act (TURLCA)* de 1992, consideraba *official* al dirigente sindical o quien tuviese a cargo una rama o sección del mismo, es decir, un *officer*⁵⁴. Pero también, a la persona elegida o designada de acuerdo con los reglamentos sindicales para actuar como representante de sus afiliados, o de alguno de ellos, aun cuando esté vinculado a través de contrato de trabajo con el mismo empresario que sus representados; en otras palabras, un *shop steward*⁵⁵. Es así como la asimilación entre los interés de los sindicatos ingleses y de los representantes de los trabajadores se profesionalizó⁵⁶. La convergencia de su liderazgo y capacidad de actuación resultó muy beneficiosa para el movimiento obrero británico que vivió momentos de enorme apogeo, justo antes del comienzo de las restrictivas medidas neo-liberales, con el mandato de Margaret Thatcher⁵⁷.

La peculiaridad más significativa de los *shop steward*, en el desarrollo de sus funciones representativas, reside en su doble condición como representantes del sindicato y de sus afiliados, a la vez que se encargan de la defensa de los intereses de los trabajadores en el centro del trabajo, con la complejidad añadida de la eventual multiplicidad sindical. Esto hace que, en realidad, constituyan el canal de comunicación más directo entre el trabajador y el sindicato de manera

23, n. 4, 1968. <https://www.erudit.org/fr/revues/ri/1968-v23-n4-ri2805/027959ar.pdf> (fecha consulta 22-06-2017).

⁵² Como lo establecían convenios colectivos del momento; al respecto *vide* Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, *op. cit.*, p. 370.

⁵³ *Royal Commission on Trade Unions and Employers Association (Donovan)*, *op. cit.*, <https://www.erudit.org/fr/revues/ri/1968-v23-n4-ri2805/027959ar.pdf> (fecha consulta 22-06-2017).

⁵⁴ Son estrictamente miembros de los órganos de gobierno o del consejo de administración del sindicato, según la *Section 119* de la *TURLCA*. La distinción entre *officials* y *officer*, en Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, *op. cit.*, pp. 370-371.

⁵⁵ *Section 119* de la *TURLCA*. Lo analiza Ferrando García, F., “Aproximación al Derecho británico en material de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa”, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁶ Con el tiempo, se fueron creando estructuras de funcionamiento más complejas para su coordinación como los *joint shop stewards committees* o de reconociendo mayor jerarquía o influencia a los más antiguos, los *convenors*. Sobre las funciones de cada uno y su creación, Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, *op. cit.*, pp. 382-384.

⁵⁷ Se refiere a esa restrictiva regulación laboral, con la Guerra Fría como telón de fondo, Ewing, K., y Hendy, J., “New perspectives on collective labour law: trade union recognition and collective bargaining”, *op. cit.*, pp. 26-27.

que sus actuaciones han sido consideradas por los tribunales como de la propia *unión*, lo que en la práctica implicó responsabilizarles de las consecuencias de sus actuaciones, si no se oponían a ellas abiertamente⁵⁸. Por éste motivo, muchos sindicatos dejaron de apoyar la debilitada conflictividad colectiva⁵⁹. Más adelante se volverá sobre ese impacto tan negativo de la normativa sobre los derechos de huelga y otros conflictos colectivos. Pues bien, sin poner en duda la relevancia de los *shop steward* y de las *trade unions* como actores sociales, parece razonable asociar a su menguada influencia, la actual debilidad del sistema británico de relaciones laborales. Esto se manifiesta en el análisis de dos de sus principales actividades: la negociación colectiva y la conflictividad laboral⁶⁰.

3. LA DEBILIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Con base en el *common law*, la negociación colectiva ha ocupado un papel principal a la hora de regular las condiciones laborales de los trabajadores⁶¹, frente a la normativización que ha caracterizado a los modelos continentales. No obstante, ese tradicional voluntarismo ha ido cediendo frente a la postura gubernamental que promovió la “formalización de la negociación colectiva en la empresa”⁶² con la finalidad de controlar los conflictos surgidos de las diferencias entre las condiciones laborales propiciadas por los acuerdos alcanzados en los distintos centros de trabajo⁶³. De hecho, con la *Industrial Relations Act* de 1971 el convenio colectivo formalizado por escrito adquiere naturaleza contractual en-

⁵⁸ En este sentido, existen pronunciamientos muy importantes, por ejemplo, el recaído en los asuntos “Heatons Transport v. Transport and General Worker’s Union” (1973) o, en la misma línea “General Aviation Services (U.K.) v. Transport and General Worker’s Union” (1976). Sobre estos y otros casos, *vide* Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, *op. cit.*, pp. 373-382.

⁵⁹ Elgar, J. Y Simpson, B., “The impact of the industrial disputes revisited: a perspective on developments over the last two ddecades”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, pp. 11-12. Analizan los concretos conflictos colectivos y huelgas que se han llevado a cabo, el comportamiento sindical al respecto y asuntos judiciales de mayor relevancia, concluyendo que la fuerza sindical se ha debilitado considerablemente en las últimas dos décadas.

⁶⁰ Ewing, K., y Hendy, J., “New perspectives on collective labour law: trade union recognition and collective bargain”, *op. cit.*, p. 24.

⁶¹ Sobre esta tradición histórica en las relaciones laborales, Deaking, S. y Morris, G. S., *Labour Law*, *op. cit.*, p. 6 y ss.

⁶² La llamada “Comisión Donovan” (*op. cit.*) recomendó eliminar las diferencias entre la negociación colectiva “formal” y la “informal”, es decir, entre la de sector y la de los centros de trabajo, para eliminar las diferencias salariales debidas a las mejoras de los pactos alcanzados en ese segundo ámbito. Además de esta manera también consideran positivo que los sindicatos se responsabilizasen de gestionarla. A tales efectos se crearon diversos organismos: *National Board for Prices and Incomes* (1965-1970), *Commission on Industrial Relations* (1968-1974) y el *ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service)* (en 1974). Sobre esto, *vide* Ewing, K., y Hendy, J., “New perspectives on collective labour law: trade union recognition and collective bargaining”, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁶³ De este tipo de acuerdos solían ocuparse los *shop steward*, Ferrando García, F., “Aproximación al Derecho británico en material de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa”, *op. cit.*, p. 125.

tre las partes. Sin embargo, la *Trade Unions and labour Relations Act* de 1974, derogó rápidamente esta disposición, por la fuerte oposición de los sindicatos, pasando a considerarse, de nuevo, un “*gentlemen’s agreement*”⁶⁴ excepto pacto expreso en contra. De forma que el convenio colectivo sólo vincula a los afiliados al sindicato firmante, o bien, a los trabajadores individuales cuando esas cláusulas se incorporen a sus contratos respectivos, en base a la costumbre en ese sector productivo. Además, esta norma estableció un concepto amplio del derecho colectivo y de las cuestiones susceptibles de constituir su objeto, materia que fueron restringiendo paulatinamente en las siguientes normas⁶⁵.

Así, la *Employment Act* de 1980, delimitó la la parte empresarial, al referirse al “su” empresario, únicamente. Y, la importante *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act (TURLCA)* de 1992, enumeró las materias sobre las que pueden versar los conflictos de trabajo, es decir, las materias que pueden ser objeto del contenido de los convenios. En concreto, señaló las condiciones de empleo, contratación, suspensión o extinción del contrato de trabajo, poder disciplinario, distribución de tareas y puestos de trabajo, prerrogativas concedidas a los representantes sindicales (*officials*) y los mecanismos sobre la propia negociación colectiva⁶⁶. Estas disposiciones fueron completadas por el *Code of Practice*, n. 3, del ACAS⁶⁷, pero también por normas más específicas. Cabe mencionar, en relación con los casos de sucesión de empresa, la *Transfer of Undertakings (Protection of Employment), Regulations* de 2006⁶⁸, y sobre el sector público, la *Trade Union Act* de 2016 que contiene una serie de medidas sobre la reglamentación de las horas sindicales y la posibilidad de su limitación, siempre que esa regulación no interfiera en el derecho a la negociación colectiva y no sea contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁹. No obstante, en atención al tradicional “voluntarismo” de las relaciones laborales inglesas, no existe obligación legal de negociar ni por parte de los empresarios, ni por parte de los sindicatos. Es más, según el *common law*, será necesario el “reconocimiento” del sindicato por parte del empresario, como representante de

⁶⁴ Así lo defendió Kahn-Freud, O., *Labour and the Law*, *op. cit.* p. 22. De esta forma, según la tradición del derecho inglés, el incumplimiento de este “pacto entre caballeros” únicamente conllevaría como sanción que, hacia el futuro, las partes incumplidoras carecen de credibilidad.

⁶⁵ Dukes, R., “The statutory recognition procedure 1999: no bias in favour of recognition?”, *Industrial Law Journal*, n. 37 (3), 2008, pp. 238-240.

⁶⁶ De conformidad con las *Sections 168-173 y 178 (2) TURLCA 1992*. Sobre estas normas, Elgar, J. Y Simpson, B., “The impact of the industrial disputes revisited: a perspective on developments over the last two decades”, *op. cit.*, pp. 9-18.

⁶⁷ *Time off for Trade Union Duties and Activities, Section 168 (3)*. Especialmente importante como guía de buenas prácticas según el sector de la empresa y para su aplicación en equidad, constituyendo una prueba válida en juicio.

⁶⁸ Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood’s Employment Law*, *op. cit.*, pp. 681-686.

⁶⁹ Ewing, K., y Hendy, J., “The Trade Union Act 2016 and the Failure of Human Rights”, *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016, p. 391.

los trabajadores, para que pueda desarrollar la negociación colectiva⁷⁰. Se trata de un derecho que se adquiere con su propia ejecución, por ejemplo, se ha considerado que un sindicato gozaba de este derecho si los conflictos colectivos que mantenía contra el empleador eran considerados como tales⁷¹. Asimismo, la mayoría de los problemas surgidos en torno a esta figura se solucionan a través del proceso de mediación, arbitraje o conciliación⁷².

Por lo tanto, la cuestión de la *recognition* es fundamental a la hora de determinar la fortaleza sindical porque implica la titularidad de los derechos de información y consulta inherentes a esa condición de representantes de los trabajadores⁷³, además dar validez a su participación como interlocutores en el proceso de negociación⁷⁴. Por eso, el gobierno del *New Labor*, a través de la *Employment Relations Act* de 1999⁷⁵, impulsó una nueva regulación de este procedimiento. Con anterioridad, la *Employment Protection Act* de 1975 también intentó establecer un marco normativo que ofreciese cierta seguridad jurídica frente a la discrecionalidad empresarial, pero su impacto fue muy limitado debido a la imprecisión de sus disposiciones y, en especial, por la reticencia de la autoridad pública a imponer a los empresarios la negociación colectiva con los sindicatos⁷⁶.

La actual regulación del derecho a la *recognition*⁷⁷ deja fuera a las empresas pequeñas⁷⁸, lo que ha sido criticado por la doctrina al considerar que es una vía

⁷⁰ De hecho, los empresarios quedarán vinculados por los términos de lo acordado, así se pone de manifiesto en *National Union of Gold, Silver and Allied Trades v. Albury Bros Ltd*, 1977, ICR 530. Analizado en Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*, p. 693.

⁷¹ *TURLCA* de 1992, *Sections 218 (1) (g), 244(1) (g)*.

⁷² Entre 2015 y 2016 fueron atendidos 11,5% de casos sobre *recognition*, según *ACAS Annual Report 2015-16*. (<http://www.acas.org.uk/media/pdf/f/m/2015-16-acas-annual-report-accounts-accessible.pdf>. (fecha consulta 26-06-2017).

⁷³ Esto se ve claramente en *Union of Shop, Distributive and Allied Workers v. Sketchley Ltd*, 1981, ICR 644, sobre los derechos de información y consulta en el caso de un despido colectivo, *vide* Dukes, R., "The statutory recognition procedure 1999: no bias in favour of recognition?", *op. cit.*, pp. 241.

⁷⁴ Tienen derecho a recibir información de las negociaciones de las condiciones de trabajo, a ser consultados antes de los despidos colectivos, recibir información en caso de sucesión de empresa, recibir toda la información relativa a los derechos de seguridad y salud, así como de los derechos de protección social de los trabajadores; por último, tienen derecho a un crédito horario para realizar sus actividades sindicales. En la *TURLCA 1992*, con sus modificaciones. En la jurisprudencia, por ejemplo, Al respecto, entre otros, un análisis pormenorizado de los mismos, Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*; otra estructura, pero muy académico, Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, *op. cit.*

⁷⁵ *Section 1, Schedule 1*; modificó la *Schedule 1 A TURLA* de 1992.

⁷⁶ Esta regulación fue derogada por la *Employment Act* de 1980, al respecto, *vide* *ACAS Annual Report* de 1980; también, Ewing, K., y Hendy, J., "New perspectives on collective labour law: trade union recognition and collective bargaining", *op. cit.*, p. 45; Dukes, R., "The statutory recognition procedure 1999: no bias in favour of recognition?", *op. cit.*, pp. 244-245.

⁷⁷ No se modifica, según la *Trade Union Act* de 2016, no modifica nada sobre este derecho en *Schedule 4, "Minor and Consequential Amendments"*, *Section 22*, sobre lo previsto en *TURLA* de 1992 (c. 52).

⁷⁸ Es aplicable a empresas de al menos veintiún trabajadores en la plantilla, *Schedule 1 A*, apartado 7. *TURLA* de 1992 (c. 52). Se estima que excluye al 31% del tejido productivo inglés, Deaking, S. y Morris, G. S., *Labour Law*, *op. cit.*, p. 879.

para que el empresario pueda eludir los derechos que le representación a través de la descentralización productiva⁷⁹. En este punto, hay que tener en cuenta que el TJUE ofrece un concepto amplio de “trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal”, dentro del marco de aplicación de la normativa europea. La consecuencia directa es que la protección dispensada en cuanto a los derechos de representación debe incluir a todos los tipos de trabajadores a los que se refiere la Directiva 2008/104/CE –art. 3-, tanto a efectos de representante como de representado. Lo contrario, según el TJUE, supondría reducir el ámbito de aplicación “de manera excesiva e injustificada” y limitar el “efecto útil de la Directiva”, aunque debe ser el órgano nacional el que finalmente verifique si concurren las características de una relación laboral, con independencia de la denominación de la relación formalizada⁸⁰. En efecto, la normativa vigente, establece un procedimiento de reconocimiento subsidiario al voluntario y sólo posible como última alternativa al libre pacto de las partes⁸¹. En este caso, debe iniciarse a instancia de parte y será el *Central Arbitration Committee (CAC)* el que impondrá el sindicato al empresario para llevar a cabo la negociación colectiva de las condiciones básicas de trabajo⁸², siempre que la *union* demuestre que cuenta con el apoyo mayoritario de los trabajadores de la unidad de negociación. Se considera que se da esta situación cuando más del 50 por ciento de esos trabajadores se encuentran afiliados a los mismo o, en caso de no alcanzar esa cifra, mediante la obtención del 40 por ciento de votos de los trabajadores, de la unidad de negociación⁸³.

En realidad, esta regulación se ha considerado más como un procedimiento para facilitar la solución voluntaria de las reclamaciones sobre el reconocimiento. No obstante, el énfasis dado a los beneficios del acuerdo voluntario dentro del procedimiento podría, a primera vista, sugerir cierta continuidad con la legislación de arbitraje y reconocimiento obligatorios del pasado, lo cierto es que una mirada más cercana revela que los objetivos y el esquema de éste son diferentes⁸⁴. En otras palabras, promueve el acuerdo voluntario como un bien en sí mismo, propicio para el fomento de la flexibilidad y la salvaguardia de las opciones empresariales. Al re-

⁷⁹ Ewing, K., y Hendy, J., “New perspectives on collective labour law: trade union recognition and collective bargaining”, *op. cit.*, p. 44. Muy crítico, Deaking, S. y Morris, G. S., *Labour Law, op. cit.*, p. 879.

⁸⁰ STJUE de 17 de noviembre de 2016, asunto C-216/15; “Betriebsrat der Ruhrländklinik GmbH y Ruhrländklinik GmbH”. El TJUE estima que se trata de trabajador de ETT el personal de enfermería sin contrato de trabajo puesto a disposición de un establecimiento sanitario por una asociación sin ánimo de lucro.

⁸¹ Se introdujeron pequeñas modificaciones en la *Employment Relations Act* de 2004.

⁸² *Schedule 1 A*, apartado 3 (3) y (4). *TURLA* de 1992. Será solo sobre salarios, jornada y vacaciones, aunque las partes pueden ampliarlo voluntariamente.

⁸³ *Schedule 1 A*, apartados 18 a 22 (2). *TURLA* de 1992. Lo que determinará, asimismo, un criterio para establecer la propia unidad de negociación. Sobre esto, Deaking, S. y Morris, G. S., *Labour Law, op. cit.*, pp. 886-887.

⁸⁴ Dukes, R., “The statutory recognition procedure 1999: no bias in favour of recognition?”, *op. cit.*, pp. 266-267.

dactar el procedimiento de 1999, el objetivo declarado del Gobierno de Blair no era promover el reconocimiento sindical o la negociación colectiva, sino fomentar el acuerdo voluntario como requisito previo para el establecimiento y mantenimiento de asociaciones en el lugar de trabajo. A pesar del incentivo que supuso esta normativa para la negociación colectiva de empresa en detrimento de la sectorial, el aparente nuevo empoderamiento de los *shop stewards* o de los *joint shop stewards committees*, según el ámbito del convenio y el número de sindicatos implicados, no se regularizó en ninguna norma. Prevalece, por tanto, el carácter voluntarista del sistema inglés, lo que significa que el convenio colectivo no quedará incorporado al contrato individual del trabajador por el mero hecho de que las partes firmantes sean su empresario y sus representantes. Esa implementación entre las condiciones laborales del trabajador sólo es posible con un mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador. De la misma manera, las partes pueden acordar su inaplicación, lo que sitúa al trabajador en una posición de debilidad ante las posibles presiones ejercidas por el empresario en esa línea⁸⁵, con total libertad e impunidad.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *House of Lords en Associated Newspapers Ltd. v. Wilson y Associated British Ports v. Palmer* declaró que determinadas prácticas encaminadas a buscar la renuncia individual por parte del trabajador, del convenio colectivo, suponían una vulneración del derecho a la libertad sindical y del art. 11 CEDH, pues “al afectar a una actividad esencial de los representantes de los trabajadores” -la negociación colectiva- desincentivan la afiliación sindical⁸⁶. Sin embargo, en el año 2009, en el caso *Demir v. Turkey*, el Tribunal consideró que la negociación colectiva, si bien es muy importante en la acción de representación sindical, no es el único mecanismo para llegar a acuerdos de las condiciones laborales. A pesar de esta apreciación, estimó que el gobierno turco vulneraba el citado art. 11, al impedir la negociación colectiva en el sector público⁸⁷. Esta doctrina fue aplicada por los tribunales del Reino Unido en dos casos sobre el sistema de reconocimiento, en el sentido de que el estado tiene la obligación de dotar de instrumentos legales a los sindicatos para que puedan obligar al empresario a su reconocimiento para llevar a cabo la negociación colectiva⁸⁸.

⁸⁵ Deaking, S. y Morris, G. S., *Labour Law, op. cit.*, p. 889.

⁸⁶ Asunto de 1995, IRLR 258, HL. Se trataba del ofrecimiento, por parte de empresas, tanto públicas, como privadas, de mejoras salariales individuales a cambio de la renuncia al convenio o para dejar sin efecto el mandato representativo de los negociadores. STEDH de 2 de Julio de 2002, n. de recursos 30668/96, 30671/96 y 30678/96.

⁸⁷ IRLR 766, 48 EHRR 1272.

⁸⁸ En el *obiter dicta* del asunto *NetJets Management Ltd v Central Arbitration Committee and Shyshare*, 2012, IRLR 986; 2013, 1, All ER 288, Supperstone J.; y en los fundamentos jurídicos del asunto *R v central Arbitration Committee and Pharmacists' Defence Association Union*, 2014, IRLR 278, Keith J; también en *R (on the application of Boots management Services Ltd) v Central Arbitration Committee (Secretary of State for Business, Innovation and Skills intervening)*, 2014, EWHC 2930 (Admin.); 2014, IRLR 887 at (8).

Ahora bien, la explicación más congruente sobre el fallo del Tribunal en el asunto *Demir*, era que realmente sí se infringía el derecho a la libertad sindical al prohibir a un empresario y a un sindicato llevar a cabo la negociación, lo que no significa que se obligue al empresario a negociar con un determinado sindicato. En esta línea, en el año 2016, se ha pronunciado el TEDH en el caso *Unite the Union v. United Kingdom*⁸⁹, en el cual dirimió acerca de la legalidad de la abolición del acuerdo del salario mínimo en el sector agrícola. El sindicato *Unite* recurrió alegando que esa actuación suponía una interferencia del gobierno en la negociación colectiva y, en consecuencia, del derecho a libertad sindical proclamado en el art. 11 CEDH. El Tribunal europeo dejó fuera del ámbito de aplicación de este asunto la doctrina del caso *Demir* y explicó que una cosa era que el estado prohibiese la negociación colectiva y otra, que obligase a que se llevase a cabo. No obstante, el fallo sí reconoce que los estados están obligados a facilitar esa negociación entre las partes sociales, pero se limita a reconocerlo como un derecho en positivo, junto con el derecho al empleo. La doctrina ha destacado, además, que el Tribunal ha puesto el énfasis en el amplio “margen de apreciación” que tiene la legislación estatal al regular este derecho, lo que parece dejar abierta la posibilidad a que los sindicatos británicos reclamen que el sistema de reconocimiento, tal y como está, es contrario al art. 11 CEDH, y se imponga una mínima obligación a negociar⁹⁰.

Además, la Comisión de Expertos de la OIT⁹¹ ha confirmado que el procedimiento de reconocimiento no se ajusta al derecho de sindicación y de negociación colectiva protegido en el Convenio 98. Si bien la modificación del procedimiento para adaptarlo a la OIT parece poco probable en el corto plazo, las decisiones futuras sobre la conformidad del procedimiento con el CEDH podrían requerir una reforma legislativa. A pesar de las enmiendas a la legislación para hacer frente a las críticas relativas a las normas de lucha contra la discriminación y las prácticas desleales, la exclusión de las pequeñas empresas y el trato peyorativo a los sindicatos independientes, serían muy bienvenidas, pero no alteraría el marco básico del procedimiento de *recognition*. En cambio, la crítica de la Comisión de Expertos a la exigencia de un apoyo mayoritario para el que se produzca el reconocimiento, va al núcleo del procedimiento. Como recordó el Comité, es un principio establecido de la OIT que cuando ningún sindicato represente a más del 50 por ciento de los trabajadores del ámbito de negociación, los derechos de negociación

⁸⁹ (Application 65397/13) (2016) 63 EHRR SE 7.

⁹⁰ Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law, op. cit.*, pp. 694-696. Hace un análisis de esta doctrina y defiende la necesidad de que se imponga un Sistema obligatorio de negociación mínimo, en base a esa interpretación sobre el “margen de apreciación” de cada Estado, que hace el TEDH en el asunto *Unite the Union v. United Kingdom*, sobre el art. 11 CEDH.

⁹¹ Informe del Comité de Expertos de la O.I.T. sobre la aplicación de los Convenios y de las Recomendaciones, 2013, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/relconf/documents/meetingdocument/wcms_205472.pdf: (fecha consulta 28-06-2017).

colectiva deben ser otorgados a todos los sindicatos con miembros en el ámbito de negociación. La adecuación de la normativa inglesa a ese principio exigiría una reconsideración de la premisa central sobre la que se construye: el reconocimiento es ante todo una cuestión de libre elección y el reconocimiento legal sólo debe concederse cuando la mayoría de los trabajadores lo deseen⁹².

Lo cierto es que la doctrina, en términos generales, es muy crítica con el procedimiento actual sobre la negociación colectiva, de manera especial porque proporciona mucho poder a los empresarios sobre los derechos sindicales y las posibilidades efectivas para su ejercicio. A la vez que otorga demasiados instrumentos judiciales ante el *CAC* o la *High Court* que dificultan en exceso un proceso normal de negociación. Consideran estos autores que el sistema de negociación colectiva basada en la empresa ha fallado y, por tanto, es necesario reformularlo, dejar de aplicar “cuidados paliativos” y cambiar la perspectiva, de manera que la negociación supraempresarial sea el mínimo del que debe partir la negociación en el lugar de trabajo. Históricamente en el Reino Unido existen dos tipos muy diferentes de sistema de negociación colectiva, con dos instrumentos legales diferentes. Estos son, respectivamente, el modelo que regula la negociación colectiva basada en acuerdos “multiempresariales”, creados y sustentados por el derecho administrativo. Y, el modelo representativo formulado en torno a la empresa o partes de ella, creado y desarrollado por mecanismos de derecho laboral. Lo que propone esta doctrina es un redescubrimiento y “reconciliación” con el primero, utilizando la legislación para potenciar la acción administrativa y al mismo tiempo minimizar la discrecionalidad burocrática. Instan a la ley y a los poderes públicos para reconstruir las estructuras de negociación colectiva y, a través de ella, avanzar hacia una sociedad “más democrática, más equitativa, más eficiente económicamente y más integrada legalmente”⁹³.

Como ha venido ocurriendo prácticamente desde los años 80, los sindicatos deben continuar demostrando su capacidad de adaptación a los cambios legislativos, cada vez más restrictivos en relación con el ejercicio de sus funciones representativas. Las abundantes unidades productivas que carecen de representación sindical hacen que se planteen incógnitas sobre aspectos fundamentales respecto del futuro de las relaciones laborales colectivas, si bien, continúa existiendo un fuerte compromiso de las *unions* con el sistema de relaciones laborales colectivo⁹⁴. Se trata, en definitiva, de un gran desafío para los sindicatos que deberán

⁹² Dukes, R., “The statutory recognition procedure 1999: no bias in favour of recognition?”, *op. cit.*, pp. 266-267.

⁹³ Ewing, K., y Hendy, J., “New perspectives on collective labour law: trade union recognition and collective bargaining”, *op. cit.*, p. 46. Como ejemplo paradigmático se refieren al asunto *Cable and Wireless*, en el que se presentaron más de cinco recursos que tuvo que resolver el *CAC*, además de llevarse a cabo las revisiones judiciales posteriores.

⁹⁴ Elgar, J. y Simpson, B., “The impact of the industrial disputes revisited: a perspective on developments over the last two decades”, *op. cit.*, p. 22.

recuperar su papel central en la negociación colectiva la cual, a su vez, para ser realmente efectiva, debe afectar a un importante número de trabajadores.

4. LA RESTRICTIVA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE EL DERECHO DE HUELGA

Hasta la segunda mitad del siglo XIX, muchos aspectos relacionados con los conflictos colectivos en el ámbito laboral se consideraban incumplimientos contractuales de carácter grave (*conspiracy*) y, por tanto, sometidos a la jurisdicción criminal y a la civil, para exigir la responsabilidad por los daños causados (*torts*)⁹⁵. Fue con la *Trade Union Act* de 1871 cuando se comenzó a proponer que se restringiera la responsabilidad de los sindicatos por la participación de los *shop stewards* en huelgas o protestas. Ese mismo año, la *Criminal Law Amendment Act* recogió esa limitación en torno a la persecución criminal por la participación en la huelga⁹⁶ y, en la misma línea, la *Conspiracy and Protection of Property Act* de 1875 determinó que el acuerdo de dos o más personas para participar en una protesta no implicaba, por sí misma, una actuación de *conspiracy* imputable a la *unión* directamente, ni una actividad calificable como criminal, en definitiva⁹⁷.

Ahora bien, mientras en el ámbito penal se restringía o eliminaba la responsabilidad de los sindicatos por las acciones colectivas de protesta, en el ámbito civil continuaba exigiéndose la reparación por daños a las *unions*. Existe algún pronunciamiento judicial destacable que ya apreció entonces la necesidad de que exista intencionalidad maliciosa o un motivo ilegal para que se pueda declarar la existencia de *torts*⁹⁸. Sin embargo, en el mismo periodo los tribunales también aprobaron la creación de una responsabilidad civil “específica” por “conspiración e inducción a la ruptura del contrato”⁹⁹. En el trascendental asunto *Taff Vale*¹⁰⁰ el juez estimó que un sindicato podría ser denunciado y tener que responder por *tort*. Esto suponía que todos los recursos económicos del sindicato podían ser susceptibles de ser exigidos para hacer frente a esa responsabilidad, incluidos los destinados para completar las prestaciones en caso de enfermedad de los trabajadores. No obstante, la oposición generada implicó que, en 1906, la *Trade Dispu-*

⁹⁵ Sobre el concepto de los *torts*, Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, *op. cit.*, p. 376.

⁹⁶ Esto tuvo su repercusión directa en la huelga de los empleados de la compañía del gas, de 1972, tal y como se manifestó en el asunto *R v Bunn (1872) 12 Cox CC316*. Al respecto, Wallington, “Criminal Conspiracy and Industrial Conflict”, *Industrial Law Journal*, n. 4, 1975, p. 69.

⁹⁷ Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*, pp. 723-725.

⁹⁸ Así los manifiesta la *House of Lords* en el asunto *Allen v. Flood (1898) AC 1, HL*. E insiste en tener en cuenta el contexto general de exención de responsabilidad del sindicato que empezaba a impedir la demanda por responsabilidad de quién no tuviese un interés directo en el asunto.

⁹⁹ *South Wales Miner's Federation v. Glamorgan Coal Co. (1905) AC 239, HL*.

¹⁰⁰ *Taff Vale Railway Company v. Amalgamated Society of Railway Servants (1901) AC 426, HL*.

tes Act estableciera la inmunidad sindical frente a la acción *in tort* por las actuaciones desarrolladas en el contexto de una huelga o de un conflicto colectivo. En concreto, reconocía la exención completa de responsabilidades para los *officers* o los afiliados a un sindicato, en general, por las *trade disputes* o acciones “amparadas o fomentadas por una *trade unión*”. Esta importante previsión legal ha sido denominada “*golden formula*”¹⁰¹ y ha supuesto una garantía de los derechos que amparan a los representantes sindicales en sus actividades de protesta. No obstante, el concepto central de esta institución es el de *trade disputes* que, en un principio, ofrecía una definición aperturista y muy general que permitía amparar a la mayoría de las acciones desarrolladas en el ámbito de las relaciones laborales. Este status protector fue recogido por la *Trade Disputes Act* de 1965, en virtud del que se falló el asunto *Rookes v. Barnard*¹⁰².

Todo este esquema fue alterado a través de la restrictiva *Industrial Relations Act* de 1971¹⁰³ que reguló, de nuevo, la ilegalidad de las acciones colectivas en base a las antiguas normas de derecho civil. Sin embargo, en 1974, la *Trade Union and Labour Relations Act* restableció las garantías legales anteriores y la *Trade Union and Labour Relations (Amendment) Act* de 1976, amplió la inmunidad frente a los *tort* ante las responsabilidades por pérdidas efectivas o futuras ocasionadas por una acción de protesta colectiva. A pesar de esto, la doctrina considera que con esa norma las garantías de exención de responsabilidades ya se debilitaron porque los tribunales comenzaron a aplicar de manera muy estricta la “*golden formula*”, lo que implicó que prosperaran demandas frente a los trabajadores individuales por consecuencias de las acciones colectivas de protesta¹⁰⁴.

La llegada del partido Conservador al gobierno, en las elecciones de 1979, dentro de un clima de descontento general – *winter of discontent*¹⁰⁵– supuso el comienzo de reformas legislativas sobre las *industrial action* que, tras cuarenta años condujeron a una importante restricción del derecho de huelga y de las acciones colectivas de protesta de los trabajadores, en general¹⁰⁶. Durante ese periodo se

¹⁰¹ Esta expresión procedente de la *Conspiracy and Protection of Property Act* de 1875, en realidad fue así denominada por Wedderburn, L., tal y como señala Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, *op. cit.*, p. 456.

¹⁰² (1964) AC 1129, 1 All ER 367, HL. En realidad, recuperaba los razonamientos de *Allen v. Flood*, sobre la necesidad de tener un interés legítimo para poder reclamar la responsabilidad del sindicato. Al respecto, un análisis de estos asuntos en Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*, pp. 724-725.

¹⁰³ Sobre esta norma, Cabeza Pereiro, J., “La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra”, *op. cit.*, p. 377.

¹⁰⁴ *NWL Ltd v. Nelson* (1979) IRLR 478, HL; *Express Newspapers Ltd v. McShane* (1980) IRLR 35, HL; *Duport Steels Ltd v. Sirs* (1980) IRLR 116, HL. Esta postura y estos asuntos en Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*, p. 725.

¹⁰⁵ Expresión acuñada por los periódicos de la época y que recoge la doctrina, Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*, p. 725; también Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, *op. cit.*, p. 461.

¹⁰⁶ Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, *op. cit.*, p. 460-463, analiza diferentes casos - “la famosa trilogía”- entre los que destaca *Express Newspapers v McShane* (1980) que trae su causa de un conflicto

aprobaron seis normas que afectaron directamente a la restricción de estos derechos. Destaca la llevada a cabo por la *Employment Act* de 1980, al restringir la inmunidad por la participación en conflictos colectivos, ya que amplió la legitimación a los sujetos pasivos que no estén directamente involucrados en la contienda, es la llamada “*secondary action*” (*Section 17*). Se restringió el concepto de *trade unions*, de manera que solo quedaban exentas de responsabilidades las que contaban con la *recognition*, según la *Employment Act* de 1982, *Section 14*. La misma norma, abolió la inmunidad total con la que contaban los sindicatos, de manera que queda sometida a la misma responsabilidad que los *officers* y los afiliados (*Section 15*). Como consecuencia de la aplicación estricta de la “*golden formula*”, comenzaron a llevarse a cabo votaciones previas a las acciones colectivas para determinar el apoyo de los concretos trabajadores y la posible demanda por *tort* contra las *unions* (*Trade Union Act* de 1984, *Sections 10 y 11*) y en la misma línea, esa ley incluso impuso el control de los asuntos internos de los sindicatos, lo que se completó en 1988, con la *Employment Act*. A través de esta última, se regularon las exigencias de votaciones previas a la huelga, en cada centro de trabajo y, en general, se regularon una serie de medidas tendentes a aumentar la responsabilidad sindical y debilitar la capacidad de las acciones colectivas. La cantidad de normativa sobre estas cuestiones condujo a que en 1992 se aprobase una norma de consolidación, la *Trade Union and Labour Relations Act (Consolidation)*¹⁰⁷, actualizada un año más tarde por la *Trade Union Reform and Employment Rights Act* que impuso la obligación de la votación previa a la acción colectiva, unido a la limitación del concepto de *trade disputes* (*section 244*) y, en consecuencia, a la ampliación de la responsabilidad por daños del sindicato de la que únicamente quedaría exento si llevaba a cabo una acción de repulsa formal. Este concepto restrictivo respecto de la “inmunidad” de los sindicatos fue secundado por la jurisprudencia que, por ejemplo, no estimó *trade disputes* en asuntos como el *University College London Hospital NHS Trust v. Unison* (1999). En ese caso sucedía que el hospital cambiaba de titularidad pública a depender de empresarios privados, ante lo cual los trabajadores se manifestaron exigiendo el mantenimiento de sus derechos. Sin embargo, el Tribunal no lo interpretó como un conflicto laboral, al considerar que son problemas entre distintos empresarios, no sobre las condiciones laborales de los trabajadores. Esta doctrina se trasladó a

originado entre los trabajadores de algunos periódicos de tirada provincial y los representantes de esas empresas. Sucede que, ante un impago de salarios, estos secundan una huelga y a continuación se producen 105 despidos. Se judicializa el asunto y la Corte de Apelación efectivamente negó la posibilidad de que interviniera la asociación nacional de periodistas, al tener legitimación esos sindicatos, al igual que los empleadores legitimados eran los de los periódicos afectados directamente y no, como pretendían, la asociación a nivel nacional.

¹⁰⁷ La responsabilidad del sindicato en esta norma la analiza Ferrando García, F., “Aproximación al Derecho británico en material de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa”, *op. cit.*, pp. 145-146.

numerosos pronunciamientos¹⁰⁸. En realidad, esta legislación implicaba tantas dificultades que estos derechos de protesta colectiva se convirtieron, prácticamente, en “instrumentos inexplorados”¹⁰⁹.

Tras la victoria laborista de 1997, la *Employment Relations Act* de 1999 simplificó la exigencia legal sobre la votación previa a la huelga, a la vez que amplió la protección por despido improcedente derivado de la participación en un conflicto colectivo¹¹⁰. No obstante, el fracaso de estas bienintencionadas previsiones del legislador pronto resultó evidente ante la restrictiva interpretación de los tribunales¹¹¹. En todo caso, aunque la *Employment Relations Act* de 2004 mantuvo como requisito básico para la autorización de cualquier tipo de conflicto colectivo el de exigir una votación previa de los trabajadores afectados, lo cierto es que introdujo importantes medidas para amparar a los trabajadores despedidos por participar en una acción colectiva de reivindicación de sus derechos. De hecho, la doctrina ha afirmado que, si bien “no se puede afirmar que se garantice el derecho de huelga como tal” (...), es “lo más cerca que la legislación del Reino Unido ha estado nunca” de reconocerlo¹¹².

Con la vuelta al gobierno de la coalición de los partidos de derechas, en el año 2010, la discusión doctrinal ya no se planteaba sobre la pertinencia de la exigencia de la votación previa al conflicto, si no entorno al porcentaje que debería establecer la ley para considerarlo legal. En este contexto, el gobierno conservador, tras revalidar en solitario la mayoría en el año 2015 e imponerse el ala más dura del partido, rápidamente promulgó la conocida *Trade Union Act* de 2016 (*TUA*)¹¹³. Esta norma calificada como “el mayor ataque lanzado contra los sindicatos británicos desde los años 80”¹¹⁴ persigue como objetivo claro aumentar la debilidad del ya mermado poder de las *unions* en las relaciones laborales inglesas. Fundamentalmente sus principales modificaciones legislativas pretenden, en primer lugar, desposeer de legitimación negociadora a los sindicatos del sector público para controlar los salarios de este ámbito, amparándose en la inflación ocasionada

¹⁰⁸ Analiza éste y varios supuestos similares, Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, op. cit., p. 456-458.

¹⁰⁹ Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, op. cit., p. 726.

¹¹⁰ Fue considerada el mayor avance en los derechos sociales de los trabajadores en muchos años, vide Ewing, K. D., “Freedom of Association and the Employment Relations Act 1999”, *Industrial Law Journal*, n. 28 (4), 1999, pp. 283-289.

¹¹¹ Por todos, asunto *London Underground Ltd v national Union of Rail, Maritime and Transport Workers* (2001) IRLR 228, CA. Comentada por Wedderburn, L., en *Industrial Law Journal*, n. 30 (3), 2001, pp. 206 y ss.

¹¹² Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, op. cit., p. 727.

¹¹³ Nombre completo “*An Act to make provision about industrial action, trade unions, employers' associations and the functions of Certification Officer*”, de 4 de mayo de 2016. La Ley fue aprobada el 9 de diciembre de 2016, después de su paso satisfactorio por el Parlamento el 30 de noviembre de 2016. La mayoría de las disposiciones de la Ley entraron en vigor el 1 de marzo de 2017.

¹¹⁴ Ewing, E., “El draconiano proyecto de Ley de Sindicatos del Reino Unido: ¿un precedente para otros países?”, *Equal Times*, 15 de octubre de 2015. <https://www.equaltimes.org/la-aprobacion-en-el-reino-unido> (fecha consulta 12-07-2017).

por la crisis económica. En segundo lugar, impone unas exigencias burocráticas a los sindicatos para dificultar sus posibilidades de acceso a los fondos públicos, indispensables para promover su acción sindical, es decir, sus objetivos políticos. Y, en la misma línea, endurece los requisitos para promover conflictos colectivos legales. Dicho de forma clara y concisa, se trata de una norma tremendamente reaccionaria con los derechos de los trabajadores que retrotrae la capacidad de actuación de los sindicatos “a los años 20”¹¹⁵.

En efecto, el incremento del control de los poderes públicos sobre la acción sindical se puso de manifiesto desde el mismo proyecto ley¹¹⁶. De hecho, la mayoría de las estipulaciones de esta norma provienen directamente del “Manifiesto”¹¹⁷ presentado por el partido conservador donde, bajo el título de “trabajo para todos” ya proponía regular el proceso de huelga, al que calificaba de “antidemocrático”. Y, más en concreto, se refería a que mejorarían los servicios públicos aumentando el control del gubernamental sobre ellos. Por su parte, este documento se basaba en otro que reclamaba un cambio de políticas, el denominado “*Modernising Industrial Relations*”, del año 2010¹¹⁸ que se centraba en el sector público, de manera especial y, en términos generales, se cuestionaba la necesidad del derecho de huelga en el actual sistema de relaciones laborales, en el que cualquier trabajador individual podía acudir ante los tribunales a reclamar contra el empresario. Es decir, consideraban que el derecho a la libre empresa estaba por encima de cualquier otro y no podía verse afectado por las protestas de los trabajadores¹¹⁹.

Siguiendo esas propuestas, se ha ampliado el poder del *Certification Officer (CO)* que controla la legalidad de la huelga, pero ahora, además, podrá directamente multar al sindicato infractor o exigirle más documentación. El motivo alegado por el legislador para aumentar las exigencias administrativas y con ello, dificultar el ejercicio de la acción colectiva de protesta, es el “interés general”, no obstante esta ampliación de potestades ha sido muy criticada por la doctrina, al considerar que convierte al *CO* en “juez y parte”¹²⁰. Además, con el objetivo de limitar la jurisprudencia del asunto *RMT v Serco*¹²¹ que reconocía al sindicato la posibilidad de negarse a suministrar determinada información de sus miembros,

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Por todos, Ford, M. y Novitz, T., “An Absence of Fairness...Restrictions on Industrial Action and Protest in the Trade Union Bill 2015”, *Industrial Law Journal*, n. 44 (4), 2015, pp. 522-550.

¹¹⁷ <https://manifiesto2015/ConservativeManifiesto2015.pdf>. (fecha consulta 13-07-2017).

¹¹⁸ Holmes, E., Lilico, A. y Flanagan, T., *Modernising Industrial Relations* (London: Policy Exchange, 2010), disponible en <http://www.policyexchange.org.uk/images/publications/modernisingindustrialrelations%20-%20sep10.pdf>. (fecha de consulta 13-07-2017).

¹¹⁹ Bogg, A., “Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State”, *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016.

¹²⁰ Ford, M., y Novitz, T., “Legislation for control: the Trade Union Act 2016”, *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016, pp. 280.

¹²¹ (2011), ICR 848; cfr. Con *Balfour Beatty v Unite* (2012), ICR 822.

con la nueva regulación, el *CO* está legitimado para investigar a los sindicalistas que participen en una acción colectiva de protesta y, si lo estima oportuno, sancionarle directamente.

En la misma línea, se crea la nueva figura del *picket supervisor* –“el supervisor de piquetes”, literalmente- cuya identidad será comunicada a la autoridad policial. Éste deberá de identificarse claramente, hasta el punto que el Proyecto legislativo preveía que llevaría un “brazalete o insignia” y añadía la obligación de mostrar su “carta de autorización” a “cualquier persona que se lo solicite”. Ambas cuestiones se han matizado en el texto definitivo de la Ley, a consecuencia de las reflexiones vertidas por el informe “*Government response to consultation on tackling intimidation of non striking workers*”¹²². Ahora la obligación de mostrar la autorización que identifica al *picket supervisor*, se limita ante su empresario, quién es el responsable de trasladar los datos pertinentes a las fuerzas del orden público –nueva sección 220A (4) *TURLA*-. Y, la previsión sobre portar un determinado símbolo en su vestimenta, teniendo en cuenta también la *Data Protection Act* de 1998, se ha suavizado por otra más general según la que sólo es preciso que lleve algo con lo que resulte “fácilmente identificable”. Finalmente, el Gobierno no ha elevado esta legislación a la ya amplia gama de leyes penales y civiles que rigen las acciones de protesta en la UK. En su lugar, adoptó un compromiso de actualizar el Código de Prácticas sobre piquetes “para aclarar el conjunto de acciones legales”, y protecciones que ya existen “y proporcionar” orientaciones claras sobre el uso responsable de las redes sociales durante los conflictos laborales”. Sin embargo, todavía no se ha redactado¹²³.

A pesar de las matizaciones que se han introducido en el trámite parlamentario, la figura del *picket supervisor* resulta muy criticable. Teniendo en cuenta que la práctica de *blacklist*¹²⁴ se encuentra muy extendida e interpretada con cierta permisividad por la propia jurisprudencia¹²⁵, a pesar de su prohibición¹²⁶, y que ya

¹²² *Government response to consultation on tackling intimidation of non striking workers* n. 14, noviembre 2015, pp. 33-39. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/473515/BIS-15-621-government-response-document-to-tackling-intimidation-consultation.pdf (fecha consulta 17-07-2017).

¹²³ Ford, M., y Novitz, T., “Legislation for control: the Trade Union Act 2016”, *op. cit.*, p. 288.

¹²⁴ Sobre el concepto de esta figura, su regulación y su impacto en el derecho de huelga, Ewing, K. D., “Freedom of Association and the Employment Relations Act 1999”, *Industrial Law Journal*, n. 28 (4), 1999, pp. 283-298.

¹²⁵ Al respecto es significativo el asunto *Smith v Carillion (JM) Ltd*, (2014) UKEAT, por la que se establece que los empresarios que contraten trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal no están obligadas a responder ante estos por su registro en este tipo de listas, ya que su contrato de trabajo no es con esa tercera empresa. Un análisis del caso en Thomson, M., “No blacklisting compensation for agency workers”, *Construction Law (Journal)*, n. 6, 2015, pp. 26-29.

¹²⁶ A partir de *Employment Rights Act* de 1999, se recoge expresamente en su *Section* n. 3. No obstante, durante los años siguientes varios informes de los sindicatos alertaron sobre la continuidad de esta práctica y en el año 2010 se aprobó un desarrollo reglamentario de la norma de 1999, *Employment Rights Act Blacklist Regulations (ERABR)*. Esta regulación supone la prohibición de incluir a un afiliado a un sindicato a un representante sindical en cualquier lista o base de datos

existía una previsión al respecto de este “responsable del piquete” en el *Code of Practice on Picketing* de 1992, elevarla al rango legislativo sólo pretende exponer más a los trabajadores que secunden la huelga, y más en concreto, a los que la encabezen, por lo que afectará muy negativamente su libertad individual.

Lo cierto es que estas medidas, por sí mismas, podrían considerarse contrarias al derecho de huelga, tal y como se reconoce en los Convenios n. 87 y otros de la OIT, o bien del art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, en el asunto *RMT v. United Kingdom*¹²⁷ la Corte Europea de Derechos Humanos corroboró la legalidad de las disposiciones normativas del derecho inglés en torno a la posibilidad de que terceros no directamente afectados por la huelga, emprendan acciones legales¹²⁸. Esto va en la línea del asunto adoptado en Gran Sala unos años antes, en *Demir and Baykara*¹²⁹, en el que se estableció que la regulación del derecho de huelga no contradecía las normas internacionales que únicamente exigían su reconocimiento genérico y no determinaban los límites o requisitos que cada estado individualmente pudiese adoptar. Ahora bien, ante la actual regulación, cabría preguntarse si se sigue ajustando al criterio de la proporcionalidad sobre el que había girado la defensa del sistema británico en aquellos casos¹³⁰.

A parte de estos antecedentes que se han reflejado en la *TUA* de 2016, esta ley contiene numerosas innovaciones normativas, en la misma senda restrictiva con las políticas sociales. Una de las medidas más controvertida es la que se refiere a los nuevos umbrales correspondientes a las preceptivas votaciones previas al ejercicio del derecho de huelga. La nueva redacción de la subsección 2, de la *section* 226, exige que un mínimo del 50 por ciento de las personas con derecho a voto lo ejerzan para que la huelga se considere legal, a lo que se añadió además, en el paso del Proyecto de ley por la *House of Lords*, que en seis de los “servicios públicos importantes” –sanidad, educación, bomberos, transportes, instalaciones de material radiactivo o de combustible, y policía de fronteras (nueva *section* 2, E)– sólo será posible convocar una huelga si cuenta con el apoyo de, al menos, el 40 por ciento de las personas con derecho a voto. Este nuevo umbral, añadido en el trámite parlamentario, es abiertamente supone una dificultad mayor para el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito público, sobre todo, teniendo en cuenta la amplitud de las actividades a las que se refiere y su falta de concreción¹³¹. Por

sobre esta circunstancia. Sobre este tema, Deaking, S. y Morris, G. S., *Labour Law, op. cit.*, pp. 844-849.

¹²⁷ (2014), IRLR 467.

¹²⁸ Bogg, A., y Ewing, K. D., “The Implications of the RMT Case”, *Industrial Law Journal*, n. 43 (3), 2014, p. 221.

¹²⁹ (2009), IRLR 766.

¹³⁰ Ewing, K. D., y Hendy, J., “The Trade Union Act 2016 and the Failure of Human Rights”, *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016.

¹³¹ Dukes, R. y Kountourouris, N., “Pre-strike ballots, picketing and protest: banning industrial action by the back door?” *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016, pp. 346-355.

tal motivo, la doctrina ha criticado esta normativa, llegando a cuestionarse su compatibilidad con las disposiciones de la OIT¹³².

Precisamente, en estrecha relación con esta medida, tal vez con la intención de amortiguar las críticas por su, más que previsible, devastador impacto sobre los derechos laborales colectivos, en el trámite parlamentario, a propuesta del propio Secretario de Estado, se introdujo una nueva sección 4, en la *TUA*, por la que se aprobó regular un sistema de voto electrónico para los escrutinios preceptivos a la convocatoria de huelga, a partir de los seis meses siguientes a la aprobación de la ley. En el debate parlamentario se afirmó que teniendo en cuenta la doctrina judicial establecida por *RMT v. United Kingdom*¹³³, el proyecto de ley podría ser susceptible de ser declarado ilegal si rechazaba la enmienda sobre el voto electrónico¹³⁴. Sea como fuere, se valora positivamente en tanto que podría ser una medida que aumente la participación en las votaciones, es decir, a cumplir con el requisito legal de los umbrales mínimos para declarar la huelga¹³⁵. En relación con esas votaciones “pre-huelga”, la ley ha establecido nuevos requisitos de presentación de información adicional en la papeleta de voto¹³⁶. Todo esto será controlado de manera exhaustiva por el *CO*, que como se ha explicado, tiene plenos poderes para imponer una multa en caso de incumpliendo o incluso, requerir más información e iniciar un expediente, con la posible sanción posterior. La ampliación desmesurada de los poderes de control del *CO* sobre el sindicato, en general, y sobre su capacidad de organización de un conflicto colectivo, es lo que ha hecho que se afirme su transformación en “un gran inquisidor”¹³⁷ cuyas capacidades limitativas de los derechos sindicales pueden ser constitutivas de infracciones del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹³⁸.

¹³² Por todos, Ford, M., y Novitz, T., “Legislation for control: the Trade Union Act 2016”, *op. cit.*, p. 285.

¹³³ (2014), IRLR 467. Sobre el asunto, Bogg, A., y Ewing, K. D., “The Implications of the RMT Case”, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

¹³⁴ *Commons Amendments of 27 April 2016*, en <http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2015-2016/0119/16119.pdf>. (fecha consulta 12-07-2017).

¹³⁵ Dukes, R. y Kountouris, N., “Pre-strike ballots, picketing and protest: banning industrial action by the back door?”, *op. cit.*, p. 352.

¹³⁶ Exige que catorce días antes de comenzar la huelga, los sindicatos proporcionen al empresario, a la policía y al *CO* información especificando cuándo y dónde pretende el sindicato organizar una acción de protesta o un piquete; cuántas personas participarán y si han sido informadas de la estrategia; qué medios de difusión se han utilizado para darla conocer (concretamente, Facebook, Twitter, blogs, o si se expondrá o creará alguna web), incluidos los medios físicos tradicionales como altavoces, pancartas, etc.; asimismo, ha de indicar si participarán otros sindicatos y las medidas tomadas para colaborar con ellos y que, en todo caso, el sindicato ha informado a los afiliados de las leyes pertinentes. Y, además deberá comunicarse cualquier modificación que se produzca sobre esos planes.

¹³⁷ Cavalier, S. y Arthur, R., “A Discussion of the Certification Officer Reforms”, *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016, pp. 3-14.

¹³⁸ Ewing, K., y Hendy, J., “The Trade Union Act 2016 and the Failure of Human Rights”, *op. cit.* p. 394.

Por su parte, se han previsto dos novedades sobre el plazo y la duración del conflicto colectivo, previsto en las secciones 234A y 234 de *TULRCA* –Sección 9, *TUA*–, respectivamente. Por un lado, se ha flexibilizado la duración del plazo de preaviso, que si bien, en términos generales, continuará siendo de catorce días, puede reducirse a siete, “si el sindicato y el empleador así lo acuerdan”. Según el Gobierno, el objetivo era reducir la presión ejercida sobre los sindicatos para que presentaran esa *notice* y de esa manera preservar su presión en el contexto de las negociaciones. En segundo lugar, el período de cuatro meses de validez del mandato resultado de la votación, recogido en la cláusula 8 del proyecto de ley, ha sido reemplazado por un período mayor de seis meses que incluso puede prorrogarse hasta nueve meses, si lo pactan el empleador y el sindicato. El objetivo de esta ampliación temporal, una vez más, se argumentó en base a dar tiempo a las negociaciones¹³⁹.

No obstante, una de las medidas más polémicas que se ha “paralizado” tras el trámite parlamentario ha sido la propuesta de revocar la estipulación número 7, de la *Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* de 2003, de modo que ya no sería un delito penal la puesta a disposición de trabajadores de agencias de trabajo temporal para que realicen las funciones desempeñadas por los trabajadores que secunden una huelga. Lo cierto es que esta medida ha recibido numerosas críticas, pero ha sido a raíz del pronunciamiento de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) sobre la queja presentada por la *Trade Union Conference (TUC)*¹⁴⁰, la que parece haberla “detenido”, no obstante, el hecho de que no se haya eliminado esa prohibición no significa que el gobierno conservador haya desistido de sus intenciones, ya que más bien parece que se retendría hasta después del referéndum de la Unión Europea, si bien, todavía no se ha vuelto a plantear¹⁴¹.

Por último, la nueva Ley también ha restringido los derechos de los propios sindicatos y sus miembros en dos aspectos principales: su capacidad económica y su recaudación, y el número de horas que pueden dedicar a labores de representación. Sobre los fondos económicos, en la actualidad, en virtud de la sección 84 de *TULRCA*, un afiliado tiene derecho a no cotizar al “fondo político” del sindicato. La cláusula 10 del proyecto de ley preveía sustituirlo por un *opt in* positivo tanto para los miembros actuales como para los nuevos. Dadas las fuertes críticas en la *House of Lords*, se designó un comité especial para informar sobre el asunto.

¹³⁹ Ford, M., y Novitz, T., “Legislation for control: the Trade Union Act 2016”, *op. cit.*, p. 287.

¹⁴⁰ Application of International Labour Standards 2016 (I), Report III (Part 1A), en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--elconf/documents/meetingdocument/wcms_448720.pdf (fecha consulta 17-07-2017)

¹⁴¹ Bogg, A., “Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State”, *Industrial Law Journal*, n. 45 (3), 2016; Cabeza Pereiro, “La sindicación y la acción sindical en las agencias privadas de empleo: ideas deducidas de la experiencia comparada”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, n.1, 2017, p. 39.

Finalmente, en la Cámara de los Comunes se aprobó el requisito de un *opt-in* positivo, aunque ahora se restringe a los miembros que se afilian después del final de un período de transición que será establecido por los sindicatos. Esta “concesión” se deriva, posiblemente, de la inestabilidad política, fruto del “Brexit”, por lo que puede retomarse en cualquier momento¹⁴². Esta cláusula se completa con la obligación de otorgar a los ya afiliados un recordatorio anual de su derecho a optar a la exclusión, y un deber en la nueva sección 32ZB *TULRCA*, para incluir detalles del gasto político en la declaración anual del sindicato.

En cuanto a la segunda cuestión, en la cláusula 14 del proyecto de ley se prevenía la prohibición absoluta del pago de la cuota sindical por medios diferentes al *check-off*. Una vez más, se ha producido una matización que ha flexibilizado la medida al permitir que, por el momento, mientras el trabajador pueda abonar la cuota por otros medios, el sindicato podrá ocuparse de recabarlos a cambio de reponer al empresario en los gastos adicionales que eso le haya podido ocasionar. En esta misma línea se ha pronunciado la *High Court* en el reciente asunto de *Cavanagh v. Secretary of State for Work and Pensions*¹⁴³. Finalmente, las disposiciones sobre el crédito de horas sindicales también serán fruto de alegaciones posteriores, pero ya reflejan la misma política de reducir la influencia de los sindicatos del sector público. La Sección 13 de la *TUA* introduce una nueva sección 172A de *TULRCA*, por la cual puede requerirse a los empleados públicos para que hagan público la información sobre las *facility time*, es decir el tiempo libre de obligaciones de trabajo que hayan acordado con los sindicatos para actividades de formación de sus representantes y para funciones sindicales. Además, una nueva sección 172B de *TULRCA* le da a un Ministro de la Corona “poderes de reserva” para establecer límites sobre el tiempo que cada representante sindical dedica a esas funciones en el ámbito del sector público, o bien retenerle una parte proporcional de su salario. De manera que la discreción ministerial tiene el potencial de afectar negativamente a la competencia y las capacidades de los representantes sindicales y, con ello, a los potenciales acuerdos colectivos del sector público¹⁴⁴.

Cualquier análisis de los efectos probables de la *TUA* está obligado a ser comedido e incompleto en esta etapa. La limitada evidencia empírica basada en el pasado demuestra que puede tener un efecto dramático sobre la capacidad sindical de para llevar a cabo un conflicto colectivo lícito, al menos mientras dependa de los umbrales de votos tan elevados. Sin embargo, los sindicatos ya están considerando cómo ajustar sus estrategias a la nueva realidad legislativa. Pretenden esquivar el

¹⁴² Ford, M., y Novitz, T., “Legislation for control: the Trade Union Act 2016”, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴³ (2016) EWHC 1136 (QB). Ha admitido la posibilidad de que se lleven a cabo futuros litigios sobre la cuestión, en concreto, en base a la “privación de los derechos de propiedad”, en virtud del artículo 1, Protocolo 1 CEDH.

¹⁴⁴ Sobre este tema en particular y la importancia de las horas para las funciones sindicales, Lane, J., “The threat to facility time in the Trade Union Act 2016 – a necessary austerity measure?”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, pp. 134-143.

mandato legal que les impone adoptar decisiones “de arriba hacia abajo” y sugieren aprovechar las distintas opciones que ofrece el tejido productivo actual y crear otras formas de protesta que escapen al control de la *TUA*. Sin embargo, intentar mejorar las condiciones de trabajo o parar los efectos de esta restrictiva normativa denunciándola por los desafíos que presenta respecto de los derechos humanos, tiene consecuencias muy limitadas y, lo cierto, es que no ha dado buenos resultados. El Gobierno ya ha aclarado su opinión sobre el amplio margen de apreciación que *RMT v UK* le permite¹⁴⁵. A pesar del pronunciamiento *NURMTW v UK*¹⁴⁶ por el que la CEDH ha considerado contrario a la legalidad la previsión sobre la posibilidad de que terceros ajenos al concreto conflicto colectivo, interpongan reclamaciones de frente al sindicato promotor – la *secondary action* –, no es probable que un litigio basado en el artículo 11 CEDH obligue a cualquier cambio: la revisión de la votación electrónica ha eliminado el argumento sobre el incumpliendo más evidente de la proporcionalidad, aunque sin ninguna promesa de que se introduzca de hecho. Por su parte, si bien el Comité Europeo de Derechos Sociales que aplica el CES puede ser más activo en su examen de la legislación británica, el Reino Unido no es parte del sistema de Reclamaciones Colectivas, lo que daría mayor visibilidad y efecto a las violaciones de la Carta¹⁴⁷. La realidad es que el Gobierno ha prestado poca atención a las decisiones de los órganos de expertos de la OIT, lo que se refleja en la falta de pertinencia del último pronunciamiento de la OIT en su programa legislativo¹⁴⁸.

Los cambios legislativos y las distintas interpretaciones judiciales, cada vez más restrictivos con los *statutory immunities* o la inmunidad recocida a los sindicatos que participen de un conflicto colectivo, conllevará una importante inseguridad jurídica sobre las garantías de los trabajadores que la secunden, así como del propio sindicato, de manera que con seguridad disminuirán. Al presentar el Proyecto de ley, el Secretario de Estado afirmó que el “proyecto de ley no es una declaración de guerra contra el movimiento sindical. No es un intento de prohibir la *industrial action*. No es un ataque a los derechos de los trabajadores... Es simplemente la última etapa del largo camino de modernización y reforma. Pondrá el poder en las manos de la mayoría de los miembros del sindicato; traen la luz solar muy necesaria a los rincones oscuros del movimiento; Y proteger los derechos de todos en este país – los que son miembros del sindicato y los que no lo son, y aquellos trabajadores y trabajadoras que son los más afectados por la *industrial action*”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Ford, M., y Novitz, T., “Legislation for control: the Trade Union Act 2016”, *op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁶ C-31045/10 (2014), IRLR 467. Se refieren a este asunto por considerarlo de mucha trascendencia, Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood’s Employment Law*, *op. cit.*, p. 729.

¹⁴⁷ Ewing, K., y Hendy, J., “The Trade Union Act 2016 and the Failure of Human Rights”, *op. cit.* p. 397.

¹⁴⁸ Whitfield, G., “Policy Brief: The Trade Union Act and ILO: implications of a widening ideological chasm”, <https://www.etui.org/Publications2/Policy-Briefs> (fecha consulta: 19-07-2017).

¹⁴⁹ Citando a la BBC, en noticias de aquel momento, Dukes, R. y Kountourouris, N., “Pre-strike ballots, picketing and protest: banning industrial action by the back door?”, *op. cit.*, 361.

A pesar de las palabras del Ministro, es difícil resistirse a la conclusión de que al menos uno de los principales objetivos del Gobierno con esta legislación era hacer más difícil que los sindicatos organizaran conflictos colectivos y debilitaran así su capacidad de protestar o resistir ante las medidas adoptadas por los empleadores, especialmente en el sector público. De hecho, respecto al conflicto en “importantes servicios públicos”, esto era muy explícitamente el objetivo. La argumentación proporcionada por el Gobierno acerca del comportamiento de los líderes sindicales a los que acusaban de actuar con intimidación y desprecio hacia los deseos del resto de los afiliados y, más aun, del público en general, era lo que justificaba ese endurecimiento del control democrático en su funcionamiento interno, a pesar de que ese relato carecía de toda evidencia¹⁵⁰. Parece, por tanto, que los *tories* continúan temerosos del papel que puedan llegar a desempeñar las organizaciones sociales y, por ello, retoman el apolillado esquema de las normas de los años ochenta, eso sí, como ha advertido la doctrina, “hay algo novedoso en esta nueva hornada”, un “sabor autoritario” que no se manifestaba, al menos de forma tan acusada, en sus antecedentes¹⁵¹.

Se puede afirmar que, como resultado de la introducción de las nuevas medidas, será mucho más difícil para los sindicatos asegurar los umbrales de apoyo requeridos en las votaciones previas a la huelga, especialmente las en el sector público. Tal vez la característica más significativa de la Ley es su definición del interés público como esencialmente coincidente con los intereses de los consumidores y empresas, lo que se teme que pueda impulsar una amplia jurisprudencia en cuanto a la protección de las medidas adoptadas durante un conflicto laboral válido, pero que, sin embargo, pueden ser consideradas como contrarias al “interés público”. Es decir, se trata de limitaciones “diabólicas”¹⁵² del derecho de huelga, aprobadas en el contexto de la crisis del “Brexit”, de manera que los derechos colectivos de los trabajadores quedarán más desamparados tras la salida de la UE y, al mismo tiempo, se corre el riesgo de que se contagien los ordenamientos jurídicos de los países del continente y aparezcan nuevas situaciones de *dumping* social¹⁵³.

Ante esta realidad, siguiendo la costumbre iniciada en la década de los noventa¹⁵⁴, en enero del 2017, el gobierno publicó un *Green Paper* titulado *Building*

¹⁵⁰ “Balloting thresholds for ‘important public services’”. TUC response to the BIS Consultation on the Trade Union Bill. <https://www.tuc.org.uk/sites/default/files/Balloting%20thresholds%20for%20important%20public%20services%20-%20TUC%20response.pdf> (fecha consulta: 19-07-2017).

¹⁵¹ Cabeza Pereiro, J., “Acerca de la ley sindical británica de 2016”, Trabajo y Derecho, n.º. 26, febrero, 2017, p. 20.

¹⁵² Dukes, R. y Kountourous, N., “Pre-strike ballots, picketing and protest: banning industrial action by the back door?” *op. cit.*, p. 362.

¹⁵³ Al respecto, sobre estas situaciones ya existentes en materia de protección social, incluso amparadas por el TJUE, Molina Navarrete, C., “‘Brexit’ y ‘Unión Social Europea’: Contigo no, pero ¿y sin ti?”, RTSS, CEF, n.º. 410, mayo, 2017, pp. 11-12.

¹⁵⁴ *Industrial Relations in the 1990's: Proposar for further reform of industrial relations trade unions law* (1991), insiste en los que considera logros del gobierno conservador; también el *White*

*our Industrial Strategy*¹⁵⁵. Se trata de un documento que ahonda en las políticas sociales desde un punto de vista liberal, nacionalista y profundamente restrictivo de los derechos laborales para los más vulnerables¹⁵⁶. Defiende que se trata de una parte de un *Plan for Britain* cuyo objetivo es conseguir una economía y un desarrollo industrial fuerte, asentado en las bases de los trabajadores nacionales. En otras palabras, se trata de un documento político que ensalza las líneas de la economía liberal que sustenta el actual gobierno de Mr. May.

En definitiva, parece que de modo inevitable el escepticismo respecto del derecho colectivo del trabajo se ha instaurado en el sistema británico de relaciones laborales cuya regulación actual no deja lugar a dudas¹⁵⁷. La doctrina actual afirma que la corriente de la *deregulation*¹⁵⁸ implantada por el gobierno conservador en los ochenta, nunca se ha superado, al contrario, sigue avanzando en esa única dirección¹⁵⁹. Pero ahora, además, impulsada por la escasa actuación de los representantes de los trabajadores en los centros de trabajo y unos muy debilitados sindicatos carentes, en buena medida, del impulso social que a la sazón supuso uno de sus principales estandartes de éxito en los conflictos reivindicativos de derechos los sociales.

Paper: Fairness at Work (1998). Vide Taylor, P., “Annual Review Article 1997”, *British Journal of Industrial Relations*, nº. 36, 1998, pp. 293 y ss.

¹⁵⁵ Publicado el 23 de enero de 2017. <https://www.gov.uk/government/consultations/building-our-industrial-strategy> (fecha consulta 16-06-2017).

¹⁵⁶ Wynn, M., “Atypical Workers and the Gig Economy in the UK: the New Precariat”, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁷ Elgar, J. Y Simpson, B., “The impact of the industrial disputes revisited: a perspective on developments over the last two ddecades”, *Industrial Law Journal*, n. 46 (1), 2017, pp. 6-22. Analizan los concretos conflictos colectivos y huelgas que se han llevado a cabo, el comportamiento sindical al respecto y asuntos judiciales de mayor relevancia, concluyendo que la fuerza sindical se ha debilitado considerablemente en las últimas dos décadas.

¹⁵⁸ Smith, I., Baker, A., Warnock, O., *Smith & Wood's Employment Law*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁹ Pitt, G., *Pitt's Employment Law*, *op. cit.*, p. 7.

Comentarios de
Jurisprudencia

RELACIÓN ENTRE EL ACUERDO DE FIN DE HUELGA Y EL ACUERDO DE CONCILIACIÓN JUDICIAL

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3133/2017, de 24 de abril

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Tras la convocatoria de huelga en el grupo mediático Promotora de Informaciones, S.A. (PRISA), éste consigue alcanzar con sus trabajadores un acuerdo por el cual se desconvoca dicha huelga. Entre las medidas acordadas con los representantes de los trabajadores (sindicatos UGT y CCOO, así como los comités de huelga), destacaba el establecimiento de una indemnización, para los futuros despidos del grupo, superior a la prevista legalmente. No obstante, con posterioridad a dicho acuerdo, una de las empresas integrantes de PRISA, el diario El País, alcanza, en el marco de un proceso por despido colectivo, un acuerdo conciliatorio con su comité intercentros, entre cuyos extremos se encuentra la definición de una indemnización por despido menor de la prevista en el anterior pacto de fin de huelga.

RESUMEN: Varios de los trabajadores afectados por el ERE realizado por El País deciden presentar recurso contra dicho acuerdo de conciliación por entender que el mismo es contrario al anterior pacto de fin de huelga que, según ellos, ha de considerarse de aplicación preferente. Tras la resolución contraria a sus intereses dictada tanto por el Juzgado de lo Social como por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interponen Recurso de casación para la unificación de la doctrina, en el que presentan como sentencia de contradicción otra referida a idénticos hechos. El Tribunal Supremo, en la sentencia¹ ahora comentada, entiende que, dado que el acuerdo de fin de huelga y el acuerdo de conciliación tienen una misma naturaleza jurídica, ha de aplicarse la indemnización prevista en este último por no haber, a su juicio, contradicción entre ambos, al considerar que ha de articularse la relación entre ellos de manera no conflictiva, dada la remisión a ulteriores instrumentos convencionales existente en el inicial pacto de fin de huelga. Un porcentaje importante de los magistrados que componen la Sala opta por elaborar un voto particular de importante contenido doctrinal.

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Almería. Este estudio es fruto del proyecto I+D “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social: ámbito funcional, trayectoria y aportaciones más significativas” (DER 2016- 80327-P), dirigido por el prof. Dr. Joaquín García Murcia y financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación.

¹ ECLI:ES:TS:2017:1998. Ponente: D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

ÍNDICE

1. SUPUESTO DE HECHO Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES
2. IGUALDAD JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE FIN DE HUELGA Y LOS ACUERDOS DE CONCILIACIÓN: APLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN POR SU ESPECIALIDAD Y POSTERIORIDAD
3. VOTO PARTICULAR: EL ACUERDO DE FIN DE HUELGA POSEE LA NATURALEZA DE UN CONVENIO COLECTIVO EXTRAESTATUTARIO
4. UNAS CONCLUSIONES CRÍTICAS A LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA Y DE SU VOTO PARTICULAR

1. SUPUESTO DE HECHO Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

En el año 2011, en el marco de la convocatoria de una huelga, se alcanzaron sucesivos acuerdos que ponían fin a la misma. Estos acuerdos fueron firmados, por una parte, por el grupo de empresas PRISA, y por otra, por los sindicatos CCOO y UGT, así como por los distintos comités de huelga constituidos al efecto en las distintas empresas de dicho grupo mediático. A los efectos que aquí interesa, en dichos acuerdos se estableció una indemnización aplicable a los futuros despidos por circunstancias económicas dentro de todas las empresas del grupo muy superior a la prevista legalmente. En concreto, se previó una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, con un tope de 42 mensualidades.

Con posterioridad a dicha desconvocatoria de huelga, se han sucedido diversas manifestaciones de la negociación colectiva en algunas de las empresas de dicho grupo mediático. En concreto, una de dichas empresas, la empresa editora del Diario El País, negoció el mismo año 2011 un convenio colectivo en el que no se previó ningún tipo de mención sobre las cuantías de la indemnización por despido. Así pues, al iniciarse el expediente de despido colectivo en el año 2012, la norma de referencia al respecto continuaba siendo el anterior acuerdo de fin de huelga, dado que en el mismo se establecía que su vigencia se extendería hasta la finalización de los compromisos adquiridos y, por lo menos, hasta el 31 de diciembre de 2012, o hasta que finalizaran los procesos de reestructuración con el límite temporal del plan estratégico del grupo y plan de eficiencia operativa.

Contra el despido colectivo realizado por la empresa, se interpone demanda ante la Audiencia Nacional por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO y por el Comité Intercentros de El País, al tiempo que se inician negociaciones entre este último y la empresa. Fruto de dicha negociación será un preacuerdo sometido a la Asamblea de trabajadores que, tras pronunciarse a favor de los términos de éste, se convierte en un Acuerdo Conciliatorio que prevé una indemnización de 38 de días de salario por año de servicio. Este acuerdo es elevado a convalidado por el correspondiente Decreto de la Letrada de la Audiencia Nacional.

De la lectura de los hechos que dan lugar a la sentencia ahora comentada, se deduce una gran cantidad de interesantes cuestiones que, en muchas ocasiones, son de difícil solución. Es por ello por lo que sorprende la ligereza con que despacha la cuestión la resolución alcanza por la mayoría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En concreto, nos referimos a problemas tales como la naturaleza jurídica de los pactos fin de huelga y su relación con otras manifestaciones de la autonomía colectiva; a las posibilidades de negociación de un convenio colectivo empresarial en el marco de un grupo de empresas cubierto convencionalmente; a cuestiones relativas a la legitimidad negociadora de sujetos colectivos tales como los comités intercentros; al papel jugado en nuestro ordenamiento jurídico por los instrumentos de participación directa de los trabajadores en la empresa; o a la relación entre el contenido esencial del derecho de huelga y los acuerdos de fin de huelga.

La sentencia ahora comentada lleva a cabo una descripción de sentencias anteriores en las que, curiosamente, se resuelven diversos conflictos derivados del incumplimiento del Pacto de fin de huelga del grupo Prisa. Por esta razón realizaremos un recorrido somero por alguna de ellas.

En primer lugar, en su Sentencia de 30 de octubre de 2013 (rec. 47/2013), el Tribunal Supremo decidió que era no ajustada a Derecho la decisión extintiva empresarial, exigiendo que la indemnización prevista en los Pactos de fin de huelga fuera respetada en el marco de los despidos individuales realizados en todas las empresas del grupo mediático. En este caso, no obstante, se trataba de determinar el alcance del Pacto de fin de huelga respecto de una decisión unilateral. El Tribunal se limita a reconocer el efecto vinculante del Pacto derivado de su consideración de convenio colectivo.

Con posterioridad, de nuevo el Tribunal Supremo vino a avalar el carácter preferente del Acuerdo de fin de huelga de 2011. En concreto, el Alto Tribunal, en su decisión de 16 de junio de 2015 (rec. 339/14), se pronunció esta vez sí en relación con la posibilidad de que la conciliación alcanzada en sede judicial y en un procedimiento de despido colectivo pudiera contradecir lo establecido previamente en el Acuerdo de fin de huelga. En esta ocasión, la cuestión litigiosa se sustancia en cuestiones procesales. En concreto, se mantiene que «el acuerdo alcanzado en el seno del procedimiento colectivo está protegido por las garantías de la conciliación judicial, no por las del conflicto colectivo, deberá impugnarse en su caso a través del cauce específico del art. 84.6 LRJA, y las repercusiones individuales, es decir las afectaciones del pacto suscrito ante la Audiencia Nacional para cualquier trabajador individualmente considerado, han de resolverse en los procedimientos individuales».

La mayor parte de las cuestiones aquí planteadas terminan reconduciéndose a la cuestión básica de la determinación de la naturaleza de ambos acuerdos, así como a la de determinar cuál es el que terminará siendo prevalente. Por ello,

resulta paradójico que no se haga mención a la más reciente resolución sobre el particular. En concreto, en su sentencia de 22 de junio de 2016 (Rec. 186/15) el Tribunal Supremo viene a declarar la plena equiparación del Acuerdo de fin de huelga con el convenio colectivo, de tal manera que la relación entre ambos se rige por el principio de modernidad. En concreto, afirma que, si un Pacto de fin de huelga introduce una regulación *in peius* del convenio colectivo vigente, se aplicará íntegramente aquel, no dando lugar a la aplicación simultánea de ambas manifestaciones de la autonomía colectiva: «Se entiende, en virtud del principio de modernidad, que el paso de fin de huelga engloba y modifica el firmado anteriormente en el convenio colectivo sobre incremento del 0,5 % , ya que la reducción establecida con posterioridad no contiene salvedad alguna acerca del mantenimiento del anterior, siendo las partes perfectamente conscientes de que al firmar en noviembre de ese año la reducción del 3,5 % de los salarios, sin referencia alguna a la aplicación del incremento aludido, se comprometía la suerte que habría de correr dicho incremento del 0,5 % previsto para el mes de julio de dicho año».

2. IGUALDAD JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DE FIN DE HUELGA Y LOS ACUERDOS DE CONCILIACIÓN: APLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN POR SU ESPECIALIDAD Y POSTERIORIDAD

No obstante la complejidad del asunto a resolver, como decíamos, nuestro Tribunal Supremo resuelve la cuestión en menos de dos folios, lo que contrasta, sobremanera, con la extensión de los razonamientos del Voto particular que más tarde analizaremos.

En primer lugar, se parte, conforme ya mantuvo en la STS de 16 de junio de 2015, del hecho de considerar que la conciliación ante la Audiencia Nacional produce efectos de cosa juzgada, o equivalente, por cuanto constituye un acuerdo entre las partes litigantes y eran los representantes legales de los trabajadores quienes habían llegado a un acuerdo poniendo fin a la huelga en 2011. Dicha conciliación ha sido dotada de un mecanismo impugnatorio especial y no ha sido activado. Por ello es válida, correspondiendo a cada procedimiento individual la determinación de su alcance o interpretación (FD Tercero). De esta manera tan expeditiva liquida el Supremo la validez de un acuerdo negociado por sujetos distintos de los que alcanzaron el Pacto de fin de huelga. En realidad, no sólo se altera el ámbito de la representación (grupo de empresa en el primer supuesto y una de las empresas integrantes en el segundo), sino que en el caso de la primera se lleva a cabo por los sujetos sindicales con representación, así como por los comités de huelga constituidos en cada empresa, mientras que en el segundo la firma del acuerdo de conciliación es ratificado por el comité intercentros y por una sola organización sindical. Al respecto, ni tan siquiera se plantea la necesidad

de comprobar las competencias concedidas al comité intercentros por el convenio colectivo aplicable conforme exige el art. 63.3 ET, puesto que no se discutió en su momento el grado de implantación de la central sindical «lo que viene a salvar que el comité intercentros pudiera no tener atribuida dicha función convencionalmente» (Fundamento de Derecho 1.5).

Tampoco entiende necesario detenerse en la determinación de la naturaleza jurídica del Acuerdo de fin de huelga y la consiguiente definición de sus relaciones con el convenio colectivo. Por el contrario, simplemente reconoce, como está doctrinal y jurisprudencialmente asentado², que los acuerdos de fin de huelga poseen naturaleza de convenio colectivo, como, por otra parte, establecen los art. 8.2 y 24.1 del RD-Ley 17/77, de 4 de marzo. Al mismo tiempo, reconoce que el acuerdo de conciliación posee preferencia aplicativa por su posterioridad y especialidad.

Por tanto, dado que “tan negociación colectiva es una como la otra”, habría de priorizar la aplicación del Acuerdo de conciliación: «Si hubiera una real incompatibilidad entre los Acuerdos, seguramente tales razones habría de conducir a proclamar la validez de un pacto, alcanzado por sujetos legitimados y con la fuerza vinculante de toda negociación colectiva válida, reforzado con el respaldo otorgado por su homologación a cargo de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y que no ha sido impugnado dentro del plazo habilitado al efecto».

Curiosamente, también obvia de manera incomprensible, precisamente por ser “tan negociación colectiva una como otra”, la posible aplicación de las reglas de concurrencia previstas en el Estatuto de los Trabajadores y, en concreto, cuáles son las razones para no aplicar la regla general contenida en el artículo 84 ET.

Pero el TS no necesita entrar en tales extremos pues termina liquidando toda la cuestión negando la existencia de una concurrencia conflictiva, a través de una interpretación, desde nuestro punto de vista forzada, de algunas de las expresiones contenidas en el pacto de fin de huelga: «para resolver el recurso no es necesario determinar si prevalece el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva con mayor fuerza en uno u otro caso. Tampoco parece imprescindible determinar la naturaleza del acuerdo de fin de huelga (asimilada a la de convenio colectivo, pero sin que pueda confundirse con el mismo), ni si el preacuerdo extrajudicial y su ulterior transformación en conciliación homologada produce los efectos de la cosa juzgada (o solo comporta la posibilidad de desembocar en su ejecución».

En concreto, la razón por la que no es necesario entrar a considerar tales extremos es, a juicio del Alto Tribunal, porque no existe conflicto entre ambas manifestaciones de la negociación colectiva. Todo ello, como consecuencia de que así lo quiso el propio Acuerdo de fin de huelga. «Este no pretende cerrar el estado

² Véanse, STCo 11/81, de 8 de abril, por ejemplo, y las SSTs de 31 de mayo de 1995 (Rec. 1677/94), de 29 de octubre de 2002 (Rec. 1244/01), de 14 de marzo de 2005 (Rec. 6/04), 21 de julio de 2009 (Rec. 3389/08); y 4 de noviembre de 2010 (Rec. 2907/09).

de la cuestión de modo absoluto o pético, sino que manifiesta su “más amplio respeto a la autonomía de la voluntad colectiva y legitimada en sus respectivos ámbitos”. Con ello está admitiendo la existencia de una especie de “negociación en cascada”: siempre que se cumplan las exigencias de representatividad hay que permitir el juego de la autonomía colectiva en ámbitos inferiores al Grupo de Empresas»³.

Es decir, conforme el parecer de la mayoría de los magistrados que integran la Sala, no es necesario entrar a interpretar las múltiples cuestiones que han ido apareciendo a lo largo de este comentario. Por el contrario, fueron los propios negociadores del Acuerdo de fin de huelga los que otorgaron, a juicio de la Sala, y aunque no de manera demasiado explícita, la autoridad a sujetos distintos de los negociadores de tal Acuerdo para llevar a cabo la negociación de las indemnizaciones en cada empresa del grupo. Afirmación que, desde nuestro punto de vista, no deja de sorprender puesto que ello significa perder el control de una parte importante de las concesiones empresariales consideradas como suficientes para la desconvocatoria de la huelga.

Asimismo, también sorprende que haya sido soslayada otra cuestión que pudiera haber planteado, al menos, una reflexión por parte de la Sala. Nos referimos a la posibilidad de que la aplicación del Acuerdo conciliatorio pudiera suponer un menoscabo del principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE. En concreto, cuando se procede al despido de la parte recurrente, el único acuerdo en vigor era el Acuerdo fin de huelga que incorporaba una indemnización superior a la legalmente prevista. Con posterioridad, una vez tomada la decisión del despido, se acuerda, por sujetos distintos de los negociadores del Acuerdo vigente, una reducción de dicha indemnización. Hubiera sido además una buena oportunidad para continuar en la línea mantenida, recientemente, por el Tribunal Supremo sobre el alcance del principio de irretroactividad en relación con el descuelgue salarial o la preferencia aplicativa de los convenios colectivos de empresa⁴.

3. VOTO PARTICULAR: EL ACUERDO DE FIN DE HUELGA POSEE LA NATURALEZA DE UN CONVENIO COLECTIVO EXTRAESTATUTARIO

Lo primero que llama la atención al comenzar el análisis de este Voto Particular, es la extensión y profundidad de los razonamientos formulados por los seis magistrados discrepantes. Básicamente, este Voto particular viene a fundamentar su discrepancia en el hecho de que se ha vulnerado la voluntad de los negociadores del Acuerdo de fin de huelga y que la inaplicación de una parte importante

³ Una crítica sobre esta “interpretación a su manera” de la voluntad de las partes del Acuerdo de fin de huelga, puede verse, el comentario de Rojo Torrecilla, E. en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/06/el-valor-juridico-del-acuerdo-de-fin-de_9.html

⁴ Véase, al respecto, el comentario contenido en *Trabajo y Derecho*, nº 31-32, 2017.

del mismo, la referida a la cuantía de la indemnización de los futuros despidos colectivos llevados a cabo en el grupo mediático, no es válida por cuanto que los sujetos negociadores del Acuerdo de conciliación no están legitimados para ello.

En primer lugar, entiende fundamental, al contrario que lo considerado por la mayoría de la Sala, para poder resolver la cuestión planteada por el Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina, el determinar la naturaleza jurídica del Acuerdo de fin de huelga puesto en cuestión. En concreto, partiendo de la previsión normativa del art. 8.2 y 24.1 del Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo («dicho acuerdo tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio colectivo»), llega a la convicción de que no es tanto la eficacia del pacto sino la naturaleza de este lo que habría de considerar⁵. En este sentido, entiende que nos encontramos ante un convenio colectivo extraestatutario. Partiendo de la propia doctrina de la Sala⁶, basa esta consideración en el hecho de que en dicho Acuerdo de fin de huelga no se cumplieron los requisitos formales y procedimentales exigidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Desde nuestro punto de vista, como más adelante tendremos ocasión de desarrollar, este Voto particular realiza una interpretación del precepto en un sentido contrario al de la literalidad del mismo. Asimismo, creemos que hubiera sido necesario el haber diferenciado el supuesto de un Pacto de fin de huelga negociado por sujetos que, conforme se desprende de los hechos probados para nuestro supuesto, gozan de una amplia legitimidad, y el de los analizados en las Sentencias citadas, en la que es la falta de legitimidad requerida por el Título III para la válida negociación de los convenios colectivos lo que determina la naturaleza extraestatutaria de los mismos.

Por el contrario, los Magistrados discrepantes asumen la «eficacia de convenio colectivo extraestatutario» del Acuerdo fin de huelga. Lógicamente, una vez asumido este extremo ha de precisar las consecuencias de dicha afirmación. En concreto, se detiene considerablemente en el relato de la jurisprudencia asentada del propio Tribunal Supremo al respecto. De este modo, mantiene que «carece de eficacia personal “erga omnes”, y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias, que se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan, con la consecuencia de que la lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales».

⁵ No obstante, a lo largo de su razonamiento, termina utilizando la eficacia como elemento diferenciador.

⁶ SSTs de 28 de junio de 1994 (rec. 2847/93; 2 de noviembre de 1999 (rec. 4786/98) y 9 de marzo de 1998 (rec. 2061/97).

La consecuencia más importante, a tenor de esta peculiar “naturaleza”, que el Voto particular deduce de su razonamiento, es que a este tipo de convenios colectivos extraestatutarios-pactos de fin de huelga no les resulta de aplicación las reglas de los arts. 84 y 86 ET. «Por lo tanto, al tener eficacia de convenio extraestatutario los pactos de fin de huelga tienen naturaleza y eficacia contractual, quedando limitada su eficacia al ámbito de aplicación de las entidades que los suscriben, y en su caso, a quienes se adhieran a ellos, rigiéndose su regulación, en esencia, por la normativa civil de obligaciones, siendo su valor obligacional, no normativo, si bien se trata de un convenio colectivo».

Como consecuencia de la atribución de tal “valor”, el acuerdo no puede ser modificado por voluntad unilateral ni por terceros sin el consentimiento de las partes, «ya que podría vulnerar la normativa reguladora de los contratos y el propio derecho de huelga y libertad sindical que ha sido puesto en juego, precisamente para poner fin a la huelga, mediante unos acuerdos que, de ser dejados sin efecto por terceros ajenos a los firmantes del pacto, vaciarían de contenido estos derechos». Sólo se podría concebir una modificación del Pacto de fin de huelga, continua el razonamiento de los Magistrados discrepantes, por la voluntad conjunta de los firmantes de este, pues, «como todo contrato, puede ser modificado por el acuerdo de voluntades de los contratantes, tal y como resulta del art. 1255 Cc».

Partiendo de estos razonamientos, considera que el acuerdo de conciliación, al no haber sido firmado por los mismos sujetos que firmaron el primitivo pacto de fin de huelga, no fue válidamente sustituido por dicho acuerdo conciliatorio. Aun en el caso de que se le hubiera podido atribuir, continúan los magistrados discrepantes, que la eficacia tal pacto es la de un convenio colectivo estatutario tampoco se podría ver afectado por el Acuerdo de conciliación toda vez que, respecto de éste, no podría predicarse su naturaleza de convenio colectivo del Título III dado que en el mismo no concurren los requisitos procedimentales y, aquí tampoco, los requisitos de legitimación exigidos por nuestro Estatuto para otorgarle tal eficacia.

Por último, viene a cuestionar el razonamiento básico del parecer mayoritario de la sala que, como se recordará, mantuvo que no existía contradicción entre ambos instrumentos de la autonomía colectiva toda vez que las partes del Acuerdo de fin de huelga previeron la posibilidad de que, con posterioridad, los sujetos legitimados de otras unidades de negociación pudieran introducir modificaciones al mismo: «tampoco cabe entender que el hecho de que en el pacto de fin de huelga se disponga que “se podrán establecer factores correctores o variabilidad en cada unidad empresarial” supone que se puede reducir la cantidad fijada como módulo indemnizatorio ya que dicha frase se refiere al conjunto del acuerdo, en especial, al apartado segundo que, de forma genérica, señala que “constituirá un elemento prioritario y previo para cualquier supuesto de extinción colectiva de contratos de

trabajo, la obligación empresarial de definir, concretar y causalizar la existencia y necesidad de los posibles excedentes laborales, tal como está previsto en la legislación laboral española”, sin que el contenido de la citada frase resulte que la voluntad de los firmantes del pacto fue la de permitir que se redujera el importe del módulo indemnizatorio fijado en el mismo».

Hemos de advertir, para concluir con el análisis de los votos discrepantes, que, junto al hasta ahora analizado, la sentencia ahora comentada también contó con un Voto particular discrepante, en esta ocasión, no con la desestimación del recurso de casación sino con el razonamiento mantenido. Para la Magistrada Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea, la desestimación del recurso ha de venir de la consideración de cosa juzgada que deriva del Decreto del Letrado, afirmando, que es absurdo pretender la aplicación de un acuerdo de fin de huelga que «ha sido objeto de una suerte de abandono por los interesados en las diferentes unidades o al menos así aparenta ser el caso de Ediciones El País, S.L., habiendo servido tan solo como parapeto que pusiera fin a un despido grupal de PRISA».

4. UNAS CONCLUSIONES CRÍTICAS A LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA Y DE SU VOTO PARTICULAR

En este momento nuestro estudio, llevaremos a cabo un pequeño resumen tanto de la posición mayoritaria como el Voto Particular más detalladamente analizado aquí, para, modestamente, cuestionar ambos a través de un análisis del Pacto de fin de huelga desde su doble perspectiva de manifestación del derecho de negociación colectiva y como parte integrante de una huelga.

Conforme a la primera de las cuestiones, nos parece que, en primer lugar, en el razonamiento de la mayoría se echa en falta una valoración sobre cuál es la naturaleza y eficacia de los Pactos de fin de huelga. Por el contrario, se limita a afirmar, conforme al art. 8.2 y 24.1 del RD-Ley 17/77, de 4 de marzo, que el pacto de fin de huelga tiene la misma eficacia que el Convenio colectivo, pero sin precisar a qué tipo de convenio colectivo se refiere, toda vez que dicha referencia se realiza tres años antes de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores y la configuración en su Título III del modelo legal de convenio colectivo. La falta de precisión a este respecto le lleva a considerar que existe equivalencia jerárquica respecto al pacto conciliatorio. Dada la falta manifiesta de legitimidad de los representantes de los trabajadores en dicho acto de conciliación para la negociación de un convenio colectivo del Título III a pesar de estar dotada, en palabras de la Sala, «de la fuerza vinculante de toda negociación válida», es evidente que le termina atribuyendo también naturaleza extraestatutaria al Pacto de fin de huelga. No obstante, no necesita plantearse tales cuestiones, al concluir que ni tan siquiera existe conflicto entre ambos.

Por otra vía de razonamientos, el Voto particular llega a la misma conclusión que la de la mayoría de la Sala en lo que respecta a la naturaleza jurídica del Pacto de fin de huelga, es decir, que posee naturaleza extraestatutaria, por ello no requiere para su modificación el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 84, sino que se acude, dado su naturaleza contractual, a lo establecido en el Código civil respecto de la modificación de los contratos. Dado que no coinciden las partes de ambos, el Acuerdo de fin de huelga no puede ser modificado por uno posterior negociado por sujetos distintos.

La naturaleza jurídica de los Pacto de fin de huelga ha sido objeto de importantes razonamientos por parte de nuestra doctrina, no existiendo, no obstante, acuerdo al respecto. En primer lugar, en la línea mantenida por nuestra Sentencia, se ha venido a considerar que las remisiones efectuadas por el RD-Ley de relaciones de trabajo, han de ser interpretadas en el sentido de, sin negarles su naturaleza de convenio colectivo, atribuirles una eficacia contractual⁷. En segundo lugar, por parte de otro sector doctrinal con el que nos alineamos, se ha mantenido que dicha remisión no implica la atribución de una u otra eficacia, sino que esta dependerá del cumplimiento de los requisitos de exigidos por el Título III del Estatuto de los Trabajadores para la negociación de un convenio colectivo de eficacia normativa⁸. No obstante, dada las peculiares características de este tipo de manifestación de la autonomía colectiva, no es posible exigirle los mismos requisitos procedimentales, siendo necesario sólo la concurrencia de los denominados por estos autores como requisitos esenciales⁹, en concreto, que concurren los requisitos de legitimidad contenidos en los arts. 87 y 88 ET. Esta es, como avanzamos, la interpretación más lógica, desde nuestro punto de vista, de la expresión contenida en el art. 8.2 del RD-Ley de Relaciones de trabajo, dado que el pacto de fin de huelga ha de tener “eficacia de convenio” y en nuestro ordenamiento jurídico son válidos los convenios colectivos que poseen eficacia contractual y normativa, no sería lógico interpretar restrictivamente el precepto y asumir que sólo está atribuyendo una de dichas naturalezas, sea cuales sean los negociadores de los mismos¹⁰.

Una vez atribuida eficacia normativa a los pactos de fin de huelga, el problema de la concurrencia con un posterior Pacto de conciliación se diluye dada la diferente posición jerárquica de los mismos. Es más, podríamos incluso afirmar que el Pacto de fin de huelga en el contexto que nos ocupa, esto es, el negociado

⁷ Sánchez-Cervera Valdés, J.M., *Los acuerdos fin de huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 296.

⁸ Oliet Gil, B., «Los pactos que ponen fin a una huelga como convenios colectivos extraestatutarios. Nota a la SAN, 5-11-1990», A.L., n.º 7, 1991, núm. 7, pp. 380-381; Goerlich Peset, J.M., «Los acuerdos de resolución de conflictos colectivos», en Sala Franco, T. y otros, *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, ACARL, Madrid, 1989, pp. 114 ss. y 130 ss.; Rentero Jover, J., «Reflexiones sobre los pactos de fin de huelga», A.S., n.º 15, 1992, p. 2619.

⁹ Sánchez-Cervera Valdés, *Los acuerdos fin de huelga*, cit., pp. 299-301 y Goerlich Peset, J.M., «Los acuerdos de resolución de conflictos», cit., pp. 118 ss.

¹⁰ Defiende la eficacia normativa en todo caso de este tipo de acuerdos Correa Carrasco, M., *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 223.

por los sujetos legitimados en el grupo de empresas, no podría ser modificado a posteriori ni tan siquiera por un convenio colectivo de empresa, dado que la prioridad de los convenios colectivos de empresa respecto a los de grupo no se encuentra dentro de las posibilidades previstas en el art. 84.2 ET¹¹.

En definitiva, si el Acuerdo fin de huelga posee eficacia contractual sólo podrá ser modificado conforme a los mecanismos descritos en el voto particular y que no reproducimos. Si, por el contrario, le atribuyésemos una eficacia normativa habría de activar los mecanismos de solución de los problemas de concurrencia previstos en el Estatuto de los Trabajadores. Sea cual sea la eficacia atribuida, por tanto, el Acuerdo de fin de huelga descrito en los hechos probados de nuestra sentencia habría de ser respetado.

No obstante, si se aceptara la atribución de eficacia normativa a los Pactos de fin de huelga, se evitaría, ahora en relación con éstos, los riesgos de seguir ampliando los espacios del convenio colectivo extraestatutario, como ya ocurre respecto de otras soluciones dadas por nuestros Tribunales a otras cuestiones suscitadas recientemente en nuestro sistema de negociación colectiva¹². Además, esta interpretación es coherente, incluso, con la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. En concreto, con la Sentencia anteriormente citada de 22 de junio de 2016 (Rec. 186/15). En ella se produjo una total equiparación entre el convenio colectivo del Título III y el Acuerdo de fin de huelga, requisito indispensable para poder resolver la concurrencia conflictiva entre ambos, en favor del Acuerdo de fin de huelga posterior.

Asimismo, el razonamiento del Voto particular plantea, como consecuencia de la atribución de eficacia contractual al Pacto de fin de huelga, una cuestión realmente básica. Como hemos descrito, este Voto entiende que, como consecuencia de su consideración de convenio colectivo extraestatutario, dicho pacto solo podrá ser modificado por la voluntad conjunta de los firmantes del mismo pues, «como todo contrato, puede ser modificado por el acuerdo de voluntades de los contratantes, tal como resulta del art. 1255 CC, que faculta a las partes a establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente [...]». No obstante, incomprensiblemente los Magistrados discrepantes olvidan que en nuestra disciplina dichos pactos, si bien no pueden ser modificados unilateralmente por el empresario, sí que éste puede no aplicarlos a tenor de la previsión

¹¹ Cruz Villalón, J., «Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo», en *Estructura de la negociación colectiva. XXXVII Jornadas de Estudio sobre negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2014, p. 42. En sentido contrario se pronuncia, en la misma publicación, Del Rey Guanter, S., «La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa», p. 75.

¹² Véase, a este respecto, Escribano Gutiérrez, J., «Ultraactividad excepcional del convenio colectivo más allá de los límites previstos en el art. 86.3 ET», *Temas Laborales*, nº 131, 2015, pp. 213-229. Más ampliamente, Ruiz Castillo, M.M. y Escribano Gutiérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 117 y ss.

contenida en el art. 41.5 ET. De este modo, los Acuerdos alcanzados durante el ejercicio del derecho fundamental de huelga y que condicionó la desconvocatoria de esta e, inclusive, el voto en asamblea de los trabajadores implicados, termina no siendo aplicado por el empresario cuando concurren los requisitos establecidos en dicho art. 41 ET.

A continuación, y para concluir, nos detendremos en una cuestión no tratada en la Sentencia comentada. Nos referimos a la posible conculcación del derecho de huelga como consecuencia del incumplimiento de las condiciones establecidas en el Pacto de fin de huelga para que ésta fuera desconvocada. Esta cuestión es tratada sólo incidentalmente en el Voto particular («Tampoco puede ser modificado [el pacto de fin de huelga] por terceros sin el consentimiento de las partes, ya que supondría vulnerar la normativa reguladora de los contratos y el propio derecho de huelga y libertad sindical que ha sido puesto en juego, precisamente para poner fin a la huelga, mediante unos acuerdos que, de ser dejados sin efecto por terceros ajenos a los firmantes del pacto, vaciarían de contenido estos derechos»). Posiblemente, como se deduce de la propia sentencia, esta circunstancia estuvo motivada por la escasa calidad de la demanda interpuesta, que se limitó a reproducir los razonamientos de la sentencia de contraste presentada.

Paradójicamente, la atención jurisprudencial y doctrinal a la posible afectación del derecho de huelga en el caso de incumplimiento del contenido del Pacto de fin de huelga ha sido escasa hasta ahora. Desde un punto de vista doctrinal, se ha mantenido que el hecho de que el acuerdo se haya alcanzado en el contexto de la huelga no establece una conexión siempre directa con el derecho fundamental de huelga. Por ello, su incumplimiento por parte del empresario no implica automática y directamente la lesión de dicho derecho¹³. Por el contrario, habrá que estar al caso concreto para determinar si la renuncia al derecho de huelga, motivada por la contraprestación otorgada, ha sido lo suficientemente importante como para considerar menoscabado el mismo¹⁴.

En el caso que nos ocupa, la desconvocatoria de la huelga fue consecuencia directa de un aumento de la indemnización legal para aquellos trabajadores que se vieran afectados por el Expediente de Regulación de Empleo. Tras la firma, el grupo mediático llevo a cabo un severo ajuste de plantilla que, lógicamente, debilitó la posición de los trabajadores ante un posible futuro conflicto como consecuencia de la negativa a cumplir en sus propios términos el texto del Acuerdo de fin de huelga. El derecho de huelga se vio, por tanto, privado de eficacia, lo que supone vulnerar, a nuestro juicio, dicho derecho fundamental. El hecho de que la huelga ya hubiera terminado no impide reconocer la lesión del derecho, pues

¹³ Goerlich Peset, J.M., Lahera Forteza, J. y Valdés Dal-Ré, F., «Los acuerdos fin de huelga», en *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2008, p. 6. (versión digital del capítulo).

¹⁴ SSTSJ de 3 de noviembre de 2004 (Canarias/Santa Cruz de Tenerife -Ar.16704-).

precisamente terminó a cambio de algo que luego no se cumple¹⁵.

En conclusión, sólo el fortalecimiento de la eficacia y la capacidad de resistencia pasiva de los Acuerdos de fin de huelga a futuros cambios de su contenido puede asegurar un equilibrio en los sacrificios durante el ejercicio del derecho de huelga.

¹⁵ Vivero Serrano, J.B., *La terminación de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 16.

JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACIDAD

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2017 (Rcud 3950/2015)

M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO*

SUPUESTO DE HECHO: En la sentencia que se comenta se trata de un trabajador que solicita la jubilación anticipada por padecer una discapacidad superior al 45% producida como consecuencia de una de las enfermedades reglamentariamente determinadas y que le es denegada tanto en primera instancia como en el recurso de suplicación ya que el Instituto Nacional de la Seguridad Social considera no acreditado el periodo mínimo de 15 años con dicho grado de discapacidad. El problema se presenta a la hora de determinar la fecha a partir de la cual el actor puede acreditar un porcentaje superior al 45% de discapacidad ya que en su primera valoración el grado reconocido de discapacidad era inferior al ya mencionado. Sin embargo, tras esa primera valoración se produce una actualización del Baremo que no se traduce en una nueva valoración hasta poco tiempo antes de solicitar la jubilación. En las otras sentencias que se referencian y que se relacionan con la que se comenta, el supuesto común se residencia en personas que, por sufrir un determinado grado de discapacidad que les permite el acceso a una serie de derechos como el cobro de una pensión no contributiva, al producirse la modificación del baremo ven revisada su calificación dando como resultado un grado de discapacidad inferior, lo que se traduce por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la pérdida de dichos derechos.

RESUMEN: En la sentencia¹ que se comenta el Tribunal Supremo mantiene lo repetido en el resto de sentencias respecto a que el mero hecho de un cambio de baremo no es causa para realizar una nueva valoración, pero lo novedoso, ahora, es que llega a la conclusión de que el grado de discapacidad que acredita el actor a la hora de solicitar la jubilación debe retrotraerse hasta la fecha de la primera valoración ya que, al no existir agravamiento ni error de diagnóstico, no ha existido la posibilidad de solicitar una nueva revisión de la valoración tal como recoge el RD 1723/81 en base al cual se le acreditó la discapacidad. Esto es, el

* Doctoranda y Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo.

¹ ECLI: ES:TS:2017:4705. El comentario se centra en la relación de esta Sentencia con otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo, como son las sentencias de 6 de abril de 2004 (Rec. 2597/03), 17 de enero de 2005 (Rec. 6540/03), 30 de septiembre de 2005 (Rec. 335/04), 25 de octubre de 2006 (Rec. 3167/05) y 15 de febrero de 2007 (Rec. 357/06).

solicitante siempre tuvo las mismas patologías desde que contrajo su enfermedad por ese mismo hecho, al no haber existido nunca agravamiento, el nuevo porcentaje determinado debe retrotraerse a la primera evaluación ya que la patología es la misma que entonces.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ENTENDERLA.
 - 1.1. Consideraciones previas.
 - 1.2. Evolución normativa de la jubilación anticipada.
 - 1.3. Jubilación anticipada vs. Anticipación de la Jubilación.
2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA PARA EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
 - 2.1. Jubilación anticipada para personas con más del 65% de discapacidad.
 - 2.2. Jubilación anticipada para personas con un 45% o más de discapacidad.
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD DEL SOLICITANTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACITADOS.
4. MODIFICACIÓN DEL BAREMO Y PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN: POSIBLES SOLUCIONES.

1. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ENTENDERLA

1.1. Consideraciones previas

Durante muchos años, en concreto desde 1919 con la instauración del retiro obrero, la edad de jubilación se ha mantenido en 65 años², sin embargo a partir de entonces tenemos que distinguir entre diferentes “edades de jubilación”. Como indicaba Martín Valverde³, existen varios conceptos referidos a la edad de jubilación: la edad ordinaria de jubilación (que es la edad mínima de jubilación pensionable con carácter general); la edad de retiro forzoso (que fija un límite cronológico rígido de permanencia en ciertas actividades, profesiones o puestos de trabajo⁴); y, finalmente, la edad de jubilación anticipada en atención a razo-

² Esa edad se mantuvo hasta la entrada en vigor de la reforma de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuando se modificó dicha edad para aquellas personas que no tuvieran 38,5 años cotizados a la Seguridad Social, aumentándola hasta la edad de 67 años, aunque estableciendo un periodo transitorio, en el que nos encontramos.

³ Martín Valverde, A., “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, ISSN 1137-5868, N^o 4, 1997, pág. 50.

⁴ En la actualidad, y tras las últimas reformas laborales, la única opción a jubilación forzosa es

nes diversas como pueden ser: razones sanitarias, que atienden a la penosidad o morbilidad de ciertos trabajos; razones de política de empleo, como la rotación o rejuvenecimiento de plantillas y el reparto de trabajo; o el propósito del legislador de respetar expectativas generadas por una normativa legal anterior, sin olvidar las razones de protección a diversos colectivos vulnerables.

1.2. Evolución normativa de la jubilación anticipada

La jubilación anticipada es por tanto una figura que ha existido desde casi el principio en nuestro ordenamiento legal, ya en la época de la República⁵ se planteó un anteproyecto de ley en el que se pretendía reformar el entonces vigente Seguro Social de Retiro Obrero unificando en un solo seguro los riesgos de vejez, invalidez y muerte e introduciendo una modificación respecto a la vejez en la que se permitía la anticipación de la edad para cobrar dicho seguro a 60 años siempre que tuviera las cotizaciones y los años de afiliación necesarios y aplicándole las reducciones correspondientes, sin embargo este anteproyecto no siguió adelante debido al estallido de la Guerra Civil.

Posteriormente, durante la etapa franquista se establece el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) en el que se sigue manteniendo la edad ordinaria de jubilación y se introducen reducciones de edad para el caso de personas a las que se les reconozca una invalidez que no sea causada por accidente laboral o enfermedad profesional indemnizable⁶. Las edades establecidas en este caso son de 50 años para el caso de una invalidez absoluta y permanente y de 30 años para el caso de pérdida de ambas extremidades superiores o inferiores ya sea por mutilación o por pérdida de movilidad análoga a ésta; para la pérdida total de la visión o para el caso de enajenación mental incurable. Ahora bien, esta figura no se puede entender plenamente como de jubilación anticipada sino que tendría más similitud con las actuales pensiones por incapacidad permanente total o absoluta las cuáles se mantienen con ese nombre hasta que el beneficiario alcanza la edad ordinaria de jubilación en la que pasan a convertirse en pensiones de jubilación.

Posteriormente, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social⁷ y el Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases la establecida en el empleo público.

⁵ Gaceta de Madrid. Núm. 149, de 28 de mayo de 1936.

⁶ Tal como se recoge en el Decreto de 18 de abril de 1947 por el que se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez: *Se considerará como invalidez, con derecho a obtener desde el momento en que se declare la misma pensión que se disfrutaría por vejez al cumplimiento de la edad, aquella que produzca en el que la sufra la pérdida de su actividad que le imposibilite ganar en un trabajo adecuado a sus fuerzas, su capacidad, su instrucción y la profesión ejercida, un tercio al menos de lo que gane habitualmente un asalariado de la misma categoría, sano física y mentalmente, de instrucción análoga, en la misma localidad.*

⁷ B. O. del E., Núm. 312, de 30 de diciembre de 1963.

de la Seguridad Social⁸, establecían la posibilidad de rebajar la edad mínima de 65 años mediante *Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten el mínimo de actividad que se establezca en la respectiva profesión o trabajo.*

Con la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social⁹, se produce la primera regulación de los coeficientes reductores a aplicar cuando el trabajador se jubila a partir de los 60 años hasta los 64. Como recoge Álvarez Cortés¹⁰, iba dirigida a reducir la edad de jubilación de quienes tuvieran la condición de mutualistas a primeros de enero de 1967 exigiéndose que los mutualistas tuvieran cumplidos en dicha fecha la edad de 50 años y el coeficiente reductor era de un 8% por cada año de anticipación lo que se traducía en un 40% de reducción en el caso de optar por la jubilación con 60 años.

Tanto en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 como en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, vuelven a recogerse los conceptos anteriores: el de la posibilidad de reducir por Decreto la edad de jubilación de los trabajos penosos, etc. (art. 154.2 y 161.2 respectivamente) y el de la posibilidad de anticipar la jubilación de los mutualistas a los 60 años aplicando los índices correctores que se establecieran reglamentariamente (DT Segunda, 1.6^a y DT 3^a). Tres años después se introduce una nueva modalidad de jubilación anticipada al considerar la posibilidad de que el trabajador se jubile a consecuencia de causas no imputables a su voluntad¹¹ y siempre que acredite cuarenta o más años de cotización, en cuyo caso el porcentaje reductor a aplicar sería del 7% por cada año en lugar del 8% que se aplica cuando sí es por voluntad del trabajador.

Otras normas como la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales o el Real Decreto Ley 16/2001, de 27 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, introdujeron modificaciones con el fin de propiciar las jubilaciones anticipadas. En la primera norma se permite la jubilación anticipada de un trabajador

⁸ B. O. del E., Núm. 96, de 22 de abril de 1966.

⁹ En la DT 1^a.9 de dicha orden.

¹⁰ Álvarez Cortés, J.C., "Las jubilaciones anticipadas y su evolución", en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*", Dirs. Calvo Gallego, J. y Fernández López, M.F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 500.

¹¹ Entendiéndose por libre voluntad "la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que lo impida, decide poner fin a la misma".

aunque haya cotizado en regímenes que no contemplan esta figura¹² siempre *que al menos, la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se hayan efectuado en los Regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada o a los precedentes de dichos Regímenes. La segunda de las normas mencionadas materializó el Acuerdo de Pensiones de 2001¹³ en el que se preveían nuevas condiciones de acceso a la jubilación anticipada, manteniendo, claro está, las anteriores: se aumenta la edad a la que poder acceder a la jubilación anticipada a 61 años, se introduce el requisito de estar inscritos como demandantes de empleo en las correspondientes oficinas (del servicio público) durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada, se reduce el periodo de 40 años cotizados a sólo 30 y además se modifican los porcentajes de reducción de tal forma que sólo se aplica el 8% para los que tienen cotizados únicamente 30 años pero va reduciéndose hasta el 6% si acreditan 40 o más años de cotización.*

La Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, por un lado, establece que el porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión será en función de los años completos de cotización acreditados y se elimina el porcentaje del 8% para los que acreditaran 30 años cotizados, dejando sólo la escala de 7,5% para los que acrediten de 31 a 34 años hasta 6% para los que acrediten 40 años o más. Además en su disposición adicional primera se prevé que la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación, establecida en 65 años, podrá ser reducida en el caso de trabajadores minusválidos que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

Con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, surgida a la luz de la renovación del Pacto de Toledo de 2003, se introduce una nueva posibilidad de anticipar la edad de jubilación al colectivo de personas con discapacidad desdoblando en este caso las opciones en función del grado de discapacidad acreditado. Para dar más coherencia al Real Decreto Legislativo 1/1994, se introduce un nuevo artículo el 161 bis que titula de forma genérica “jubilaciones anticipadas” en el que engloba en el apartado uno las opciones de anticipación o reducción de la edad de acceso a la jubilación y en el apartado dos las opciones de la jubilación anticipada con aplicación de coeficientes reductores de la base reguladora.

1.3. Jubilación anticipada vs. Anticipación de la Jubilación

Nos encontramos por tanto con las dos vertientes claramente diferenciadas que puede presentar la figura de la jubilación anticipada.

¹² Sobre esta cuestión, véase extensamente, Panizo Robles, J.A. en “El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo)”, RTMAS nº14, 1999, pp. 55 y ss.

¹³ Vid. In extenso, Álvarez Cortés, J.C., en “La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001”, *Temas Laborales*, nº 61/2001, pp. 373 y ss.

Tal como indica Álvarez Cortés¹⁴, en el apartado 2 del nuevo artículo 161 bis LGSS se regula la que él denomina “genuina” jubilación anticipada ya que representa un derecho de opción del trabajador para anticipar su jubilación respecto de la edad ordinaria establecida en la norma, siempre que cumpla los requisitos establecidos legalmente y aplicándosele los coeficientes que reducen la cuantía de la pensión respecto de la que recibiría en el caso de jubilarse a la edad ordinaria. Se basa en la idea de “compensar” el mayor periodo de disfrute de la pensión de jubilación con una reducción de la cuantía a recibir y no como opinan diversos autores¹⁵ en la idea de “penalización”.

Por otra parte, en el apartado 1 del mismo artículo 161 bis LGSS se recogen las opciones de anticipación de la edad ordinaria de jubilación, en estos casos esa reducción de la edad es una medida ofrecida por el legislador a determinados colectivos que bien por la actividad a realizar o por la situación personal del trabajador presentan una esperanza de vida inferior al resto de los trabajadores y en estos casos no existe reducción de la cuantía de la pensión. No se puede considerar por tanto como una verdadera jubilación anticipada sino que se trata de un establecimiento de diferentes edades inferiores a la ordinaria para poder tener acceso a la jubilación¹⁶.

2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA PARA EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social la redacción correspondiente a las personas con discapacidad establece a su vez una diferencia respecto al grado de discapacidad que presente el trabajador, existiendo dos límites que se regulan en dos textos diferentes y para los que se establecen requisitos distintos.

Sí se incide en que tanto para las personas con discapacidad como para aquellas actividades que sean consideradas penosas o insalubres, *la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. Y además dichos coeficientes no serán tenidos en cuenta en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida*

¹⁴ Álvarez Cortés, J.C., “Acuerdo novatorio de prejubilación y jubilación anticipada”, en *Temas Laborales*, Núm. 127/2014, pág. 293.

¹⁵ Como por ejemplo Monereo Pérez, J.L., “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N^o Extra1, 2010, pág. 67; López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 73; Jiménez-Martín, S., “Propuestas para la reforma de la jubilación anticipada en España”, *Apuntes FEDEA, Bienestar*, 08, 2012, en la que al hacer referencia a los porcentajes reductores los denomina como “penalizaciones”.

¹⁶ En ese sentido López Cumbre, L. en *La prejubilación*, op.cit., págs. 69-70, indica que aunque el trabajador se jubile a una edad inferior a la edad ordinaria “no anticipa en ningún momento su jubilación ya que es esa la edad fijada como edad ordinaria para el colectivo al que pertenece”.

para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos para las personas que continúen en activo más allá de los 65 años, ni para el caso de los mutualistas (recogidos en la DT 3^a), ni para acceder a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

2.1. Jubilación anticipada para personas con más del 65% de discapacidad

Se regula con el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía, desarrollando lo establecido en la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Se recoge el requisito de acreditación del referido porcentaje mediante certificación del organismo competente a nivel estatal o autonómico y se establecen dos coeficientes reductores que, aplicados al tiempo efectivamente trabajado darán el tiempo a restar a los 65 años de la edad ordinaria, dichos coeficientes van en función de la necesidad o no de concurso de tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria, en el caso afirmativo el coeficiente será del 0,50 y en el caso de no necesitar ayuda será del 0,25.

Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado no se descontarán las faltas al trabajo excepto las que sean por baja médica por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo; las que sean por la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo o las que estén autorizadas en las correspondientes disposiciones laborales con derecho a retribución.

2.2. Jubilación anticipada para personas con un 45% o más de discapacidad

Esta posibilidad fue introducida a través de la Ley 40/2007 y va dirigida a aquellas personas que puedan acreditar un grado de discapacidad superior al 45% siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

En el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre¹⁷, se desarrolla el artículo 161 bis de la LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores

¹⁷ BOE, núm. 307, de 22/12/2009. Un comentario a esta norma puede verse en Rubio de Medina, MD, “La anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad igual o superior al 45%”, en http://www.lexnova.es/pub_in/documentos/documento_1756.htm, consultado a principios de abril de 2018, también, Valdés Alonso, A., en “Discapacidad y jubilación: el RD 1851/2009/2009 sobre anticipación de la jubilación de los trabajadores discapacitados”, Actualidad Laboral, 2010.

con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento y tal como se explica en su Preámbulo esa necesidad de concurrencia de evidencias que impliquen una reducción de la esperanza de vida hace que, en lugar de fijar coeficientes reductores como veremos para el caso de superar el 65%, se fije una edad mínima a partir de la cual se puede acceder a la pensión de jubilación. En un momento inicial esa edad fue fijada en 58 años aunque en virtud de la disposición adicional 18 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto dicha edad se bajó a 56 años.

Además del requisito del grado de discapacidad que debe ser acreditado mediante certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél, debe cumplirse que dicha discapacidad se deba a sufrir algunas de las enfermedades relacionadas, las cuáles también han sufrido modificaciones ya que se han añadido las secuelas de polio junto al ya existente síndrome postpolio.

Otros requisitos que se deben cumplir son: encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en el momento de producirse el hecho causante y acreditar que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación¹⁸, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo siguiente¹⁹ y que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento. Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado se seguirá la misma regla que para el caso anterior de los que acreditan más del 65%.

Pero ha de recordarse que el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía también podría aplicarse a estos solicitantes, por lo que, como propone Rubio de Medina, es que a los mismos se les garantizara “la posibilidad de optar por las disposiciones que resulten más favorable a su caso concreto”, en coherencia con la DA primera del RD 1851/2009, de 4 de diciembre, que desarrolla el artículo 161 bis de la LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento²⁰.

¹⁸ En la actualidad ese período mínimo es de 15 años efectivos, es decir, sin tener en cuenta los días cuota o, como se denomina por la norma, la parte proporcional de las pagas extras.

¹⁹ El art 2 del RD 1851/2009, de 4 de diciembre: a) Discapacidad intelectual (antes retraso mental); b) Parálisis cerebral; c) Anomalías genéticas: Síndrome de Down, Síndrome de Prader Willi, Síndrome X frágil, Osteogénesis imperfecta, Acondroplasia, Fibrosis Quística, Enfermedad de Wilson; d) Trastornos del espectro autista; e) Anomalías congénitas secundarias a Talidomida; f) Síndrome Postpolio; g) Daño cerebral (adquirido): Traumatismo craneoencefálico, Secuelas de tumores del SNC, infecciones o intoxicaciones; h) Enfermedad mental: Esquizofrenia, Trastorno bipolar; i) Enfermedad neurológica: Esclerosis Lateral Amiotrófica, Esclerosis múltiple, Leucodistrofias, Síndrome de Tourette, Lesión medular traumática.

²⁰ Nuevamente, op. cit.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD DEL SOLICITANTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACITADOS

En el caso de la sentencia que nos ocupa el Tribunal Supremo da como hechos probados que el actor padece una de las enfermedades recogidas en la lista facilitada en la norma, tenía una edad superior a 56 años en el momento de solicitar la jubilación, se encontraba en situación de alta, tenía cotizado un tiempo equivalente, al menos, al periodo mínimo de cotización que se exige para el acceso a la jubilación y acreditaba una discapacidad superior al 45%.

Este último punto es el que entra en litigio en la sentencia analizada ya que el INSS sólo le reconocía 94 días con más del 45% siendo necesario que dicho porcentaje se hubiera mantenido durante, al menos, todo el periodo mínimo de cotización.

La diferencia de criterio en cuanto al cómputo del tiempo acreditado con dicha discapacidad, está ocasionada por el hecho de que en la primera evaluación que se le realiza al actor se le concede un grado de discapacidad del 40% según el baremo establecido en el RD 1723/81, vigente en aquellos momentos, baremo que fue modificado por el RD 1971/1999 sin que dicha modificación ocasionara una revisión de la valoración inicial ya que como se recoge en la Disposición Transitoria única de esta norma: *“Quienes, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, hubieran sido declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33 por 100 con arreglo al procedimiento establecido en el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, y disposiciones de desarrollo, incluidos los supuestos de reconocimiento de grado por homologación de las situaciones de invalidez declarados por la Seguridad Social, no precisarán de un nuevo reconocimiento. Ello sin perjuicio de las posibles revisiones que, de oficio o a instancia de parte, sea procedente realizar posteriormente.*

Para el recurso la parte actora presenta una sentencia de contraste en la que, a pesar de no coincidir en la misma enfermedad, sí es coincidente en los hechos fundamentales como son cambio de baremo después de la primera evaluación y aumento del grado de discapacidad en la evaluación realizada en función de éste y no de un agravamiento y, habiendo sido denegada su petición de jubilación por discapacidad en primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña le da la razón indicando que el nuevo grado de discapacidad debía entenderse desde la fecha de la primera evaluación por no haber existido agravamiento y tener la misma patología que la relacionada en la inicial.

En ambos casos el hecho de no haber actualizado el grado de discapacidad se debió a que no se había producido un agravamiento en su situación y estar correcto el diagnóstico por lo que, según lo estipulado en la propia norma, no podía solicitarse revisión. Y por parte de la Administración tampoco se realizó ninguna nueva valoración ya que tampoco se apreciaba mejoría y por la doctrina del Tribunal Supremo de no reevaluar por el mero hecho de un cambio de baremo.

Esta falta de valoración a instancia de la Administración debido al cambio de baremo está basada en la doctrina del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las sentencias de 6 de abril de 2004 (Rec. 2597/03), 17 de enero de 2005 (Rec. 6540/03), 30 de septiembre de 2005 (Rec. 335/04), 25 de octubre de 2006 (Rec. 3167/05) y 15 de febrero de 2007 (Rec. 357/06), en las que, en todos los casos, los actores tenían acreditado un determinado grado de minusvalía basado en el baremo anterior que les hacía beneficiarios de una pensión no contributiva y que al ser revisado y dar un resultado inferior al inicial implicaba la pérdida de la misma. En estas sentencias ... el Tribunal sigue lo estipulado en la propia norma y se dejaba patente que no había existido mejoría respecto de la valoración realizada inicialmente, en alguno de los casos incluso se habría producido un agravamiento, por lo que siguiendo el criterio recogido en el art. 11 del propio Real Decreto al no preverse una mejoría, el simple hecho del cambio de baremo no autoriza a la Administración a realizar una nueva evaluación de oficio que puede concluir con la pérdida de derechos ya adquiridos de los administrados.

En la sentencia que nos ocupa, el razonamiento seguido por el Tribunal, es que la nueva valoración no es en sí una revisión sino una actualización aplicando la nueva normativa ya que la discapacidad reconocida como hecho probado y aceptado por la parte demandada es la de una patología congénita cuyas limitaciones funcionales no han variado desde el nacimiento por lo que el periodo total cotizado por el trabajador debe entenderse con el grado de discapacidad otorgado por el nuevo baremo aun cuando no se hubiera actualizado en su momento, lo que sí le da derecho a solicitar la pensión de jubilación por discapacidad.

Con esta sentencia no se ha eliminado, como en muchos medios de comunicación se llegó a decir, el requisito de haber cotizado, al menos, el periodo mínimo para el acceso a la jubilación acreditando un grado de discapacidad superior al 45% pero sí se abre la puerta a que aquellos trabajadores con discapacidad producida por algunas de la enfermedades relacionadas en el RD y que no hayan sufrido agravamiento de la misma puedan solicitar una actualización de su valoración según el nuevo baremo para comprobar si superan el límite del 45% y poder así tener acceso a la pensión de jubilación. Otra cuestión es el caso de aquellos trabajadores que sí hayan sufrido algún agravamiento y hayan solicitado revisión posteriormente ya que entonces no es posible determinar si la valoración inicial revisada con el nuevo baremo hubiera o no superado el 45% por lo que a ellos les contaría el periodo desde la evaluación realizada por el agravamiento.

4. MODIFICACIÓN DEL BAREMO Y PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN: POSIBLE SOLUCIÓN

Ya hemos visto que la modificación de la norma en la que se establece el baremo para la determinación del grado de discapacidad puede ocasionar tanto la

disminución del grado inicial reconocido a una persona como por el contrario un aumento de dicho grado.

En el primero de los casos la disminución del grado podría ocasionar la pérdida de derechos como pueden ser la percepción de una pensión no contributiva y debido a que se produjeron esas situaciones el asunto llegó a conocimiento del Tribunal Supremo el cuál aplicando la Disposición Transitoria única del Real Decreto, estableció que el mero hecho de cambio de baremo no implicaba la necesidad de realizar una nueva evaluación y debía mantenerse el grado que ya tenían concedido desde el inicio y por tanto mantener los derechos que tuvieran reconocidos.

En este caso, evidentemente, la decisión tomada en el Tribunal supone una protección de la persona que sufre una discapacidad que es la parte más débil y que puede verse desprotegida si pierde los derechos concedidos.

En el segundo de los casos el aumento del grado de discapacidad por el hecho de cambiar el baremo, podría concluir con la posibilidad de que la persona con discapacidad tuviera acceso a una serie de derechos económicos, fiscales o sociales que hasta entonces no tenía reconocidos, como en el caso de la sentencia que nos ocupa el posible acceso a una jubilación anticipada.

Si nos fijamos en la Disposición Transitoria Única se indica la exención de nuevo reconocimiento para los declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33 por 100. Sin embargo, en la parte final específica: “Ello sin perjuicio de las posibles revisiones que, de oficio o a instancia de parte, sea procedente realizar posteriormente.”, con lo cual parece dejar un espacio abierto para que se realicen nuevas valoraciones sin especificar que estas deban ser por agravamiento o mejoría.

El Tribunal Supremo resuelve el problema que se plantea en esta Sentencia, entendiendo que, como no ha habido agravamiento en la patología del actor entre una y otra valoración debe retrotraerse el resultado de la segunda hasta la fecha de solicitud de la primera con lo que se consigue completar los quince años necesarios para el acceso a la pensión de jubilación. Y ello, aunque no se realizara de oficio la segunda evaluación al cambio de baremo lo que ha ocasionado que esta persona no haya tenido acceso desde la entrada en vigor del nuevo baremo (año 2000) a otro tipo de beneficios a los que podría haber accedido si le hubieran acreditado el 75% que se le concede con el mismo.

Otro problema con el que podríamos encontrarnos es el que se refiere a las personas con una discapacidad perteneciente al grupo de patologías incluido en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, que, por haber sufrido algún agravamiento, solicitaron una nueva revisión y ésta les fue concedida con el nuevo baremo: tal situación les impediría saber cuál hubiera sido la valoración real que hubieran tenido con el nuevo baremo respecto de la situación que tenían con el anterior. Y en coherencia con ello se impediría aplicar el criterio del Tribunal de retrotraer

el porcentaje hasta la fecha de solicitud de la primera evaluación ya que el INSS puede entonces argumentar que el aumento del grado de discapacidad no se debe al cambio de baremo sino al agravamiento y por tanto el cómputo del tiempo efectivo trabajado con un porcentaje superior al 45% se iniciaría en el momento de solicitud de la segunda valoración y no trasladándolo a la fecha de la primera. Esto puede significar que exista un periodo de un mínimo de dos años en los que el trabajador quizás sí tendría el grado de discapacidad necesario pero, al desconocerse por no haberse revisado en su momento, esos años no se tienen en cuenta para el cómputo de los 15 años necesarios. Desde luego una situación para la que debería darse una solución normativa.

En mi opinión, se podría haber solventado la situación modificando el redactado de la Disposición Transitoria de tal forma que se permitiera la revisión del grado de discapacidad acreditado por el baremo anterior y en caso de que se produjera una disminución del mismo que hiciera posible la pérdida de derechos adquiridos se le mantuviera el que tenía concedido con el fin de que no decayeran los derechos; y en el caso de que la nueva valoración diera como resultado un porcentaje superior al que tuviera acreditado se le certificase el aumento del mismo para que pudiera optar a los beneficios a los que tuviera derecho con el nuevo porcentaje acreditado. De esta forma, el colectivo de personas discapacitadas y dentro del mismo los que poseen grados más elevados estarían realmente protegidos ante la posibilidad de pérdidas de derechos o de la imposibilidad de acceder a los mismos. Desafortunadamente, no es de esperar que el legislador actúe de forma inmediata para solucionar este problema.

¿VULNERA EL DERECHO AL HONOR Y A LA INTIMIDAD LA PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN DE UN TRABAJADOR?

STSJ Castilla y León, de 1 de marzo de 2017 (rec. núm. 117/2017)

RAQUEL POQUET CATALÁ*

SUPUESTO DE HECHO: Un trabajador que presta sus servicios como conductor es sancionado por la empresa mediante suspensión de empleo y sueldo, sanción que es ratificada por el Juzgado de lo Social. Inmediatamente después, la empresa procede a anotar en el cuadrante-gráfico de servicios mensuales correspondientes al período sancionado, esto es, del 15 de agosto al 11 de septiembre, el nombre completo del trabajador acompañado de las letras “SAN”. A dicho cuadrante únicamente tienen acceso los conductores, la administración de la empresa y el personal de recursos humanos.

El trabajador considera que con dicha actuación empresarial se han vulnerado sus derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen. Interpone demanda ante el Juzgado de lo Social que considera que no se ha producido la vulneración de dichos derechos fundamentales porque el cuadrante-gráfico siempre se ha hecho así, porque en el mismo aparecen las diversas circunstancias, ya sea, enfermedad, baja, sanción, etc., porque al acto se le ha tratado igual que a los demás trabajadores de la empresa, porque no existe regulación alguna sobre la nomenclatura que ha de aparecer en el cuadrante-gráfico, porque nunca han protestado por ello los representantes de los trabajadores, y porque la empresa no ha tenido intención de vulnerar el honor y la intimidad del trabajador.

RESUMEN: El TSJ¹ desestima el recurso de suplicación interpuesto al considerar que no se produce ninguna vulneración del derecho a la intimidad personal del trabajador, ni de su derecho al honor o a la propia imagen.

Para ello, se analizan las circunstancias concretas del caso y en base a que los datos que aparecen en el cuadrante son “muy pocos”, a que a dicho cuadrante únicamente tienen acceso los conductores, la dirección de la empresa y el personal de recursos humanos, sin tener acceso al mismo otras personas ajenas, estima que no se produce ninguna lesión del prestigio profesional del trabajador y, por tanto, de su derecho al honor o intimidad.

* Profesora Asociada

¹ ECLI:ES:TSJCL:2017:628

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO
2. ¿ES LÍCITO PUBLICAR UNA SANCIÓN EN EL CUADRANTE INTERNO DE LA EMPRESA?
3. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y PODER EMPRESARIAL. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO

En esta sentencia comentada cabe tener en cuenta, en primer lugar, el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen recogido en el art. 18.1 CE, así como la LOPD², y también el poder de organización y dirección del empresario recogido en el art. 20 ET.

En relación con el derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen cabe traer a colación la importante interpretación realizada por nuestro TC. De estos derechos, los que puedan resultar afectados son los dos primeros.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental de trascendental importancia en la sociedad actual, y más si se relaciona con la protección del trabajador en relación con sus datos personales. No existe una definición jurídica del mismo. No obstante, según el TC³ podría entenderse como el ámbito que cada individuo reserva de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o particulares. Este derecho, como la mayoría, requieren, para analizar su posible vulneración, ser estudiados en el contexto y las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto. En el ámbito del contrato de trabajo, el derecho a la intimidad significa la exclusión de los demás y en concreto del empresario en lo que se refiere a la toma intrusiva de datos impidiéndose su divulgación por el empresario⁴.

El derecho al honor tampoco goza de una definición jurídica, siendo el TC quien ha señalado que “se trata, sin duda, de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, que resulta así jurídicamente indeterminado”⁵. De cualquier forma, el TC lo ha definido como el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda su titular ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás⁶.

La LOPD es citada obiter dicta en la sentencia, la cual hubiera podido ser vulnerada si se hubiera establecido en el cuadrante el motivo o causa de la sanción.

² Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

³ STC 115/2000, de 5 de mayo.

⁴ STC 202/1999, de 8 de noviembre.

⁵ STC 223/1992, de 14 de diciembre.

⁶ STC 219/1992, de 3 de diciembre.

Los datos del trabajador deben ser tratados únicamente para la finalidad para la que fueron recabados, y como señala el art. 10 la empresa está obligada al “*secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo*”. Asimismo, como indica el art. 11 “*los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado*”.

En relación con el poder de dirección se podría afirmar que el mismo comprende el conjunto de posibilidades y recursos que el ordenamiento laboral ofrece al empresario para que éste modalice y ordene la prestación laboral según la finalidad productiva u organizativa prevista. De hecho, parte de la doctrina⁷ sostiene que este poder, junto con el poder de vigilancia y control, el *ius variandi* y el poder disciplinario comprende el conjunto de “*facultades que, sumadas o combinadas, permitan llevar adelante la iniciativa económica de la empresa en las relaciones internas de ésta, atendiendo a los intereses constitucionalmente protegidos de quien o quienes la han puesto en marcha*”. Y es, en este aspecto, donde se puede hallar la dependencia o subordinación del trabajador como la otra cara de la moneda del poder de dirección del empresario, pues sin uno no tiene sentido el otro.

En definitiva, y a mi entender, el poder de dirección está constituido por una serie de facultades que tienen como finalidad garantizar la satisfacción del interés empresarial. Entre estas facultades básicas cabe mencionar, en primer lugar, la de dictar instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento de la empresa y sobre la prestación laboral en ésta⁸. En segundo lugar, la facultad de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador o a un grupo de trabajadores sobre el contenido y las circunstancias de su trabajo, y por último, la de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales. No obstante, algún autor⁹ añade como una cuarta facultad incardinada dentro del poder de dirección, la disciplinaria, es decir, la posibilidad de imponer sanciones a los trabajadores que incumplan sus obligaciones laborales. No obstante, no es esa mi opinión, pues considero que la facultad disciplinaria no forma parte del poder de dirección, sino que constituye una facultad con autonomía propia, diferente de la del poder de dirección, aunque íntimamente ligada al mismo, pero cada una con un régimen jurídico diferente y con sustantividad y autonomía propia. Por tanto, la relación entre el poder de dirección y el disciplinario es com-

⁷ Martín Valverde, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *RPS*, núm. 147, 1983. p. 144.

⁸ STS de 11 de junio de 2008, autos núm. 139/2006.

⁹ GARCÍA NINET, J. I. (DIR.), *EL CONTROL EMPRESARIAL*. BILBAO: CISS, 2005. p. 22.

plementaria, pues éste sirve de apoyo al de dirección, y en cierta manera, al de vigilancia y control.

2. ¿ES LÍCITO PUBLICAR UNA SANCIÓN EN EL CUADRANTE INTERNO DE LA EMPRESA?

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador al considerar que no se produce ninguna vulneración del derecho al honor y a la intimidad personal del trabajador.

En primer lugar, el TSJ analiza si se ha producido una violación del derecho a la intimidad personal analizando la doctrina constitucional¹⁰, la cual señala que la protección dispensada por el art. 18.1 CE alcanza tanto a la intimidad personal stricto sensu, integrada por la intimidad corporal y la vida sexual, entre otros, como a determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo. En concreto, en referencia a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona¹¹, no obstante, no cabe ignorar que es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar, en cuyo ámbito se encuentra, sin duda, las referentes a la salud.

Por ello, considera que, en relación con el derecho a la intimidad, “no nos hallamos en un supuesto en el que la empresa recurrida haya revelado datos referidos a la intimidad personal o familiar del trabajador recurrente, sino que se trata de eventos relativos a su actividad profesional al servicio de aquélla, lo que determina que el derecho a la intimidad personal y familiar no resulte vulnerado”.

En segundo lugar, estudia la posible vulneración del derecho al honor y a la propia imagen. Para ello, aporta la doctrina del TC¹² que declara que dentro del concepto constitucional del honor protegido por el art. 18.1 CE tiene cabida el prestigio profesional, dado que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. “En estos supuestos, los calificativos formalmente injuriosos o innecesarios para el mensaje que se desea transmitir, la crítica vejatoria, descalificadora y afrentosa de una persona se dirigen contra su comportamiento en el ámbito en el que desempeña su labor u ocupación, pudiendo hacerle desmerecer ante la opinión ajena con igual intensidad y daño que si la descalificación fuese directamente de su persona”¹³. Ello es así porque “la actividad profesional suele ser una de las formas

¹⁰ STC 202/1999, de 8 de noviembre.

¹¹ STC 142/1993, de 22 de abril.

¹² STC 282/2000, de 27 de noviembre.

¹³ STC 223/1992, de 14 de diciembre.

más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga”¹⁴. En definitiva, considera el TC que la protección del art. 18.1 CE sólo se refiere a aquellas críticas que, pese a estar dirigidas a la actividad profesional, constituyen una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individual.

En base a todo ello y en atención a las circunstancias concretas del caso, el TSJ considera que no existe vulneración alguna de ningún derecho fundamental del trabajador por varias razones. En primer lugar, porque los datos que aparecen en el cuadrante son “muy parcos”, ya que sólo indican que ha sido sancionado, que es la realidad. En segundo lugar, porque a dicho cuadrante únicamente tienen acceso los conductores, la dirección de la empresa y el personal de recursos humanos, quienes obviamente conocían la imposición de la sanción. En tercer lugar, porque dichos datos del cuadrante no han sido conocidos por personas ajenas a la empresa, de tal forma que el “prestigio profesional del actor no ha quedado afectado fuera de su ámbito estrictamente laboral”, y por tanto, los únicos que habrán podido tener conocimiento de la sanción, sin corresponderles realmente, son sus compañeros conductores. En cuarto lugar, porque en el cuadrante no aparece la causa de la sanción, sino una simple referencia a la misma, lo cual no supone menoscabo en el prestigio profesional del trabajador ni la LOPD.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y PODER EMPRESARIAL. CONCLUSIÓN

Según esta recién doctrina judicial, la anotación en el cuadrante de trabajo de que un trabajador está sancionado no es considerado como afectante al derecho al honor ni intimidad personal por el ámbito sobre el que se despliega.

Ello supone, en cierta forma, la confirmación de la doctrina recaída sobre estos derechos. Así, de la escasa doctrina jurisprudencial recaída en asuntos similares, tampoco se ha estimado una vulneración de dichos derechos fundamentales el despido de un trabajador cuando dicha decisión extintiva no ha sido difundida fuera del estricto ámbito privado contractual laboral de las partes¹⁵, comunicándose únicamente a la plantilla¹⁶. Tampoco la doctrina judicial ha considerado ilegítima la

¹⁴ STC 180/1999, de 15 de noviembre.

¹⁵ STS de 17 de febrero de 2016, rec. núm . 808/2014. En similares términos, STS, sala de lo civil, de 17 de septiembre de 2002, rec. núm. 317/1997, en relación con la divulgación por parte del jefe de un despacho de abogados a sus clientes de la carta de despido de uno de sus empleados.

¹⁶ STS, sala de lo civil, de 30 de abril de 1997, rec. núm. 1605/1993.

actuación empresarial consistente en comunicar por correo electrónico a la plantilla la sanción impuesta a un trabajador, sin que se indique cuál ha sido el motivo¹⁷; o incluso la comunicación a 200 clientes de la empresa el despido de una trabajadora, por considerarse que dicha comunicación se hizo en “términos respetuosos y razonables desde el punto de visto comercial, sin menoscabo para la dignidad, honor, intimidad personal o imagen de la actora”¹⁸. En esta misma línea se considera que la colocación de un memorando con unos cambios de categoría y funciones para determinados empleados no supone una vulneración en el honor o intimidad del trabajador, que había sido despedido, pues el propósito de esta publicación es mostrar la nueva organización del almacén y para ello se hace referencia al cese de funciones del trabajador despedido¹⁹. Tampoco aquel caso en el que la empresa coloca en el tablón de anuncios la autorización del consejo rector para el despido de una trabajadora que además es socia, pues debido a su condición de socia su despido requiere la autorización del consejo rector y es costumbre de la empresa publicar en su tablón todas las decisiones que este organismo toma para informar así a los demás socios, lo cual unido a que lo publicado no hace referencia a su nombre y apellidos, sino únicamente a su número de socia, y que no contiene valoraciones sobre la conducta de la trabajadora ni insultos o vejaciones, llevan al tribunal a concluir que no existe intención de atentar contra su honor o intimidad²⁰.

Asimismo, cabe citar la STC 282/2000²¹ que enjuicia un caso en el que una trabajadora es despedida por haber ocultado la información de un cumpleaños en un hotel, y la empresa comunica mediante una circular a la plantilla el despido de la citada directora y los motivos del despido. El TC²² considera que el derecho al honor incluye también el prestigio profesional, dado que el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un ataque a su honor personal, pero estima que no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor. El derecho al honor, pues, prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena y no cabe duda de que en la actualidad la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social, que, en cuanto tal, repercute en la imagen que de esa persona tengan los demás, y por eso mismo, también la hace susceptible de ser sometida a la crítica y evaluación ajenas, únicas formas, en ocasiones, de calibrar la vía

¹⁷ STSJ Madrid, de 21 de octubre de 2004, rec. núm. 4746/2004.

¹⁸ STSJ Madrid, de 13 de noviembre de 2006, rec. núm. 4956/2006.

¹⁹ STSJ País Vasco, de 23 de noviembre de 2010, rec. núm. 2468/2010.

²⁰ STSJ Andalucía, de 5 de julio de 2012, rec. núm. 802/2012.

²¹ De 27 de noviembre.

²² SSTC 223/1992, de 14 de diciembre; 180/1999, de 15 de diciembre.

de esa actividad, sin que tal cosa suponga el enjuiciamiento de la persona que la desempeña y, en consecuencia, su honorabilidad.

En primer lugar, en relación con el derecho al honor en el ámbito de las relaciones laborales, a diferencia del derecho a la intimidad, ha sido menos invocado, pero cuando así lo ha sido, es con ocasión del ejercicio del poder disciplinario por el empresario, en concreto, cuando ha imputado hechos negativos o reprochables al trabajador que no trascienden del ámbito empresarial y no lleguen a más destinatarios que aquéllos que deben intervenir en este tipo de procedimientos²³, de tal forma que únicamente cuando las expresiones utilizadas a la hora de valorar la conducta del trabajador resultan en sí mismas injuriosas y gravemente ofensivas, se reconoce que la dignidad y el honor han podido quedar vulnerados. Además, cabe reseñar que la doctrina judicial estima que más que una vulneración del derecho al honor en caso de atentados en el desarrollo de las relaciones laborales, se trata más bien de afectación al prestigio profesional, lo cual no vulnera el derecho al honor²⁴. Del mismo modo, se ha considerado en relación con la suspensión de empleo y sueldo de un trabajador con ocasión de una inspección en la oficina bancaria²⁵, o por no dar ocupación efectiva²⁶, o por cesar a un alto cargo notificándole que el consejo había perdido la confianza en sus aptitudes²⁷.

En definitiva, sólo se considerará que existe una vulneración del derecho al honor cuando la crítica constituye una descalificación personal que repercute directamente en su consideración y dignidad personal, al redundar directamente en su consideración y dignidad individual²⁸.

En relación con el derecho a la intimidad, en primer lugar, cabe señalar que los derechos fundamentales tienen eficacia directa entre particulares, por lo que el trabajador no puede ver negados sus derechos fundamentales aunque se integre en una organización ajena y esté sometido a una autoridad privada, pues tal y como indica literalmente “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral”²⁹.

²³ STSJ Navarra, de 30 de noviembre de 1996, st. núm. 542/1996.

²⁴ SSTSJ Cataluña, de 11 de mayo de 1999, st. núm. 3582/1999; Canarias, de 12 de abril de 1999, rec. núm. 495/1998; Galicia, de 15 de septiembre de 1998, rec. núm. 595/1998.

²⁵ STSJ Cataluña, de 14 de enero de 1992.

²⁶ SSTSJ Andalucía, de 16 de enero de 1998, rec. núm. 1257/1997; Valencia, de 27 de mayo de 1999, rec. núm. 1400/1998.

²⁷ STSJ Aragón, de 24 de enero de 2000, rec. núm. 100471999.

²⁸ AATC 544/1989, de 13 de noviembre; 321/1993, de 25 de octubre.

²⁹ STC 88/1985, de 19 de julio.

En segundo lugar, el TC tiene declarado que el contrato de trabajo no implica la privación de los derechos fundamentales que al trabajador le corresponden como ciudadano, pero sí son modulados en la relación jurídica laboral. La libertad individual es la base del negocio jurídico contractual y constituye el ámbito idóneo desde el que surge un complejo de derechos y obligaciones recíprocas, las cuales vuelven a limitar la propia libertad. Este complejo de relaciones jurídicas recíprocas supone la delimitación del derecho del empresario a configurar libremente su ámbito de actuación en el mercado laboral. Y también significa que los derechos del trabajador están limitados por el previo compromiso de éste a integrarse en la organización que a su servicio pone el empresario³⁰.

El ejercicio de estos derechos sólo admite limitaciones en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que es consecuencia de otros derechos reconocidos en los arts. 33 y 38 CE, pues “ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas (...) los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica”³¹. Por tanto, la bona fides adquiere un papel central en el desarrollo de los límites de los derechos fundamentales en lo laboral. De esta forma, la buena fe se configura como un elemento clave en la dinámica propia del contrato de trabajo.

Pero esta relación entre los derechos fundamentales del trabajador y las facultades o derechos del empresario es recíproca, pues el contrato de trabajo se ve constreñido por los derechos fundamentales del ciudadano. La potestad organizativa del empresario está limitada por los derechos fundamentales del trabajador.

En tercer lugar, las obligaciones contractuales exigibles al trabajador están moduladas en función del derecho fundamental que en cada caso se ejerza, sin que sean las mismas en todos los derechos, por lo que se deberá atender a las circunstancias concurrentes en cada caso. Por ello, el TC considera que los límites a los derechos han de ser los estrictamente necesarios para la satisfacción del interés empresarial, por lo que toda medida restrictiva de derechos fundamentales ha de venir determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad³².

Por tanto, el principio de proporcionalidad supone que sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la necesidad de protección de los derechos y

³⁰ Sanz Pérez, A.L., “El derecho a la intimidad de los trabajadores”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2004. p. 3099.

³¹ STC 177/1988, de 10 de octubre.

³² SSTC 66/1995, de 8 mayo; 55/1996, de 6 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre.

libertades de las demás. La aplicación del principio de proporcionalidad en todos los ámbitos es indiscutible, y según el TC³³ todo acto o resolución que limite derechos fundamentales debe cumplir tres requisitos. En primer lugar, ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido. En segundo lugar, ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone. En tercer lugar, ha de respetar su contenido esencial. En otras palabras, se debe determinar si la medida restrictiva de derechos fundamentales supera las exigencias del juicio de proporcionalidad, debiendo comprobarse si contribuye a conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si además es necesaria en el sentido de que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito (juicio de necesidad) y si finalmente es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más ventajas o beneficios que perjuicios³⁴.

En definitiva, la libertad de empresa o la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, normalmente el trabajador como parte débil, de los derechos que la CE le reconoce como ciudadano, pues ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el art. 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas³⁵. Pero no cabe duda que no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización empresarial modula los derechos fundamentales, lo que no significa que exista para el trabajador un deber genérico de lealtad con el empresario³⁶, pero sí que esa modulación sólo se produce en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva³⁷.

³³ STC 12/2003, de 28 de enero.

³⁴ STC 270/1996, de 16 de diciembre.

³⁵ STC 88/1985, de 19 de julio.

³⁶ STC 106/1996, de 12 de junio.

³⁷ STC 99/1994, de 11 de abril.

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ENERO A MARZO DE 2018

Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 4 de 05/01/2018)

Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía. Organismo: Presidencia (Boletín número 10 de 15/01/2018)

Decreto 3/2018, de 16 de enero, por el que se crea y regula el Consejo Andaluz de Entidades de Economía Social. Organismo: Consejería de Economía y Conocimiento (Boletín número 15 de 22/01/2018)

Orden de 15 de enero de 2018, por la que se aprueba el Plan de Inspección Programada en materia de turismo para el año 2018. Organismo: Consejería de Turismo y Deporte (Boletín número 15 de 22/01/2018)

Andalucía. Organismo: Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (Boletín número 16 de 23/01/2018)

Corrección de errores del Decreto 213/2017, de 26 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización de empleo temporal en la Administración de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática (Boletín número 20 de 29/01/2018)

Decreto 25/2018, de 23 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Función Inspectoral en materia de servicios sociales. Organismo: Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (Boletín número 20 de 29/01/2018)

Acuerdo de 23 de enero de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Organismo: Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (Boletín número 20 de 29/01/2018)

Decreto 26/2018, de 23 de enero, de ordenación de los campamentos de turismo, y de modificación del Decreto 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo. Organismo: Consejería de Turismo y Deporte (Boletín número 27 de 07/02/2018)

Orden de 29 de enero de 2018, por la que se dictan instrucciones para la aplicación de lo dispuesto en el acuerdo del Consejo de Gobierno, de 21 de junio de 2016, en lo relativo a la recuperación del 24,59% de los importes dejados de percibir por el personal de la Administración de Justicia competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía como consecuencia de la aplicación de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de hacienda pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de Justicia e Interior (Boletín número 31 de 13/02/2018)

Resolución de 18 de enero de 2018, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Organismo: Parlamento de Andalucía (Boletín número 32 de 14/02/2018)

Orden de 13 de febrero de 2018, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios. Organismo: Consejería de Salud (Boletín número 38 de 22/02/2018)

Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales. Organismo: Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (Boletín número 39 de 23/02/2018)

Orden de 2 de marzo de 2018, por la que se aprueba el Plan de Prevención de Riesgos Laborales para la gestión de la prevención de riesgos laborales en la Agencia Servicio Andaluz de Empleo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Comercio (Boletín número 47 de 08/03/2018)

Acuerdo de 6 de marzo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el acuerdo de 12 de diciembre de 2017, de la Mesa General de Negociación Común del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Protocolo de la Administración de la Junta de Andalucía para la protección de las empleadas públicas víctimas de violencia de género. Organismo: Consejería de Hacienda y Administración Pública (Boletín número 48 de 09/03/2018)

